



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

RDA | Ano III | Nº 5 | 271p | Nov 07



ADVOCEF

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

Rua Santa Catarina, 50 - Salas 602/603 - Londrina - PR

Telefones: (43) 3323.5899 e 0800 400 8899

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Londrina, ADVOCEF, v.1, n.5, 2007

Semestral

ISSN: 1808-5822

1. Advogado. 2. Direito. 3. Legislação. 4. Banco. I. Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. II. Título.

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Tiragem: *1.800 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Gráfica Editora Pallotti*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Altair Rodrigues de Paula (Londrina)

Vice-Presidente

Silvio do Lago Padilha (Belo Horizonte)

1º Tesoureiro

José Carlos Pinotti Filho (Londrina)

2º Tesoureiro

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim (Londrina)

1º Secretário

Marisa Alves Dias Menezes (São Paulo)

2º Secretário

Henrique Chagas (Presidente Prudente)

Diretor Regional Norte

Liana Cunha Mousinho Coelho (Belém)

Diretor Regional Nordeste

Maria dos Prazeres de Oliveira (Recife)

Diretor Regional Sudeste

Sonia Lucia dos Santos Lopes (Rio de Janeiro)

Diretor Regional Centro-Oeste

Gustavo Adolfo Maia Junior (Brasília)

Diretor Regional Sul

Mariano Moreira Júnior (Florianópolis)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Altair Rodrigues de Paula

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Davi Duarte

Fabiano Jantalia Barbosa

João Pedro Silvestrin

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Bruno Vicente Becker Vanuzzi (Porto Alegre)

Darli Bertazzoni Barbosa (Londrina)

Isabela Gomes Machado (Brasília)

Luis Fernando Miguel (Porto Alegre)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Membros Suplentes

Alfredo Ambrósio Neto (Goiânia)

Luciano Paiva Nogueira (Belo Horizonte)

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Julio Cezar Hofman (Maceió)

Paulo Roberto Soares (Brasília)

Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)

Membros Suplentes

Éber Saraiva de Souza (Cuiabá)

Ivan Sérgio Vaz Porto (Goiânia)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

MENSAGEM 11

PARTE 1 – ARTIGOS

Economia social e Banco Central: questões legais e regulatórias sobre moedas sociais como instrumentos de políticas públicas compatíveis com a política monetária
Marusa Freire 15

Participação social no controle de constitucionalidade brasileiro: uma análise de decisões do Supremo Tribunal Federal à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito
Aline Lisbôa Naves Guimarães 39

A incorporação de tratados segundo o ordenamento jurídico brasileiro: breves reflexões após a Emenda Constitucional 45
Anelise Ribeiro Pletsch 63

Apontamentos sobre a crise do conceito de serviço público no direito brasileiro
Gustavo Adolfo Maia Júnior 81

Extinção do contrato de trabalho e aposentadoria espontânea
Bibiane Borges da Silva 95

Loterias e jogos de azar no Brasil: legalidade e ilegalidade
Davi Duarte 107

Aspectos processuais do novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas de Portugal
Wilson de Souza Malcher 131

A nova lei de falências e recuperação de empresas e seus reflexos nas relações com as instituições financeiras
Elenise Peruzzo dos Santos 147

A responsabilidade civil dos administradores de fundos de investimento*José Oswaldo Fernandes Caldas Morone* 183**PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA****Supremo Tribunal Federal***Poupança. Diferenças. Remuneração. CDC. Inaplicabilidade retroativa* 217**Superior Tribunal de Justiça***Dano moral. Indenização. Informações cadastrais. Financiamento* 221**Superior Tribunal de Justiça***Contrato de abertura de crédito. Renovação automática* 225**Superior Tribunal de Justiça***FGTS. Execução fiscal. Acordo trabalhista. Invalidez. Lei 9491/97* 231**Superior Tribunal de Justiça***Direito civil. Onerosidade excessiva. Boa-fé objetiva* 239**Superior Tribunal de Justiça***FGTS. Termos de adesão. Assistência por advogado. Desnecessidade* 247**Superior Tribunal de Justiça***Exibição de documentos. Multa. Inviabilidade. Busca e apreensão* 253**Superior Tribunal de Justiça***Hipoteca. Penhora. União estável. Desconhecimento do credor. Validade* 257**Tribunal Regional Federal da 2ª Região***Empreendimento imobiliário. Vícios construtivos. Ilegitimidade do financiador* 261**Tribunal Regional Federal da 4ª Região***FIES. Ação civil pública. Garantia. Exigência. Fiador* 265

APRESENTAÇÃO

A Revista de Direito da ADVOCEF, em sua 5ª edição, firma-se como instrumento de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. É obra de relevante importância e não mais pode ser dispensada no aprimoramento de trabalhos jurídicos.

No ano em que a ADVOCEF comemora 15 anos de exitosa atividade é imprescindível associar a publicação da Revista como uma das positivas realizações devidas à existência da Entidade Associativa. O princípio de que a união faz a força e de que em grupo é mais fácil superar os obstáculos e alcançar melhores resultados está materializado na verdadeira colheita de variados artigos, que enriquecem mais esta edição.

E a permanência da obra é garantia certa de que as novas e boas sementes, que germinam em profusão, por todos os Estados Brasileiros, encontrarão terra fértil para deitar suas raízes, aptas a realimentar a cultura e o ciclo de estudos e debates, fazendo a história acontecer, pois "felizes são aqueles que semeiam livros, livros à mão cheia".

Diretoria Executiva da Advocef

MENSAGEM

O estudo e a pesquisa têm propiciado um rápido crescimento da massa crítica de informações e de conhecimento, em todos os campos da ciência, com o indispensável suporte de meios e recursos atualizados.

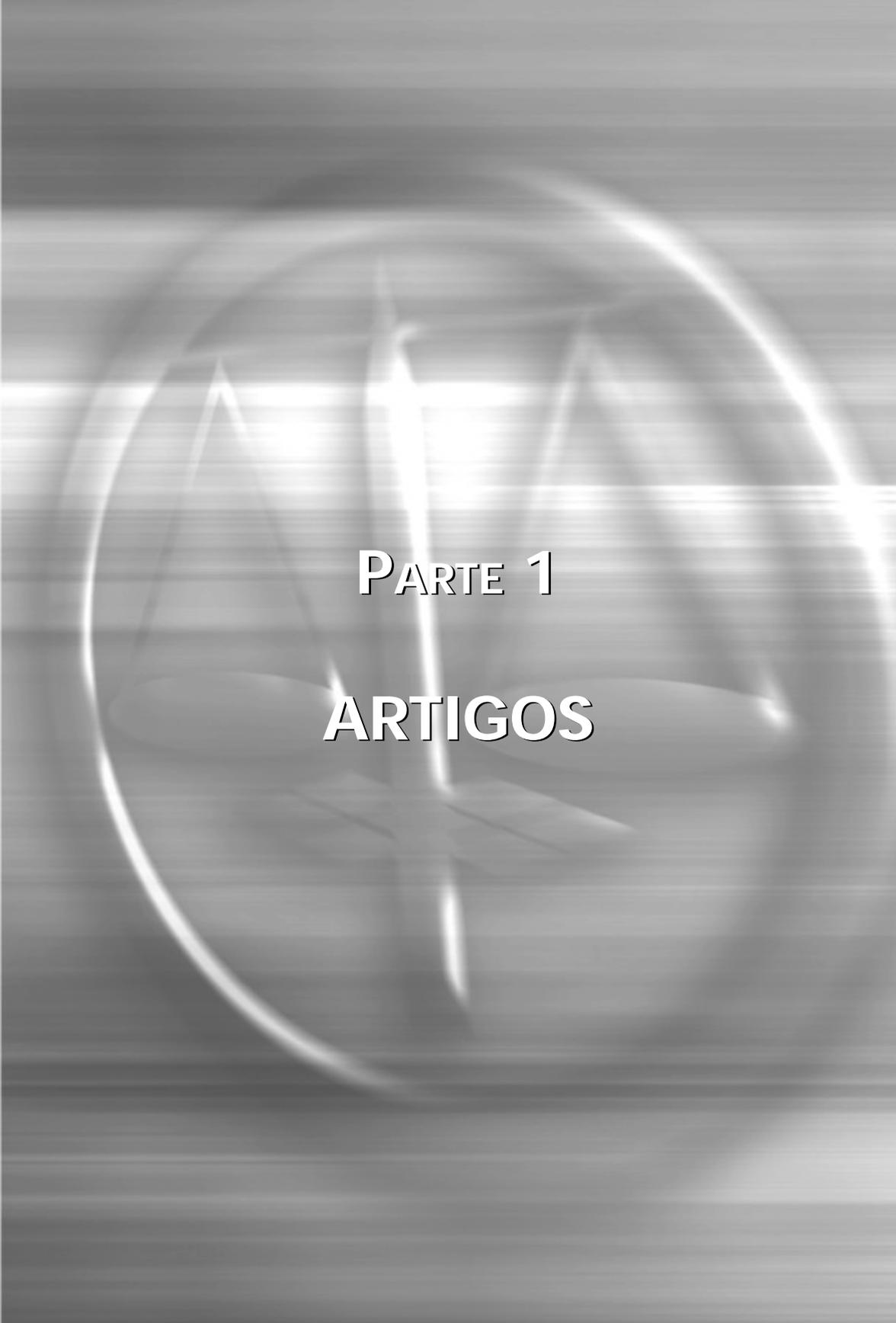
Idêntico efeito ocorre no âmbito da ciência jurídica. O acesso a meios de comunicação rápidos e eficientes, a substituição do papel pelo meio virtual, tudo a agilizar o curso do processo, são provas inequívocas de que a vida em sociedade tomou um dinamismo sem precedentes.

E como se conclui, não há pesquisa, desenvolvimento compatível e acompanhamento eficiente do dinamismo social sem a ferramenta adequada. No exercício da advocacia, além do conhecimento técnico-científico gerador de desenvolvimento pessoal, é indispensável o concurso de máquinas e equipamentos eficientes, adequados à velocidade do progresso levado a termo pelo Judiciário.

Muitas são as causas determinantes de um crescente aparelhamento tecnológico, que veio para melhorar a qualidade do trabalho prestado pelo Judiciário. No entanto, o jurisdicionado precisa acompanhar esse progresso, minimamente, sob pena de ficar excluído do sistema e à margem da nova sociedade, essencialmente virtual.

Em conclusão, o advogado precisa, além de estrutura de apoio suficiente e de tecnologia de informação atualizada, também de bibliotecas à disposição, para ler, pesquisar, induzir e deduzir, pois nada substitui o livre pensar, antes do planejar e fazer.

Davi Duarte



PARTE 1

ARTIGOS

Economia social e Banco Central: questões legais e regulatórias sobre moedas sociais como instrumentos de políticas públicas compatíveis com a política monetária.¹

Marusa Freire

*Procuradora do Banco Central em Brasília.
Ex-Procuradora-Geral do Conselho Administrativo de
Defesa Econômica – CADE (1996-1999).
Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília.
Mestre em Direito e Estado pela Universidade de
Brasília, com Curso de Doutorado em Ciências Jurídico-
Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade
de Lisboa. Foi Visiting Scholar no Centro para Estudos
sobre a América Latina da Universidade de Stanford,
California-EUA (1999-2003).*

RESUMO: No Brasil, a Secretaria Nacional de Economia Solidária tem incentivado a criação de Bancos Comunitários de Desenvolvimento para a emissão de "moedas sociais locais circulantes" e tem lutado pelo estabelecimento de um marco regulatório para o uso de moedas sociais, por meio de políticas públicas de finanças solidárias nas três esferas de governo: federal, estadual e municipal. Será que as moedas sociais podem ser consideradas instrumentos de políticas públicas compatíveis com a política monetária sob a responsabilidade dos bancos centrais? Com o objetivo de sistematizar a matéria para elaboração de estudo referencial sobre o assunto pelo Banco Central do Brasil, este ensaio define o que são moedas sociais a partir de fundamentos constitucionais; identifica e examina questões legais e regulatórias e aspectos logísticos e operacionais relacionados aos sistemas de moedas sociais; e verifica por que as moedas sociais podem ser consideradas instrumentos de políticas públicas de desenvolvimento local compatíveis com a política monetária.

Palavras-chave: Economia social. Banco Central. Políticas públicas. Política monetária.

Introdução

A Economia Social ou Economia Solidária tem por objeto políticas públicas diferenciadas daquelas relacionadas à Economia Pública e à Economia Privada, particularmente no que se refere à atuação do Estado para combater a pobreza e promover o desenvolvimento local. No Brasil, a Secretaria Nacional de Economia Solidária tem incentivado a criação de *Bancos Comunitários de Desenvolvimento*, responsáveis pela emissão de "*moedas sociais locais circulantes*", bem como tem lutado pela criação de um marco regulatório para o estabelecimento de uma política de finanças solidárias com o uso de moedas sociais no País nas três esferas de governo: federal, estadual e municipal.²

Atento aos acontecimentos e titular de competência constitucional exclusiva para emitir moeda e para regular a oferta de moeda e a taxa de juros na economia nacional (art. 164 da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB), bem como para supervisionar as instituições bancárias (art. 192 da CRFB e Lei 4.595/64) e para regulamentar e supervisionar o sistema de pagamentos brasileiro (Lei 10.214/01), o Banco Central do Brasil desenvolveu um projeto para conhecer e avaliar os principais aspectos teóricos e práticos relacionados com as experiências de *moedas sociais* em todo o mundo, a fim de criar um mecanismo que permita o acompanhamento, de forma permanente, da evolução da emissão e uso da moeda social no país, à luz dos resultados do estudo.

Este breve ensaio apresenta os resultados preliminares de investigação sobre sistemas de moedas sociais que, por meio de análise sistêmica, funcional, histórica e comparada, procura sistematizar a matéria para nortear o estudo referencial sobre o assunto que se encontra em realização no Banco Central do Brasil, identificando as principais questões legais e regulatórias e os aspectos operacionais relevantes relacionados ao uso de moedas sociais e examinando as razões pelas quais as moedas sociais podem ser consideradas instrumentos de políticas públicas de desenvolvimento local compatíveis com a política monetária sob a responsabilidade do Banco Central.

O trabalho encontra-se organizado em quatro seções, além desta introdução e das conclusões:

- O que são as moedas sociais.
- Como as moedas sociais funcionam.
- Regime legal e regulatório.
- Por que as moedas sociais podem ser consideradas instrumento de políticas públicas de desenvolvimento local compatíveis com a política monetária.

1 O que são as moedas sociais

O uso de *moedas sociais* não é um fenômeno novo³ e tem sido tolerado pelos bancos centrais em diversos países sob o argumento de que promove o desenvolvimento das economias locais.⁴ Do mesmo modo que ocorre em outras realidades nacionais, existem diversas experiências com moedas sociais no Brasil.⁵

A concepção de moedas sociais costuma ser imediatamente associada a moedas que são produzidas pela sociedade em oposição ao conceito estabelecido da moeda nacional, cujo monopólio de emissão, a exemplo do que ocorre em outras jurisdições, é assegurado ao Banco Central do Brasil, por força do art. 164 da Constituição Federal. Não é à toa, portanto, que, historicamente, as moedas sociais encontram-se no centro de uma profunda divergência entre os economistas.

Uma parte dos economistas considera que a moeda é um elemento institucional inteiramente subordinado aos controles centrais fixados pelas autoridades monetárias e que estes controles devem ser da competência exclusiva dos bancos centrais, que devem administrar a oferta de moeda como base do que se chama a política monetária.⁶ Em contraposição, outra parte dos economistas argumenta que a oferta de moeda não se subordina necessariamente a controles centrais por ser gerada pelas próprias necessidades da economia; e, conseqüentemente, que o banco central não consegue controlar a oferta de moeda uma vez que esta variável é determinada pela sociedade, que criaria e destruiria a moeda, de acordo com as suas necessidades e conveniências de momento.⁷

O fato é que, em todas as realidades sociais e em qualquer momento histórico, quando as autoridades monetárias deixam de emitir moeda suficiente para atender às necessidades dos negócios, as empresas passam a emitir diferenciadas formas de títulos de crédito.⁸ Deste fato resulta:

(a) a criação de um ou de vários sistemas monetários paralelos ao oficial;

(b) o entendimento de que as moedas paralelas são alternativas às moedas nacionais; e

(c) discussões sobre a necessidade de se repensar o sistema monetário centralizado em benefício do desenvolvimento das economias locais.⁹

A revisão da literatura especializada na matéria, no entanto, demonstra que as moedas sociais são instrumentos ou sistemas de pagamentos, criados e administrados pelos próprios usuários por meio de associações sem fins lucrativos, a partir de relações econômicas baseadas na cooperação e solidariedade dos participantes de determinadas comunidades, independentemente do exercício de atividade de intermediação financeira.¹⁰

Do ponto de vista econômico, as moedas sociais são consideradas como um "mecanismo de mercado" - e, portanto, como uma instituição da ordem econômica (art. 170, da CRFB) - capaz de cumprir algumas funções do sistema de Bem estar social. Do ponto de vista social, as moedas sociais são consideradas como um meio alternativo de viabilizar o acesso a bens e serviços que seriam inacessíveis sem o seu uso - e, portanto, como uma instituição da ordem social de natureza complementar à moeda oficial, que tem por base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e justiça sociais (art. 193, da CRFB).

Do ponto de vista funcional, as moedas sociais constituem uma nova maneira de promover a integração das pessoas ao mercado de trabalho (art. 203, III, da CRFB). O seu uso, mesmo quando decorrente de políticas públicas de combate à pobreza e de promoção do desenvolvimento local, não se confunde com outros programas de alocação de recursos e de transferência de renda das camadas mais ricas para as camadas mais pobres da população,¹¹ os quais se situam no âmbito da assistência social que deve ser prestada pelo Estado a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (art. 203, da CRFB).

Do ponto de vista jurídico, as moedas sociais promovem o acesso aos direitos sociais (art. 6º, da CRFB) por meio de uma convenção contratual firmada pelos membros de uma determinada comunidade agrupados por critérios regionais ou setoriais. As moedas sociais são consideradas moedas personalizadas, ou customizadas, porque são instrumentos ou sistemas estruturados juridicamente conforme os propósitos que os participantes dos grupos sociais que as utilizam pretendem alcançar.¹² Como se submetem à disciplina jurídica do direito dos contratos e do direito das obrigações, as moedas sociais não têm curso forçado, nem poder liberatório assegurado por lei. Ninguém está (ou pode ser) obrigado a aceitar uma moeda social ou a participar de um sistema de moedas sociais. Do mesmo modo que ocorre com qualquer atividade econômica ou social, os sistemas de moedas sociais sujeitam-se a limitações normativas nos casos previstos em lei (art. 5º e art. 170, da CRFB).

Apesar de implicar maiores custos e maiores riscos para os detentores da moeda social, em relação à moeda oficial, o uso das moedas sociais tem-se multiplicado como reação das comunidades locais frente ao processo de globalização.¹³ Esse fenômeno está associado ao fato de que, quando a moeda oficial não consegue facilitar todas as trocas potenciais numa economia local, uma moeda complementar pode aliviar esse problema.¹⁴ Por essa razão, mesmo com custos transacionais mais altos do que os custos associados ao uso da moeda oficial, há um incentivo para que as pessoas utilizem as moedas sociais em suas transações diárias nas economias locais.¹⁵

Ao adotar-se como referência a classificação das formas alternativas de riqueza utilizada na abordagem da teoria quantitativa da moeda desenvolvida por Milton Friedman, segundo a qual a riqueza total é também constituída pela riqueza humana, além da riqueza material (moeda, títulos de renda variável, títulos de renda fixa e bens físicos - imóveis e outros ativos materiais-),¹⁶ é possível definir as moedas sociais como riqueza de natureza não financeira, relacionada com a aplicação da riqueza humana no processo produtivo e no processo de circulação e distribuição de bens físicos e serviços realizados pelo trabalho humano.

2 Como as moedas sociais funcionam

De natureza complementar à *moeda fiduciária*, de emissão não lastreada e monopolizada pelo Estado, de curso forçado e de poder liberatório garantido por disposições legais,¹⁷ e à *moeda bancária*, que é criada pelos bancos comerciais e representa a maior parcela dos meios de pagamentos segundo o conceito convencional de moeda utilizado em quase todos os países,¹⁸ a *moeda social* pode apresentar uma variedade significativa de formas e denominações, conforme os propósitos especiais para os quais tenha sido criada.

Por tratar-se de negócio jurídico firmado por uma coletividade de pessoas que são sujeitos de direitos individuais, os três elementos essenciais para o estabelecimento e funcionamento de um sistema de moedas sociais são pessoas, escolhas e regras. Para sua validade requer agentes capazes, objeto lícito e determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 da Lei 10.406/02).

Fundadas na liberdade de contratar e enquadradas, em princípio, nas normas que regem os contratos atípicos (art. 421 e seguintes da Lei 10.406/02), não se pode falar na existência de um modelo ideal para o bom e saudável funcionamento dos sistemas de moedas sociais. O desenho ideal para o bom e saudável funcionamento do sistema dependerá sempre de várias circunstâncias de fato e de direito que são encontradas nas realidades sociais em que as moedas sociais serão implantadas e, particularmente, com a maneira pela qual a população local obtém a sua subsistência.¹⁹

Na prática, todo modelo de funcionamento da moeda social apresenta algumas características que podem ser vantajosas em algumas situações, mas que poderão ser consideradas desvantajosas em outras.²⁰ No entanto, teoricamente, a maioria dos sistemas de moedas sociais funciona com algumas características que são comuns:

(a) Funcionam legalmente em mais de 35 países: os sistemas de moedas sociais costumam ser estabelecidos no espaço em que as normas constitucionais, legais e regulamentares deixam à iniciativa privada (ou nas lacunas deixadas pela legislação ou regulamentação financeira, bancária e monetária).²¹

(b) As moedas sociais são emitidas para membros associados que possuem contas no sistema de moedas sociais, os quais são denominados participantes.

(c) São controladas pelos participantes por meio de organizações representativas.

(d) As moedas sociais apenas circulam em uma determinada área geográfica ou setorial limitada, conforme definido pelos participantes do sistema, e somente são utilizadas/gastas e aceitas nessas áreas.

(e) As moedas sociais não cumprem todas as funções da moeda de curso forçado, mas apenas aquelas que estão associadas aos objetivos do sistema em referência.

(f) A característica fundamental das moedas sociais é (ou deve ser) a reciprocidade, de maneira que os custos e os benefícios do sistema sejam (ou devam ser) equitativamente distribuídos entre os participantes, coordenadores e gestores do sistema, conforme o nível de participação de cada um, de forma que ninguém se beneficie (ou se aproprie) de vantagens não previstas à custa do trabalho dos outros.

(g) Por serem complementares, em geral, à atividade do sistema funciona (ou deve funcionar) de maneira anticíclica, tanto em relação à política monetária, como ao nível de emprego na economia formal. Desse modo, quando a oferta de moeda oficial aumenta, a atividade do sistema diminui, e quando a oferta de moeda oficial diminui, a atividade do sistema aumenta. Igualmente, quando o nível de emprego na economia formal aumenta, a atividade no sistema diminui, e quando o nível de emprego na economia formal diminui, a atividade do sistema aumenta.

Além dessas características comuns, o funcionamento dos sistemas de moedas sociais depende de aspectos logísticos e operacionais que contribuem para a eficiência econômica do sistema,²² os quais são estabelecidos por cláusulas contratuais constitutivas da estrutura jurídica que diferencia os variados sistemas de moedas sociais. Tais aspectos são a seguir relacionados e brevemente comentados.

2.1 Requisitos de participação e regras de coordenação e gestão do sistema

Um dos mais importantes aspectos para o bom e saudável funcionamento de um sistema de moedas sociais relaciona-se à qualidade dos participantes do grupo social e das pessoas da equipe responsável pela sua coordenação e gestão. É necessário que os participantes se envolvam ativamente na escolha dos objetivos, bem como no desenho e estruturação jurídica do sistema. No que se refere à equipe de coordenação e gestão, é preciso que esta tenha capacidade para ajudar o grupo a alcançar os objetivos escolhidos, mantendo contato e envolvimento com o público alvo e adotando uma postura voltada para a expansão do sistema por meio da descoberta e incorporação de novas

pessoas que agregam valor ao grupo. Para isso, é muito importante que as regras que estabelecem os direitos dos participantes e os mecanismos de solução de conflitos sejam claras e compreendidas por todos.

2.2 Objetivos para os quais a moeda social é criada

Nesse aspecto, os sistemas de moedas sociais podem ter:

- *Objetivos comerciais* - quando visam à realização de pagamentos entre comerciantes (B2B - *Business to Business*); entre comerciantes e consumidores (B2C - *Business to Consumer*); entre consumidores (C2C - *Consumer to Consumer*); ou entre consumidores ou comerciantes (C2B - *Consumer to Business*);

- *Objetivos setoriais*, quando visam a outras finalidades sociais que não possuem natureza comercial, tais como assistência à terceira idade, educação, defesa do meio ambiente, culturais, combate ao desemprego, fortalecimento das economias locais, reforço à identidade do grupo social, bem como inúmeros outros propósitos sociais; ou, ainda,

- *Uma combinação de objetivos comerciais com objetivos setoriais.*

2.3 Mecanismos de funcionamento do sistema

Envolvem definições sobre:

- *O meio de representação da moeda social*, que pode ser uma determinada mercadoria, metal, papel (a exemplo do papel moeda oficial, de bônus e de cupons); um sistema de registros (em papel ou em meio eletrônico com ou sem programas de *software* específicos para o uso de moedas sociais); ou uma mistura desses meios. Observa-se que, independentemente do meio utilizado para representar a moeda, bem como das funções que desempenhe e dos procedimentos relacionados com a sua emissão que serão vistos a seguir, todo tipo de moeda pode ser considerado um instrumento de crédito que corresponde a um índice abstrato de valor econômico (ou de valor de troca na economia real) e o mesmo ocorre com a moeda social.

- *As funções da moeda social*. Todas as moedas podem ser classificadas de acordo com as três mais importantes funções da moeda na economia clássica, que são unidade de conta, meio de troca ou de pagamentos e padrão ou reserva de valor. As moedas sociais, em geral, não pretendem desempenhar a função de reserva de valor, cujo monopólio é deixado para a moeda nacional oficial. Assim, em geral as unidades de conta das moedas sociais são estabelecidas por um padrão de valor referenciado pelo valor da unidade de conta da moeda oficial (e.g. *Palmares* e *Rubi*, no Brasil; *LETS*). Existem, entretanto, algumas exceções, tais como moedas baseadas em tempo (horas ou minutos - e.g. "*Time Dollars System*" e "*Japanese Fureai Kippu*") ou em unidades físicas (e.g. Kwh de energia renovável, gerada por cooperati-

vas populares - e.g. WAT no Japão e o *Wara currency*, na Alemanha entre 1920 e 1930).

- *As regras de emissão da moeda social*. Embora os variados sistemas possam apresentar diferentes procedimentos jurídicos para a emissão de moedas sociais, quando se consideram os fundamentos básicos das regras de emissão, os sistemas monetários, podem ser classificados em três grandes categorias, as quais estão associadas às garantias e riscos envolvidos no uso da moeda social e, portanto, aos custos do sistema de moedas sociais. De acordo com essas categorias, a moeda social pode ser: (a) *moeda fiduciária* - emitida e administrada por uma autoridade central e baseada na confiança que a comunidade tem em si mesma (e.g. *Ithaca Hours*); (b) *moeda de troca* ou *moeda lastreada por uma referência externa* ("*backed currency*") - quando as trocas são realizadas em função dos produtos e serviços, diretamente (troca direta) ou indiretamente, por meio de vales, cupons ou sistema de pontos conversíveis em certa quantidade de produtos ou serviços (e.g. *e-Barter* e *programas de milhagem*); e (c) *moeda social em sistema de crédito mútuo* (recíproco), na qual a unidade de conta da moeda social pode ser referenciada pela moeda oficial (e.g. *LETS*, *ROCS*) ou por alguma outra unidade convencionada (e.g. *Time Dollars*). Enquanto a moeda fiduciária apresenta maior risco de uma emissão não controlada e a moeda de troca ou moeda lastreada por uma referência externa não apresenta maiores riscos de emissão descontrolada, nota-se que, os sistemas de moedas sociais em sistemas de crédito recíproco têm a capacidade para ajustar de maneira endógena a oferta de moeda na medida em que os participantes realizam suas transações.²⁴ Essa é a principal característica das moedas sociais em sistemas de crédito recíproco.

2.4 Sistema de circulação

No que se refere ao sistema de circulação, os sistemas de moedas sociais diferenciam-se e guardam certa independência do sistema de intermediação financeira que é controlado pelo Banco Central, no qual a criação e multiplicação de moeda estão relacionadas ao processo de captação de depósitos junto ao público por intermediários financeiros, para posterior realização de empréstimos, mediante a cobrança de uma taxa de juros. Para ter sucesso como moeda complementar, a moeda social precisa "*circular em círculo*", formando um circuito fechado "*closed loop*" que envolva apenas os participantes do sistema, tanto no que se refere à troca de moeda social por bens e serviços, como no que se refere à troca de bens e serviços por moeda social. Até mesmo nos sistemas de moedas sociais cuja estrutura jurídica possibilita a troca de moeda social por moeda oficial, essa troca ocorre (ou deve ocorrer) de modo similar a uma atividade de câmbio entre moeda nacional e moeda estrangeira,

não se caracterizando como uma atividade bancária ou de intermediação financeira.

Muitos sistemas de moedas sociais falham nesse aspecto, ao desconsiderarem totalmente a necessidade de fechamento do círculo (ou circuito) monetário entre os participantes do sistema. Nessa hipótese, o sistema de moeda social tende a se deteriorar ou a provocar efeitos monetários não desejados pelos objetivos da política monetária; ora frustrando os usuários da moeda social; ora provocando necessidade de intervenção dos bancos centrais. Quando há meio circulante no sistema de moeda social (papel, metal, mercadoria), há um maior risco de vazamento no circuito fechado e, assim, embora os custos iniciais de implantação sejam menores, há maiores riscos e custos de sustentação do sistema ao longo do tempo. De outro modo ocorre quando não há meio circulante no sistema de moeda social, mas somente um sistema de registros de informações relativas às transações realizadas pelos participantes do sistema (e.g. em caderno de contas dos comerciantes ou por meio de *software*, com o uso de meios eletrônicos para realizar os registros, caso em que podem ser *on-line* ou *off-line* com o uso de cartões inteligentes - "*smart-card*"). Nesses casos, além de facilitar o monitoramento e a fiscalização pelas autoridades públicas e pelos participantes do sistema, os custos iniciais de implantação do sistema de moedas sociais são maiores, porém os riscos e os custos de sustentação do sistema ao longo do tempo são menores.

Ao adotar-se como referência: (a) a *participação da entidade provedora* (criadora) de moedas sociais no circuito monetário; (b) o *ciclo da moeda*, consubstanciado na maneira pela qual a moeda social é criada (originada), distribuída, emitida (colocada em circulação) e resgatada (retirada de circulação);²⁵ e (c) a *responsabilidade pelo resgate* das moedas sociais; os sistemas de circulação das moedas sociais podem ser classificados em três grandes categorias a seguir relacionadas, a partir das quais questões legais e regulatórias distintas deverão ser mais bem examinadas subsequentemente:

- *Participação direta do provedor*: O provedor da moeda social participa diretamente de todas as etapas do ciclo da moeda social (ou seja, do processo de criação, distribuição, emissão e resgate da moeda social). O provedor da moeda social recebe moeda oficial, ativos financeiros ou bens e serviços na economia real e utiliza moeda social de sua emissão (títulos, bônus ou notas) para pagar por eles, com fundamento na confiança que os participantes têm a respeito do funcionamento do sistema. A responsabilidade pelo resgate das moedas sociais é do provedor e emissor das moedas sociais e as moedas sociais são resgatadas quando este as aceita em pagamento por bens e serviços por ele prestados na economia real (e.g. serviços de propaganda e de divulgação) ou em troca por moeda oficial, ativos financeiros que estejam em seu poder. Se não houver uma adequada oferta de produtos e serviços na economia

real para atender a demanda de pagamentos em moeda social e se não houver uma adequada provisão de moeda oficial, como fundo de capital ou reservas para o sistema de moedas sociais, para que o resgate possa ser efetivado, o sistema entrará em colapso do mesmo modo que ocorre com o sistema monetário oficial e haverá obrigações em moeda oficial a serem acertadas pelo provedor e emissor da moeda social.

- *Participação indireta do provedor*: O provedor da moeda social embora coordene e gerencie as atividades do sistema de moedas sociais, não participa diretamente do processo de emissão e resgate da moeda social. Apenas atua como agente do emissor, criando e distribuindo as moedas sociais para os participantes diretos do sistema que as emitirão, colocando-as em circulação para serem utilizadas como pagamento ou troca contra a prestação de bens e serviços que realizam na economia real. O emissor recebe moeda social do provedor da moeda social e utiliza moeda social de sua emissão para pagar por ela. Isso é possível porque, em geral, o participante direto do sistema (que emite a moeda social) tem por fundamento a existência de excesso ocioso em sua capacidade produtiva de fornecimento de bens ou prestação de serviços na economia real, a qual que pode ser mais bem utilizada. A responsabilidade pelo resgate das moedas sociais é do emissor participante direto do sistema e as moedas sociais são resgatadas quando são aceitas em pagamento por bens e serviços prestados pelo emissor na economia real. Se não houver uma adequada oferta de produtos e serviços na economia real para atender a demanda de pagamentos em moeda social, o sistema também entrará em colapso, porém, não do mesmo modo que ocorre com o sistema monetário oficial nem do mesmo modo que ocorre com o sistema de participação direta. Nesta hipótese, haverá apenas obrigações de fazer ou de entregar bens e serviços na economia real a serem acertadas pelo participante emissor e não obrigações em moeda oficial pelo provedor da moeda social.

- *Sistema comunitário*: No sistema comunitário, o provedor da moeda social, que coordena e gerencia as atividades do sistema de moedas sociais, também não participa diretamente do processo de emissão e resgate da moeda social, apenas atua como agente das organizações sem fins lucrativos participantes do sistema, criando e distribuindo as moedas sociais para que estas (as organizações sem fins lucrativos participantes do sistema) as emitam, ao colocarem as moedas sociais em circulação, as quais podem ser utilizadas contra a prestação de bens e serviços fornecidos inclusive por outras categorias de participantes do sistema (e.g. voluntários, trabalhadores e empreendedores). Diferencia-se, portanto, do sistema de participação indireta porque o emissor (organizações sem fins lucrativos participantes do sistema) recebe a moeda social criada pelo provedor da

moeda social, com base em doações que o emissor (ou o sistema de moedas sociais) recebe de outros participantes do sistema de moedas sociais (participantes empreendedores). A emissão de moeda social neste caso, também tem como fundamento a existência de excesso ocioso na capacidade produtiva para o fornecimento de bens ou prestação de serviços pelas empresas participantes do sistema na economia real, a qual pode ser mais bem utilizada pelos participantes do sistema. Por sua vez, no sistema comunitário, a criação da moeda social está associada a doações realizadas por alguns participantes empreendedores (geralmente empresas em boa situação financeira) para organizações sem fins lucrativos também participantes do sistema, que se encarregam de sua emissão. A responsabilidade pelo resgate das moedas sociais neste caso é de todas as empresas e pessoas participantes do sistema, os quais se comprometem a receber as moedas sociais como pagamento por bens e serviços que são por eles fornecidos na economia real. Assim, as moedas sociais são resgatadas quando são aceitas em pagamento por bens e serviços prestados por qualquer participante do sistema, embora não seja este o emissor. Se não houver o cumprimento do compromisso de fornecimento de bens e serviços na economia real contra o pagamento com moeda social, o sistema também entrará em colapso, porém, de modo diferenciado do que ocorre com o sistema monetário oficial e com os sistemas de participação direta ou indireta. No caso do sistema comunitário, também haverá apenas obrigações de fazer ou de entregar bens e serviços na economia real e não obrigações em moeda oficial a serem acertadas pelo provedor da moeda social como ocorre no sistema de participação indireta. Todavia, as obrigações de fazer ou de entregar bens e serviços na economia real, podem ser acertadas por qualquer participante direto do sistema, independentemente de ter sido ele o emissor.

2.5 Sistema de financiamento e de recuperação de custos

Todo sistema utilizado para realizar pagamentos tem custos em moeda oficial e em moeda social para se manter em operação (correspondentes aos custos para remuneração das pessoas e despesas com infraestrutura operacional). Quando os custos em moeda convencional são muito altos, o sistema encontra dificuldades para se manter em funcionamento. As regras para a recuperação de custos podem ser baseadas em tarifas não variáveis (periódicas, de adesão, por serviços associados, etc); tarifas por transação; pequenos juros ou desvalorização do valor de face da moeda social ou outro ônus relacionado com o tempo; ou, ainda, uma combinação dos itens anteriores. Se o sistema não estabelecer regras adequadas para o financiamento e a recuperação dos custos, ele se tornará insustentável ao longo do tempo. Além das regras de recupe-

ração de custos, é importante o estabelecimento de mecanismos de incentivo para que os participantes realizem suas transações utilizando as moedas sociais e esses mecanismos de incentivo devem estar alinhados com os objetivos do sistema. Adicionalmente, também devem ser estabelecidas regras de apropriação de receitas e de provisão de recursos (e.g. exigência de fundos de capital ou reservas) para cobrir dívidas não pagas pelos participantes do sistema.

2.6 Forma de organização social

A forma de organização social mais adequada para cada sistema de moeda social depende do conjunto dos aspectos logísticos e operacionais antecedentes que estruturam juridicamente o sistema de moedas sociais e determinam o regime legal e regulatório que a ele se aplica, bem como se há ou não necessidade de que o sistema seja autorizado pelo Banco Central do Brasil (e.g. Lei 4.595/64, e Lei 10.214/01) ou por outra autoridade pública (e.g. Lei 5.678/71, que estabelece normas de proteção à economia popular, regulamentada pelo Decreto 70.951/92).

3 Regime legal e regulatório

No que se refere especificamente ao regime legal e regulatório a que os sistemas de moedas sociais se submetem, do mesmo modo que ocorre em outras jurisdições, muitos aspectos continuam abertos e em discussão.²⁶ Por exemplo: o próprio regime legal e regulatório, em virtude de suas diferenciadas estruturas jurídicas; os direitos de proteção do consumidor (ou direitos dos participantes); os mecanismos de solução de conflitos; os mecanismos de garantias relacionadas com os depósitos dos provedores de moedas sociais *on-line*; a necessidade e o regime de reservas; a incorporação das transações em agregados monetários para efeitos de monitoramento por parte dos bancos centrais, etc.

Pela sua natureza convencional (contratual), os sistemas de moedas sociais costumam ser estruturados juridicamente em conformidade com as normas legais, dentro do espaço que lei confere à liberdade e autonomia privada em cada realidade social. No Brasil, A legislação relevante para o aprofundamento do estudo sobre moedas sociais inclui alguns dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil, da Lei 4.595/64, da Lei 10.214/01, da Lei 8.697/93, da Lei 6.385/76, da Lei 5.678/71, da Lei 4.511/64, do Decreto-Lei 3.688/41, do Código Civil, do Código Penal, da Legislação Fiscal, da Lei de Usura (Dec 22.626/33, MP 2.172-32/01), do DL 857/69, da Lei 8.024/90, entre outras normas esparsas.

A análise dessas disposições frente às experiências concretas com sistemas de moedas sociais observadas no Brasil encontra-se em anda-

mento e não há ainda uma posição final ou relatório jurídico sobre como os aspectos específicos da matéria abordados neste trabalho se aplicam aos casos concretos, de maneira que os comentários a seguir realizados encontram-se sujeitos a revisão.

De acordo com a legislação brasileira, as organizações não governamentais (ONGs), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e os Fundos Municipais, que não têm fins lucrativos, em princípio, não necessitam de autorização governamental ou do Banco Central para o desenvolvimento de seus projetos com moedas sociais. Esses últimos (os Fundos Municipais), entretanto, sujeitam-se às limitações estabelecidas pela lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar 101, de 2001), particularmente no que se refere à assunção de obrigações no âmbito do sistema de moedas sociais.

Se as moedas sociais forem utilizadas em programas de microfinanças, as duas primeiras instituições (as ONGs e os Fundos Municipais) sujeitam-se às limitações estabelecidas pela lei de usura (Dec. 22.626/33), enquanto as OSCIPs não (MP 2.172-32/01). Diferentemente ocorre se as moedas sociais forem estabelecidas por empreendimentos com finalidade lucrativa. Nessa hipótese, em geral, se torna necessária obtenção de autorização governamental ou do Banco Central. Por exemplo, um programa de benefícios envolvendo a emissão de bônus ou vales que funcionem como moeda social pode necessitar de autorização do Ministério da Fazenda (Lei 5.678/71) e uma Sociedade de Crédito ao Microempreendedor ou uma Cooperativa de Crédito que queira utilizar uma moeda social precisa de autorização do Banco Central.

A partir da definição de moedas sociais como sistemas criados e administrados por grupos sociais para viabilizar a realização de pagamentos, trocas ou transmissão de obrigações jurídicas monetárias entre os membros de uma determinada comunidade, é fácil perceber que, de alguma forma, os sistemas de moedas sociais relacionam-se com o sistema de pagamentos da economia nacional e, portanto, no caso do Brasil, com a Lei 10.214/01, que regula a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do sistema de pagamentos brasileiro, uma vez que, de acordo com o contido no art. 2º desse diploma legal: "o sistema de pagamentos brasileiro (...) compreende as entidades, os sistemas e os procedimentos relacionados com a transferência de fundos e de outros ativos financeiros, ou com o processamento, a compensação e a liquidação de pagamentos em qualquer de suas formas".

O estabelecimento de moedas sociais baseadas em sistemas de crédito mútuo ou recíproco que realizem a compensação multilateral de obrigações é, portanto, admitido no direito brasileiro por força do art. 3º, da Lei 10.214/01, quando a compensação for realizada no âmbito de um mesmo prestador de serviços de compensação de obrigações e consista em procedimento que tenha por objetivo a apuração da soma dos resultados bilaterais devedores e credores de cada participante em re-

lação aos demais. Nesses casos, o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários poderão editar normas e instruções relacionadas ao funcionamento dos sistemas de moedas sociais nas suas respectivas esferas de competência, com vistas ao cumprimento da legislação que disciplina o sistema de pagamentos brasileiro. (art. 10, da Lei 10.214/01).

A presença de efeitos monetários ou riscos sistêmicos em função do volume ou da natureza dos negócios é suficiente para estabelecer a competência do Banco Central em relação à matéria (art. 164 e 192 da CRFB, Lei 4.595/64 e Lei 10.214/01), especialmente porque a legislação bancária (art. 17, da Lei 4.595/64) lhe atribui o dever de exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados, bem como em relação às modalidades operacionais que utilizem. Do mesmo modo ocorre se os operadores de sistemas de moedas sociais praticarem atividades privativas de instituição bancária e financeira que se sujeitam ao controle, preventivo e repressivo, exercido pelo Banco Central (art. 17, da Lei 4.595/64).

Embora os efeitos monetários dos sistemas de moedas sociais não sejam significativos,²⁷ é provável que algum tratamento regulatório seja necessário,²⁸ particularmente no que se refere: à conversibilidade da moeda social para a moeda oficial; às formas de cooperação/integração entre provedores de moeda social e instituições bancárias; e à possibilidade de utilização da moeda social por correspondentes bancários. E sempre que o sistema de moedas sociais for estruturado juridicamente em contrariedade às normas legais e regulamentares os responsáveis pela sua criação e administração sujeitam-se às penalidades previstas na legislação administrativa, civil ou penal.

Por tratar-se de operações e negócios de natureza subsidiária, complementar ou acessória das atividades exercidas no âmbito do sistema monetário nacional e dos mercados financeiro, de capitais e de valores mobiliários, compete ao Conselho Monetário Nacional dentre outras atribuições relativamente aos sistemas de moedas sociais (cf. Lei 4.595/64, Lei 10.214/01, Lei 5.678/71 e MP 2.172-32, de 2001):

(a) restringir seus limites e modalidades, bem como disciplinar as operações ou proibir novos lançamentos;

(b) exigir garantias ou formação de reservas técnicas, fundos especiais e provisões sem prejuízos das reservas e fundos determinados em leis especiais; e, inclusive,

(c) afastar a aplicabilidade das disposições contidas na MP 2.172-32, de 2001, que estabelece a nulidade de estipulações usurárias abusivas ou excessivas em contratos civis e comerciais; inverte o ônus da prova nas ações intentadas para declarar nulidade das estipulações usurárias abusivas ou excessivas; e estabelece o âmbito de aplicação dos limites legais às taxas de juros nos contratos privados.

4 Por que as moedas sociais podem ser consideradas instrumento de políticas públicas de desenvolvimento local compatíveis com a política monetária

Nas diversas realidades nacionais, as moedas sociais são consideradas instrumento de desenvolvimento local por criarem condições para o desenvolvimento das economias locais com impacto macroeconômico que não costuma ser significativo ou é quase nulo, a depender do valor total e do volume total das transações realizadas com moedas sociais²⁹ e também da forma pela qual o sistema de moeda social é estruturado juridicamente.

A grande preocupação dos bancos centrais em relação às moedas sociais está relacionada aos efeitos que a criação de poder de compra fora do sistema monetário oficial provoca sobre a demanda agregada e sobre o poder que o banco central tem para controlar a oferta de moeda. No entanto, embora o uso de algumas moedas sociais (e.g. programas de milhagem das companhias aéreas) possa provocar um efeito positivo na demanda agregada, o papel do poder de compra criado pelo uso de tais sistemas é muito limitado, tanto no que se refere à fungibilidade como no que se refere à transferibilidade da moeda social, razão pela qual o uso de moedas sociais não constitui séria ameaça ao papel dos bancos centrais em relação aos sistemas de pagamentos nacionais, nem à estabilidade do sistema financeiro.³⁰

Pelo contrário, como alguns estudos empíricos demonstram, quando adequadamente estruturados, além de poderem apresentar um comportamento anticíclico tanto em relação à política monetária como em relação ao nível de emprego, os sistemas de moedas sociais podem reduzir a necessidade de meio circulante (dinheiro, cheques ou depósitos à vista) sem gerar riscos sistêmicos devido ao represamento da circulação das moedas sociais em uma determinada área ou setor que funciona isolada e independentemente do sistema bancário.³¹

Do ponto de vista jurídico, o aprofundamento da análise sobre moedas sociais deve necessariamente contemplar o exame das estruturas jurídicas que diferenciam os variados sistemas de moedas sociais considerando o contexto fático e o ambiente regulatório específico encontrado em cada realidade social. Uma atenção especial deve ser dada aos pontos de intersecção que se referem às relações entre: (a) moedas sociais e densidade das transações; (b) moedas sociais e moeda eletrônica; (c) moedas sociais e políticas públicas de microfinanças; (d) moedas sociais e políticas públicas de desenvolvimento local; (e) moedas sociais e a política monetária sob a responsabilidade do Banco Central.

Para tanto, sem desconsiderar as características peculiares de cada sistema de moedas sociais, sugere-se a adoção, como referência teórica para a análise jurídica, de um modelo ideal de moeda social baseado em sistema de crédito mútuo, estruturado juridicamente para realizar a com-

pensação multilateral de obrigações (consistente em procedimentos que têm por objetivo a apuração da soma dos resultados bilaterais devedores e credores de cada participante em relação aos demais participantes do sistema). Primeiro, por ser este um modelo expressamente admitido no direito brasileiro pelas disposições contidas art. 3º da Lei 10.214/01, como já foi mencionado. Segundo, por que esse tipo de sistema de moedas sociais envolve questões legais e regulatórias e aspectos operacionais a serem enfrentados pelas autoridades monetárias no tempo presente e no futuro,³² embora se trate de um procedimento que também era adotado pelos comerciantes nas civilizações antigas (Roma e Babilônia) e na Idade Média, em conformidade com as normas jurídicas de cada realidade social, para aliviar a escassez de moeda, no sentido de dinheiro (*cash*).³³

Com efeito, nesses sistemas de moedas sociais (em sistemas de crédito mútuo e recíproco) são utilizadas técnicas ou metodologias para assegurar uma sincronização entre os fluxos de recebimentos e os fluxos de pagamentos nas economias locais, reduzindo a demanda da moeda oficial para fins transacionais e promovendo a organização (ou reorganização) da produção, circulação, distribuição e consumo locais em função de um mercado de trabalho também local, correspondente à determinada região ou ao setor em que a moeda social é utilizada.

Quando o sistema de moedas sociais é estruturado juridicamente do modo acima mencionado ou de outra maneira que produza os mesmos efeitos, o aumento da quantidade de moeda social (ou o aumento da oferta de moeda social) corresponde sempre ao aumento da quantidade de transações realizadas pelos participantes do sistema, na economia real em referência e será naturalmente limitado por essa quantidade de transações. Por esse motivo, alguns estudiosos da economia social associam o sistema de moedas sociais à abundância da oferta de moeda para a realização de transações nas economias locais, em contraposição aos sistemas monetários convencionais, conhecidos pela escassez da oferta de moeda para a realização de transações nas economias locais.

Na prática, entretanto, não ocorre escassez nem excesso na oferta de moedas sociais quando os sistemas são desenhados dentro da legalidade e visam ao atendimento da demanda por moeda de um determinado grupo social que compõe um único mercado de trabalho local. O que ocorre nessa situação é que os recursos monetários correspondentes aos bens e serviços que são utilizados, produzidos, comercializados e consumidos pelos participantes do sistema, na economia local, ficam represados em *circuitos monetários fechados*, organizados em função do mercado de trabalho existente na realidade social local.

Dessa maneira a riqueza produzida na economia local beneficia, em primeiro lugar, as pessoas que participam do sistema de moedas

sociais e cada sistema de moedas sociais forma aquilo que se poderia chamar de uma *área monetária ótima*, na qual a demanda por bens e serviços locais pode ser atendida pela oferta de bens e serviços locais antes que o excedente da oferta desses bens e serviços seja exportado para outras áreas e setores não atendidos pela moeda social em referência. Ou seja, com o estabelecimento de um sistema de moedas sociais, a criação de riqueza na economia local, a partir dos recursos que se encontram disponíveis nas localidades e pequenas regiões de comércio, passa a ser direcionada para o atendimento das necessidades ainda não atendidas pela moeda oficial nas realidades locais.

Como efeito desse direcionamento, o *circuito monetário fechado* funciona como um *círculo virtuoso*. De um lado ocorre um aumento na riqueza dos participantes dos sistemas de moedas sociais e, conseqüentemente, no potencial de arrecadação tributária dos municípios (Imposto Sobre Serviços - ISS, taxas e contribuições de melhoria), que poderão, de diversas formas, participar direta ou indiretamente do sistema de moedas sociais, inclusive para incentivarem o aumento da atividade do sistema porque, simultaneamente, estarão incentivando o aumento do seu potencial de arrecadação.

De outro lado, torna-se possível e necessário promover a integração ou formas de cooperação entre os diversos sistemas de moedas sociais e o sistema bancário tradicional para o estabelecimento de um ou vários *círculos virtuosos*, através dos quais poderão ser realizadas trocas com outras economias locais, com a economia nacional e com a economia internacional. Desse modo, o excedente da produção local pode ser exportado, resultando uma redistribuição de recursos na economia nacional, simultaneamente ao desenvolvimento das economias locais e do comércio interno intermunicipal, interestadual e inter-regional.

Nesse contexto, assegurar que a circulação da moeda social ocorra em *circuitos monetários fechados* é particularmente relevante nos casos de integração e cooperação entre os sistemas de moedas sociais e os bancos porque existe uma tendência natural das instituições bancárias para aplicar os depósitos bancários captados nas economias locais em operações fora das economias locais que, do ponto de vista financeiro, oferecem maiores retornos para os bancos do que os rendimentos monetários que podem ser auferidos com eventual manutenção de reservas para os sistemas de moedas sociais no curto prazo.

No entanto, ao assegurar a manutenção de depósitos bancários dos participantes dos sistemas de moedas sociais em *circuitos monetários fechados* nas economias locais, no médio e longo prazo, as instituições bancárias, parceiras de organizações que utilizam moedas sociais, despertarão para as vantagens de manter os depósitos bancários aplicados em investimentos nas economias locais. Afinal, cada sistema de moedas sociais, quando adequadamente estruturado do ponto de vista jurídico,

pode funcionar como uma pequena câmara de compensação dos pagamentos realizados entre os participantes do sistema, de maneira a resultar uma natural tendência para a formação de pequenas bolsas de valores locais e para a geração de novas oportunidades de negócios e parcerias para os bancos no mercado de microfinanças e de crédito ao micro e pequeno empreendedor nas economias locais.

Tal circunstância viabiliza a adoção de uma política efetiva de depósitos compulsórios diferenciados em função das necessidades de crédito das economias locais (art. 10, da Lei 4.595/64) sem aumento de pressão inflacionária e, por essa razão, é possível afirmar que as moedas sociais possuem um grande potencial para serem também utilizadas pelas autoridades monetárias como instrumento de orientação para a execução da política monetária, com vistas: (a) a um melhor controle ou monitoramento do alcance, em nível microeconômico, das decisões do Banco Central; (b) a uma melhor distribuição no crédito bancário para as economias locais e, conseqüentemente, (c) à redução no custo do crédito para micro e pequenas empresas; contribuindo para o desenvolvimento de um mercado de crédito eficiente e adequado às necessidades das economias locais e da economia nacional.

Conclusão

As moedas sociais, criadas e administradas pelos próprios usuários por meio de associações sem fins lucrativos, a partir de relações econômicas baseadas na cooperação e solidariedade dos participantes de determinadas comunidades para viabilizar a realização de pagamentos ou a transmissão e compensação de obrigações jurídicas nas economias locais ou setoriais, independentemente do exercício de atividade de intermediação financeira, são uma importante área de intersecção entre a Economia Pública e a Economia Social a demandar maior atenção dos pesquisadores e formuladores de políticas públicas no século XXI.

Embora muitas questões legais e regulatórias permaneçam abertas para discussão em quase todas as jurisdições, quando examinados os aspectos logísticos e operacionais de seu funcionamento, percebe-se que, por serem fundadas na liberdade para contratar, as moedas sociais possuem uma flexibilidade muito maior do que os governos e os bancos atribuíram às cédulas e moedas nacionais nos últimos dois milênios. Com efeito, as cláusulas contratuais constitutivas da estrutura jurídica que diferencia os variados sistemas de moedas sociais, além de determinarem os aspectos logísticos e operacionais do funcionamento dos sistemas de moedas sociais, se prestam para determinar o ciclo da moeda (criação, distribuição, emissão e resgate da moeda social) e para definir o próprio regime legal e regulatório aplicável ao sistema concreto em referência.

Afinal, como foi examinado ao longo deste ensaio, cada sistema de moeda social corresponde a um conjunto particular de arranjos jurídicos contratuais que reconhecem interesses comuns e estabelecem os mecanismos de participação dos membros associados e os métodos de coordenação e de condução das atividades econômicas locais, permitindo aos indivíduos terem um maior controle sobre a criação e uso da moeda social, de acordo com a vontade política da comunidade em que se inserem. Ora, em virtude de tal potencialidade, é possível estruturar juridicamente os sistemas de moedas sociais de variadas maneiras, inclusive de maneiras simultaneamente compatíveis com os objetivos da política monetária, com as normas da regulamentação bancária e com as políticas públicas de finanças solidárias, direcionadas à geração de trabalho e renda, à inclusão social e ao desenvolvimento econômico local, justo e solidário.

Adicionalmente, como indicam os resultados do presente estudo, o uso de moedas sociais não afeta o poder que os bancos centrais têm para controlar a oferta de moeda, não constitui séria ameaça ao papel dos bancos centrais em relação aos sistemas de pagamentos nacionais, nem coloca em risco a estabilidade do sistema financeiro. Por outro lado, a utilização de alguns sistemas de moedas sociais (particularmente aqueles que têm a capacidade para ajustar de maneira endógena a oferta de moeda social na medida em que os participantes realizam suas transações) pode conferir maior efetividade a uma política de depósitos compulsórios diferenciados conforme as necessidades de crédito das economias locais, contribuindo para melhorar a distribuição da oferta de crédito no sistema financeiro nacional e, conseqüentemente, para promover a redução dos custos do crédito bancário para os trabalhadores autônomos, micro e pequenos empresários nas economias locais.

Assim, a criação de um marco regulatório necessário e adequado para o bom desenvolvimento de políticas públicas de finanças solidárias com a emissão de *moedas sociais* no Brasil pode ser uma condição essencial para promover a redução das desigualdades sociais e regionais observadas no País, além de contribuir para promover a erradicação da pobreza. Por essa razão, é importante articular as iniciativas da Secretaria Nacional de Economia Solidária com as ações do Banco Central do Brasil, de maneira que, além da conformidade com a lei e da compatibilidade com a política monetária sob a responsabilidade do Banco Central, a emissão de moedas sociais no País tenha por fundamento a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, com o fim de assegurar a todos os brasileiros uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e da ordem econômica constitucional.

Notas

- 1 Versão em português do artigo "*Social Economy and Central Bank: Legal and regulatory issues on social currencies (social money) as a public policy instrument consistent with monetary policy*", apresentado na Conferência Internacional CIRIEC de Pesquisa em Economia Social, realizada no período de 22 a 25 de outubro de 2007, em Victória, Canadá.
- 2 CONFERÊNCIA NACIONAL DE ECONOMIA SOLIDÁRIA, 1., 2006, Brasília. **Economia Solidária como Estratégia e Política de Desenvolvimento - Documento Final**. Disponível em <http://www.mte.gov.br/ecosolidaria/conf_default.asp>. Acesso em: 01 jul. 2007.
- 3 DEMEULENAERE, Stephen. **A Pictorial History of Community Currency Systems**. Disponível em <http://www.appropriate-economics.org/materials/pictorial_history_of_CCS.pdf> Acesso em 02 jul. 2007.
- 4 LIETAER, Bernard. **The Future of Money**. London: Century, 2001. RÖSL, Gehard. **Regional currencies in Germany - local competition for the Euro?**. Disponível em http://www.bundesbank.de/download/volkswirtschaft/dkp/2006/200643dkp_en.pdf. Acesso em 22 fev. 2007; . SCHRAVEN, Jorim. **The Economics of Community Currency: a Theoretical Perspective**. Tese de doutorado - Universidade de Oxford, Oxford, 2001. Disponível em: <http://www.jorim.nl/economicscommunitycurrencies.pdf>> Acesso em: 04 fev. 2007.
- 5 INSTITUTO BANCO PALMAS DE DESENVOLVIMENTO E SOCIOECONOMIA SOLIDÁRIA. **Bancos Comunitários de Desenvolvimento - Uma Rede sob Controle da Comunidade**. Fortaleza, 2006.; SOARES, Claudia Lucia Bisaggio. 2005. **Moeda Social - Uma Análise Interdisciplinar de suas Potencialidades no Brasil Contemporâneo**. Tese de doutorado - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006.
- 6 LOPES, João do Carmo; ROSSETTI, José Paschoal. **Economia monetária**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- 7 *Ibid.*
- 8 *Ibid.*
- 9 SOLOMON, Lewis D. **Rethinking our Centralized Monetary System - The Case for a System of Local Currencies**. Westport: Praeger, 1996; SWANN, Robert; WITT, Susan. **Local Currencies: Catalysts for sustainable Regional Economies**. The E.F. Schumacher Society, 1995. Disponível em: <http://www.smallisbeautiful.org/publications/essay_currency.html>. Acesso em 20 mai. 2007; DOUTHWAITE, Richard. *The Ecology of Money*. Disponível em <<http://www.feasta.org/documents/moneyecology/contents.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2007.
- 10 CONFERÊNCIA NACIONAL DE ECONOMIA SOLIDÁRIA, *Op.cit.*
- 11 *Ibid.*
- 12 LIETAER, Bernard; HALLSMITH, Gwendolyn. **Community Currency Guide**. Global Community Initiatives, 2006. Disponível em: <<http://www.lyttelton.net.nz/timebank/Community%20Currency%20Guide.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2007.
- 13 RÖSL, Gehard. **Regional currencies in Germany - local competition for the Euro?**. Disponível em http://www.bundesbank.de/download/volkswirtschaft/dkp/2006/200643dkp_en.pdf. Acesso em 22 fev. 2007.

- 14 SCHRAVEN, Jorim. *Op.cit.*
- 15 *Ibid.*
- 16 LOPES, João do Carmo; ROSSETTI, José Paschoal. *Op.cit.*
- 17 *Ibid.*
- 18 *Ibid.*
- 19 LIETAER, Bernard. **The Future of Money**. London: Century, 2001; SCHRAVEN, Jorim. *Op.cit.*
- 20 LIETAER, Bernard. *Op.cit.*
- 21 DEMEULENAERE, Stephen. *Op.cit.* SCHRAVEN, Jorim. *Op.cit.*
- 22 LIETAER, Bernard; HALLSMITH, Gwendolyn. **Community Currency Guide**. Global Community Initiatives, 2006. Disponível em: <<http://www.lyttelton.net.nz/timebank/Community%20Currency%20Guide.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2007.
- 23 COZER, Cristiano Lopes de Oliveira. **Natureza e propriedades da moeda: contribuição para o estudo do direito monetário no Brasil**. 2006. Dissertação de mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- 24 SCHRAVEN, Jorim. *Op.cit.*
- 25 Diferencia-se aqui o processo de criação de moeda do processo de emissão da moeda: enquanto o primeiro refere-se à "produção" propriamente dita da moeda ou à forma pela qual a moeda é originada, o segundo refere-se à colocação da moeda em circulação. Por outro lado, o resgate refere-se à retirada da moeda de circulação.
- 26 KUTTNER, Kenneth N.; McANDREWS, James J. **Personal On-Line Payments**. Nova Iorque: FRBNY Economic Policy Review, 2001.
- 27 LIETAER, Bernard. *Op.cit.*; SCHRAVEN, Jorim. *Op.cit.*
- 28 KUTTNER, Kenneth N.; McANDREWS, James J. *Op.cit.*
- 29 KUTTNER, Kenneth N.; McANDREWS, James J. *Op.cit.*; RÖSL, Gerhard. *Op.cit.* SCHRAVEN, Jorim. *Op.cit.* ARNONE, Marco; BANDIERA, Luca. Monetary Policy, **Monetary Areas and Financial Development with Electronic Money**. IMF, 2004. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2004/wp04122.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2007.
- 30 ARNONE, Marco; BANDIERA, Luca. *Op.cit.*
- 31 LIETAER, Bernard. *Op.cit.*; SCHRAVEN, Jorim. *Op.cit.*
- 32 VVARTANIAN, Thomas P.; LEDIG, Robert H.; BRUNEAU, Lynn. **21st Century - Money, Banking, & Commerce**. Washington: Fred, Frank, Harris, Shriver & Jacobson, 1998.
- 33 GIOVANOLI, Mário. Legal Issues Regarding Payment and Netting Systems. In: EFFROS, Robert (ed). **Current Legal Issues Affecting Central Banks**. Washington: International Monetary Fund, 1997.

Referências

- ARNONE, Marco; BANDIERA, Luca. **Monetary Policy, Monetary Areas and Financial Development with Electronic Money**. IMF, 2004. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2004/wp04122.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2007.
- CONFERÊNCIA NACIONAL DE ECONOMIA SOLIDÁRIA, 1., 2006, Brasília. **Economia Solidária como Estratégia e Política de Desenvolvimento - Documento Final**. Disponível em <http://www.mte.gov.br/ecosolidaria/conf_default.asp>. Acesso em: 01 jul. 2007.
- COZER, Cristiano Lopes de Oliveira. **Natureza e propriedades da moeda: contribuição para o estudo do direito monetário no Brasil**. 2006. Dissertação de mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- DEMEULENAERE, Stephen. **A Pictorial History of Community Currency Systems**. Disponível em <http://www.appropriate-economics.org/materials/pictorial_history_of_CCS.pdf> Acesso em 02 jul. 2007.
- DOUTHWAITE, Richard. **The Ecology of Money**. Disponível em <http://www.feasta.org/documents/money_ecology/contents.htm>. Acesso em: 20 mai. 2007.
- GIOVANOLI, Mário. Legal Issues Regarding Payment and Netting Systems. In: EFFROS, Robert (ed). **Current Legal Issues Affecting Central Banks**. Washington: International Monetary Fund, 1997.
- INSTITUTO BANCO PALMAS DE DESENVOLVIMENTO E SOCIOECONOMIA SOLIDÁRIA. **Bancos Comunitários de Desenvolvimento - Uma Rede sob Controle da Comunidade**. Fortaleza, 2006.
- KUTTNER, Kenneth N.; McANDREWS, James J. **Personal On-Line Payments**. Nova Iorque: FRBNY Economic Policy Review, 2001.
- LOPES, João do Carmo; ROSSETTI, José Paschoal. **Economia monetária**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- LIETAER, Bernard. **The Future of Money**. London: Century, 2001.
- LIETAER, Bernard; HALLSMITH, Gwendolyn. **Community Currency Guide**. Global Community Initiatives, 2006. Disponível em: <<http://www.lyttelton.net.nz/timebank/Community%20Currency%20Guide.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2007.
- RÖSL, Gehard. **Regional currencies in Germany - local competition for the Euro?**. Disponível em http://www.bundesbank.de/download/volkswirtschaft/dkp/2006/200643dkp_en.pdf . Acesso em 22 fev. 2007.
- SCHRAVEN, Jorim. **The Economics of Community Currency: a Theoretical Perspective**. Tese de doutorado - Universidade de Oxford, Oxford, 2001. Disponível em: <http://www.jorim.nl/economicscommunitycurrencies.pdf>> Acesso em: 04 fev. 2007.
- SILVA, Janaina Carneiro. 2005. **Rubem Berta's complementary currency: An evaluation of the initial stage of the experience of a southern Brazilian local community on implementing its own complementary currency**. Dissertação de mestrado - Universidade de Westminster, Londres, 2005.
- SOARES, Claudia Lucia Bisaggio. 2005. **Moeda Social - Uma Análise Interdisciplinar de suas Potencialidades no Brasil Contemporâneo**. Tese de doutorado - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006.

SOLOMON, Lewis D. **Rethinking our Centralized Monetary System - The Case for a System of Local Currencies**. Westport: Praeger, 1996.

SWANN, Robert; WITT, Susan. **Local Currencies: Catalysts for sustainable Regional Economies**. The E.F. Schumacher Society, 1995. Disponível em:

<http://www.smallisbeautiful.org/publications/essay_currency.html>. Acesso em 20 mai. 2007.

VARTANIAN, Thomas P.; LEDIG, Robert H.; BRUNEAU, Lynn. **21st Century - Money, Banking, & Commerce**. Washington: Fred, Frank, Harris, Shriver & Jacobson, 1998.

Participação social no controle de constitucionalidade brasileiro: uma análise de decisões do Supremo Tribunal Federal à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito

Aline Lisbôa Naves Guimarães

Advogada da Caixa em Brasília.

Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB.

RESUMO: O presente trabalho busca investigar a participação social no controle de constitucionalidade brasileiro a partir da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal que examinam pedidos de participação em debates constitucionais formulados por entidades representativas da sociedade civil. Tais solicitações fundamentam-se em diferentes possibilidades de participação, especialmente nos dispositivos constitucionais que lhes conferem legitimidade à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade. A Carta Magna revela especial preocupação em proporcionar à sociedade civil condições de interferir diretamente nos debates desenvolvidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por meio da ampliação do rol de legitimados ativos. Todavia, apesar do intuito da Constituição de conferir legitimidade ativa a representantes da sociedade civil, o STF tem desenvolvido uma interpretação restritiva dos requisitos para a legitimação dessas entidades, de modo a limitar a possibilidade de propositura de tais ações e conseqüentemente restringir a participação no processo de interpretação constitucional.

Palavras-chave: Participação social. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Estado Democrático de Direito.

Introdução

A participação da sociedade civil nos debates de interesse público é tema de grande relevância nas democracias contemporâneas. Torna-se paulatinamente mais importante que os cidadãos busquem exercer essa função participativa nos diversos ramos do Estado, inclusive nos debates jurídicos. As discussões acerca da contribuição social nas decisões do Poder Judiciário adquirem especial relevo quando se trata do controle de constitucionalidade de normas, uma vez que a interpretação constitucional possui nítido interesse público e, diante disso, são cada vez mais constantes pedidos de entidades representativas que querem se integrar aos debates constitucionais.

Tais solicitações fundamentam-se em diferentes possibilidades participativas. Entre as principais, estão os dispositivos da Constituição que conferem legitimidade à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, uma vez que a Carta Magna revela especial preocupação em proporcionar à sociedade civil a participação nos debates desenvolvidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ampliando o rol de legitimados ativos. Essa preocupação justifica-se na medida em que o modelo de controle concentrado caracteriza-se pela restrição dos quadros de legitimados ativos para a proposição de ações, situação menos problemática no modelo difuso de controle, em que a legitimação é dada a qualquer cidadão para argüir a constitucionalidade de lei ou ato normativo promanados do poder público¹. Dispõe o artigo 103 da Constituição Federal:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ao incluir neste rol partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe, a Constituição alterou substancialmente o sistema anterior, em que apenas o Procurador-Geral da República possuía legitimidade para propor ações diretas ao Supremo Tribunal Federal².

É importante observar que, apesar do intuito da Constituição de conferir legitimidade ativa a representantes da sociedade civil, o STF tem desenvolvido uma interpretação restritiva dos requisitos para a legitimação dessas entidades, de modo a limitar a possibilidade de propositura de tais ações.

As decisões do Supremo Tribunal Federal são claras ao estabelecer que entes privados, apesar de defenderem direitos coletivos, só podem questionar a constitucionalidade de normas que interfiram exclusivamente sobre a classe que representam. Para tanto, erigiu, jurisprudencialmente, o requisito da pertinência temática. O conceito de classe adotado pela jurisprudência mostra-se bastante estreito, abrangendo apenas categorias profissionais de funcionários em atividade e, ademais, são vários os casos em que a categoria não é considerada legitimada. Também o tipo de ente legitimado tem sido interpretado de forma restritiva: apenas entes com o nome de “confederação” podem participar, “federações” nacionais, por exemplo, são excluídas; para ser considerada de “âmbito nacional” a entidade deve congregiar associados de pelo menos nove Estados da Federação.

Esses são apenas alguns exemplos da extensa construção jurisprudencial existente em torno de critérios de participação, desprovida de fundamento constitucional aparente. É importante reavivar a discussão a respeito das bases dessa postura excludente, uma vez que os recentes pedidos de participação não mais questionam os motivos e fundamentos da fixação dos critérios a que são submetidos, provavelmente por considerarem a jurisprudência pacífica acerca desse tema.

Como será visto adiante, são vários os acórdãos que tratam de aspectos da participação da sociedade civil no controle concentrado de normas. Todavia, forçoso ressaltar que tais decisões não dizem respeito apenas à interpretação desses dispositivos normativos, mas, principalmente, refletem a postura conservadora do STF acerca da possibilidade de participação dos cidadãos nos debates constitucionais.

Tais questionamentos são de profunda relevância para o estudo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em um Estado Democrático de Direito, especialmente sob o aspecto da legitimidade do controle jurisdicional da Constituição, pois, como alerta Vital Moreira:

(...) não sofre dúvidas de que um sistema de justiça constitucional deliberadamente desenhado para reduzir ao mínimo a possibilidade de contestação de atos inconstitucionais tarde ou cedo sofrerá os efeitos do correspondente déficit de legitimação.³

A temática da participação social no controle de constitucionalidade brasileiro envolve diversos aspectos relacionados ao paradigma do Estado Democrático de Direito analisado pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, como será demonstrado a seguir.

1 O paradigma do Estado Democrático de Direito e a sociedade civil

Primeiramente, necessário esclarecer o que se entende por “paradigma”. O conceito desenvolvido por Thomas Kuhn, em suas palavras, “indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada”.⁴ Menelick de Carvalho Netto também explica o conceito:

São exatamente essas precompreensões que integram o pano-de-fundo da linguagem que constituem o que Thomas Kuhn denomina paradigma. Esse pano-de-fundo compartilhado de silêncio, na verdade, decorre de uma gramática de práticas sociais que realizamos todos os dias sem nos apercebermos dela e que molda o nosso próprio modo de olhar, a um só tempo, aguça e torna mais precisa a nossa visão de determinados aspectos, cegando-nos a outros, e isso é parte da nossa condição humana⁵.

De acordo com Jürgen Habermas, o paradigma do Estado Democrático de Direito é o paradigma vivenciado na atualidade, resultado da superação dos paradigmas constitucionais do Estado de Direito e do Estado de Bem-Estar Social.

O paradigma do Estado de Direito caracteriza-se, basicamente, pela concepção de um Estado mínimo, cuja função primordial era assegurar as liberdades individuais. Os direitos subjetivos consistiam em direitos “negativos” perante o Estado, na medida em que o impediam de interferir na esfera de liberdade dos cidadãos. A grande conquista do Estado de Direito foi a garantia da igualdade formal entre os cidadãos, de acordo com a qual a mesma gama de direitos individuais é conferida normativamente a todos os membros da comunidade política⁶.

O paradigma do Estado de Bem-Estar Social, por sua vez, pretende materializar na realidade social a mera igualdade formal. Tal concepção se baseia no reconhecimento das diferenças sociais e econômicas entre os indivíduos e na tentativa de amenizá-las, promovendo a chamada igualdade material, que demanda prestações positivas por parte do Estado, considerado responsável pela efetivação material dos direitos negativos e dos direitos positivos ou de segunda geração⁷.

Por fim, surge o Estado Democrático de Direito, que se caracteriza pela idéia da *auto-organização da comunidade jurídica*. De acordo com

esse novo modelo, a Constituição não mais se restringe à regulação das relações entre Estado e cidadãos, como no Estado de Direito, tampouco impõe à sociedade uma determinada forma de vida, como ocorria no Estado de Bem-Estar Social. Cabe à Constituição do Estado Democrático de Direito determinar procedimentos políticos por meio dos quais os cidadãos possam, cooperativamente, produzir condições justas de vida, exercendo, portanto, seu direito de autodeterminação⁸.

Também as concepções acerca da função da sociedade civil foram alteradas ao longo das mudanças paradigmáticas. No Estado de Direito, havia a diferenciação entre sociedade civil e “sociedade política”, de modo que competia apenas à segunda, mais restrita, a defesa de interesses gerais. No Estado Social, por sua vez, a sociedade era subjugada pelo Estado, na medida em que era vista como mera destinatária de direitos, enquanto somente o Estado era sujeito de direitos apto a definir os rumos da sociedade. No Estado Democrático de Direito, entretanto, a sociedade civil adquire uma nova função⁹.

O atual significado da expressão “sociedade civil” não coincide com o da “sociedade burguesa”, da tradição liberal, que Hegel chegara a tematizar como “sistema de necessidades”, isto é, como sistema do trabalho social e do comércio de mercadorias numa economia de mercado. Hoje em dia, o termo “sociedade civil” não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas¹⁰.

Nesse paradigma, compete à sociedade civil captar os problemas que permeiam as esferas privadas e transformá-los em questões de interesse geral aptas a figurarem na esfera pública. Assim, a sociedade não mais se restringe à defesa de interesses egoísticos de seus integrantes e passa a defender também o interesse público. O Estado deixa de ser o único porta-voz do interesse público. Não há mais espaço para a concepção, vigente até então, da existência de uma vontade geral da sociedade

de, identificada com a vontade do governante. No Estado Democrático de Direito, busca-se o pluralismo, a multiplicidade de vozes, em oposição à homogeneidade e à unidade defendidas nos Estados Sociais totalitários. Como ensina Chantal Mouffe,

Nas sociedades em que reina o pluralismo e onde a existência de conflito e divisão já se tenham tornado legítimas, não é mais possível que se conceba o povo como se se tratasse de uma entidade unificada e homogênea dotada de uma única vontade geral.¹¹

Essa concepção de sociedade civil é reflexo de uma nova visão da dicotomia público-privado apresentada pelo Estado Democrático de Direito. Diferente dos paradigmas anteriores, agora se compreende que o público não mais se limita ao estatal, de modo que nem sempre os interesses estatais representam o interesse público, tampouco os interesses privados restringem-se à esfera egoística do indivíduo.

Diante disso, cabe à sociedade civil defender o interesse público, ainda que contra o Estado. A esse respeito, afirma Menelick de Carvalho Netto:

A complexidade social chegou a um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissivo. (...) A sociedade civil é, precisamente, aquela instância capaz de lutar por esses direitos e de zelar pela eficácia deles.¹²

2 A sociedade civil como intérprete da Constituição

Como visto, no paradigma do Estado Democrático de Direito cabe à constituição possibilitar a autodeterminação dos cidadãos, concepção que se opõe à vigente no paradigma do Estado Social, em que a Constituição impunha à sociedade uma ordem concreta de valores. No paradigma vigente, o cidadão é sujeito constitucional e compete à própria sociedade, por meio de debates públicos e opções políticas estabelecer os rumos que pretende tomar. Não se trata mais de o Estado personificar o interesse público e substituir a vontade social.

Para Rosenfeld, tal como para Friedrich Müller, Chantal Mouffe e a maior parte da filosofia política e da doutrina constitucional atuais, sabemos hoje, por experiência própria, que a tutela paternalista elimina precisamente o que ela afirma preservar. Ela subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os

próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não-cidadania), manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se apresentam como os seus tutores, como os seus defensores, mas que, ainda que de modo inconsciente, crêem *a priori* e autoritariamente na sua superioridade em relação aos demais e, assim, os desqualificam como possíveis interlocutores. O debate público e os processos constitucionais de formação de uma ampla vontade e opinião públicas são assim privatizados. Foi exata e precisamente isso o que os excessos do Estado Social, em todos os vários matizes que essa forma de legitimação do poder político foi capaz de assumir ao longo do século XX, nos ensinaram¹³.

Nesse contexto, a questão da interpretação constitucional merece destaque. Quando se reconhece que o texto constitucional é sempre incompleto e, portanto, sujeito a múltiplas interpretações plausíveis, e que, conseqüentemente, as constituições devem permanecer abertas à interpretação¹⁴, vislumbra-se que a interpretação constitucional não pode restringir-se à atividade consciente e intencional de explicitar o sentido da norma, fazendo-se necessária a adoção de uma perspectiva mais ampla do conceito de interpretação, capaz de considerar a prática constitucional, exercida por qualquer indivíduo que aplica a constituição, como uma forma de interpretação constitucional¹⁵.

A partir dessa perspectiva, entende-se que a autodeterminação social característica do paradigma do Estado Democrático de Direito não pode restringir-se ao processo de gênese da norma, uma vez que a criação do texto é apenas parte do processo normativo. A aplicação e a vivência da norma é que vão determinar os rumos da sociedade, de modo que retirar o cidadão do processo de interpretação constitucional implica em comprometimento do pluralismo social. É essa a tese proposta por Peter Häberle:

(...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos "vinculados às corporações" (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resul-

tante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade¹⁶.

No Estado Democrático de Direito, portanto, a interpretação constitucional e a efetivação de direitos devem ser resultado do trabalho conjunto, não apenas de especialistas em direito, mas também de cidadãos e políticos¹⁷. Desse modo, a jurisdição constitucional deve pautar-se pela abertura do processo de interpretação constitucional à participação da esfera pública interessada, compreendendo o processo constitucional como *garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos*.¹⁸

Diante dessa nova concepção do processo de interpretação constitucional, o papel do tribunal constitucional também deve ser rediscutido. Neste paradigma, compete ao tribunal assegurar a autonomia pública e privada dos cidadãos¹⁹. Para tanto, deve agir com rigor no tocante à imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade, contudo, essa postura ofensiva não pode se tornar excessiva:

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição” –, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.²⁰

Diferente do paradigma do Estado Social, em que o tribunal constitucional era concebido como realizador de uma *ordem concreta de valores* que deveria ser infligida à sociedade²¹, no Estado Democrático de Direito o tribunal constitucional não é mais o único intérprete da constituição, de modo que o sentido constitucional advém da sociedade, e não do entendimento do tribunal constitucional.

Tal circunstância decorre, essencialmente, do fato de não haver mais uma vontade una e homogênea do povo, capaz de ser identificada pelo tribunal constitucional. O pluralismo estende-se também ao processo de interpretação constitucional, na medida em que se reconhece que a vontade social encontra-se difusa em diversos setores sociais e que somente por meio do debate e da participação é possível conferir a devida legitimidade a esses processos.

3 Mecanismos de participação social no controle de constitucionalidade brasileiro

A Constituição Federal de 1988 mostrou-se defensora da democracia e da participação social em vários ramos do Estado, inclusive em relação ao controle de constitucionalidade. Apesar de a Carta Magna haver aumentado a abrangência do controle concentrado brasileiro, fato que pode ser considerado uma perda democrática –, já que essa modalidade de controle se caracteriza pela limitação de legitimados ativos e pela delegação do julgamento constitucional a um único órgão jurisdicional, no caso, o Supremo Tribunal Federal, – o legislador constituinte ainda assim se preocupou em estabelecer mecanismos para a participação social junto à Corte em questão.

Ao contrário das constituições anteriores, a atual acatou os clamores sociais e incluiu representantes da sociedade civil no rol de legitimados à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade. De fato, parcela da sociedade e da doutrina defendia modelo de legitimação ainda mais amplo: a legitimação popular para a propositura das ações diretas, de modo que qualquer cidadão poderia questionar a inconstitucionalidade de norma perante o Supremo Tribunal Federal. O anteprojeto de Constituição elaborado pelo Partido dos Trabalhadores propunha dispositivo nesse sentido; posição que também é defendida por José Afonso da Silva e Paulo Bonavides²². Cabe observar que Hans Kelsen já tratava da possibilidade de uma *actio popularis*, afirmando:

A mais forte garantia consistiria certamente em autorizar uma *actio popularis*: o tribunal constitucional seria obrigado a examinar a regularidade dos atos submetidos à sua jurisdição, em particular das leis e dos regulamentos, a pedido de quem quer que seja. É incontestavelmente dessa maneira que o interesse político em eliminar os atos irregulares receberia a satisfação mais radical. No entanto, não se pode recomendar essa solução, porque ela acarretaria um perigo considerável de ações temerárias e o risco de um intolerável congestionamento das funções²³.

Mesmo não tendo triunfado a legitimação popular, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 adotou um modelo de extroversão da legitimidade ativa para instaurar processos de controle abstrato de normas, diferente das constituições federais anteriores, que adotavam modelos de introversão. J. J. Canotilho ensina que, em um modelo de introversão, apenas órgãos dos Poderes Públicos estão legitimados a instaurar processos de controle abstrato de normas perante a corte constitucional. Por outro lado, em um modelo de extroversão, também podem fazer parte do rol de legitimados para a ação entidades representativas de caráter privado, tais como sindicatos, associações de classe, partidos políticos, entre outros²⁴.

A legitimação de confederações sindicais e de entidades de classe de âmbito nacional evidencia a preocupação constitucional em conferir a parcela da sociedade civil a possibilidade de participação no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Essa discussão ganha relevância na medida em que se vislumbra o crescente avanço do controle concentrado sobre o difuso, especialmente por meio do chamado efeito vinculante de decisões e súmulas do STF.

Diante da vinculação, por mais que a sociedade civil tenha a seu dispor o controle difuso para questionar a constitucionalidade de normas em concreto – possibilidade democrática aberta a todos os cidadãos –, a exclusão da sociedade dos debates travados em sede de controle concentrado mostra-se prejudicial à atuação jurídica dos cidadãos, mormente em face do acesso comparativamente direto que o Poder Público tem ao Tribunal, jurisprudencialmente vedado à massa da população civil.

A grande inovação constitucional vinculada ao incremento da participação popular no controle concentrado de constitucionalidade de normas, entretanto, consubstanciou-se na ausência de qualquer distinção qualificativa entre legitimados, de forma que, *a priori*, todos os entes previstos no artigo 103 possuiriam legitimação ampla para propor as referidas ações constitucionais. Todavia, não é este o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, cuja farta construção jurisprudencial estabelece uma série de critérios para a admissão de ações propostas pelos ditos “entes privados” legitimados pela Constituição Federal de 1988.

4 Decisões emblemáticas

A interpretação restritiva direcionada aos entes da sociedade civil iniciou-se logo na conceituação do que viria a ser considerado “entidade de classe de âmbito nacional”, prevista no artigo 103, inciso IX, da Constituição. Em voto de desempate, o Ministro Moreira Alves esclareceu o entendimento de “âmbito nacional” adotado pela Corte:

Não basta que uma associação tenha associados em alguns poucos Estados para que se configure como associação de âmbito nacional. Se se considera de âmbito nacional associação que congregue associados de quatro Estados – como ocorre com uma das litisconsortes ativas na presente ação -, por que não se considerará da mesma natureza associação com associados em três ou apenas dois Estados? Para não ir ao exagero oposto – a exigência de associados em todos os Estados brasileiros -, parece-me razoável o critério legal existente com relação aos Partidos Políticos a que se confere atuação de âmbito nacional quando tenham realizado convenção em, pelo menos, 9 (nove) Estados da Federação. A não se adotar analogicamente critério como esse – e, note-se, que os Partidos Políticos também são legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, com a exigência ainda de terem representação no Congresso Nacional, o que mostra a preocupação do texto constitucional com a representatividade nacional dos legitimados ativos que atuam em mais de um Estado -, a não se adotar analogicamente critério como esse, repito, cair-se-á na incerteza do indefinido, ou no radicalismo dos extremos (representação em dois Estados, ou em todos os Estados) – grifo nosso²⁵.

Importante examinar, entretanto, como alguns dos votos, especialmente os vencidos, já exprimiam a consciência de que o julgamento tratava exatamente da interpretação da Corte acerca da promoção ou limitação da participação social no controle de constitucionalidade. O Ministro Celso de Mello, vencido, o diz expressamente:

Justifico o meu voto, ainda, Senhor Presidente, pelo receio que tenho de uma interpretação restritiva da locução constitucional em análise possa limitar o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, no instante mesmo em que se busca tornar efetivo e real o princípio da universalidade da tutela jurisdicional, da mais expressiva, fundamental e relevante competência que lhe outorgou a Assembléia Nacional Constituinte: a guarda e defesa da Constituição.

A posição jurídico-institucional desta Corte, no plano da organização política do Estado brasileiro, acentua-lhe, de um lado, o caráter de instância suprema de todas as questões constitucionais – verdadeiro “organo de chiusura” -, e, de outro, confere-lhe a condição de órgão delegado do poder constituinte, incumbido de velar pela supremacia de sua vontade objetiva formalmente positivada no texto da Constituição²⁶.

A este argumento, o Ministro Moreira Alves responde não haver restrição à participação no controle de constitucionalidade, diante da existência de outros legitimados e da manutenção do controle difuso.

A fixação do entendimento do que venha a ser âmbito nacional não restringe, evidentemente, o exercício da ação direta de inconstitucionalidade, pondo em risco a relevante competência desta Corte referente à guarda da Constituição. Com efeito, o rol dos legitimados a propor tal ação em nossa Constituição Federal é o mais amplo que conheço, mesmo levando em conta os países que só adotam o controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade, nos quais, aliás, essa legitimação é bastante reduzida, certo como é que resta sempre a qualquer do povo obter o controle de constitucionalidade da norma infraconstitucional por via do caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário. E isso também no Brasil é possível, amplamente, através do controle difuso, por meio do qual a questão constitucional terá acesso a esta Corte, originariamente ou pela via do recurso extraordinário²⁷.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o problema da promoção/limitação da participação social no controle de constitucionalidade em outras diversas ocasiões, como no debate acerca da legitimidade ativa da União Nacional dos Estudantes-UNE:

A “*quaestio juris*” que, todavia, aqui se propõe concerne ao enquadramento da UNE entre as entidades de classe de âmbito nacional a que se refere o inciso IX do art. 103, da Constituição, que dispõe sobre legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade. Será, nesse plano, a UNE entidade de classe de âmbito nacional? Se se der à cláusula “entidade de classe” compreensão ampla, a partir da só literalidade da locução, e se se lhe conferir conteúdo meramente social, a resposta deveria ser afirmativa, entendendo-se existente uma “classe estudantil”, como a expressão é correntemente usada nos meios culturais e de comunicação. Nesse sentido, a UNE seria entidade representativa, de âmbito nacional, da classe dos estudantes universitários brasileiros. Assim tem se proposto ser e agido a entidade requerente. Se, entretanto, se emprestar, aos efeitos do inciso IX do art. 103, da Lei Maior, compreensão estritamente de índole profissional à fórmula “entidade de classe”, a resposta à indagação inicial há de ser negativa. Com efeito, sob o ponto de vista profissional, não tenho como correta a afirmação de que os estudantes constituam uma classe, enquanto ao termo se atribui

conteúdo imediatamente dirigido à idéia de profissão, entendendo-se “classe” não como simples classe social, segmento social, mas como categoria profissional (g.n.). (...)

No que concerne a “entidade de classe” de âmbito nacional (“segunda parte”, do inciso IX do art. 103 da Constituição), vem o STF emprestando-lhe compreensão sempre a partir da representação de interesses profissionais definidos. Não se trata, assim, apenas, de classe, no mero sentido de um certo estrato ou segmento da sociedade; cumpre se informe a noção de “classe” de conteúdo, profissional ou econômico determinado²⁸.

A mesma interpretação restrita do conceito de “classe” foi utilizada pelo Tribunal para declarar ilegítimas outras associações, como a Associação de ex-Combatentes do Brasil²⁹, em cujo julgamento o STF entendeu que ex-combatentes, assim como estudantes universitários, não constituem “classe”.

Além de optar reiteradamente por interpretações excludentes da norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal também criou requisitos específicos para o reconhecimento da legitimação constitucional de entes privados. No julgamento da ADIn nº 1.114-6/DF, por exemplo, o Tribunal negou a existência de legitimidade ativa por parte da Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos para ver declarada a inconstitucionalidade de dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. De acordo com a Corte, apesar de a requerente enquadrar-se na hipótese do inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal, ela não cumpriu a exigência de pertinência temática, que constitui requisito “objetivo”, erigido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, para o conhecimento de ação direta promovida por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Segundo esse entendimento, confederações e entidades de classe, por serem privadas, não possuem a mesma legitimação que os demais entes previstos no artigo 103 da Constituição Federal. A despeito de a Carta Magna não fazer qualquer distinção entre legitimados, o STF entende que os privados só podem impugnar dispositivos legais que digam respeito especificamente a seus associados, enquanto os demais possuem legitimidade ativa para impugnar quaisquer dispositivos legais:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LIMINAR. PRELIMINAR. CONFEDERAÇÃO NACIONAL. PERTINÊNCIA. ESTATUTO DA OAB (Lei nº 8.906/94).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal erigiu a pertinência, enquanto adequação entre finalidades estatutárias e o conteúdo material da norma, como critério objetivo para o conhecimento de ação direta pro-

movida pelas entidades de classe de âmbito nacional (v.g.: ADIMCs n°s 77, 138, 159, 202, 305, 893).

Tal orientação considerou, fundamentalmente, a natureza especial de tais entidades que, ao contrário das demais pessoas e órgãos legitimados para o controle abstrato de constitucionalidade, são entes privados, embora representem direitos coletivos.

(...)

VOTO

(...)

Na hipótese de confederações sindicais, não há razão para deixar de aplicar-se o critério de pertinência, reconhecido nos precedentes acima indicados, já que, de modo relevante, destaca-se a circunstância de que tais órgãos, assim como as entidades de classe de âmbito nacional, representam interesses nitidamente privados, sem a conotação de uma generalidade que os habilite a uma inserção sem limites no domínio do controle de constitucionalidade.

Em ambas as hipóteses, o fator de coesão relaciona-se diretamente a um interesse particular, que se reflete nos fins estatutários de cada uma destas entidades, sendo possível ter por certo que a própria colocação de ambas num mesmo inciso é sintomática de uma opção predestinada a um tratamento paritário nas questões centrais, mesmo porque, como assinalado, não deixa a confederação de ser uma entidade nacional de classe.

Não se pode olvidar que a Constituição conferiu para os partidos políticos, pessoas jurídicas de direito privado, a legitimidade para igualmente acionar a jurisdição constitucional concreta, mas tais órgãos não atuam precipuamente na esfera dos interesses privados, antes exercem atividade política, que presume o interesse público, justificando, assim, que não lhes seja aplicável o critério da pertinência.

Por sua vez, a Ordem dos Advogados do Brasil, embora seja uma entidade de classe, com estas não se confunde para os efeitos de legitimidade em ação direta de inconstitucionalidade, já que a sua própria natureza autárquica revela a importância de sua atuação, transcendendo, portanto, dos limites de mero órgão de representação dos interesses da categoria profissional, para assumir uma missão relevante na administração da Justiça, como é ressaltado pelo art. 103 da Constituição Federal, e, portanto, na própria preservação da ordem jurídica. Bem por isso, é que esta Corte, no julgamento da ADI n° 3, Relator Ministro MOREIRA ALVES, afastou a aplicação do critério da pertinência nas ações promovidas pelo Conselho Federal³⁰.

(grifo nosso).

Importante destacar a compreensão de que alguns entes privados são defensores do interesse público, como partidos políticos e a Ordem dos Advogados do Brasil, e que, em razão disso, possuem legitimação ampla, assim como os entes públicos. Os demais entes privados, por outro lado, são aptos apenas a defender os interesses privados/egoísticos de seus associados e, portanto, afastados da função verdadeiramente pública de defesa da ordem constitucional.

5 Outras vias participativas e o Supremo Tribunal Federal

Cumpra alertar para o fato de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da participação social no controle concentrado de normas não se restringem ao aspecto da legitimidade ativa conferida pelo artigo 103 da Constituição Federal. Também são exemplos da interpretação restritiva adotada pela Corte as decisões que negam a participação de associações da sociedade civil como *amicus curiae*.

Cumpra esclarecer que o *amicus curiae*, amigo da Corte, é um terceiro capaz de municiar o Supremo Tribunal Federal de informações com o intuito de auxiliá-lo em sua decisão, podendo ser qualquer pessoa com representatividade social que demonstre interesse na questão debatida. Esse instituto permite aos interessados participar do debate constitucional, compartilhando com o Tribunal as informações que possuem e, muitas vezes, oferecendo-lhes a possibilidade de defender seus pontos de vista em processos que gerarão efeitos sobre eles. Ademais, essas informações acrescentam à Corte argumentos para embasar as decisões e oferecem dados relativos à opinião pública acerca do tema. Assim, o *amicus curiae* confere aos processos objetivos um certo grau de contraditório, além de inserir na discussão informações de interesse da sociedade.

No julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54, por exemplo, o relator, Ministro Marco Aurélio, manteve o entendimento de que a possibilidade de intervenção como *amicus curiae* prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto, de modo que fica a critério do relator admitir ou não o pedido de intervenção, assim como a decisão que admite ou nega a intervenção não precisa de qualquer fundamentação e não é passível de impugnação na via recursal. Como consequência, o mesmo ministro recusou reiterados pedidos de manifestação de entidades como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família - Pró-Vida-Família, a Associação Unívda e a Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF³¹.

Outra postura, todavia, foi adotada pelo Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADI nº 3510/DF - que trata da constitucionalidade de dispositivos da Lei de Biossegurança -, em que deferiu inúmeros

pedidos de participação de entidades como *amicus curiae* e, diante da repercussão da matéria, decidiu pela realização da primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal. A possibilidade de realização de audiência pública no Supremo Tribunal Federal está prevista na Lei nº 9.868/99, em seus artigos 9º e 20, nos seguintes termos:

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O ministro fez questão de frisar que a realização da audiência pública teve a função de envolver a sociedade no debate da controvérsia constitucional, ressaltando os ganhos de democracia e legitimidade operados pela medida:

“ Um grande passo foi dado na história do Supremo Tribunal Federal (STF)”, considerou o ministro Carlos Ayres Britto, de quem partiu a iniciativa para a realização da audiência. Ele é o relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, que contesta o uso de células tronco em pesquisas científicas, com base na Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05).

O ministro afirmou que, do ponto de vista técnico, não existe na Constituição um conceito claro de quando começa a vida. Por isso, segundo ele, a partir do subsídio oferecido pela comunidade científica, Ayres Britto afirmou que os ministros do STF poderão formular *“ um conceito operacional de vida, do início da vida, da própria dignidade da pessoa humana para tornar a Constituição eficaz”*.

Do ponto de vista democrático, o relator da ADI lembrou que a audiência é um passo pioneiro dado pelo Supremo. Com as palestras de hoje, o ministro afirmou que o Tribunal *“ prestigia a sociedade civil mais de perto por meio desse setor organizado da comunidade médico-biológica”*.

“ Democracia é isso. É tirar o povo da platéia e colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. É fazer do mero espectador um ator ou um autor do seu próprio destino”, ressaltou. O ministro informou aos jornalistas que está fazendo anotações detalhadas sobre o tema. *“ Vou receber um material minucioso e espero até pelo menos o final de junho já elaborar o meu relatório”*, revelou.

No final da entrevista, o ministro Carlos Ayres Britto concluiu dizendo que “*esse é um tema multidisciplinar e todas essas contribuições obtidas a partir de explicações tão claras, tão precedidas de apurado estudo, todas elas valerão, sim, para a elaboração do relatório e a formulação do voto*”.³²

Esse acontecimento sinaliza para a possibilidade de mudança da compreensão do Supremo Tribunal Federal a respeito da importância da participação social no controle de constitucionalidade e do seu papel enquanto viabilizador das possibilidades participativas. Entretanto, mesmo quando o STF promove a participação, o faz conforme sua conveniência, considerando-a uma possibilidade passível de uso pelo Tribunal, e não um direito da sociedade.

A aplicação dos institutos do *amicus curiae* e da audiência pública deixam clara essa postura. Eles não foram reconhecidos como direitos; esses mecanismos, celebrados como capazes de conferir um cunho democrático aos processos objetivos e permitir a participação dos interessados no debate das decisões relevantes, atualmente não são direitos sociais, ao contrário, dependem da conveniência do relator da causa, que não precisa nem mesmo explicar o porquê da negativa. Esse entendimento retirou grande parte do conteúdo democrático dos institutos, pois não há como falar em democratização e legitimação de decisões sem a existência de um real direito a mecanismos capazes de assegurá-las. Nesse sentido, alerta Peter Häberle:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental. Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes. Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição!³³

6 Balanço das decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao Estado Democrático de Direito – notas finais

Como visto, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional brasileiras ampliaram o rol de intérpretes constitucionais, permitindo

que representantes da sociedade civil participassem do controle de constitucionalidade. Tais dispositivos tiveram o condão de promover a participação social, conferindo-lhes legitimação constitucional e infraconstitucional.

A previsão de participação da sociedade no controle de constitucionalidade pode ser considerada uma importante conquista em prol da democracia e do pluralismo, uma vez que expressa o reconhecimento do constituinte da necessidade de ampliação do debate constitucional e da possibilidade de manifestação direta dos setores sociais interessados, afastando o entendimento até então assente de que somente os órgãos estatais eram intérpretes legítimos da Constituição em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

No entanto, demonstrou-se um excesso de confiança na forma, ou melhor, no texto constitucional, na medida em que se acreditou que a mera previsão de legitimação da sociedade civil seria capaz de assegurar a sua participação efetiva nos processos de interpretação constitucional. Como ensina Michel Rosenfeld:

Um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis. Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe.³⁴

Diante disso, o mesmo autor alerta que o sentido constitucional é permanentemente construído e reconstruído a partir da vivência constitucional. Dessa forma, a previsão participativa é apenas uma parte do processo de inclusão da sociedade civil nos debates de interesse público, em especial nos processos de interpretação constitucional.

A interpretação restritiva desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal deixa claro como a previsão de direitos pode ter o seu conteúdo esvaziado quando o aplicador não coaduna com a perspectiva adotada pelo legislador. Apesar de o constituinte reconhecer que a Constituição possibilita a autodeterminação da sociedade e que o papel do tribunal constitucional é assegurar a autonomia dos cidadãos, que só é possível a partir de uma ampla e participativa comunidade de intérpretes da Constituição, o Supremo Tribunal Federal adota perspectiva diversa, não vislumbrando a sociedade civil como interlocutora de debates públicos.

As decisões analisadas indicam que o Supremo Tribunal Federal, ao invés de reconhecer e efetivar o comando constitucional, opta reiteradamente por tolher a participação no controle de constitucionalidade brasileiro, mostrando-se reticente acerca das contribuições democráticas que os cidadãos proporcionam à jurisdição constitucional. Ade-

mais, a jurisprudência acerca do tema reflete concepções equivocadas da dicotomia público-privado, na medida em que reconhece aos representantes da sociedade civil a defesa apenas dos interesses privados de suas categorias, não admitindo que essas entidades participem da função verdadeiramente pública de defesa da Constituição.

Tal postura não se coaduna com a re-significação jurídica postulada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, em que o próprio sentido constitucional advém dos cidadãos. Assemelha-se, contudo, ao paradigma do Estado Social, em que a interpretação constitucional é função exclusiva de um tribunal constitucional.

Observa-se em alguns sistemas constitucionais certa relutância em admitir uma abertura ampla à iniciativa individual na movimentação do mecanismo de controle por via de ação. Fica esse controle ordinariamente reservado apenas a algumas autoridades públicas, numa vedação que tem feito bastante débil e ilusória a garantia dos jurisdicionados perante as leis inconstitucionais. O controle por via de ação toma nesse caso um sentido de controle formal de constitucionalidade, voltado sobretudo para resolver conflitos entre os poderes públicos. Desde então relega-se a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional, dos direitos e garantias dos cidadãos, que a sobredita técnica nem sempre resguarda em toda a amplitude, talvez pelo preconceito anti-democrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador³⁵.

Por fim, cumpre esclarecer que não se está a defender que o tribunal constitucional decida conforme as pressões da opinião pública ou de uma maioria democrática. De fato, precisa ser mantida a necessária separação entre Estado e sociedade a fim de evitar que o tribunal fundamente suas decisões em argumentos políticos ou corporativistas³⁶. Entretanto, o tribunal constitucional não deve afastar-se do diálogo por temer impregnar-se de argumentos não jurídicos.

Como ensina Dieter Grimm, os fatos oferecidos às cortes devem ser submetidos a princípios seletivos regidos normativamente, assegurando-se que apenas fatos e conseqüências jurídicas sejam considerados na decisão:

A função dos diferentes órgãos também determina os seus equipamentos. Sob a pressão dos numerosos e complexos problemas, o processo legislativo exige um sistema altamente diferenciado e cooperativo para igualmente identificar problemas e oferecer soluções úteis e adequadas (...) As cortes não têm instrumentos equivalentes à disposição para satisfazer tal função. Elas care-

cem da riqueza de informação e de conhecimento especializado reunido pelos outros ramos de Poder. Fatos empíricos não estão de modo algum excluídos. Muito pelo contrário, os chamados fatos legislativos desempenham um papel importante na jurisdição constitucional, mas os fatos seguem um princípio seletivo o qual é guiado pelas normas que a corte aplica. Os aspectos sobre efetividade, custos, conseqüências sociais da decisão são considerados no processo de tomada de decisão apenas do ponto de vista normativo. Os prognósticos legislativos que têm desempenhado um papel crescente nos processos legislativos dos estados de bem-estar social não podem ficar a cargo das cortes. Enquanto pode ser verdade que em alguns casos as cortes decidiram baseadas em maiores informações do que o Legislativo, isso não pode afastar as restrições que devem operar sob cada Direito, num campo de diferenciação que cada vez aumenta mais³⁷.

Todavia, isso não significa em hipótese alguma que o tribunal constitucional não deva buscar informações a fim de embasar sua decisão e, muito menos, que precise isolar-se em sua função jurisdicional.

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (...). Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial.³⁸

Faz-se necessário, portanto, reconhecer a necessidade de participação social no controle de constitucionalidade, não por estar prevista no texto constitucional, mas porque é condição de garantia dos direitos do cidadão em um paradigma constitucional em que o Estado não mais corporifica o interesse público e, por vezes, consubstancia-se em seu próprio violador. Nesses casos, é a própria sociedade plural que deve defender seus interesses e, para tanto, precisa de instrumentos que permitam tais influências.

A comunidade de intérpretes da Constituição, para usar a expressão consagrada por Peter Häberle, é que impede que a Constituição possa ser arbitrariamente considerada como doada a um determinado órgão que, a título de se apresentar como o seu guardião, não guardaria nada mais do que os próprios interesses egoísticos e as visões privadas de seus membros. Os princípios

estruturantes do constitucionalismo, resgatados não na concepção jusnaturalista mas na idéia de integridade do Direito, é que podem garantir a exigência de que a Constituição se apresente como algo que pertença intersubjetivamente a todos os cidadãos, pois base dessa comunidade de homens livres e iguais que vivem sob a égide das leis que fizeram para autoregerem-se em sua vida em comum. Algo que não é passível de ser assenhorado, privatizado, por nenhum dos órgãos estatais, sob pena de se esvaír, de se esvaziar, de não ser nada a não ser a face mais visível da própria descrença nas instituições, da anomia.³⁹

Notas

- 1 Nesse sentido: MOREIRA, 1995, p.190.
- 2 Mais informações a respeito em: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996 e MOREIRA ALVES, 1993.
- 3 MOREIRA, 1995, p.192.
- 4 KUHN, 2006. p.220.
- 5 CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrador para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Fórum administrativo**. Ano I. nº 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.
- 6 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Op.cit.*
- 7 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Op.cit.*
- 8 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.325 e 326.
- 9 CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.
- 10 HABERMAS, Jürgen. *Op.cit.*, p.99.
- 11 MOUFFE, 1994.
- 12 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Op.cit.*
- 13 CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. In: ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad.: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- 14 A esse respeito, esclarece Michel Rosenfeld: “Baseado nas observações precedentes, podemos concluir que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma living constitution, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão. Do mesmo modo, a matéria constitucional (the constitutional subject) – de qualquer modo que seja definida – parece condenada a permanecer incompleta e sempre suscetível de maior definição, de maior precisão” (ROSENFELD, 2003. p.23).

- 15 Nesse sentido, afirma Peter Häberle: "Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição" (HÄBERLE, 1997. p.15).
- 16 HÄBERLE, 1997. p.13.
- 17 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad.: George Sperber. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.388.
- 18 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Ensaio não publicado, 1999, p.138.
- 19 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.326.
- 20 HABERMAS, Jürgen. *Op.cit.*, p.346 e 347.
- 21 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdicção constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.169 e 170.
- 22 Sobre o tema ver: SILVA, 1996, p.54 e BONAVIDES, 2002, p.278.
- 23 KELSEN, 2003, p.174.
- 24 CANOTILHO, 1996, p.880-887.
- 25 ADIn n. 386/SP - relator: Min. Sydney Sanches, acórdão publicado no DJ de 28/06/1991.
- 26 ADIn n. 386/SP - relator: Min. Sydney Sanches, acórdão publicado no DJ de 28/06/1991.
- 27 ADIn n. 386/SP - relator: Min. Sydney Sanches, acórdão publicado no DJ de 28/06/1991.
- 28 Trecho do voto do Ministro relator. ADIn n. 894-3/DF - relator: Min. Néri da Silveira, acórdão publicado no DJ de 30/11/1993
- 29 ADIn n. 1090/DF - relator: Min. Néri da Silveira, acórdão publicado no DJ de 05/05/1995.
- 30 ADIn n. 1114-6/DF – relator: Min. Ilmar Galvão, acórdão publicado no DJ de 06/09/1994.
- 31 ADPF n. 54 – relator Min. Marco Aurélio, decisão publicada no DJ de 05/10/2004.
- 32 Site do Supremo Tribunal Federal. Notícias: dia 20/04/2007. <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/1er.asp?CODIGO=229726&tip=UN¶m=biosseguranca>> Acesso em 20 abril de 2007.
- 33 HÄBERLE, 1997. p.37.
- 34 ROSENFELD, 2003. p.18.
- 35 BONAVIDES, 2002, p.278.
- 36 A respeito da separação entre Estado e sociedade e dos riscos inerentes a essa relação, ver: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.211 a 221.
- 37 GRIMM, 2006, p.19.
- 38 HÄBERLE, 1997. p.31 e 32.
- 39 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Op.cit.*

Referências

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Jurisdição constitucional e intransigibilidade discursiva. *In*: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Fórum administrativo**, Belo Horizonte, ano I, n. 1, mar. 2001.
- _____. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Notícia do direito brasileiro**, Brasília, n. 6, 2º semestre 1998.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Ensaio não publicado, 1999.
- _____. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. Tradução de Bianca S. Fernandes. **RDE - Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out.-dez. 2006.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- _____. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. et al. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Moreira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. *In*: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. *In*: TEIXEIRA, Sálvio (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Caderno da Escola Legislativa, Belo Horizonte, 1(2): 9-20, Jul/Dez. 1994.
- ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

Disponível no site do Supremo Tribunal Federal. Notícias: dia 20/04/2007. <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229726&tip=UN¶m=biosseguranca>> Acesso em 20 de abril de 2007.

Legislação e Jurisprudência

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

ADIn n. 77-2/DF - relatora Min. Ellen Gracie, acórdão publicado no DJ de 27/03/1992.

ADIn n. 386/SP - relator: Min. Sydney Sanches, acórdão publicado no DJ de 28/06/1991.

ADIn n. 894-3/DF - relator: Min. Néri da Silveira, acórdão publicado no DJ de 30/11/1993.

ADIn n. 1.090/DF - relator: Min. Néri da Silveira, acórdão publicado no DJ de 05/05/1995.

ADIn n. 1.114-6/DF – relator: Min. Ilmar Galvão, acórdão publicado no DJ de 06/09/1994.

ADPF n. 54 – relator Min. Marco Aurélio, decisão publicada no DJ de 05/10/2004.

A incorporação de tratados segundo o ordenamento jurídico brasileiro: breves reflexões após a Emenda Constitucional 45

Anelise Ribeiro Pletsch

*Advogada da Caixa no Rio Grande do Sul.
Mestre em Direito. Professora de direito internacional e relações internacionais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.
Ex-professora de direito internacional público e privado do curso preparatório Retorno Estudos Jurídicos.*

RESUMO: Duas questões podem ser identificadas na relação estabelecida entre os tratados internacionais e o direito interno pátrio. A primeira consiste em apurar se os compromissos firmados pelo Brasil no plano internacional têm aplicação imediata no âmbito interno, ou se necessitam de um processo de incorporação formal. A segunda investiga a força normativa que lhes confere o direito brasileiro quando válidos e eficazes no plano interno, bem como a solução prevista pelo ordenamento em caso de conflito com outras normas. Principalmente após a promulgação da Constituição da República de 1988, doutrina e jurisprudência divergem quanto à força normativa dos compromissos internacionais. Para a primeira, tratados que versam sobre direitos humanos têm *status* de norma constitucional, enquanto, para a segunda, eles têm paridade normativa com lei ordinária. O debate foi retomado principalmente após a Emenda Constitucional 45, que conferiu aos tratados de direitos humanos equivalência às emendas constitucionais.

Palavras-chave: Tratados. Brasil. Direitos humanos. Constituição.

Introdução

São, pelo menos, duas as questões que podem ser identificadas na relação estabelecida entre os tratados internacionais e o direito pátrio. A primeira, consiste em apurar se os compromissos firmados pelo Brasil no plano internacional podem ser aplicados de imediato no plano interno, enquanto a segunda investiga a força normativa que lhes confere o direito brasileiro.

O esclarecimento da primeira questão requer o estudo prévio de um clássico debate travado pela doutrina do direito internacional, a saber, a oposição entre adeptos da teoria dualista e os seguidores da linha monista, hoje praticamente superado. A segunda questão, mais tormentosa e, de certa forma, vinculada à primeira, vem sendo objeto de ampla discussão na doutrina e, também, na jurisprudência brasileira nas três últimas décadas, ganhando novo fôlego com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, que considerou equivalentes às emendas constitucionais os tratados internacionais de direitos humanos.

Este é, pois, o debate que ora se propõe e que se passa a analisar nas linhas que se seguem.

1 A oposição entre dualistas e monistas e a opção do Brasil

A adesão à corrente dualista ou monista por parte de um Estado define a relação de seu ordenamento jurídico pátrio com o direito internacional, principalmente quanto aos compromissos estatais firmados no plano externo.

O dualismo origina-se de estudos do início do século XX, tendo sido sistematizado por Henrich Triepel, e seguido por importantes autores como Strupp, Walz, Anzilotti, Balladore-Pallieri e Ross e Oppenheim¹. A teoria concebe a existência de dois sistemas jurídicos distintos: a ordem interna, que regula as relações do Estado e os indivíduos ou entre indivíduos apenas, e a internacional, que disciplina as relações entre os Estados. Trata-se, em essência, de uma diferença estabelecida entre fontes jurídicas. Enquanto o direito interno decorre da vontade do Estado, no plano internacional ela origina-se da vontade coletiva dos Estados².

Sendo sistemas absolutamente independentes e distintos, a validade jurídica de um em nada interfere no outro, pelo que o confronto ocorre como mero fato e não como colisão de normas jurídicas³. E, em se tratando de ordenamentos jurídicos paralelos, não há primazia de um sobre o outro, pois diferentes são suas atuações. Por esse motivo, não pode um preceito de *direito das gentes* revogar outro que lhe seja diverso no ordenamento jurídico interno, sendo o contrário também verdadeiro⁴.

Mais que isso, para que seja válida e eficaz no plano interno, uma norma internacional precisa integrar-se ao ordenamento jurídico estatal. O fato de ter o Estado assumido o compromisso no plano externo não implica efeitos automáticos em sua ordem jurídica interna. Para tanto, se faz necessário o ingresso prévio das normas internacionais oriundas de acordos firmados mediante um mecanismo de recepção do conteúdo desses instrumentos ao ordenamento jurídico nacional, materializando-se em ato normativo típico de direito interno como, por exemplo, uma lei, um decreto ou uma norma constitucional⁵.

De outro lado, a teoria monista define a ordem jurídica internacional e a interna como partes de um único sistema, havendo equiparação

entre sujeitos, fontes, objeto e estrutura de ambas, que se comunicam e se interpenetram⁶. Isso significa que, por formarem o direito interno e o direito internacional uma unidade jurídica, os compromissos assumidos pelo Estado no âmbito internacional têm aplicação imediata no ordenamento interno do país pactuante, sendo desnecessário qualquer procedimento de incorporação das normas⁷. Ela é defendida por Verdross, Lauterpacht, Jimenez de Arechága, entre outros, e tem em Kelsen seu maior expoente.

A teoria divide-se em duas correntes: a que defende a primazia do direito interno (monismo nacionalista) e a que sustenta a prevalência do direito internacional (monismo internacionalista). A primeira parte da ausência de uma autoridade supra-estatal para afirmar que compete a cada Estado determinar livremente suas obrigações internacionais. Para a segunda, a ordem interna decorre da internacional, que é uma ordem jurídica superior, e contém a norma fundamental *pacta sunt servanda*, a qual todos os Estados estão subordinados⁸.

De qualquer forma, "o monismo, por todas as suas linhas filosóficas, defende a unidade do direito, informando que a divisão em interno e internacional é meramente para fins didáticos, mas jamais científicos propriamente ditos"⁹. A adoção da teoria monista ou da teoria dualista é, em geral, uma opção da ordem jurídica interna de cada Estado. Tal escolha é fundamental para determinar a relação a ser estabelecida entre os ordenamentos interno e o internacional.

No Brasil, em que pese o número significativo de Constituições promulgadas desde o Império, a disciplina das relações entre direito interno e direito internacional permanece praticamente a mesma desde a primeira Constituição da República¹⁰.

Com efeito, a Constituição de 1891 estabelecia, no art. 48, a competência privativa do Presidente da República para negociar e celebrar ajustes, convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional, reconhecendo, ainda, no art. 34, a competência exclusiva deste para resolver definitivamente sobre tratados e convenções com nações estrangeiras. Mais tarde, as Constituições de 1934, 1946 e 1967, com a redação da EC nº 1/69, reproduziram praticamente o mesmo dispositivo¹¹. Hoje, os artigos 84, inciso VIII e 49, inciso I da Constituição Federal estabelecem a mesma disciplina das Cartas anteriores, atribuindo ao Presidente da República competência privativa para "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional" e, a este, a competência exclusiva para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece, constitucionalmente, um mecanismo de recepção das normas internacionais que, aliado à prática brasileira desde antes da República¹², tem a seguinte formatação¹³: os compromissos negociados e adotados pelo Poder Exe-

cutivo no plano externo, serão submetidos à aprovação do Poder Legislativo internamente, quando, então, poderão ser ratificados por aquele novamente no plano internacional. Contudo, para ser válido e eficaz no âmbito interno, o acordo deve, ainda, ser promulgado por Decreto do Poder Executivo, após a ratificação ocorrida no plano internacional¹⁴.

A participação do Congresso Nacional na aprovação do tratado é necessária para que o ato internacional reste concluído ao mesmo tempo em que reflete a aquiescência à matéria versada no acordo. A intervenção do Legislativo se justifica pela função fiscalizadora que exerce sobre atos do Poder Executivo, que é o competente para negociar acordos e assiná-los no plano internacional. No entanto, tal intervenção não é capaz de gerar uma norma de obediência interna. Trata-se apenas de uma etapa no processo de formação do ato internacional. A manifestação do Congresso Nacional, se favorável, permitirá ao Poder Executivo a ratificação do internacionalmente, obrigando o Brasil no plano externo, da mesma forma que a rejeição impedirá a formalização do compromisso internacional. Ademais, embora siga quase o mesmo processo destinado a gerar a lei, o decreto legislativo que aprova o tratado, não pode ser a ela equiparado. Enquanto a lei em sentido estrito requer a participação de ambos os poderes, o decreto legislativo se distingue pela matéria e por não poder ser sancionado ou vetado¹⁵.

Como se viu, após a aprovação pelo Poder Legislativo, se ratificado, o tratado entra em vigor na ordem internacional na data nele estipulada. Para vigorar no Brasil, contudo, é necessário que seja promulgado pelo Chefe do Executivo por meio de decreto. É, pois, o decreto de promulgação que atesta a existência de uma norma jurídica. Por meio dele, o Executivo declara que foram exigidas as formalidades para que o ato se completasse. Não transforma o direito internacional em direito interno, apenas noticia a existência de um tratado válido no âmbito interno. A publicação, por sua vez, é necessária para dar conhecimento a todos do decreto de promulgação. É a partir dela que o tratado deve ser observado pelos particulares e aplicado pelos Tribunais¹⁶.

Acrescenta, ainda, MAZZUOLI¹⁷ que "a promulgação e a publicação no sistema brasileiro, compõem a fase integratória da eficácia da lei, vez que atestam sua adoção pelo Poder Legislativo, certificam a existência de seu texto, e afirmam, finalmente, seu valor imperativo e executório".

Tal construção é amplamente defendida pela doutrina, empregada na prática e encontra respaldo nos Tribunais. No que tange ao Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da Carta de 1988, sua posição consolidou-se no sentido da necessidade de promulgação do tratado para ganhar força executória na ordem interna¹⁸.

Em importante precedente, já sob a Égide da Constituição atual, o Supremo Tribunal Federal, instado a analisar caso concreto em que tra-

tado não contava com promulgação por meio de Decreto Executivo, assim manifestou-se no voto condutor:

A questão da exequibilidade dos tratados internacionais no âmbito do direito interno - (...) - supõe a prévia incorporação desses atos de direito internacional público ao plano da ordem normativa doméstica. Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo no plano do direito internacional público tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU ("Droit International Public Aprofondi", p.3/16, 1958, Daloz, Paris") como mera "*discussion d'école*", torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República.
(...)

o sistema constitucional brasileiro - que não exige a incorporação de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extrema) - satisfaz-se, para efeito de exequibilidade doméstica - dos tratados internacionais, com a adoção de *iter* procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada)¹⁹.

Tem-se, assim, a exigência, pela ordem interna brasileira, de que os compromissos firmados pelo Brasil no plano internacional passem por um procedimento formal de incorporação, a fim de que possam irradiar efeitos na ordem jurídica interna. Resta evidente, portanto, a opção do legislador brasileiro pelo dualismo desde os primeiros anos da República.

O debate, contudo, não se esgota, pois a incorporação do ato internacional ao ordenamento jurídico interno suscita um outro questionamento: investigar a força normativa com que ingressa o tratado no plano interno. Tal definição permitirá ao operador do direito saber, por exemplo, em caso de conflito entre normas, se um compromisso firmado pelo Brasil no plano internacional pode sobrepor-se à Constituição da República ou a lei ordinária preexistentes ao ato de incorporação. Sobre isso, ainda se ocupam a doutrina e a jurisprudência, principalmente após a Emenda Constitucional 45.

2 A força normativa dos tratados no plano interno: a posição da doutrina e da jurisprudência pátrias até a Emenda Constitucional 45

Segundo afirma RESEK²⁰, o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar as regras de composição entre o direito internacional e de produção doméstica. Para o Estado, a Constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é, ainda, a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. Portanto, dificilmente, desprezaria, no atual momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subordinar-se ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado.

No plano internacional, diversas são as manifestações favoráveis ao reconhecimento da primazia do direito internacional sobre o direito interno. A antecessora da atual Corte Internacional de Justiça, a Corte Permanente de Justiça Internacional, por exemplo, em Parecer datado de 1930, declarou expressamente que: "é princípio geralmente reconhecido do direito internacional que nas relações entre potências contratantes de um tratado as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado"²¹.

Anos mais tarde, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, ainda hoje plenamente aplicável aos tratados no plano internacional, estabeleceu o art. 27, que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o art. 42". Conforme HOSTERT²², o dispositivo consagra a prevalência do direito internacional sobre o direito interno e, embora nada refira sobre a obrigatoriedade, para o Estado, de adequar suas normas internas às existentes em tratados internacionais, o art. 26 obriga-o a executar, de boa-fé o tratado, o que inclui o Estado conferir supremacia dos tratados firmados em relação a suas normas internas.

No que tange à ordem jurídica brasileira, as Constituições nunca foram expressas em relação à primazia dos tratados e o direito interno. Nos trabalhos preparatórios da Constituição brasileira de 1934, foi rejeitado o anteprojeto de norma, inspirada na Carta espanhola de 1931, que garantia a prevalência dos compromissos externos sobre as leis ordinárias. A jurisprudência, contudo, oscilou por um período considerável, e a doutrina permaneceu dividida²³.

De qualquer sorte, coube justamente à doutrina e à jurisprudência a tarefa de estabelecer as bases e as respostas para o debate. De acordo com ARAÚJO²⁴, é de 1944 o primeiro caso em que o Supremo Tribunal Federal se pronunciou a respeito. Envolvia a discussão da validade ou

não de isenção tributária garantida por Tratado firmado entre Uruguai e Brasil. Prevaleceu o entendimento de que deveria ser aplicado o decreto já existente sobre o tema. Depois, em outra decisão, proferida na Apelação Cível 9.587, o Supremo afirmou que o tratado poderia revogar leis que lhe eram anteriores, mas não podia ser revogado por leis posteriores, caso essas não se referissem expressamente à necessidade de revogação do tratado ou não restasse o mesmo denunciado no plano internacional.

Depois disso, a questão voltou a ser discutida na década de 70, no RE 71.154/PR, restando definido no voto condutor que a definitiva aprovação do tratado pelo Congresso Nacional poderia revogar as disposições em contrário da legislação ordinária²⁵. No entanto, o precedente do Supremo Tribunal Federal citado pela doutrina como o marco no tema prevalência dos tratados é o RE 80.004/SE, objeto de discussão do Plenário de 1975 a 1977²⁶.

Nesse paradigma, o caso concreto envolvia a validade de lei posterior ao tratado, e a Corte posicionou-se, por maioria, pela possibilidade deste ser revogado por aquela, inobstante as possíveis conseqüências do descumprimento do acordo no plano internacional. Buscava-se definir se o Decreto-Lei 427 de 1969 poderia prevalecer sobre a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias da Convenção de Genebra, considerando seu ingresso no ordenamento jurídico pátrio três anos após o referido tratado e a determinação de que a falta de registro da nota promissória seria causa de nulidade do título, o que era refutado pelo texto de Genebra. Também nesse precedente, entendeu-se que, ante a ausência de disciplina constitucional acerca da hierarquia das fontes, o Judiciário deveria garantir a autoridade da norma mais recente, porquanto paritária a sua estatura no ordenamento jurídico²⁷.

Assim, antes de promulgada a Constituição Federal de 1988, a jurisprudência apontava para a paridade normativa dos tratados internacionais em relação às leis ordinárias, havendo, portanto, clara subordinação do conteúdo dos mesmos às normas constitucionais. Além disso, em caso de conflito entre leis de igual hierarquia, os Tribunais aplicavam a regra segundo a qual a lei posterior revogaria a anterior, sendo indiferente qual a norma anterior ou posterior (tratado ou lei ordinária).

Quanto a esse último aspecto, a doutrina alertou não se tratar exatamente de mera aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*. Na verdade, "tecnicamente" o tratado tem qualidade para derogar lei anterior desde o instante em que passa a integrar a ordem jurídica pátria. No entanto, a lei interna não pode derogar uma norma que envolve outras soberanias além da brasileira. Assim, havendo conflito real entre tratado e lei mais recente, o Judiciário enfrenta a contingência de "afastar a aplicação" do primeiro, sem dá-lo por derogado. Por isso, é que se, em termos políticos, resulta preferível não que o governo denuncie o tratado, mas que o Congresso revogue a norma interna com ele

conflitante, e, assim, o tratado volta a ser aplicado em plenitude, pois não é derogado pela lei ordinária²⁸.

A promulgação da Carta de 1988 trouxe novo fôlego à discussão, tendo em vista que acrescentou, ao ordenamento jurídico pátrio, novas diretrizes relacionadas à condução da política internacional pelo país e ao tratamento conferido aos direitos e garantias fundamentais. Concretamente, contudo, em relação ao tema ora abordado, trouxe importante inovação legislativa no art. 5º, §2º, nos seguintes termos:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O dispositivo foi bem recebido pela doutrina, que entendeu, com propriedade, que a Carta, ao incluir, entre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, atribuiu aos mesmos uma hierarquia especial e diferenciada em relação aos demais tratados: o *status* de norma constitucional²⁹.

Chegou-se, inclusive, a antever que tal dispositivo traria mudanças sensíveis em alguns aspectos do direito pátrio. Não seria mais possível a sustentação da tese dualista, ou seja, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Desde a promulgação da Carta Magna, seria possível a invocação de acordos ratificados pelo Brasil, sem a necessidade de edição, pelo Legislativo, de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais³⁰.

Além do significado que pode ser diretamente extraído da redação do mencionado dispositivo, a interpretação da Carta Magna como uma unidade de sentido leva a mesma conclusão. Por um lado, "a dignidade humana e os direitos fundamentais conferem suporte axiológico a todo o ordenamento jurídico brasileiro"³¹. Nesse sentido, relata PIOVESAN,

a Carta de 1988 pode ser concebida como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Introduce indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganharam relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre direitos humanos jamais adotado no Brasil.³²

Por outro lado, informa, ainda, a autora que, na Carta de 1988, entre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, destaca-se ineditamente o princípio da prevalência dos direitos humanos. Se o país estabelece que se orientará pela observância desse princípio ao se relacionar com os demais países na ordem internacional, é porque assume que os direitos humanos são um tema global, de legítimo interesse da comunidade internacional e, assim, reconhece a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal, admitindo subordinar-se a regras jurídicas, cujo parâmetro obrigatório seja a prevalência dos direitos humanos³³.

Em função de tais argumentos e do que decorre expressamente do texto constitucional, tem razão VELLOSO³⁴ ao defender que são três as vertentes dos direitos e garantias constitucionais na Constituição brasileira: os nela expressos, os decorrentes do regime e princípios por ela adotados e, por fim, os inscritos em tratados internacionais firmados pelo Brasil. Quanto a esses últimos, tratando-se de direito materialmente, e não apenas formalmente, constitucional, a incorporação desse direito/garantia se dá com *status* constitucional, com primazia sobre o direito comum.

Assim, perfeitamente defensável a idéia de que os tratados que versem sobre direitos humanos sejam, com base no art. 5º, §2º da Carta, considerados, materialmente, como normas constitucionais, e não como tendo mera paridade normativa com leis ordinárias.

Os argumentos acima podem ser ainda reforçados por outro, segundo o qual os tratados que versam sobre direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata por força do art. 5º, §1º da Constituição Federal. É certo que o artigo mencionado requer que a aplicabilidade imediata seja reconhecida quando presentes os requisitos necessários para tanto, mas, de qualquer forma, reconhece uma importante regra hermenêutica, qual seja, a aplicabilidade imediata como regra e a aplicabilidade limitada como exceção, apenas quando a norma não reunir os elementos necessários - principalmente quando fizer menção expressa à necessidade de posterior regulamentação³⁵.

Nesse sentido, MAZZUOLI, defende, com fundamento, que:

os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. (...) Se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados 'não excluam' outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil 'se incluam' no nosso ordenamento jurídico interno, pas-

sando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.³⁶

Há, ainda, um outro argumento, segundo o qual para a resolução de eventuais conflitos entre tratados internacionais e o direito interno não se aplicam os parâmetros hermenêuticos tradicionais como, por exemplo, a de que norma posterior revoga a anterior. Na realidade, o princípio hermenêutico a ser utilizado é o da *prevalência da regra mais favorável ao ser humano*, conferindo às pessoas a mais ampla proteção possível³⁷. Segundo tal princípio, independente da proteção ao ser humano estar inserida na Constituição ou em um tratado, a norma a prevalecer sempre será aquela que busca concretizar a proteção ao indivíduo.

No entanto, apesar de todos os consistentes argumentos trazidos pela doutrina, alguns dos quais antes referidos, a jurisprudência pátria posicionou-se, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, novamente pela paridade normativa entre leis ordinárias e pactos internacionais firmados pelo Brasil, independentemente do conteúdo dos mesmos.

O precedente originou-se do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480-3/DF, restando assentado que:

os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa³⁸.

No mesmo sentido, seguiram-se vários outros julgamentos, alguns dos quais abordando a conhecida questão da prisão civil do depositário infiel, permitido pela Carta de 1988, mas vedada pelo Pacto de São José da Costa Rica, que ingressou no ordenamento jurídico depois da promulgação daquela. Também para essa questão, o Supremo Tribunal Federal, em Plenário, julgou o HC 72.131/RJ e consolidou o entendimento de que persistia a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária. Entendeu que o art. 4º do Decreto-lei n. 911/69, que equipara o devedor fiduciante ao depositário infiel, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, havendo prevalência da norma constitucional (art. 5º, LXVII) sobre disposição contrária do Pacto (art. 7º, n. 7)³⁹.

Além da paridade normativa que consagrou, esclareceu o Supremo Tribunal Federal que não basta a lei ser nova para revogar o tratado em vigor no plano interno, é preciso que ela seja apta a revogar uma lei anterior. Isso só se justifica se ambas as leis (nova e anterior) sejam ambas gerais ou ambas especiais. Portanto, também aos tratados se aplica a regra de que lei geral não pode derrogar lei especial. Esse posiciona-

mento é manifestado em importantes precedentes como a ADIn 1.480-DF e Carta Rogatória 8.279-4, já mencionados⁴⁰.

Assim, entendendo a Corte Suprema, em diversos julgados, pela paridade normativa entre dispositivos de direito interno e acordos internacionais, independentemente de seu conteúdo, o eventual conflito entre as fontes será resolvido pelo critério cronológico ou pela aplicação do critério da especialidade. Ao que parece, em total descompasso ao previsto pela ordem jurídica constitucional.

Nesse sentido, pondera RESEK que, ao não se reconhecer o nível constitucional dos tratados que versem sobre direitos humanos, estar-se-ia negando ao indivíduo um direito previsto em pacto internacional sob o prosaico argumento de que ele não se encontra no rol da própria Carta. Isso significaria, em última análise, empobrecer o dispositivo e negar-lhe efeito útil⁴¹.

Acrescente-se que uma interpretação favorável em relação aos tratados de direitos humanos traria, segundo MELO e PFEIFFER, pelo menos, três conseqüências imediatas e positivas: (1) a ampliação dos direitos estabelecidos, seja através de novos direitos incorporados ao ordenamento jurídico, seja pelo aperfeiçoamento aos direitos já existentes; (2) o reforço da obrigação do Estado brasileiro em conferir efetividade aos direitos humanos, porquanto, implícito à ratificação, está o dever do Estado de implementar instrumentos que possam ser utilizados pelos beneficiários para impedir ou reparar o dano advindo da violação ou da não observância de tais direitos; (3) a influência da legislação interna, não apenas por demandar edição de normas jurídicas consonantes com o conteúdo dos preceitos dos tratados, mas também porque os próprios tratados estabelecem, por vezes, a necessidade de edição de leis que aperfeiçoem e/ou concretizem seus preceitos⁴².

Na verdade, a interpretação preconizada pela doutrina aos tratados de direitos humanos encontra respaldo não apenas na ordem interna, mas no movimento por que passa o próprio direito internacional. Sob o ponto de vista do direito das gentes, a primazia da soberania estatal, praticamente intangível até o início do Século XX, passou a sofrer profundas modificações com o paulatino reconhecimento dos direitos humanos, acentuado a partir do segundo pós-guerra, com a promulgação de inúmeros atos internacionais nesse sentido. A sedimentação desse quadro evolutivo permitiu que a proteção dos direitos humanos se integrasse ao direito internacional, perpassando as fronteiras estatais, observando-se, hoje, um movimento no sentido de maximizar a efetivação de tal proteção⁴³.

Portanto, a ordem jurídica interna, ao reconhecer que os pactos sobre direitos humanos têm força constitucional, estaria contribuindo para fortalecer a proteção aos indivíduos também internacionalmente.

De qualquer forma, o debate travado pela doutrina e pela jurisprudência durante a década de noventa e início dos anos dois mil em rela-

ção à temática envolvendo acordos firmados pelo Brasil e ordem jurídica interna, não restou pacificado. A promulgação, em 08 de dezembro de 2004, da Emenda Constitucional n.º. 45, a pretexto de sedimentar a controvérsia, parece ter suscitado outras (novas) discussões, conforme se verá a seguir.

3 Tratados de direitos humanos e a Emenda Constitucional 45: apontamentos iniciais e perspectivas

A Emenda Constitucional n.º 45 inseriu na Constituição diversos dispositivos, entre os quais encontra-se o §3º do art. 5º, cujos termos são os seguintes:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais.

Muitas são as interpretações sugeridas pela doutrina até o presente momento. Em uma primeira análise, parece evidente que, por expressa disposição constitucional, os tratados sobre direitos humanos que obedecerem o *quorum* estabelecido, serão "equivalentes às emendas constitucionais".

Nessas condições, já se suscita o primeiro questionamento, qual seja, saber se apenas os acordos aprovados pelo *quorum* estabelecido terão força normativa equivalente às Emendas Constitucionais. Em caso positivo, observa-se, desde já, uma diferenciação entre estes e os tratados já incorporados ao ordenamento jurídico com *status* de lei ordinária, assim como aos posteriores à Emenda, que também não venham a lograr a aprovação exigida pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal. Teriam sido criadas, assim, "duas categorias" de tratados de direitos humanos: os equivalentes às emendas constitucionais e os com *status* de lei ordinária, ao passo que, sob o ponto de vista do direito internacional, não há nenhuma diferenciação: ambos protegem os direitos humanos⁴⁴.

Por outro lado, ao que tudo indica, não há óbice para que os tratados incorporados ao ordenamento jurídico pátrio antes do advento da Emenda sejam novamente submetidos à apreciação do Congresso para lograrem a aprovação pelo *quorum* que lhes daria equivalência às emendas constitucionais⁴⁵.

De qualquer forma, a Emenda não definiu se compete ao Congresso Nacional a decisão para aprovar o tratado pelo *quorum* exigido às emendas ou pelo *quorum* das leis ordinárias⁴⁶. A hipótese de que seja uma escolha atribuída ao Poder Legislativo é aventada por alguns internacionalistas⁴⁷.

Para alguns autores, a Emenda significa um grande retrocesso à implementação do regime de direitos humanos no Brasil, porquanto dificulta a vigência interna das normas internacionais dos direitos humanos, ao tornar mais provável a rejeição por parte do Congresso Nacional pela exigência do *quorum* qualificado. Além disso, a Emenda torna sem eficácia o art. 5º, parágrafo 2º da Constituição, redigido pelo constituinte originário, que confere *status* constitucional aos direitos protegidos aos tratados de direitos humanos⁴⁸.

Em sentido contrário, há quem defenda que não se pode compreender o art. 5º, §3º da Carta como um retrocesso. O objetivo da Emenda foi justamente o de realçar a importância de se incorporar ao sistema jurídico nacional, com *status* constitucional, as normas internacionais protetoras dos direitos humanos. Ele possui um sentido orgânico, formal que o §2º não contempla. Os parágrafos 2º e 3º teriam, na verdade, sentidos complementares, e não excludentes⁴⁹. Segundo esse entendimento, exclui-se, desde logo, a idéia de que apenas se atingindo o *quorum* do §3º é que os tratados teriam paridade normativa com as emendas. O *quorum* que tal parágrafo estabelece serve apenas para atribuir eficácia formal a esses tratados no ordenamento jurídico interno, e não para lhes atribuir índole e nível materialmente constitucionais, o que eles já têm em função do art. 5º, § 2º da Constituição Federal⁵⁰.

Outra questão trazida é a de que, pelas especificidades do ato normativo previsto no art. 5º, §3º da Carta, pelo *quorum* de que precisa para ser aprovado, e pelo fato de receber tratamento jurídico "*equivalente ao da Emenda Constitucional*", a eficácia desse ato normativo não pode ficar submetida à expedição de um decreto do Presidente da República, como se dá com os tratados em geral. Assim, após promulgado pelo Congresso Nacional, já estaria o ato perfeito, acabado e apto a produzir todos os efeitos⁵¹.

De qualquer forma, atente-se para o fato de que é imprescindível a ratificação no plano internacional e a vigência desse tratado para que ele possa produzir efeitos no plano interno. Assim, não basta que sejam os tratados "aprovados" pelo Congresso Nacional. É preciso que o Brasil os tenha ratificado no plano internacional e que eles estejam em vigor⁵², porquanto é a ratificação que demonstrará que o país está comprometido no plano internacional.

Acrescente-se, ainda, que, dentro de uma visão de máxima efetividade dos direitos humanos e em prestígio à vedação ao retrocesso, a maior parte dos doutrinadores que já se manifestaram sobre o tema reforça a idéia de que, por serem equivalentes às emendas constitucionais, os pactos internacionais de Direitos Humanos aprovados pelo *quorum* do §3º devem ser considerados cláusulas péticas da Constituição. É que, por força do art. 60, § 4º, inciso IV da Carta, não serão apreciadas emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais⁵³.

Além disso, alguns estudiosos questionam a denúncia aos tratados equivalentes a emendas constitucionais. Para eles, a reforma não respondeu de forma satisfatória à questão. O acordo incorporado com força de emenda constitucional poderá ser derogado apenas por outra emenda constitucional, ficando o Brasil impedido de denunciar o tratado no plano externo⁵⁴.

De qualquer forma, muitas das questões já noticiadas pela doutrina tendem a ser esclarecidas e pacificadas pela jurisprudência. Atualmente, o tema está em discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 466343. Discute-se, mais uma vez, a questão da legitimidade da prisão do depositário infiel e do alienante fiduciário, agora à luz do § 3º do art. 5º da Carta. Existem, até o momento, sete votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão. Entre outros argumentos está o de que:

os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supra legal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7) não há mais base legal para a prisão do depositário infiel⁵⁵.

Por óbvio, não se sabe, ainda, quais serão as razões de decidir no caso em tela.

De qualquer forma, é inegável que a introdução do art. 5º, parágrafo 3º teve o propósito de reafirmar a importância dos direitos humanos e a necessidade de sua proteção. Além disso, buscou encerrar, ou ao menos limitar, as discussões a respeito da primazia constitucional dos tratados de direitos humanos⁵⁶. A questão é saber se, dessa vez, alcançará seu propósito e, ainda, se a jurisprudência responderá ao pleito em sintonia com os ensinamentos da doutrina.

Notas

- FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.5.
- TRIEPEL, Henrich. Les rapports entre le droit interne e lê droit internacio-
- nal. **Recueil dès Cours. Collected Courses of the Hague Académie de Droit International**. The Hague, 1925, v. I, p.77-118.
- MENEZES, Iure Pedroza. Os tratados internacionais e o direito interno dos Estados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo,

- v. 48. a. 12, p.303-323, julho-setembro 2004. p.315.
- 4 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, constituição e tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p.117-119. Conferir, também, RANGEL *apud* FRAGA, *op.cit.*, p.6.
 - 5 MAZZUOLI. **Direitos Humanos...**, *op.cit.*, p.116-117. Conferir, também: ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de direito internacional público**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.44.
 - 6 RANGEL *apud* FRAGA, *op.cit.*, p.6-7.
 - 7 MAZZUOLI. **Direitos Humanos ...**, *op.cit.*, p.120.
 - 8 FRAGA, *op.cit.*, p.6-10.
 - 9 MENEZES, Iure Pedroza. Os tratados internacionais e o direito interno dos Estados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 48, p.303-323. p.316.
 - 10 FRAGA, *op.cit.*, p.48.
 - 11 MEDEIROS, Antonio Carlos Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p.286-289.
 - 12 RESEK, Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.385.
 - 13 Alerta-se o leitor para o fato de que a abordagem, aqui, é a da regra geral, sem ingressar na discussão a respeito dos tratados executivos, cujo objeto foge ao intuito do presente trabalho.
 - 14 FRAGA, *op.cit.*, p.61-63.
 - 15 *Ibidem*, p.56-59.
 - 16 *Ibidem*, p.68-69. Ver, também, RESEK. **Direito dos Tratados**. p.383.
 - 17 MAZZUOLI. **Direitos humanos...**, p.179.
 - 18 FRAGA, *op.cit.*, p.70-71.
 - 19 Agr CR 8279. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 10 de julho de 2007.
 - 20 RESEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 162, a 41, p.121-148, abril-junho 2004. p.141-142.
 - 21 MENEZES, *op.cit.*, p.317.
 - 22 HOSTERT, Jean. Droit international et Droit interne dans la Convention de Vienne sur le Droit des Traités du 23 Mai 1969. **Annuaire Français de Droit International**. Paris, p.92-121, 1969. p.117.
 - 23 AZEVEDO, Philadelfo *apud* RESEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, n. 162, a. 41, p.121-148, abril-junho 2004. p.143.
 - 24 ARAUJO, Nádia. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática** brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.152-153.
 - 25 *Ibidem*, p.153 e RE 71154. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 19 de março de 2007.
 - 26 FRAGA, *op.cit.*; RESEK, *op.cit.*, MAZZUOLI, *op.cit.*, entre outros.
 - 27 RESEK, **Parlamento...**, *op.cit.*, p.143.
 - 28 *Ibidem*, p.143. Nesse sentido, também VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 41, p.35-45, abril-junho 2004. p.43.
 - 29 PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito**

- Constitucional e Internacional.** São Paulo, v. 45, a. 11, p.216-236, outubro - dezembro 2003, p.228. Nesse sentido, também, MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **A internalização dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro:** o caso do Mercosul. Disponível em: <http://www.dip.com.br>. Acesso em 05 de abril de 2007.
- 30 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, p.396.
- 31 MIGUEL, Alexandre. A constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, v. 55, a. 14, p.286-326, abril-junho 2006. p.313. Nesse sentido, também: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** v. 4. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988, p.166.
- 32 PIOVESAN, *op.cit.*, p.218.
- 33 *Ibidem.* p.221.
- 34 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a. 41, p.35-45, abril-junho 2004. p.39.
- 35 MELO, Monica de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Impacto da Convenção Americana de direitos humanos nos direitos civis e políticos. GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flávia (org.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.309-356, 2000. p.312-313.
- 36 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista de Informação Legislativa,** n. 167, a. 42, p.93-114, julho-setembro 2005. p.94-95.
- 37 MELO, Monica de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Impacto da Convenção Americana de direitos humanos nos direitos civis e políticos. GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flávia (org.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.309-356, 2000. p.316. TRINDADE, Antônio Augusto. Direito internacional e direito interno: da interação na proteção dos direitos humanos. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado (org.). **Instrumentos de proteção dos direitos humanos.** São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. p.44-45
- 38 ADIn 1480-3/DF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 10 de julho de 2007.
- 39 BARBOSA, Salomão Almeida. O poder de celebrar tratados no direito positivo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, n. 162, a. 41, p.353-361, abril-junho 2004. p.360.
- 40 MAZZUOLI. **Direitos Humanos...**, *op.cit.*, p.197-199.
- 41 RESEK. **Parlamento...**, p.144.
- 42 MELO; PFEIFFER. *Op.cit.*, p.315.
- 43 GARCIA, Emerson. Influxos da ordem jurídica internacional na proteção dos direitos humanos: O necessário redimensionamento da noção de soberania. **Revista Jurídica.** Brasília, n. 85, v. 9, junho-julho 2007. p.122-123.
- 44 ARAÚJO, Nadia, *op.cit.*, p.168; TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. **O MERCOSUL no direito brasileiro:** incorporação de normas e segurança jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.115-116.

- 45 MAZZUOLI. **O novo...**, *op.cit.*, p.05.
- 46 MIGUEL, *op.cit.*, p.322-323.
- 47 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006. p.628.
- 48 TRINDADE. **O MERCOSUL...**, p.115-116.
- 49 MIGUEL, *op.cit.*, p.323.
- 50 MAZZUOLI, **O novo...**, p.105.
- 51 LOULA, Pedro. Breves Reflexões sobre a repercussão da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/04) no Direito Internacional Brasileiro. *Direito Internacional Contemporâneo*: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, p.777-795, 2006. p.784-785.
- 52 MAZZUOLI, **O novo...**, p.101-103
- 53 LOULA, *op.cit.*, p.785; MIGUEL, *op.cit.*, p.324; MAZZUOLI, **O novo...**, *op.cit.*, p.107.
- 54 ARAÚJO, Nádia, *op.cit.*, p.169; MIGUEL, *op.cit.*, p.323.
- 55 RE 466343/ SP. Ver, também, HC 90172. Disponíveis em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25 de agosto de 2007.
- 56 MIGUEL, *op.cit.*, p.322.

Referências

- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de direito internacional público**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ARAUJO, Nádia. **Direito Internacional Privado**: Teoria e Prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARBOSA, Salomão Almeida. O poder de celebrar tratados no direito positivo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, abril-junho 2004, n. 162, a.41, p.353-361.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.
- FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.5.
- GARCIA, Emerson. *Influxos da ordem jurídica internacional na proteção dos direitos humanos: O necessário redimensionamento da noção de soberania*. **Revista Jurídica**. Brasília, junho-julho 2007, n. 85, v. 9.
- HOSTERT, Jean. Droit international et Droit interne dans la Convention de Vienne sur le Droit des Traités du 23 Mai 1969. **Annuaire Français de Droit International**. Paris, 1969, p.92-121.
- LOULA, Pedro. Breves Reflexões sobre a repercussão da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/04) no Direito Internacional Brasileiro. *Direito Internacional Contemporâneo*: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.777-795.
- MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **A internalização dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro**: o caso do Mercosul. Disponível em: <<http://www.dip.com.br>>. Acesso em 05 de abril de 2007.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, constituição e tratados internacionais**: estudo analítico da situa-

ção e aplicação do tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, julho-setembro 2005, n. 167, a. 42, p.93-114.

MEDEIROS, Antonio Carlos Cachapuz de. **O poder de celebrar Tratados**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

MELO, Monica de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Impacto da Convenção Americana de direitos humanos nos direitos civis e políticos. GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flávia (org.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.309-356.

MENEZES, Iure Pedroza. Os tratados internacionais e o direito interno dos Estados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, julho-setembro de 2004, v. 48, a. 12, p.303-323.

MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, abril-junho 2006, a. 14, v. 55. p.287-324.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. v. 4. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, outubro-dezembro de 2003, v. 45, a. 11, p.216-236.

RESEK, Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RESEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, abril-junho 2004, n. 162, a. 41, p.121-148.

TRIEPEL, Henrich. Les rapports entre le droit interne e lè droit international. **Recueil dès Cours. Collected Courses of the Hague Académie de Droit International**. The Hague, 1925, v. I, p.77-118.

TRINDADE, Antônio Augusto. Direito internacional e direito interno: da interação na proteção dos direitos humanos. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado (org.). **Instrumentos de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. **O MERCOSUL no direito brasileiro: incorporação de normas e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, abril-junho 2004, a. 41, p.35-45.

Apontamentos sobre a crise do conceito de serviço público no direito brasileiro

Gustavo Adolfo Maia Júnior

Advogado da Caixa em Brasília.

Pós-graduado pela Universidade Cândido Mendes.

Pós-graduando pela Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal.

RESUMO: Inarredável ao conceito de Estado é a noção de serviço público. Este último, por sua vez, encontrará definição e lindes de conceituação naqueles objetivos cuja satisfação os instituidores do dito Estado conceberam essenciais. Por conseguinte, é possível dizer o conceito de serviço público como histórico. No último quartel do século passado, apura-se crise na noção de serviço público, marcadamente com o refluxo de concepções socializantes do Estado. Daí, no curso dos processos de privatização, ter lugar a diferenciação entre serviços universais e serviços de interesse econômico geral. Nesse mister, as agências reguladoras são manifestações vivas da crise da noção de serviço público. Por meio do presente trabalho, busca-se apresentar o panorama atual, abordando os conceitos - amplo e restrito - de serviço público, destacando a crise dessa noção, bem como o reflexo e aplicação dessa dicotomia no Estado e no direito brasileiro.

Palavras-chave: Serviço público. Conceito. Crise

Introdução

De toda definição de Estado é sempre possível identificar a vinculação desse organismo social a fins, objetivos, missões. Durante longo período, contudo, a noção de Estado referiu-se ao próprio Estado ou ao indivíduo a personificá-lo. Assim foi em tempos mais antigos, nos regimes absolutistas, ou mais recentes, nos regimes totalitários. Em oposição a isso, o Estado toma ora contornos democráticos, socializantes, destinando seus esforços ao atendimento de necessidades dos cidadãos. Ou seja, conforma-se enquanto estrutura social cuja atuação serve precipuamente ao atingimento das finalidades a ele atribuídas e, por conseguinte, legitimadora de sua existência. Enfim, trata-se de ente destinado a servir ao público.

Nesse contexto, inarredável do conceito de Estado é a noção de serviço público. Este último, por sua vez, encontrará definição e lindes de conceituação naqueles objetivos cuja satisfação os instituidores do dito Estado conceberam essenciais. Por conseguinte, é possível dizer o conceito de serviço público como histórico. Com efeito, somente as peculiaridades sociais, temporais e geográficas indicarão o acerto ou o erro, ou ainda a prestabilidade de um dado conceito dessa modalidade de atuação estatal.

Em consequência, a univocidade dos conceitos científicos – aplicáveis também ao Direito – é preterida para satisfação da pré-concepção de Estado particular ao estudioso. Ao invés disso marcar impropriedade do estudo científico do Direito, tal circunstância se revela necessária, no sentido de preservar a viabilidade do estudo do Estado, da Administração e do Serviço Público.

Vê-se, então, o motivo para o estudo jurídico de a Administração abarcar um tão amplo escopo de conceitos válidos. De um lado, pode-se encontrar Duguit, ladeado por Meirelles, com sua conceituação ampla. De outro lado, pode-se ter Bandeira de Mello e outros de escol, restringindo o conceito. Para além de dúvidas, a variação de elementos e abrangência dos conceitos ofertados na doutrina representam, menos que falta de objetividade científica, a necessária influência das variadas concepções de Estado (com fins e meios a ele inerentes).

A par disso, notadamente pelas correntes liberalizantes circundantes no Atlântico Norte no último quartel do século passado, apura-se crise na noção de serviço público. De fato, o refluxo de concepções socializantes do Estado deu lugar a preceito de ordem liberal, conduzindo ao afastamento ou contenção dos modos e limites da intervenção estatal no mercado. Daí, no curso dos processos de privatização, ter lugar a diferenciação entre serviços universais e serviços de interesse econômico geral.

Tais proposições cruzaram a linha do Equador, desembocando no Brasil. A década de noventa do último século experimentou, nessas terras, a implementação de tais concepções, donde ondas sucessivas de privatizações e de remodelagem do Estado brasileiro amoldaram a atuação do Estado no intuito da satisfação de interesses da população. Como linha básica, tomou-se como pressuposta a capacidade do mercado atender a tais interesses, cabendo ao Estado o papel de regulador. Nesse mister, as agências reguladoras são manifestações vivas da referida crise da noção de serviço público.

Nesse cenário, se buscará, por meio do presente trabalho, apresentar panorama atual da questão, abordando os conceitos - amplo e restrito - de serviço público, destacando a crise dessa noção, bem como o reflexo e aplicação dessa dicotomia no Estado e no direito brasileiro.

1 Conceito de serviço público

Como destacado anteriormente, a expressão serviço público presta-se a definir o conjunto da atuação estatal. Essa atuação por sua vez, ao longo dos tempos, sofreu mutação conforme as peculiaridades do tempo e do espaço em meio às quais o Estado se desloca. É, então, evidente o papel central cumprido pelo rol de atividades essenciais ao bem-estar da população atribuídas ao Estado para caracterização do que seja serviço público.

Quadra notar a relevância da modificação dos fins e, em consequência, dos meios postos à disposição do Estado para prestar serviço ao público. É de destaque o fato de, reconhecidamente, os direitos fundamentais do cidadão terem, na história, se construído em gerações, ou sedimentado em diferentes patamares, à medida da ampliação das necessidades e demandas sociais.

Nesse ponto é notória a lição de Bonavides¹, discernindo os direitos fundamentais de primeira geração (liberdade), como de abstenção, ou seja, a exigir atuação negativa do Estado, impondo-lhe limites; e os direitos de segunda (igualdade) e de terceira (solidariedade) como de prestação, ou seja, a demandar concretização por meio de atividade estatal, impondo obrigações de atuação positiva ao Estado.

Tal abordagem é referendada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, tal como se colhe no julgamento do RE 407688:

A multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tende a ser, em tese, ilimitada e constitui, por si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada. Mesmo assim foram efetuadas diversas tentativas de sistematizar as prestações sociais estatais relevantes para a problemática dos direitos sociais, dentre as quais destacamos - pela sua plasticidade e abrangência - a proposta formulada pelo publicista germânico Dieter Murswiek, que dividiu as prestações estatais (que podem, em princípio, constituir em objeto dos direitos sociais) em quatro grupos: a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, etc; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (Daseinsvorsorge), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água, etc.; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais de domínio público. O que se percebe, com base na sistematização proposta, é que os diversos direitos

sociais prestacionais podem apresentar um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia, etc.). Quais das diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental.²

Cabe, pois, a análise do conceito de serviço público a partir desse paradigma essencial.

1.1 Serviço público em sentido amplo

Diante da configuração de deveres prestacionais do Estado, é de se reconhecer a possibilidade de conceituar serviço público de maneira abrangente. Bem assim concebeu Duguit. Para esse autor francês, o Estado não se definia por exercer o monopólio da violência, mas por ser o arquiteto da solidariedade social. Daí ser pertinente ao aviso desse doutrinador o serviço público abarcar toda atividade cuja implementação deve ser assegurada, regulamentada e controlada pelos governantes, porquanto a prestação desse tipo de atividade seja indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e que tal atividade é de natureza tal a somente ser plenamente implementada pela intervenção da força estatal.

Nessa concepção, alcinhada de Escola do Serviço Público, a abrangência da noção de serviço público está pautada na identidade entre serviço público, direito público e agente público e alcança atividades se não prestadas diretamente pelo Estado, mas por ele regulamentadas. Tal conformação de pensamento encontrava respaldo fático na realidade do Estado francês conhecido no período do último quartel do século XIX até o último quartel do século XX, apresentando máxima expressão no dito "breve século vinte"³. Era tempo, mesmo nos estados de estirpe capitalista, de intervenção maciça, mesmo monopolista, na atividade econômica a pretexto de satisfação de necessidades públicas.

Esse ambiente contextualiza conceitos amplos de serviço públicos, tal como o talhado por Meirelles, *verbis*:

Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. Fora dessa generalidade não se pode indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam de acordo com a exigência de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público.⁴

Esse cenário muda no “início do fim” do breve século XX, ou seja, a década de 1970. As ondas liberalizantes particularmente representadas pelos Governos Reagan, nos EUA, e Thatcher, no Reino Unido. Na percepção dessa classe dirigente, para superar a estagnação dos regimes capitalistas ocidentais era essencial o retraimento do Estado da atividade econômica, inclusive aquela descrita como serviço público, de modo a propiciar oportunidades de investimento privado nesses setores.

1.2 Serviço público em sentido restrito

A reboque dessas alterações sociais, tornou-se imperioso à ciência do direito atualizar conceitos. De fato, o trinômio caracterizador da noção anterior (serviço público, regime de direito público, agente público) esvai-se diante da transferência da prestação de serviços públicos por meio de agentes delegados, não necessariamente públicos. Passa o Estado a centrar-se na regulamentação e na regulação do mercado de prestação de serviços públicos. Assim, a doutrina corrente passa a privilegiar nos conceitos o regime de direito público incidente sobre a atividade, tornando variável a natureza do ente a efetivamente prestá-lo e destacando a fruibilidade individual do serviço.

A propósito, encontram-se os seguintes conceitos na doutrina contemporânea:

Serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como próprios no sistema normativo. (...) a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: um deles, que é seu substrato material, consiste na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos

administrados; o outro, traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa “unidade normativa”.⁵

Serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as atividades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.⁶

Saber quando e porque uma atividade é considerada serviço público remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição. A Constituição pátria considera como serviços públicos p.ex.: o transporte coletivo, no art. 30, V; serviços telefônicos, telegráficos, no art. 21, XI; energia elétrica, no art. 21, XIII. (...) Finalidades diversas levam a considerar certa atividade como serviço público, dentre as quais: retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico. Em essência, serviço público significa prestações; são atividades que propiciam diretamente benefícios e bens, aos administrados, não se incluindo aí as de preparação de infra-estruturas (arquivo, arrecadação de tributos, p.ex.). Abrange prestações específicas para determinados indivíduos, p.ex. água, telefone e prestações genéricas, p.ex. iluminação pública, limpeza de ruas. No momento em que a atividade de prestação recebe a qualificação de serviço público, conseqüências advêm, em especial quanto ao regime jurídico, mesmo que fornecida por particulares.⁷

Eis configurado o cenário a partir do qual se pode considerar a crise da noção do serviço público.

2 Crise da noção de serviço público

Encontra-se, finalmente, em Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸ o que seria, de um lado, um conceito “tradicional” de serviço público:

atividade da Administração Pública que tem por fim assegurar de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria Administração.

De outro lado, na mesma obra, têm-se um conceito “contemporâneo” de serviço público: “as atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público”. Essa dicotomia apenas esboçada acima, encontra viva manifestação no continente europeu, sob os influxos da União Européia.

Deveras, enquanto a concepção tirada de Duguit é quase desatenta à questão econômica, a concepção ditada pelos regramentos da Comunidade Européia leva em conta a economia, notadamente a concorrência. A primeira representava o amálgama então existente entre o setor público e o serviço público. A segunda, a seu tempo, cuida do trato entre a intervenção do Estado, prestando direta ou indiretamente o serviço público, e a iniciativa privada, notadamente em atividades de interesse geral prestada de forma concorrente ou complementar pelo ente público e o ente privado.

Nesse diapasão, como reflexo da crise da noção de serviço público, adiantam-se dois novos elementos: o serviço universal e o serviço de interesse econômico geral. Esses dois elementos suprem a falta, na legislação comunitária, de referência a “serviço público”. De fato, a noção de serviço universal⁹ é emprestada do direito americano e agrupa os serviços básicos cujo direito de acesso a todos os cidadãos é julgado indispensável. Do ponto de vista financeiro, o serviço universal enseja ausência de ganho aos fornecedores; eles não podem ser fornecidos senão em caráter deficitário e em condições não correspondentes aos princípios comerciais clássicos, sendo, então, necessária a previsão de instrumento que assegure seu financiamento.

Por seu turno, a noção de serviço de interesse econômico geral aparece na legislação de concorrência (Tratado de Roma, 1957, art. 90, §2º¹⁰) e presta-se a designar atividades úteis anteriormente associadas ao Estado e ao serviço público (eletricidade, telecomunicações, transportes, v.g.) que, hoje, diante da acelerada desregulamentação dos mercados mundiais e das ações das instâncias européias, passam a ser exercidas pela iniciativa privada. Nesse quadro, a disciplina emprestada pela legislação comunitária aos serviços de interesse econômico geral serve a proteger da concorrência o ente privado no enfrentamento do ente público, eis que esse convive ou pode conviver com o déficit, enquanto a empresa somente se justifica pelo lucro.

Noutra mão, essa atuação estatal, de interesse econômico geral, se justificaria pelo especial interesse público na prestação de certa atividade. Ou seja, caracterizada a essencialidade de uma prestação para o bem-estar de uma dada população, o ente responsável pela execução do dito serviço não estaria restrito pelas regras da concorrência, ainda que isso acarrete prejuízo ao empresário privado fornecedor de semelhante prestação.

Em realidade, a prestação desse tipo de serviço pelo Estado deverá se centrar onde há um hiato de mercado, como designado pela ciência econômica, isto é, apesar de útil, necessária, mesmo essencial à coesão social ou ao bem-estar das populações, determinada atividade, numa determinada localidade, não é capaz de gerar receita e, portanto, de remunerar empresa vertente ao lucro, requerendo a intervenção estatal para o suprimento dessa carência.

Tal ordem de considerações relativas ao serviço de interesse econômico geral, aponta para o ambiente de desregulamentação e de supressão de fronteiras – físicas e legais – ao livre trânsito de bens e serviços entre os territórios componentes da União Européia. Como destacado, sendo uma atividade de interesse econômico geral, eventualmente, sua prestação por ente privado é possível, especialmente dadas as diferenças de estágios de desenvolvimento econômico das regiões. Assim, dada a hipótese, poderiam surgir conflitos entre, por exemplo, uma empresa de transporte de resíduos domiciliares privada, remunerada regularmente numa determinada cidade, e um ente estatal a prestar o mesmo tipo de serviço, sem remuneração direta.

3 Noção de serviço público no direito brasileiro

Nesse contexto, resta dificultada a imediata absorção no Direito brasileiro de tal crise e das noções a ela inerentes. Notadamente, a estratificação do pacto federativo já deixa a salvo a maior parte de tais conflitos, seja na prestação por entes públicos, seja na prestação por ente público e ente privado. De outro lado, as agências reguladoras se prestam a estabelecer regras mínimas da disputa comercial, buscando assegurar o atendimento da eficiência, modicidade e continuidade. Além disso, onde poderia haver área fronteira entre a atuação privada e a atuação estatal, as parcerias público-privadas (PPPs), há marcada diferenciação entre as modalidades administrativa e patrocinada. Finalmente, no Brasil, a intervenção estatal no domínio econômico ganha contorno de suplementação ou complementação.

3.1 Arranjo federativo

Como visto acima, a crise da noção de serviço público se instala, de forma acentuada, no ambiente da integração européia. De fato, sob a bandeira azul-estrelada abrigam-se nações em diversos instantes de desenvolvimento do aparelho estatal, destacando diferentes ambientes de interação entre o setor privado e o setor público. Assim, então, atividades cujo exercício apto em um Estado europeu é realizado, à satisfação, por meio da prestação privada, em outro pode carecer de específica intervenção estatal.

Diferentemente ocorre na federação brasileira. Diante do complessivo rol distributivo de atribuições aos entes federados, no que toca aos serviços públicos prestados direta ou indiretamente, não se propicia ambiente concorrencial entre entes - público ou privados - prestadores de tais atividades. É de se notar, por oportuno, específica divisão de atividades a cada ente federado posta na Constituição de 1988. Disso, em consequência, deriva inexistirem maiores momentos de disputa de mercado na prestação - direta ou diferida - de serviços públicos.

É de se ver, na dicção constitucional, ter-se atribuído à União a prestação do conjunto de atividades econômicas cuja natureza indica abrangência em todo o território nacional¹¹. Cabe, por oportuno, destacar a atuação exclusiva da União aos casos de repercussão nacional ou regional, notadamente, nas diversas modalidades de transporte (v.g. CRFB, art. 21, X, XII, XV). Por seu turno, o artigo 23 contempla atividades, qualificáveis como serviço público, realizadas em concorrência pela União, Estados, DF e Municípios, resolvendo-se eventuais sobreposições pelo critério da abrangência do interesse (nacional, regional, local). Nesse diapasão, a prestação direta ou intermediada de serviços não encontra oportunidade para pôr em concorrência mercantil atividades desenvolvidas por mais de um ente federado.

3.2 Agências reguladoras

Ainda no que toca ao rol de serviços públicos designados à União e eventualmente prestados por meio de permissão ou concessão, cumpre anotar a instalação de diversas agências reguladoras¹². Por certo, o papel dessas autarquias de regime especial é zelar pela adequada prestação de serviço público, naquilo que abranja o serviço de interesse econômico geral – atividade sujeita à exploração mercantil privada e rentável – e o serviço universal – prestação permanente, contínua e geral.

A par de estabelecer as referidas agências, as leis correspondentes instituem o regime jurídico do serviço. Calha destacar nessas leis o tratamento, de um lado, daquela fração constituída em serviço universal e, de outro, de serviço de interesse econômico geral. A propósito, logo na abertura dessas leis, há indicação do direito do usuário ao serviço de qualidade, prestado em caráter permanente (contínuo) e a preço módico, em uma palavra, a universalidade do serviço¹³. Além disso, tais normas resguardam a viabilidade dos empreendimentos, notadamente no que toca ao regime de solução de eventuais conflitos de concorrência, esta, por certo, entre as empresas prestadoras indiretas de serviços públicos, por permissão ou concessão da União¹⁴.

Diante desse marco normativo, é possível verificar a impossibilidade, primeiro de conflitos concorrenciais entre empresas prestadoras indiretas de serviços públicos outorgados por entes federados diversos, ante a exclusividade da outorga; segundo, subsunção das relações entre

as concessionárias ou permissionárias às regras do regime jurídico próprio, no qual se incluem predições vertentes sobre a universalidade dos serviços e a exploração econômica da concessão/permissão.

3.3 PPP

Outro regime de convivência entre as atividades econômicas carreadas pelo setor público ou pelo setor privado é o regulado pelas parcerias público-privadas (PPP). A lei n. 11.079, de 30.12.04, dá sustentáculo legal à integração entre esses dois setores, fixando-lhe princípios, além de regras de específica incidência. Nesse sentido, avultam as disposições do artigo 4º da referida norma¹⁵. Destaca-se, no dispositivo, toda intenção de abrigar nas PPPs a oferta de serviços públicos em caráter universal e a necessidade de viabilizar economicamente os projetos, relevando-se a atenção à eficiência no uso dos recursos públicos, no respeito ao interesse e direitos do usuário, repartição objetiva dos riscos, sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos de parceria. Nesse compasso, assinala-se a instituição, pelo menos incipiente, de marco regulatório mínimo necessário à convergência e interação entre o setor público e o setor privado.

3.4 Atuação estatal no domínio econômico

Finalmente, ainda no aspecto do contato entre o setor privado e o setor público, releva o artigo 173 da Constituição da República. Nesse dispositivo assenta-se o condicionamento da exploração estatal direta da atividade econômica aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, tal como definidos em lei. Dessa maneira, malgrado conceitos de serviço público indicarem a inclusão de atividade de cunho precipuamente econômico ou empresarial, a imissão do Estado nesse domínio, destinado sobretudo à iniciativa privada (CRFB, 170), estará pautada em especial interesse público.

É certo, não passou ao largo da Constituição evitar a prevalência de prerrogativas estatais sobre os particulares quando o Estado se faça empresário. Assim, conforme a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, o artigo 173, §1º, II, da Carta da República, o estatuto dos entes para-estatais dedicados à exploração de atividade econômica se sujeitará às regras do regime jurídico próprio das empresas privadas¹⁶. Somam-se, dessa maneira, duas salvaguardas em favor do setor privado, ou melhor, em limitação do setor público, de modo a contemplar a satisfação de necessidades especiais dos cidadãos e o direito de exploração da propriedade privada organizada de forma empresária.

Por oportuno, calha reproduzir julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no qual se confirma a absorção no direito brasileiro

dos conceitos de serviço de interesse econômico geral e de relevante interesse coletivo, sendo este critério para atuação do Estado na prestação do primeiro. Veja-se a decisão, tal como noticiada:

INCONSTITUCIONALIDADE - LEI DISTRITAL Nº 3.205/2003.

Inconstitucional se mostra a Lei Distrital nº 3.205/2003, que, em seu art. 3º, determina que o pagamento feito aos servidores públicos do DF se faça unicamente por meio do Banco Regional de Brasília – BRB. Isso porque o dispositivo viola os arts. 2º, IV e 158, IV e V da Lei Orgânica do DF, bem como os princípios da razoabilidade, da defesa do consumidor e da livre concorrência, pois a centralização dos pagamentos em uma única instituição bancária, a pretexto da conveniência administrativa, limita o direito dos servidores, retirando-lhes a oportunidade de informar-se e realizar opções, e favorece o agente financeiro, proporcionando-lhe um grande grupo de consumidores, em detrimento de outro banco. Além disso, não há qualquer óbice legal para o que o pagamento seja realizado em outra instituição bancária. O voto minoritário defende a constitucionalidade da lei, já que o BRB é um órgão de extensão do Tesouro no DF, tendo este, até o momento da liberação do pagamento, responsabilidade supletiva, o que afastaria a alegação de violação ao princípio da livre concorrência, bem como da ofensa ao princípio da defesa do consumidor, já que haveria plena segurança ao consumidor de que receberia sua remuneração. Aliado a esta assertiva, tem-se que a norma atende ao relevante interesse coletivo de que preconiza a própria Lei Orgânica. Maioria. 20050020049124ADI, Rel. Des. NATANAEL CAETANO, Data do Julgamento 01/08/2006.¹⁶

Conclusão

Em vista do exposto, pode-se verificar que a crise do conceito de serviço público não é estranha ao ordenamento jurídico nacional, entretanto, a estrutura normativa e, especialmente, estatal (federação) impõe aclimatação do problema. Com efeito, a Constituição e outras normas específicas ofertam regulação, sinalizando, de um lado, a atenção ao conceito central de serviço público – com destaque ao serviço universal – e, de outro, contemplando o estágio de desenvolvimento do setor privado no Brasil, disciplina a prestação, de forma independente (livre iniciativa) ou outorgada (direta, permitida ou concedida), de serviços de interesse econômico geral.

Nesse compasso, o direito brasileiro apresenta as mutações pertinentes à atual concepção do Estado e do papel dele na atividade econô-

mica. Em realidade, centrada notadamente na regulação, a intervenção estatal na economia, conforme a concepção formulada sob os influxos da mundialização pós-Guerra Fria, dita “neo-liberal”, destina-se a assegurar a prestação universal de serviços públicos por meio de outorga a entes privados, suprimindo a atuação destes quando ocorrente hiato de mercado, caracterizado pela inviabilidade financeira de uma dada prestação.

Noutra mão, o fato de a União concentrar, por determinação constitucional, o bojo dessas prestações, exercendo-a direta ou indiretamente, mas com exclusividade em relação aos demais entes federados, põe a federação brasileira ao abrigo de conflitos de natureza semelhante àquela vivenciada na União Européia. Assim, acolhem-se os marcos teóricos da crise, mas a concretização de seus reflexos encontra barreira na estruturação do Estado federal brasileiro.

Notas

- 1 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- 2 Relator Ministro CEZAR PELUSO, Informativo STF/416.
- 3 HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991**. São Paulo: Cia das Letras, 2000.
- 4 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- 5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- 6 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanelo. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1999.
- 7 MEDAUER, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 1996.
- 8 **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 9 Conforme entendimento do Conselho de Estado Francês, no original: “[les services universels] ne peuvent être fournis qu’à perte ou dans des conditions ne correspondant pas aux normes commerciales classiques” (Com 95/327). De fato, o princípio da eficiência, marcado no artigo 37, da CRFB, pode impedir a plena absorção de tal conceito no direito brasileiro, malgrado o seguro social, prestado pelo INSS, amargar longos anos de déficit.
- 10 Tratado de Roma, 1957, art. 90, 2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.
- 11 A destacar do rol do artigo 21, CRFB, primeiro, naquilo central a qualquer concepção moderna de Estado: relações exteriores, defesa nacional, produção e comércio de material bélico,

emissão de moeda, planos nacionais e regionais de ordenação do território; depois aqueles de possível prestação suficiente pela iniciativa privada: serviço postal e correio aéreo nacional, telecomunicações, radiodifusão, energia elétrica, transporte aéreo, aquaviário, rodoviário, portos e aeroportos, serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional, gerenciamento de recursos hídricos, serviços e instalações nucleares.

- 12** Merecem destaque, entre os entes de regulação de serviços concedidos ou permitidos, a Agência Nacional de Águas – ANA, Lei nº 9.984, 17/07/00; Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, Lei nº 11.182, 12/09/05; Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Lei nº 9.427, 26.12.96; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Lei nº 9.472, 16/07/97.
- 13** Telecomunicações, lei n. 9472, art. 2º, I, art. 3, I a XII; Energia elétrica, art. 14, I a V, com remissão à lei n. 8987/95 (Lei de concessões e permissões).
- 14** Cabe especial destaque aos artigos 5º e 6º da lei n. 9472, *verbis*:
 Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.
 Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita

e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

- 15** Cabe especial destaque ao artigo 4º da lei n. 11.079, *verbis*:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

- IV - responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V - transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI - repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII - sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

16 Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Informativo n. 112. (20050020049124ADI, Relator NATANAEL CAETANO, Conselho Especial, julgado em 01/08/2006, DJ 22/09/2006 p.139).

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Informativo 416, RE 407688.

_____ Lei nº 8.987, 13/02/95

_____ Lei nº 9.427, 26/12/96

_____ Lei nº 9.472, 16/07/97

_____ Lei nº 9.984, 17/07/00

_____ Lei nº 11.182, 12/09/05

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanelo. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1999.

FRANÇA, Conselho de Estado Francês.

LÉVÊQUE, François. Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de

service public. In Vers une économie de l'action juridique. Une perspective pluridisciplinaire sur les règles juridiques et l'action . CNRS Editions, 2000. disponível em <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FLivreKirat.pdf#search=%22concept%20service%20publique%22>, acessado em 29 de agosto de 2006, às 21:58h

HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991**. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

MEDAUER, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

UNIÃO EUROPÉIA, Tratado de Roma, 1957.

Extinção do contrato de trabalho e aposentadoria espontânea

Bibiane Borges da Silva

Advogada da Caixa em Tocantins.

Graduada em Direito pela UFU - Universidade Federal de Uberlândia/MG.

RESUMO: Este trabalho é um compêndio do posicionamento jurisprudencial e doutrinário sobre o controvertido tema ligado aos efeitos da aposentadoria espontânea em relação ao contrato de trabalho, ressaltando o julgamento das ADINs 1.770 e 1.721 pelo Supremo Tribunal Federal, visando estabelecer o norte da jurisprudência de agora em diante e apresentar análise crítica sobre a mesma.

Palavras-Chave: Aposentadoria espontânea. Efeitos. Contrato de trabalho. Indefinição legal.

Introdução

Muito se tem discutido acerca dos efeitos da aposentadoria espontânea em relação ao contrato de trabalho, em especial se a jubilação determina automaticamente a extinção da relação laboral ou, considerando a continuidade do vínculo, se seria devido ao trabalhador privado o acréscimo sobre saldo do FGTS (40%) e, para o servidor público, a realização de novo concurso.

O trabalho apresenta posicionamento jurisprudencial e doutrinário trabalhista sobre a matéria, expondo de forma sucinta os argumentos defendidos tanto pela corrente majoritária como pela minoritária.

No tópico seguinte traz histórico da legislação previdenciária acerca dos requisitos exigidos para a aposentadoria espontânea e reflexos desta sobre o contrato de trabalho.

Destaca, ainda, o julgamento das ADINs 1.770 e 1.721, que declararam a suspensão dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, estabelecendo que a aposentadoria não extingue automaticamente o contrato de trabalho.

Por fim, a conclusão, buscando realizar uma análise jurídico-social das conseqüências da nova jurisprudência.

1 Posicionamentos jurisprudencial e doutrinário

Tanto a lei como a jurisprudência têm variado quanto à matéria sob análise, ora prevendo (ainda que indiretamente) a extinção do

contrato de trabalho com a aposentadoria espontânea, ora admitindo o contrário.

Neste contexto, nos deparamos com a Súmula n.º 21 do TST, cancelada em 1994 (Res. 30/1994, DJ 12.05.1994), segundo a qual "O empregado aposentado tem direito ao cômputo do tempo anterior à aposentadoria, se permanecer a serviço da empresa ou a ela retornar".

Entretanto, mais contemporaneamente, a jurisprudência trabalhista dominante consolidada na Orientação Jurisprudencial n.º 177 da SDI-I, aprovada em novembro de 2000, era no sentido de que a aposentadoria espontânea determinava a extinção automática do contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continuasse trabalhando na empresa, de seguinte teor:

Aposentadoria espontânea. Efeitos. A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, a aposentadoria é causa suficiente de cessação do vínculo: "O contrato fica terminado por aposentadoria. Inicia-se, após a aposentadoria, novo contrato de trabalho individual entre as partes".¹

Para José Martins, da mesma forma, é causa especial de rescisão do contrato de trabalho "a praticada por interposição de aposentadoria por velhice, requerida pelo próprio empregado".²

Tal entendimento fundamentava-se no disposto no artigo 453 *caput* e §§1º e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, assim redigidos:

Art. 453 - No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente.

§ 1º - Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público (§ incluído pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997).

§ 2º - O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício (§ incluído pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997).

Com base em tal posicionamento, para o trabalhador da atividade privada inexistia direito à indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS (art. 7º, inciso I da CF e art. 10, inciso I dos ADCT). O referido acréscimo só seria devido durante o novo contrato de trabalho, se eventualmente rescindido sem justa causa pelo empregador.

Para o trabalhador público, além da inexistência de indenização, a permanência no emprego dependia de novo concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II e § 2º da CF. Assim, mantido o contrato após a aposentadoria, nada lhe era devido, quer a título de acréscimo dos 40%, quer por conta das verbas rescisórias, por se considerar nulo o contrato de trabalho.

Argumentava a corrente contrária, em síntese, que o inciso I do artigo 7º da CF, que garante a indenização de 40% do FGTS, não a exclui no caso de aposentadoria espontânea. Também não existe qualquer disposição legal compatível com a Constituição, reconhecendo a aposentadoria espontânea como motivo de extinção do contrato de trabalho, sem indenização para o trabalhador. Assim, aposentado espontaneamente, poderia o trabalhador continuar prestando serviço na empresa normalmente, salvo se o empregador não mais o quisesse, quando este teria, então, que rescindir o contrato por sua iniciativa, sem justa causa e arcar com o pagamento das conseqüentes verbas rescisórias.³ Defendiam, ainda, que se não houvesse rescisão contratual propriamente, permanecendo o empregado na regular prestação de seus serviços, impossível seria se cogitar uma readmissão (fictícia), vez que não se pode readmitir aquele que já é empregado.

2 Das disposições da lei previdenciária sobre o assunto

Cumpra esclarecer que as leis previdenciárias impunham como condição para concessão da aposentadoria o desfazimento do contrato de trabalho, visando caracterizar o termo final da contagem do tempo de serviço.

Entretanto, desde a Lei n. 8.213/91, o deferimento do benefício previdenciário não está mais vinculado à prova do desligamento do emprego.

Importante consignar que a Medida Provisória n.º 1.523/96, de 11.10.96 (DOU 14.10.96), reeditada até a MP n.º 1.523-2 de 12.12.96, deu nova redação ao artigo 148 da Lei n. 8.213 que dispunha: "O ato da concessão do benefício de aposentadoria importa extinção do vínculo empregatício".

Até então, por força do disposto no art. 453 *caput* da CLT e jurisprudência dominante, a aposentadoria espontânea determinava a extinção do contrato de trabalho.

Surgem com a alteração da legislação previdenciária, duas correntes: a primeira dos que entendem que a lei de benefícios inovou

sobre o instituto da aposentadoria, que não mais ensejaria a extinção do contrato de trabalho; e a segunda, defendendo inexistir qualquer modificação, permanecendo a aposentadoria espontânea como forma de extinção do vínculo laboral.

Argumentavam os adeptos da primeira corrente que o artigo 453 da CLT jamais determinou expressamente a cessação do contrato de trabalho por força da aposentadoria; o que o fazia eram as disposições da legislação previdenciária.

A atual lei de Previdência - Lei 8.213, de 1991, em seu artigo 49, reza:

Art. 49 - A aposentadoria por idade será devida: I. - ao segurado empregado, inclusive doméstico, a partir: a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até esta data ou até 90 dias depois dela; ou b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea "a". [grifo nosso]

Ou seja, prevendo a possibilidade de não ser o empregado desligado do emprego quando de sua aposentadoria, defendia-se que o dispositivo demonstra que a concessão do benefício não importa na rescisão contratual, já que a hipótese é expressamente admitida e regulada.

Para os seguidores da segunda corrente:

o desligamento posterior se processará considerando apenas o período relativo ao prosseguimento do vínculo, eis que o período anterior à jubilação encontra-se compreendido na extinção do contrato de trabalho, consumada quando deferida a aposentadoria.⁴

De fato a lei especial previdenciária, que dispõe sobre o plano de benefícios da Previdência Social, não revogou o art. 453 da CLT, vez que regulam matérias diferentes⁵, sendo, pois, razoável a defesa da extinção do vínculo laboral pela aposentadoria espontânea.

Destaca-se que, como dispõe o art. 18 § 2º da Lei 8.213/91⁶, com redação dada pela Lei 9.528/97, o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que permanecer em atividade sujeita ao regime ou a ele voltar não fará jus a outra prestação da Previdência senão salário família e à reabilitação profissional, estando, entretanto, isento da contribuição previdenciária - art. 24 da Lei 8.870/94⁷.

3 Julgamento das ADINs 1.770 e 1.721

O Supremo Tribunal Federal - STF declarou, liminarmente, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º da CLT e reconheceu explicitamen-

te que a aposentadoria espontânea do trabalhador não constitui motivo para extinção do contrato de trabalho mantido com o seu empregador, quer seja ente público ou pessoa jurídica de direito privado (ADIns n^{os} 1.721 e 1.770).

A decisão liminar prolatada na ADIn 1.721 está assim ementada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3.º DA MP N.º 1.596-14/97 (CONVERTIDA NA LEI N.º 9.528/97), NA PARTE EM QUE INCLUIU § 2.º NO ART. 453 DA CLT. ALEGADA OFENSA À CONSTITUIÇÃO. O direito à estabilidade no emprego cedeu lugar, com a Constituição de 1988 (art. 7.º, I), a uma proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, consistente em uma indenização compensatória, entre outros direitos, a serem estipulados em lei complementar. A eficácia do dispositivo não ficou condicionada à edição da referida lei, posto haver sido estabelecida, no art. 10 do ADCT, uma multa a ser aplicada de pronto até a promulgação do referido diploma normativo (art. 10 do ADCT), havendo-se de considerar arbitrária e sem justa causa, para tal efeito, toda despedida que não se fundar em falta grave ou em motivos técnicos ou de ordem econômico-financeira, a teor do disposto nos arts. 482 e 165 da CLT. O diploma normativo impugnado, todavia, ao dispor que a aposentadoria concedida a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço (aposentadoria proporcional por tempo de serviço) importa extinção do vínculo empregatício - efeito que o instituto até então não produzia -, na verdade, outra coisa não fez senão criar modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização, o que não poderia ter feito sem ofensa ao dispositivo constitucional sob enfoque. Presença dos requisitos de relevância do fundamento do pedido e da conveniência de pronta suspensão da eficácia do dispositivo impugnado. Cautelar deferida.⁸

Como se vê, a decisão fundamenta-se no fato de que a Constituição Federal considera devida a indenização do inciso I do artigo 7º (40% do FGTS) na despedida arbitrária ou sem justa causa, considerada assim aquela que não se fundar em falta grave ou em motivos técnicos ou de ordem econômico-financeira, a teor dos artigos 482 e 165 da CLT.

Esclarece, ainda, que o disposto no § 2º do artigo 453 da CLT criou nova modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa (a aposentadoria espontânea como razão da extinção do contrato de trabalho), sem indenização, o que não poderia ter feito sem ofensa ao aludido inciso I do artigo 7º da Norma Maior, que assegura a indenização ao trabalhador.

Na ADIn 1.770, a ementa da liminar tem o seguinte teor:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 453 DA CLT NA REDAÇÃO DADA PELO ARTIGO 3º DA LEI 9.528, DE 10.12.97, E DO ARTIGO 11, "CAPUT" E PARÁGRAFOS, DA REFERIDA LEI. PEDIDO DE LIMINAR. No tocante ao artigo 11 da Lei 9.528/97, não é de conhecer-se a ação direta, porquanto, tratando de norma temporária cujos prazos nela fixados já se exauriram no curso deste processo, perdeu a referida ação o seu objeto. Quanto ao § 1º do artigo 453 da CLT na redação dada pelo artigo 3º da Lei 9.528/97, ocorre a relevância da fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade, bem como a conveniência da suspensão de sua eficácia pelas repercussões sociais decorrentes desse dispositivo legal. Pedido de liminar que se defere, para suspender, "ex nunc" e até decisão final, a eficácia do § 1º do artigo 453 da CLT na redação que lhe deu o artigo 3º da Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997. ⁹

Nessa ação ocorreu a suspensão do § 1º do artigo 453 da CLT sob o fundamento de que a inconstitucionalidade do dispositivo legal em causa decorre, primeiro, por estabelecer como regra a cumulação vedada de remuneração de aposentadoria e salário ao empregado da empresa pública e sociedade de economia mista, em violação ao art. 37, XVI e XVII da CF/88.

A Corte Suprema tem sustentado o entendimento de que a vedação de cumulação de vencimentos e proventos imposta aos servidores públicos também se aplica aos empregados das empresas públicas e sociedade de economia mista, salvo exceções expressas nos incisos do art. 37, XVI da Carta Magna.

O segundo fundamento para a suspensão do § 1º consiste no fato de que o mesmo pressupõe indiretamente que a aposentadoria espontânea do empregado extingue automaticamente o vínculo empregatício, o que violaria os preceitos constitucionais relativos à proteção do trabalho (art. 193 da CF), que tem como corolário o princípio da irrenunciabilidade ao direito ao trabalho e continuidade do trabalho e à garantia de percepção dos benefícios previdenciários.

Referida liminar foi confirmada pelo STF por decisão definitiva, com base nos mesmos fundamentos da decisão liminar, nos seguintes termos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS.

EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO-CONHECIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. Lei 9.528/1997, que dá nova redação ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT -, prevendo a possibilidade de readmissão de empregado de empresa pública e sociedade de economia mista aposentado espontaneamente. Art. 11 da mesma lei, que estabelece regra de transição. Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade na parte que impugna dispositivos cujos efeitos já se exauriram no tempo, no caso, o art. 11 e parágrafos. É inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos - vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal -, quer porque se funda na idéia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício. Pedido não conhecido quanto ao art. 11, e parágrafos, da Lei nº 9.528/1997. Ação conhecida quanto ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo art. 3º da mesma Lei 9.528/1997, para declarar sua inconstitucionalidade.¹⁰

O Ministro Marco Aurélio, ao votar pela procedência da referida ADIn em menor extensão, defendeu a razoabilidade do dispositivo impugnado, tendo em conta a situação concreta do mercado de trabalho, desequilibrado pela oferta excessiva de mão-de-obra e escassez de emprego, quanto da previdência social, que segundo fez constar seria agravada pela assunção de aposentadorias precoces.

Em face das decisões proferidas pelo STF declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento realizado aos 25/10/06, cancelou a Orientação Jurisprudencial 177, que dispunha sobre a extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea.

Segundo notícia publicada no sítio do TST, optou-se pelo cancelamento puro e simples da orientação jurisprudencial, sem tomada de posição quanto ao mérito, que dependerá no caso concreto do entendimento a ser dado à questão por cada um dos ministros, motivo pelo qual a jurisprudência deve variar até se encontrar novamente um denominador comum.¹¹

Portanto, se a aposentadoria espontânea não extingue automaticamente o contrato de trabalho, como reconhece o STF, é devida a indenização dos 40% do FGTS e, no caso de despedida de servidor público após a aposentadoria, as verbas rescisórias, porque não há obrigatoriedade de se fazer novo concurso público.

A 3ª Turma de juízes do TRT de Minas proferiu, em julgamento recente de recurso ordinário, decisão adotando a jurisprudência do

STF e deferindo o pagamento da multa rescisória integral a uma ex-servidora pública em regime celetista que continuou trabalhando após a obtenção da aposentadoria espontânea.

SERVIDOR PÚBLICO. REGIME CELETISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. MULTA RESCISÓRIA. O art. 7º, I, da Constituição Federal assegura o pagamento de indenização compensatória pelo término do contrato pela dispensa arbitrária, sendo que tal valor, até o advento de lei complementar, se resume na multa de 40% do FGTS (ADCT, art. 10, I). Assim, a concessão de aposentadoria ao trabalhador, com a continuidade da prestação de serviços, sem o pagamento da indenização compensatória, não acarreta a extinção do vínculo de emprego, sendo devida a multa dos 40% do FGTS calculada com base em todo o período de duração do vínculo de emprego. Precedentes do Col. STF.¹²

Ou seja, pelo teor da decisão, quando há continuidade da prestação de serviços após a aposentadoria espontânea, o vínculo empregatício não se rompe, sendo devida a multa de 40% sobre o saldo do FGTS, que deverá ser calculada com base em todo o período de duração do contrato de trabalho.

4 Circular da Caixa Econômica Federal n.º 400, de 08/02/07

Em fevereiro de 2007, a Diretoria da Caixa Econômica Federal fez publicar no Diário Oficial a Circular n.º 400, que disciplinou os procedimentos para movimentação das contas vinculadas ao FGTS de um modo geral, prevendo, em face da publicação aos 01/12/2006 do Acórdão da ADIn 1.770, julgada pelo Pleno do STF, no sentido de que a aposentadoria espontânea não implica, por si só, extinção do contrato de trabalho, que o valor do saque observará a Data de Início do Benefício (DIB) da aposentadoria concedida pela Previdência Social.

A norma ensejou discussão referente à questão da multa rescisória sobre o saldo do FGTS (40%) que segundo se tem cogitado, não seria devida para as aposentadorias anteriores a 1º/12/06.

A questão é objeto inclusive da Reclamação n. 4972, proposta aos 28.02.03 pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT em face da Caixa Econômica Federal, impugnando o teor da Circular referida, fundamentado no descumprimento pela CAIXA da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.770.

Ocorre que a circular regulamenta as hipóteses de saque do saldo fundiário, estabelecendo que o empregado que não tiver o contrato rescindido após a aposentadoria poderá sacar os valores do FGTS

mensalmente. O propósito foi de informar que a partir de 1º/12/06, a CAIXA não considerará rescindo o contrato pela aposentadoria espontânea, salvo se o empregador fornecer outra informação.

A multa rescisória a que o trabalhador faz jus na despedida sem justa causa é disciplinada na Lei 8.036/90, cabendo à CAIXA, neste caso, simplesmente estabelecer os procedimentos operacionais para o empregador efetivar o depósito, fornecendo o valor base para o cálculo da multa, de acordo com os dados informados nas guias do FGTS, recolhidas pelo próprio empregador durante a vigência do contrato de trabalho.

Portanto, "em momento algum a CAIXA teve intenção de ao editar a referida Circular estabelecer que os empregados que se aposentaram antes de 01/12/06 não teriam direito à multa rescisória".¹³

Conclusão

Assim, considerando que a aposentadoria espontânea não extingue automaticamente o pacto laboral, conforme decidiu o STF, sendo esta concedida, qualquer das partes pode tomar a iniciativa da rescisão do contrato de trabalho.

De acordo com referido posicionamento, se a iniciativa da rescisão partir do empregador, deve o mesmo arcar com o acréscimo de 40% sobre o saldo FGTS e demais verbas rescisórias; sendo a iniciativa do empregado, este cumprirá ou indenizará o aviso prévio. Por outro lado, acordando as partes em dar continuidade ao contrato, permanecem imutáveis os direitos e obrigações.

Porém, a jurisprudência sobre a matéria ainda deve variar, especialmente porque o *caput* do art. 453 da CLT não foi abrangido pela declarada inconstitucionalidade e também pressupõe a extinção automática do contrato de trabalho em razão da jubilação.

Além de incentivar aposentadorias precoces, o que repercutirá no orçamento da Previdência, o entendimento firmado contribuirá para agravar o déficit de vagas do mercado de trabalho. Portanto, a repercussão social da nova jurisprudência que se aponta não pode ser desconsiderada.

Pondera-se que a aposentadoria, por essência, pressupõe ou destina-se à interrupção da prestação de serviços, passando o empregado à inatividade. Portanto, constitui uma inversão à ordem natural das coisas, a continuidade do contrato laboral após a aposentadoria.

Ademais, *data maxima venia*, não se compreende a extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea como situação susceptível de violar a proteção constitucional outorgada aos trabalhadores contra a despedida arbitrária do empregador, vez que não se trata de "despedida", pois a aposentadoria espontânea - como o próprio nome indica - constitui ato de vontade do trabalhador.

A própria Justiça do Trabalho, mesmo sob a luz do princípio da hipossuficiência do trabalhador, vinha decidindo (OJ 177) no sentido de que a aposentadoria extinguiu automaticamente o contrato de trabalho.

Muito embora os direitos ao trabalho e ao benefício previdenciário sejam igualmente garantidos na Carta Maior e possam coexistir, tratam de relações jurídicas absolutamente distintas e, portanto, o fato da legislação previdenciária prever a possibilidade de prestação de serviço após a concessão da aposentadoria espontânea não impede que tal fato, na esfera trabalhista (relação empregado e empregador), constitua causa da extinção do vínculo de emprego.

Isto porque o conflito em questão não se resume no direito à continuidade da relação empregatícia contra direito à percepção do benefício previdenciário, mas também no direito individual *versus* direito coletivo de garantia ao trabalho. No embate entre direitos individuais e coletivos, estes últimos devem prevalecer, já que o Direito só cumprirá a grande missão de justiça se servir os interesses da sociedade como um todo.

Sendo assim, considerando os fatores expostos, o entendimento mais acertado nos parece ser no sentido de que a aposentadoria deve sim pôr termo ao contrato de trabalho, com suas implicações decorrentes, como vinha sendo estabelecido pelos Tribunais Trabalhistas.

Notas

- 1 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 18.ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p.642.
- 2 CATHARINO, José Martins. **Compendio do Direito do Trabalho**. v.2, São Paulo: Editora Saraiva, 1981. p.310.
- 3 MELO, Raimundo Simão de. Vínculo mantido. Aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6460>>. Acesso em: 22 fev. 2007.
- 4 TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 14.ed., Vol. I, SP, LTR. 2000. p.573.
- 5 LICC - art.2º [...] §1º - "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente matéria de que tratava a lei anterior".
- 6 Art. 18 [...] § 2º da Lei 8.213/91 - "O aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma de Previdência Social em decorrência do exercício desta atividade, exceto ao salário família e à reabilitação profissional, quando empregado".
- 7 Art. 24 da Lei 8.870/94 - "O aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo Regime Geral da Previdência Social que estiver exercendo

ou que voltar a exercer atividade abrangida pelo mesmo, fica isento da contribuição a que se refere o art. 20 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Parágrafo único. O segurado de que trata o *caput* deste artigo que vinha contribuindo até a data da vigência desta lei receberá, em pagamento único, o valor correspondente à soma das importâncias relativas às suas contribuições, remuneradas de acordo com o Índice de Remuneração Básica dos Depósitos de Poupança com data de aniversário do primeiro dia, quando do afastamento da atividade que atualmente exerce".

- 8 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADIn 1.721-3, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJU de 11/04/2003.
- 9 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADIn 1770 - 4, Relator Ministro Moreira Alves, DJU de 06/11/1998.
- 10 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADIn 1770-4, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJU de 01/12/2006.
- 11 Notícias do Tribunal Superior do Trabalho, 25/10/06, "Aposentadoria Espontânea: TST Cancela OJ 177, site www.tst.gov.br.
- 12 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO, 10ª Região - RO - Processo 00216-2006-073-03-00-2 Data da Sessão: 25/10/2006; Data da Publicação: 02/11/2006; Órgão Julgador: Terceira Turma; Juiz Relator: Desembargador César Machado.
- 13 Nota "Saque do FGTS Muda para Aposentados" publicada em 09/02/07 pela Assessoria de Imprensa da Caixa disponível em http://www1.caixa.gov.br/imprensa/imprensa_release.asp?codigo=6405607&tipo_noticia=0; acesso aos 27.02.07.

Referências

CATHARINO, José Martins. **Compêndio do Direito do Trabalho**. v.2, São Paulo: Editora Saraiva, 1981.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, Nota "Saque do FGTS Muda para Aposentados" publicada em 09/02/07 pela Assessoria de Imprensa da Caixa, disponível em http://www1.caixa.gov.br/imprensa/imprensa_release.asp?codigo=6405607&tipo_noticia=0.

MELO, Raimundo Simão de. Vínculo mantido. Aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6460>>.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 18.ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADIn 1.721-3, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJU de 11/04/2003.

_____. ADIn 1.770 - 4, Relator Ministro Moreira Alves, DJU de 06/11/1998.

_____. ADIn 1.770-4, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJU de 01/12/2006.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima, Instituições de Direito do Trabalho, 14 ed., vol. I SP, LTR, 2000.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO, 10ª Região - RO - Processo 00216-2006-073-

03-00-2 Data da Sessão: 25/10/2006;
Data da Publicação: 02/11/2006; Órgão
Julgador: Terceira Turma; Juiz Relator:
Desembargador Cesar Machado.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO,
Notícias do Tribunal Superior do Traba-
lho, 25/10/06, "Aposentadoria Espon-
tânea: TST Cancela OJ 177, site:
www.tst.gov.br.

Loterias e jogos de azar no Brasil: legalidade e ilegalidade

Davi Duarte

*Advogado da Caixa em Brasília.
Especialista em Direito Público pelo Centro
de Estudos Fortium/Faculdade Projeção.*

RESUMO: Origem das loterias e dos jogos de azar em alguns países e no Brasil. Competência para legislar. Entendimento do Judiciário. Legalidade e ilegalidade dessa prática no Brasil. Foi utilizado o método dedutivo, partindo-se da generalidade de informações até uma conclusão que, atualmente, encontra respaldo na Súmula Vinculante n. 2, do Supremo Tribunal Federal, que trata de competência para legislar sobre loterias e bingos.

Palavras-chave: Loterias. Jogos de azar. Legalidade e ilegalidade.

Introdução

Loterias e jogos de azar são temas presentes no cotidiano de milhões de pessoas, em todo o mundo, principalmente das classes sociais menos afortunadas, que têm a esperança de mudar de *status* rapidamente. Pretendemos analisar o assunto sob o ponto de vista do Direito Penal, porquanto a disputa por esse importante mercado se divide inclusive no aspecto jurídico, onde é buscado o necessário respaldo para justificar o exercício dessa atividade. O tema se reveste de particular importância, neste momento, haja vista que, no Brasil, a inteligência das loterias oficiais passou a ser gerida diretamente pela Caixa Econômica Federal, que realiza a arrecadação, rateio e repasse dos valores. A par disso, operações da Polícia Federal trouxeram à luz concretas possibilidades de corrupção para assegurar o funcionamento de casas de bingo e de caça-níqueis, ao tempo em que observamos, no Congresso Nacional, um crescente e repentino interesse em legalizar a prática de jogos e loterias atualmente tidos por ilegais. Em pesquisa à legislação e jurisprudência, buscamos estabelecer diferenciadores fáticos e jurídicos entre as espécies de loterias e jogos de azar. Para tanto, utilizamos o método dedutivo, partindo da história das loterias, da destinação dos recursos auferidos, até chegar à última decisão judicial, do mais elevado Órgão Judiciário Brasileiro.

1 Loteria e jogos de azar

A loteria é uma "espécie de jogo para obtenção de um prêmio em dinheiro, ou em bens, que se realiza por meio da venda ou colocação de bilhetes numerados ou por outro processo, em que se distribuam os números que participarão de um sorteio"¹.

Ao tipificar a conduta de "promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal", a Lei das Contravenções Penais assim a descreve: "Considera-se loteria toda ocupação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupões, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza"². Idêntica definição continha a legislação anterior, que consolidara as disposições sobre o serviço de loterias.³

Portanto, loteria é a atividade humana que faz depender de sorteio e não de habilidade a possibilidade de obter bens e vantagem econômica ou financeira, mediante a apresentação de comprovante, pago ou gratuito, correspondente à participação no evento.

Diz-se jogo de azar porque o resultado não depende do exercício de habilidades - diversamente do que ocorre com outros jogos - tais como futebol, xadrez e esgrima. No jogo de azar o apostador fica na dependência exclusiva do acaso. Como as possibilidades matemáticas são inúmeras, a regra é não ganhar. Vencer é a exceção. Daí advém a expressão que se tornou usual para identificá-lo: jogo de azar.

2 A origem das loterias e dos jogos de azar no mundo

Desde o início da história da humanidade, as loterias e os chamados jogos de azar exercem um fascínio sobre as pessoas, porque contemplam a possibilidade de enriquecimento imediato. São veículos de esperança de rápida mudança no padrão de fortuna e têm dois suportes principais: credibilidade de que o pagamento do prêmio será honrado, e segurança de que não haverá interferência na sorte que orienta o resultado do sorteio.

Há registros de que as primeiras loterias datam da época de César, entre os anos 100 a 44 AC. Na China, em 100 AC, durante a dinastia Hun, foi lançado o Keno, jogo randômico, assemelhado ao bingo. É jogado utilizando-se uma série de números de 1 a 80. Atualmente pode-se selecionar - ou optar pela "escolha rápida" - até dez números desta série. O computador da loteria escolhe, aleatoriamente, vinte números vencedores, entre 1 e 80 para cada jogo de Keno, e informa esses números no monitor. Ganha-se com base na maior escolha de números iguais aos sorteados. Essa prática gerou recursos para a construção da Muralha da China.

No século XVIII, as loterias européias, que sofriam pressão da igreja por serem consideradas atividade pecaminosa, passaram a destinar parcela de seus recursos às obras sociais e, com isso, puderam ter livre curso

mesmo entre os povos cristãos. Em 1770 surge, no México, a *Real Loteria General de Nueva España*, atual *Loteria Nacional para la Assistência Pública*. Entre 1790 e 1865, nos Estados Unidos, os recursos das loterias foram utilizados para a construção de 50 faculdades, 300 escolas e 200 igrejas, destacando-se as Universidades de Harvard, Yale, Princeton e Columbia. Em 1783, tem início a exploração da loteria em Portugal, pela Santa Casa de Misericórdia de Lisboa, entidade que existe há mais de 500 anos. A Loteria Moderna, atual Loteria Nacional de Bilhetes, da Espanha, foi lançada em 1811.

A par desses registros, a maioria dos autores indica que loterias já eram praticadas nas festas da Roma antiga. Augusto tornou-as populares durante os períodos festivos; Nero as instituiu "a favore del popolo". Para alguns, o vocábulo "lotto" tem origem na palavra "hlauts" que, em linguagem gótica, significava "sorte" (Eurico de Qiuli, verbete "Lotterie e Tombole", *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Vol. IX, 187). Aliás, muitos sustentam que a Bíblia, ao relatar a forma como Moisés distribuiu entre seu povo as terras próximas ao Rio Jordão, faz alusão à autêntica "loteria". Inúmeras guerras santas teriam sido financiadas por loterias, bem assim a restauração de castelos. Noticia-se que a primeira loteria européia correu no dia 9 de maio de 1445, na cidade de Bruges, e serviu para financiar a construção de uma imponente porta da cidade. A idéia da realização de loterias expandiu-se para a Alemanha e, posteriormente, para a Itália. Já no século XV, os genoveses apostavam sobre o resultado nas eleições do Conselho da comuna; em 1620, houve a idéia de substituir os 45 nomes dos candidatos por números. Nasceu, assim, a loto numérica. Na Alemanha, a primeira loteria foi organizada para viabilizar a construção de uma penitenciária. Em meio à Guerra dos Trinta Anos, o Senado de Hamburgo realizou a primeira loteria da Europa com escopo social (a favor dos pobres da cidade).⁴

A primeira "Loteria de Estado", propriamente dita, teria sido fundada por Luís XV, no ano de 1776. Mas há notícias de que em 1694 o Parlamento da Inglaterra, visando angariar recursos para a Guerra, votou a aprovação de uma loteria de 1.200,00 esterlinas.

2.1 A origem das loterias no Brasil e sua normatização

Em 1784, surge no Brasil a primeira loteria como meio para captar recursos - usando o conceito de "contribuição voluntária" - os quais foram utilizados na construção da casa de Câmara e Cadeia (atualmente Museu dos Inconfidentes) de Vila Rica (atual Ouro Preto), em Minas Gerais, por iniciativa do governador da Capitania de Minas Gerais, Luiz da Cunha Menezes. O sorteio foi marcado para os dias 05 e 06 de outubro de 1784 e concorreram três mil bilhetes, confeccionados, numerados e conferidos à mão⁵.

Entre 1809 e 1815 são edificados no Brasil, com recursos oriundos das Loterias, o Teatro Municipal da Bahia, o Hotel São José, no

Rio de Janeiro, e a Casa de Misericórdia de São Paulo (SP). Em 1844, a primeira Lei das Loterias foi promulgada pelo Imperador D. Pedro II. Aos 24/01/1941, o Decreto-Lei n. 2.980 consolida as disposições sobre o serviço de loterias. Em 01/10/1941, com o Decreto-lei n. 3.688 (Lei das Contravenções Penais), são tipificados os jogos de azar até hoje. Em 10/02/1944 é baixado o Decreto-Lei n. 6.259 que, no artigo primeiro, dispõe sobre o serviço de loteria federal ou estadual em todo o País, mediante concessão precedida de concorrência pública.

De 1940 a 1960, no Brasil, as loterias foram exploradas por particulares. Com a edição do Decreto n. 50.954, de 14/07/1961, "considerando haver sido rescindida a concessão do serviço de loteria federal e a conveniência de ser submetido dito serviço ao regime de execução direta, a fim de assegurar-se a aplicação dos apreciáveis recursos que proporciona às finalidades de natureza educativa e assistencial, determinadas pelo Decreto-lei n. 6.259 de 10 de fevereiro de 1944", o serviço da loteria federal passa a ser executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas em colaboração com as Caixas Econômicas Federais.

Em 27/02/1967, foi editado o Decreto-lei n. 204, cuja vigência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, tendo estas diretrizes:

...é dever do Estado, para salvaguarda da integridade da vida social, impedir o surgimento e proliferação de jogos proibidos que são suscetíveis de atingir a segurança nacional e a exploração de loterias constitui uma exceção às normas de direito penal, só sendo admitida com o sentido de redistribuir os seus lucros com finalidade social em termos nacionais.

E os artigos 1º e 2º, do Decreto-lei n. 204/67, dispõem:

Art. 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas de Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei. Parágrafo único. A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público.

Art. 2º A Loteria Federal, de circulação em todo o território nacional, constitui um serviço da União, executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, através da Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais.

Importante marco legal, o Decreto-lei n. 204/67 proibiu a criação de novas loterias estaduais. Aquelas existentes foram preservadas, nos estritos limites em que operacionalizadas, haja vista que "não poderão

umentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-lei" (art. 32).

Face a essa regra, novas loterias não podem ter existência e, caso lançadas, são ilegais. Igualmente será ilegal a parcela de emissões excedentes (número de bilhetes e séries) ou modalidade diversa daquelas em curso, ainda que comercializadas pelos Estados, com base em leis existentes em 28/02/1967.

Com o advento do Decreto-lei n. 759, de 12/08/1969, foi constituída a empresa pública Caixa Econômica Federal que, por força do artigo 2º, tem por finalidade "explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal...".

Por meio da Lei n. 5.768, de 20/12/1971, foi autorizada a distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concursos a título de propaganda. Essa modalidade especial de sorteio depende de "prévia autorização do Ministério da Fazenda, nos termos desta lei e de seu regulamento".

Modalidade especial de loteria, prevista na Lei n. 7.291, de 19/12/1984, c/c o Decreto n. 96.993, de 17/10/1988, autoriza as entidades turfísticas a explorar, exclusivamente nas dependências de seus hipódromos, sedes sociais, sub-sedes, agências autorizadas e por intermédio de agentes credenciados, diretamente e mediante autorização expedida pela Comissão Coordenadora da Criação do Cavalo Nacional (CCCCN), a venda de apostas sobre corridas de cavalos que promoverem.

O escopo da lei é proteger e subsidiar a criação e desenvolvimento do cavalo nacional. Daí porque, em nosso entendimento, não se mostra legal a tentativa de, com base nessa norma, implantar o *simulcasting* internacional, modalidade esportiva calcada na transmissão diária (ao vivo) de corridas internacionais, administradas por empresas multinacionais, que permanecerão no controle do negócio, não obstante resulte de convênio com Jôqueis Clubes nacionais.⁶

Além da precípua intenção de proteger a criação do cavalo nacional, o artigo 10 da Lei n. 7.291/84 fixou o limite máximo de 3% da arrecadação para as despesas gerais das atividades turfísticas. Ocorre que a promoção de corridas internacionais com periodicidade até diária não promove o cavalo nacional, o qual é relegado, pela mídia, a segundo plano. O outro ilícito, é que as empresas prestadoras do serviço não se atêm ao limite legal de remuneração, fixado em 3% do valor da arrecadação.

Em nível constitucional, o art. 22, inciso XX, da Constituição Federal de 1988 prevê que "compete privativamente à União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios".

A nosso ver, a melhor interpretação que se pode conferir à norma constitucional é de competir privativamente à União legislar sobre sistemas de consórcio e sistemas de sorteios. A partir desse entendimento se conclui que o termo sorteios é abrangente de loterias e, por decorrência lógica, deduz-se competir exclusivamente à União legislar sobre loterias.

Assim, privativa da União essa competência legislativa, não há espaço para que o legislador estadual disponha acerca de qualquer espécie de loteria, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, o que tem sido reiteradamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, em diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ajuizadas pelo Ministério Público Federal⁷.

E o ponto não mais deverá causar discussões, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, em 30 de maio de 2007, editou a Súmula Vinculante número 2, com este teor:

Bingos e loterias

"É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias."

O Supremo Tribunal Federal, em Plenário, com o voto de dez de seus onze Ministros, aprovou as três primeiras súmulas vinculantes. Com a publicação do teor no Diário da Justiça de 06/06/2007, as súmulas vinculantes orientarão as decisões das demais instâncias do Judiciário e órgãos da administração pública, pois têm poder normativo. Estão previstas no artigo 103-A da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/04, cujo dispositivo foi regulamentado em 2006, pela Lei 11.417/06, e para ter eficácia, toda súmula vinculante precisa ser aprovada ao menos por oito dos onze ministros do STF.

3 A loteria é serviço público

A loteria, sob quaisquer de suas formas e modalidades, é serviço público, tanto por expressa disposição legal quanto pela natureza da atividade. No âmbito do Judiciário, a tese é corroborada por inúmeros julgados, dentre os quais este:

A Loteria Esportiva Federal se insere numa instrumentalidade de serviço público da União, como se vê da legislação pertinente, e o concurso respectivo de prognósticos é disciplinado por normas gerais, expedidas regularmente, modelando-se num contrato-tipo imposto unilateralmente pela Administração, a que adere o apostador (RE n. 94.291-2/RJ, julgado pelo STF em 15/03/1983).

A doutrina, igualmente, segue essa esteira, por expressivos autores, dentre os quais BARROSO, que é peremptório ao afirmar:

São serviços públicos as atividades que a lei definir como tal, submetendo-as a uma disciplina específica. (...) Portanto, no que se refere à natureza jurídica da atividade lotérica, *legem habemus*. É possível afirmar, assim, em

linha de coerência com a posição doutrinária prevalecente acima explicitada, que no Brasil a atividade de exploração de loterias é qualificada desde muito tempo, e até o presente, como serviço público. Desse modo, mesmo não se tratando de atividade vital ou indispensável para a comunidade, as loterias são tratadas pelo ordenamento jurídico e exploradas pelo Estado como serviço público.⁸

Igualmente TÁCITO assevera:

As loterias, tanto federal como estaduais, são consideradas como serviço público desde 1.932, quando pela primeira vez se consolidou o direito federal a esse respeito. É certo que a loteria instituída pela União ou pelo Estado não tem a natureza ontológica ou essencial de um serviço público próprio, como prerrogativa inerente à atividade do Estado. Trata-se de uma forma de canalizar recursos para a receita pública em sentido lato, como processo de financiamento de atividades de assistência social ou de benemerência pública.⁹

Para CIRNE LIMA, serviço público é

todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.¹⁰

Este o entendimento de GRAU:

Ao exercer atividade econômica em sentido amplo, em função de imperativo da segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao interesse social, o Estado desenvolve serviço público.¹¹

Assim, ao atender o interesse social, no caso das loterias, o Estado presta, inegavelmente, típico serviço público.

3.1 Forma legal de operacionalizar as loterias e normas de regência da permissão para o exercício de atividade lotérica

A Caixa Econômica Federal, empresa pública que administra as loterias federais no Brasil, por força do Decreto-Lei n. 204/67, atua no mercado por meio de extensa rede de permissionários lotéricos, os quais

são dotados de recursos materiais e técnicos para prestar, por sua conta e risco e adequadamente, o serviço público de loterias.

Na atividade lotérica, exercida por delegação do Poder Público, a Caixa está legitimada a credenciar pessoas físicas ou jurídicas como revendedores lotéricos, sob o regime de permissão, outorgada em regular procedimento licitatório, como disposto na Lei n. 8.987/95 e Decreto-Lei n. 204/67, em conformidade ao disposto no art. 175 da Constituição Federal.

A permissão é conceituada legalmente como a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco (art. 2º, IV, da Lei n. 8.987, de 13/01/1995), formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos da Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente (art. 40).

Sobre o instituto da permissão, a doutrina fixou suas principais características: unilateralidade ou discricionariedade e precariedade. Confira-se. Para BASTOS¹², "O que caracteriza a permissão é ser ela revogável unilateralmente e a todo tempo e sem qualquer indenização ao permissionário". Segundo MOREIRA NETO¹³, "a doutrina define a permissão de serviços públicos como ato administrativo, de características discricionárias e precárias, pelo qual a Administração delega a particular a execução de serviço público".

A chamada rede lotérica e não lotérica tem desempenhado importante papel, posto que por meio dela a Caixa atua em todos os municípios brasileiros, implementando as políticas sociais do governo, mediante o pagamento de benefícios sociais, dentre os quais: bolsa-escola, bolsa-família, pagamento de aposentadorias, etc. Iguamente importante é a arrecadação de contas, atividade que permite ao empresário lotérico aumentar a sua receita e prestar um serviço de utilidade social, na condição de correspondente bancário.

4 Controle dos jogos pelo Estado

O controle efetivo do Estado sobre loterias e jogos de azar é muito importante porque tanto assegura a proteção dos direitos do apostador que, devido a certo encantamento com a possibilidade de enriquecer, por meio da sorte, adota postura de demasiada boa-fé, tornando-se "presa fácil" à ação de empresários inescrupulosos, quanto porque concebe a garantia de que a comercialização de jogos se enquadra nas leis vigentes, assegurando a manutenção da ordem social e a geração de recursos para as chamadas "boas causas sociais". Outro aspecto relevante do controle estatal diz respeito à definição legal de quais são as entidades beneficiárias dos valores a serem rateados e qual é o percentual a que cada uma tem direito.

E a proteção estatal, na medida em que tipifica o jogo ilegal, além de canalizar recursos para os fins sociais dificulta a ação criminosa orientada a obter vultosos recursos que desembocam na prática de outros delitos, dentre os quais lavagem de dinheiro, tráfico e corrupção.

Acerca desse ponto, merece relevo a atuação da Polícia Federal que, em 13 de abril de 2007, na operação batizada de "hurricane", prendeu famosos chefes de jogos ilegais, juízes, delegados, agentes policiais, funcionários públicos e procurador regional da República, com indicativo de participação de ministro do Superior Tribunal de Justiça, acusados da prática de diversos crimes visando manter em funcionamento casas de jogos ilegais, principalmente bingos e caça-níqueis.

5 Fundamentos do controle exercido pelo Estado

Independentemente de as loterias e jogos serem explorados pelo Estado, de forma direta ou indireta, é importantíssimo que as leis regulamentadoras dessa atividade estabeleçam: 1) a existência de mecanismos que possibilitem ao Estado exercer o controle e a fiscalização, necessários à garantia da conformidade legal das loterias e jogos comercializados; 2) a destinação dos recursos arrecadados, visando assegurar a manutenção de obras e projetos sociais; 3) mecanismos de aferição e acompanhamento da aplicação social dos recursos gerados pelas loterias e jogos; 4) a divulgação de informações sobre os processos interferentes com a administração dos jogos lotéricos, como forma de assegurar à sociedade o conhecimento dos fatos, a transparência e a lisura na administração dos valores auferidos.

6 Destinação social dos valores auferidos com as loterias federais

O controle estatal sobre a exploração de loterias e jogos, em âmbito mundial, tem possibilitado o repasse de recursos às áreas sociais, conforme exemplificado a seguir:

Países ibero-americanos	
País	Finalidade
Argentina	Desenvolvimento social e meio ambiente;
Bolívia	Setor de saúde e programas de beneficência;
Brasil	Seguridade social, educação, esporte, cultura, segurança pública;
Colômbia	Saúde;
Costa Rica	Bem-estar social e saúde;
Chile	Organizações infantis, de idosos, saúde e esporte;
Equador	Saúde, educação, idoso;
El Salvador	Sociedade e ajuda à comunidade com benefícios sociais;

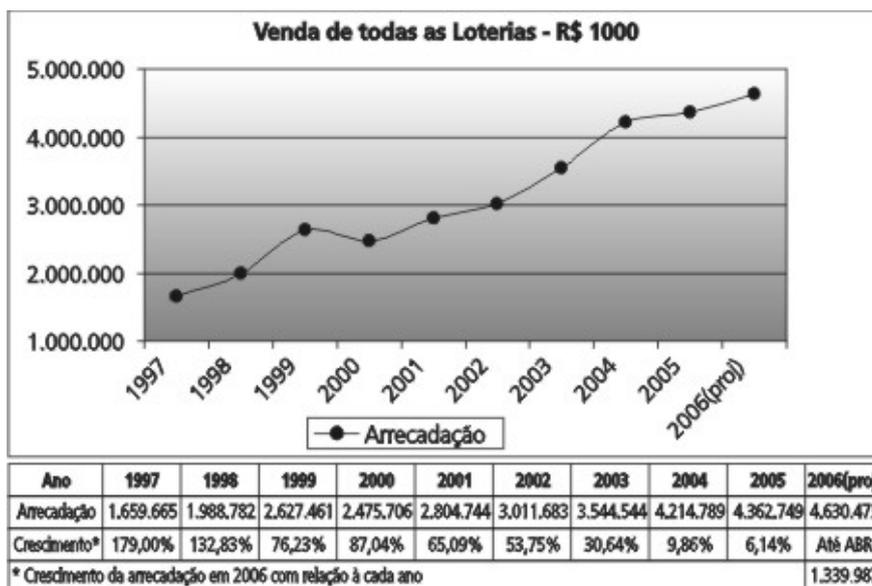
País	Finalidade
Espanha	Saúde;
Guatemala	Assistência à infância
Honduras	Assistência à infância
México	Educação e saúde
Nicarágua	Financiar programas e projetos do governo
Panamá	Saúde e esporte
Portugal	Saúde e bem-estar de crianças
Porto Rico	Saúde
Rep.Dominicana	Obras filantrópicas: ajuda a crianças carentes e asilos para doentes mentais
Uruguai	Tesouro Nacional

Fonte: site Lottery e sites das Loterias de Estado

7 Repasses Sociais no Brasil

No Brasil, as Loterias Federais repassam 48% da sua arrecadação ao Governo Federal (incluso nesse percentual o imposto de renda) para aplicar em programas sociais. São beneficiários legais: seguridade social; educação (Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior - FIES); cultura (Fundo Nacional da Cultura-FNC); justiça (Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN); esporte (Ministério do Esporte e Comitês Olímpico e Para-Olímpico Brasileiros). Cerca de 30 a 35% é distribuído a título de prêmios e o saldo destina-se à administração, incluindo a rede lotérica, que percebe 13%.

8 Arrecadação das loterias federais de 1997 a 2006¹⁴



8.1 Repasses aos beneficiários legais¹⁵ (em R\$ 1.000,00)

Destinação	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006 (Abr)	TOTAL
Ministério do Esporte	102.723	116.807	125.520	149.090	176.565	184.925	56.540	912.110
Comitê Olímpico Brasileiro - COB	0	17.915	48.844	57.572	68.471	70.897	21.761	285.460
Comitê Paralímpico Brasileiro - CPB	0	3.161	8.620	10.160	12.083	12.511	3.840	50.375
Clubes de Futebol	7.812	7.565	6.239	6.786	5.769	7.361	2.043	43.576
Fundo de Investimento do Estudante Superior-FIES / Crédito Educativo	191.135	205.296	204.408	249.500	299.236	309.173	94.950	1.553.698
Fundo Nacional da Cultura - FNC	35.165	81.881	86.248	101.598	120.831	125.113	38.401	589.237
Seguridade Social	479.854	529.446	520.667	602.556	719.180	743.493	227.888	3.823.083
Testes Especiais (APAE, Cruz Vermelha, COB e CPB)	861	703	416	689	828	402	343	4.242
Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN	70.783	80.305	87.292	106.494	126.633	131.127	40.223	642.858
Subtotal	888.333	1.043.080	1.088.253	1.284.384	1.529.596	1.585.003	485.990	7.904.639
Imposto de Renda	302.000	340.342	386.495	451.982	479.573	508.310	144.316	2.613.018
TOTAL	1.190.333	1.383.423	1.474.748	1.736.366	2.009.169	2.093.313	630.305	10.517.657

Os valores repassados às entidades beneficiárias, pela Caixa Federal, seguem as datas e percentuais definidas em leis específicas e de 2000 a Abril/2006 esses recursos ultrapassaram a R\$ 10 bilhões.

8.2 Outros beneficiários - Patrocínios

Além do repasse de recursos aos beneficiários legais, as Loterias Federais também têm investido, por meio de patrocínios, no desenvolvimento do esporte para-olímpico e em projetos culturais voltados para melhorar as condições de pessoas com deficiência física.

Ao efetuar o patrocínio do Comitê Para-Olímpico Brasileiro, em 2006, o retorno foi extraordinário, pois em nenhuma competição da espécie o Brasil havia obtido resultados tão expressivos. Os valores liberados foram estes:

- 2004 = R\$ 1 milhão (R\$ 1 milhão (US\$ 480,7 mil*).
- 2005 = R\$ 3,4 milhões (US\$ 1,6 milhões*).
- 2006 = R\$ 3,8 milhões (US\$ 1,8 milhão*).

Ao Programa Arte sem Barreiras, da Fundação Nacional da Arte (FUNARTE), por meio do qual são incentivadas pessoas portadoras de necessidades especiais, também o retorno social foi surpreendente. E os valores liberados foram os que seguem:

- 2005 = R\$ 221 mil (US\$ 106 mil*).
- 2006 = R\$ 1 milhão (US\$ 480,7 mil*).

(* Cotação do dólar = R\$ 2,08, conforme Banco Central do Brasil (BACEN) do dia 11/05/2006).

9 Conformidade legal, visibilidade e transparência na administração das loterias federais

Os processos relacionados à operacionalização e administração das loterias federais no Brasil são fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União, competente nos termos do art. 71, da CF/88.

Por meio de sua página na internet, a Caixa Federal divulga, mensalmente, os valores repassados a cada beneficiário legal, além de publicar, freqüentemente, matérias elucidativas e institucionais sobre o assunto¹⁶.

Realiza, igualmente, ações publicitárias, por meio da divulgação em veículos de comunicação (rádio, TV, revistas e jornais), de campanhas dirigidas a público formador de opinião para que, ciente do correto trabalho desenvolvido pela Administradora das Loterias Federais, efetuem permanente acompanhamento das arrecadações e destino dos recursos, levando ao público em geral informação confiável, o que se traduz por um jornalismo responsável.

A Empresa Pública Federal, todavia, para bem desenvolver a atividade de administradora das loterias, além da fiscalização de órgãos internos e externos, conta com a importante atuação do Ministério Público, em especial no combate aos jogos ilegais. Concretamente, houve o ajuizamento de inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade, para afastar do mundo jurídico as normas que, em matéria de loterias e jogos, afrontam a Constituição Federal.

Marcante exemplo da atuação ministerial está consubstanciado no julgamento que o STF empreendeu à ADI n. 2.847/DF, Relator o Sr. Min. Carlos Velloso, ação que abarcava pedido de inconstitucionalidade de três leis do governo do Distrito Federal. Nessa ação, o Senhor Procurador-Geral da República assim se manifestou:

(...)

5. Conforme determina o art. 1º, do Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, a exploração de loteria dar-se-á como derrogação excepcional das normas de Direito Penal, constituindo serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão, sendo permitida apenas nos termos do mencionado Decreto-lei.

(...)

7. Nesse sentido, válido transcrever manifestação do eminente Ministro-Relator ILMAR GALVÃO, quando do julgamento da ADIMC nº 1.169/DF, publicada no DJ de 29 de junho de 2001, no que tange à inobservância da competência privativa da União para legislar sobre direito penal, *in verbis*:

'(...) A competência legislativa, entre nós, para autorizar a prática de loteria, como tal considerada 'toda ocu-

pação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupons, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza' (art. 51, § 2º, do DL 3.688/41), sem sombra de dúvida, é da União, ente a que a Constituição Federal conferiu privativamente a iniciativa legislativa sobre direito penal (art. 22, I, da CF/88), da qual se infere, por via de consequência, a competência de descriminalização das loterias, por meio da autorização prevista no referido decreto-lei (art. 51, § 3º).'

9. Válido, pois, trazer à colação trecho do voto proferido pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, nos autos da supra mencionada ADIMC n. 1.169/DF, vejamos:

'(...) De outro lado, a lei, no § 1º do art. 57, ao dizer que 'o órgão competente de cada Estado e do Distrito Federal normatizará e fiscalizará a realização dos eventos de que trata este artigo', faz tábula rasa do disposto no art. 22, inciso XX, da Constituição, ao estabelecer que compete privativamente à União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios. Na verdade, a Lei 8.672, de 1993, institui jogatina desenfreada nas grandes cidades dos Estados e quer fazer destes o regulamentador e disciplinador dessa desenfreada jogatina, que não presta obséquio à sociedade brasileira e serve apenas para enriquecer grupos de pessoas'.

E o v. acórdão na ADI n. 2.847/DF assim concluiu:

Tem-se, com a exploração de loteria, derrogação excepcional de normas de Direito Penal: D.L. 204, de 27/02/67. A competência legislativa, por isso mesmo, é da União, na forma do que dispõe o art. 22, I, da Constituição Federal. Nesse sentido, aliás, o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.169-MC/DF, Relator o Ministro Ilmar Galvão.

Ademais, porque as loterias estão abrangidas pela terminologia sorteios, segue-se que a competência para legislar a respeito é da União: C.F., art. 22, XX.¹⁷

Em idêntico sentido o julgamento imprimido às ADI 2948 MT e 3259 PA, relatadas pelo Ministro Eros Grau, a última com a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.570/03 DO ESTADO DO PARÁ. SERVIÇOS DE LOTÉRIAS. REGRAS DE EXPLORAÇÃO. SISTEMAS DE CONSÓRCIOS E SORTEIOS E DIREITO PENAL. COMPETÊNCIA EX-

CLUSIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Ao mencionar "sorteios" o texto da Constituição do Brasil está a aludir ao conceito de loteria. Precedente.
2. Lei estadual que disponha sobre espécies de sorteios usurpa competência exclusiva da União.
3. Flagrante incompatibilidade entre a lei paraense e o preceito veiculado pelo artigo 22, inciso X, da CB/88.
4. A exploração de loterias constitui ilícito penal. A isenção à regra que define a ilicitude penal da exploração da atividade vinculada às loterias também consubstancia matéria de Direito Penal. Compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal - artigo 22, inciso I, CB/88.
5. Pedido de declaração de inconstitucionalidade procedente.

A par desses julgados as ADI referidas na nota 7, ajuizadas pelo MPF, põem à mostra que os Estados, mesmo contra expresso texto constitucional, lançaram ao mercado as suas loterias e jogos. No entanto, angariam poucos recursos, porquanto dados não oficiais dão conta de que a destinação de recursos às atividades sociais, pelas loterias estaduais, não ultrapassa cerca de 10% do valor total arrecadado, pois essas loterias são administradas por terceiros, os quais auferem a quase totalidade dos valores arrecadados.

Idêntico tratamento - reconhecendo a legitimidade exclusiva da União para legislar sobre loterias - tem conferido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como se vê no julgamento da MC 8315-PR (DJ de 28/02/2005, p.185), Rel. Min. Francisco Falcão e do CC 38.647/SP (DJ de 06/09/2004, p.164), Rel. Min. Paulo Galotti.

10 Administração das loterias diretamente pela CAIXA

De parte do TCU, a CAIXA tem sido alvo de inúmeras inspeções, dentre as quais merece relevo a fiscalização referente ao processo de internalização do sistema concernente ao canal lotérico e não lotérico. Da Corte de Contas a empresa pública recebera expressa recomendação para substituir a prestadora de serviço, empresa cuja atuação foi objeto de minuciosa investigação pela CPI dos Bingos.

A gestão da CAIXA, no entanto, sempre esteve pautada pelos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, transparência e outros, de sorte que a seus dirigentes não foi imputada responsabilidade alguma.

Em alentado exame ao projeto de internalização da inteligência para efetuar o processamento das loterias e não jogos, o próprio TCU reconheceu o enorme esforço despendido pela direção e técnicos da CAIXA, concluindo, por meio do Acórdão TCU n. 2.252/2005 - Plenário e Processo n. 018.763/2005-0-CPI dos Bingos, não ter ocorrido, de parte da empresa pública, irregularidade alguma no trato da matéria.

11 Legalidade e ilegalidade

Jogo de azar no Brasil é contravenção penal, conforme o artigo 50, do Decreto-Lei n. 3.688/1941, porque, de acordo com a Constituição Federal, somente a União (Governo Federal) pode autorizar, excepcionalmente, a exploração de jogos de azar, observados os seguintes princípios:

- a redistribuição dos seus lucros com finalidade social, em termos nacionais;
- o dever que o Estado tem de salvaguardar a integridade da vida social e impedir o surgimento e proliferação de jogos proibidos;
- a exploração de loteria constitui serviço exclusivo da União, sem possibilidade de concessão (Decreto-lei 204/1967);
- a Loteria Federal é serviço público executado pela Caixa Econômica Federal, por força do disposto no citado diploma legal.

11.1 A exploração de loterias: isenção às regras de direito penal

A proibição de explorar as loterias, entre nós, decorre tanto diretamente do texto da Constituição Federal, que no artigo 22, I e XX atribui competência privativa à União para legislar sobre direito penal e sistema de sorteios, quanto de norma legal (artigos 1º e 32, do DL n. 204/67) e da chamada Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688, de 1941) que, no art. 51 dispõe:

Promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal:
Pena - prisão simples, de seis meses a dois anos, e multa, de cinco a dez contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis existentes no local.

§ 1º Incorre na mesma pena quem guarda, vende ou expõe à venda, tem sob sua guarda para o fim de venda, introduz ou tenta introduzir na circulação bilhete de loteria não autorizada.

§ 2º Considera-se loteria toda operação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupões, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza.

§ 3º Não se compreendem na definição do parágrafo anterior os sorteios autorizados na Legislação especial.

Daí se vê que a exploração de loterias constitui ilícito penal. Não obstante, o ordenamento jurídico contempla outros preceitos normativos cuja incidência poderá afastar o do art. 51, acima transcrito. Temos assim que, além da norma penal proibitiva, o ordenamento prevê distinta hipótese normativa, estatuidora de consequência jurídica diversa, vale dizer, uma regra jurídica de "isenção".

A regra de isenção é, no caso, veiculada pelo texto do art. 1º do Decreto-lei n. 204, de 1967:

Art. 1º - A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei. Parágrafo único - A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público.

DUARTE, em 1944, observava:

A própria lei, no seu enunciado, deixa entrever, claramente, que a loteria é um jogo de azar mas será considerado jogo lícito, e tolerado pelos costumes e pela própria lei se preencher a condição essencial, autorização legal. É uma derrogação da legislação penal.¹⁸

O Decreto-lei n. 204/67 retirou a atividade de exploração de loterias do campo da ilicitude, atribuindo sua execução ao Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, mediante a Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais. Posteriormente, o Decreto-lei n. 759, de 1969, incumbiu a Caixa Econômica Federal de "explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente" (art. 2º).

Por sua vez, a Lei n. 6.717, de 1979, autorizou a Caixa Federal a "realizar, como modalidade da Loteria Federal, regida pelo Decreto-lei n. 204, de 27 de fevereiro de 1967, concurso de prognósticos sobre o resultado de sorteio de números, promovido em datas prefixadas, com distribuição de prêmios mediante rateio".

Em iniciativa do Senado, o Projeto de Lei n. 322/2004 pretendeu identificar os apostadores no momento da aposta. Nesse ato deveriam declinar inclusive a origem dos valores destinados ao pagamento da aposta. Essa iniciativa objetivava impedir a prática de lavagem de dinheiro com os prêmios de loterias, medida que se revelou contrária ao interesse nacional, posto que geraria inúmeros transtornos, pois a identificação do apostador é demorada e nem sempre possível, em especial ao se tratar de pessoas mais humildes, que sequer possuem todos os documentos. A validação da identificação, por conferência a cadastro onde o documento apresentado está registrado, causaria aumento de tempo de espera, gerando filas e demora excessiva. Quanto ao valor apostado, salvo exceções, as apostas variam de R\$ 0,50 a R\$ 1,50, equivalente a US\$ 0,25 e US\$ 0,75, de sorte que não há fundamento para

adotar essas medidas, sob pena de praticamente inviabilizar as loterias oficiais, abrindo margem aos jogos ilegais. A tempo e hora houve a retirada do referido PLS 322/2004, mantendo-se o atual sistema de identificação dos ganhadores de prêmios que, a partir de R\$ 800,00, dirigem-se à Caixa Econômica Federal, onde recebem o comprovante para justificar a origem do acréscimo patrimonial, perante o fisco federal.

Na Caixa ocorre a identificação dos ganhadores de prêmios, tendo a Empresa Pública o dever de informar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), nos termos do art. 11, I, da Lei n. 9.613, de 03/03/1998, as operações que "possam constituir-se em sérios indícios" dos crimes de lavagem de dinheiro ou de ocultação de bens e valores. Dessa forma, a lavagem de dinheiro com bilhetes de loteria não é adequada ao desiderato criminoso, seja porque feita a identificação - objetivo do agente - e detectado o sério indício da prática criminosa será ele investigado, tanto pelo COAF e demais órgãos afins, quanto pela Receita Federal, a quem, no final do exercício, obrigatoriamente será informada a retenção do valor do imposto incidente sobre o prêmio pago.

12 A situação dos jogos de bingo no Brasil.

Durante algum tempo, a lei federal excepcionou a ilicitude da exploração do jogo de bingo. Com efeito, a Lei n. 8.672, de 06 de julho de 1993 (Lei Zico), autorizou as entidades de direção e de prática desportiva a explorar o jogo de bingo, o mesmo ocorrendo com a Lei n. 9.615, de 24 de março de 1999 (Lei Pelé). Esta norma revogou a Lei Zico, mas também permitiu a exploração de jogos de bingo, no Brasil, por entidades de administração e prática desportiva, diretamente ou por meio de empresa comercial, após credenciamento junto à União.

Somente com a Lei n. 9.981, de 14 de julho de 2000 (Lei Maguito), a partir de 31/12/2000 foram revogados os artigos da Lei Pelé que permitiam a exploração do bingo. Essa lei determinou, porém, fossem respeitadas as autorizações em vigor até a data de sua expiração. As últimas dessas autorizações tiveram seu prazo extinto no final de 2002.

Portanto, a legislação federal autorizou a exploração do jogo de bingo de 1993 a 2001. Desde então, tendo em vista a revogação das leis especiais que autorizaram essa atividade, e esgotado o prazo da validade fixada em lei, sua exploração voltou à ilicitude, nos termos do artigo 50 da Lei das Contravenções Penais. E não há se falar em legalidade por ausência de regulamentação, haja vista que os jogos de azar e loterias são ilegais, salvo a expressa excepcionalização à norma penal, proveniente de específica lei federal (art. 1º do DL 204/67).

13 Dever de sigilo bancário e proteção à intimidade e vida privada dos ganhadores de prêmios

As loterias e jogos têm na credibilidade a sua pedra-de-toque, ou seja, a confiança na correção dos sorteios e na apuração e identificação dos ganhadores é fundamental para o seu êxito e permanência como um dos meios de arrecadar numerário pelo Estado. Aspecto relevante assume o tratamento dispensado ao sigilo quanto aos ganhadores de prêmios. Nasce, com esse fato, um aparente conflito de interesses entre o limite do poder estatal conhecer o patrimônio e a renda do ganhador, para tributá-los, e o direito subjetivo público desse apostador de não ser identificado como ganhador de prêmio da loteria.

Pelo artigo 5º, X, da CF/88 "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Mas na administração das loterias há o exercício de atividade pública vinculada à lei (art. 37 CF/88) cabendo prestar, anualmente, informações à Receita Federal sobre os valores retidos a título de impostos sobre os prêmios pagos, indicando os contribuintes responsáveis pelo recolhimento. Igualmente, em hipóteses legais, cabível prestar informações ao COAF, consoante a Lei n. 9.613, de 03/03/1998.

No entanto, o direito à intimidade e à vida privada está inserido no título II, da Constituição Federal (art. 5º, X), que trata "dos Direitos e Garantias Fundamentais", preceitos que não poderão ser suprimidos por emenda, a teor do artigo 60 §4º, IV, da Constituição. E o sigilo bancário e financeiro está disciplinado na Lei Complementar n. 105/2001.

Não se trata, portanto, de tema que possa ser, com exclusividade, examinado tão-somente com suporte na legislação própria ao sigilo bancário. Isso porque na outra extremidade, com interesse oposto ao da Administração, se encontram pessoas determinadas: os apostadores que venceram os maiores sorteios das loterias administradas pela CAIXA e tem o direito de proteção à intimidade e à vida privada.

PANIZZI FILHO, se manifesta nestes termos:

Em seu preâmbulo, a Constituição Federal ressalta como seu desiderato "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Na seqüência, em seu artigo 3º, inciso I, a Constituição elenca, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, "construir uma sociedade livre, justa e solidária". Depreende-se, do exame do preâmbulo e

do dispositivo normativo ora transcrito, que há, na carta constitucional, uma preocupação permanente com a liberdade e com suas garantias.

Entendo que a preservação da intimidade, cerne da discussão acerca da flexibilização da quebra dos sigilos bancário e fiscal, está umbilicalmente relacionada com a liberdade individual, tão valorizada pela Constituição brasileira. Evidencia-se que a intimidade preservada retrata uma garantia do exercício da liberdade.¹⁹

E concluiu:

Elevado à categoria de direito subjetivo público, dada a sua constitucionalização, o direito à intimidade deve também ser considerado como um dos direitos da personalidade, dos quais a pessoa se reveste desde o nascimento - ou, até mesmo, antes, tendo em vista eventual proteção conferida ao nascituro - até a morte.

BELLOQUE, assevera que

a esfera privada é condição para a livre estruturação de cada indivíduo em direção à autenticidade, sobretudo nas sociedades de massa modernas, em que prevalece a uniformização moral e intelectual.²⁰

E a Carta Magna não apenas declarou ser inviolável a intimidade, como estabeleceu o direito à indenização na hipótese de ofensa a esse bem jurídico, normatividade bem posta no seguinte acórdão:

CONSTITUCIONAL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO CUMULADA COM O DANO MATERIAL. ARTIGO 5º, INCISOS V E X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A nova Carta da República conferiu ao dano moral status constitucional ao assegurar, nos dispositivos sob referência, a sua indenização quando decorrente de agravo à honra e à imagem ou de violação à intimidade e à vida privada. A indenização por dano moral é admitida de maneira acumulada com o dano material, uma vez que têm pressupostos próprios, passando pelo arbítrio judicial tanto na sua aferição quanto na sua quantificação. (RE 192593-SP, Relator Min. Ilmar Galvão. Julgado em 11/05/1999 - 1ª Turma - DJU, I, de 13/08/1999, p.017 - Ement. Vol. 1958-4, p.661 - Recte: Condomínio Edifício Paula Regina. Recdo: José Roberto Lissoni e outros).

SARLET, ao discorrer sobre os direitos fundamentais na sua função defensiva, característica do direito à preservação da intimidade, ensina:

Os direitos fundamentais na sua função defensiva caracterizam-se, portanto, essencialmente, como direitos negativos, dirigidos precipuamente a uma conduta omissiva por parte do destinatário (Estado ou particulares - na medida em que se pode admitir uma eficácia privada dos direitos fundamentais). Abrangem, além dos assim denominados direitos de liberdade, a igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito à propriedade, os quais integram o que se convencionou chamar de primeira geração dos direitos fundamentais. No mais, fazem parte deste grupo todos os direitos fundamentais que objetivam, em primeira linha, a proteção de certas posições jurídicas contra ingerências indevidas, de tal sorte que, em princípio, se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade (em todos os seus aspectos), assegurando, além disso, uma esfera de autodeterminação (autonomia) do indivíduo. Percebe-se, pois, que o espectro dos direitos de defesa, os quais podem ser enquadrados no 'status negativus e/ou libertatis' do qual já nos falava Jellinek, é de uma amplitude ímpar, englobando também as garantias fundamentais (direitos-garantia), os direitos políticos, proteção da intimidade e vida privada, parte dos direitos sociais e até mesmo os novos direitos contra manipulações genéticas e a assim denominada liberdade de informática e o direito a autodeterminação informativa.²¹

Relevante considerar que as normas postas no artigo 5º da Constituição caracterizam-se como princípios, situados na base do "Estado Social de Direito" Brasileiro.

Logo, o ato administrativo voltado a identificar os ganhadores de prêmios de loterias fora das taxativas hipóteses (comunicação de retenção do imposto de renda e ao COAF quando presentes indícios de lavagem de dinheiro), afrontará os direitos subjetivos públicos estabelecidos no artigo 5º, X, da Constituição.

E o apostador da loteria precisa ter a proteção e segurança de seus dados e informações, pela Administração, que não os divulgará, fora das hipóteses legais, seja porque essa sistemática reforça a credibilidade das loterias, seja por razões de ordem privada, atinentes, por exemplo, à segurança pessoal, inclusive de familiares.

Posto isso, o plexo de direitos e deveres impõe preservar - nos termos da legislação atual - a intimidade e a vida privada das pessoas, haja vista a proteção constitucional prevista no art. 5º, X, sob pena de responsabilidade inclusive pelos danos morais e materiais que possam decorrer.

Conclusão

O Decreto-lei n. 204/67 e a Lei n. 6.717/79 admitiram a exploração de loteria, enquanto derrogação excepcional das normas do direito penal, na condição de serviço público.

Jogos e atividade lotérica no Brasil serão lícitos somente quando realizados nos termos da lei federal que excepcionou a norma penal porque a exploração de jogos de azar e de loterias, atividade ilícita, quando empreendida pelo Estado migra da ilicitude para o universo dos serviços públicos.

Em face ao exposto concluímos:

- 1) a exploração de loterias é lícita apenas quando observados os limites fixados em lei federal (art. 22, XX da CF/88 e art.32 *caput* e §1º, do Decreto-lei n. 204/67);
- 2) a garantia de inviolabilidade à intimidade e à vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF/88, protege o ganhador de prêmios das loterias oficiais no Brasil, quanto à livre divulgação de seu nome e dados, sob pena de indenização por dano moral e material, ressalvadas as informações ao fisco, sobre o imposto de renda retido na fonte (art. 676 do Dec. n. 3.000/99), ao COAF (Lei n. 9.613/98), e por ordem judicial (LC n.105/01, art. 1º, §4º);
- 3) as leis que autorizam a exploração de loterias e jogos definem taxativamente quais são as Entidades ou Órgãos Beneficiários e fixam a data do repasse e o *quantum* lhes será destinado;
- 4) a prestação de contas, feita pelo administrador público em atendimento ao princípio da transparência, é um importante diferenciador entre as loterias estatais (legais) e aquelas ilegais e propicia o aumento da credibilidade e da confiança dos apostadores nas diversas modalidades de loterias oficiais, na respectiva administração, arrecadação, rateio e repasse dos valores;
- 5) são ilegais as loterias e jogos que não estejam taxativamente previstos em norma federal, no que concerne à existência e extensão, além daqueles expressamente proibidos, porque compete à União, com exclusividade, legislar sobre sistemas de consórcios, de sorteios e direito penal, nos termos do artigo 22, I e XX, da Constituição Federal, situação jurídica objeto da Súmula Vinculante número 2, do Supremo Tribunal Federal, editada em 30/05/2007 e publicada no DJU de 06/06/2007.

Notas

- 1 SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- 2 §2º do Decreto n. 3.688, de 03/10/1941.
- 3 Art. 40, parágrafo único do Decreto-Lei n. 2.980 de 24/01/1941.
- 4 GRAU e FORGIONI, *in* Nota 13 ao Parecer sobre Loterias, datado de 05/03/2004

- 5 RIBEIRO, Paulo César. **A História das Loterias no Brasil**. 2002. p.8 e 9.
- 6 Instrução Normativa n. 21, de 27/10/2005, do MAPA, publicada no D.O.U. I, de 31/10/2005.
- 7 ADI MC 1649-DF, DJU de 08/09/2000; ADI 2847-DF, DJU de 26/11/2004; ADI 2948-MT, DJU de 15/05/2005; ADI 2690-RN, DJU de 20/10/2006; ADI 1628-SC, DJU de 24/11/2006; ADI 3183-MS, DJU de 20/10/2006; ADI 2996-SC, DJU de 29/09/2006; ADI 3147-PI, DJU de 22/09/2006; ADI 3063-MA, DJU de 02/03/2007 e ADI 3277-PB, DJU de 17/04/2007.
- 8 BARROSO, Luiz Roberto. **Loteria. Competência Estadual. Bingo**. Revista de Direito Administrativo. 220:263, p.264 (2000).
- 9 TÁCITO, Caio. **Loterias Estaduais** (criação e regime jurídico), publicado na Revista de Direito Público, 77:77, p. 78 (1986).
- 10 LIMA, Rui Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5.ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1982. p.82.
- 11 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8.ed. Malheiros: São Paulo, 2003. p.111.
- 12 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. Saraiva: 1996. p.182.
- 13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11.ed. Forense. p.340.
- 14 http://www.caixa.gov.br/loterias/repasses_sociais/valores_arrecadados.asp
- 15 http://www.caixa.gov.br/loterias/repasses_sociais/valores_repassados.asp
- 16 www.caixa.gov.br/loterias/Repasses_Sociais/index.asp
- 17 ADI n. 2.847/DF, publicada no D.J.U. I, de 26/11/2004.
- 18 DUARTE, José. **Comentários à lei das contravenções penais**. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p.511.
- 19 PANIZZI FILHO, Gilberto Antonio, *in A Quebra do Sigilo Fiscal e Bancário*, Revista de Direito da ADVOCEF. Ano I. Vol. 2. p.41
- 20 BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.21 e 22.
- 21 SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. n. 01. 2003. p.62.

Referências

BARROSO, Luiz Roberto. **Loteria. Competência Estadual. Bingo**. Revista de Direito Administrativo, 220:263, 264 (2000).

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. Editora Saraiva, 1996. p.182.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.21 e 22.

Constituição da República Federativa do Brasil. Ed. Saraiva, 2006, publicada no D.O.U. de 05/10/1988.

Decreto n. 50.954, de 14/07/1961.

- Decreto-lei n. 204, de 27 de fevereiro de 1967, publicado no D.O.U. de 27/02/1967 e retificado no D.O.U de 08/03/1967.
- Decreto-lei n. 759, de 12 de agosto de 1969, publicado no D.O.U. de 13/08/69.
- Decreto-lei n. 2.980 de 24/01/1941.
- Decreto-lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941, publicado no D.O.U. de 03/10/1941.
- Decreto-lei n. 6.259, de 10/02/1944, publicado no D.O.U. de 18/02/1944.
- GRAU. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8.ed. Malheiros: São Paulo, 2003. p.111.
- GRAU e FORGIONI, *in* Nota 13 ao Parecer sobre Loterias, datado de 05/03/2004.
- LIMA, Rui Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5.ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1982. p.82.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Forense. p.340.
- PANIZZI FILHO, Gilberto Antonio, *in* **A Quebra do Sigilo Fiscal e Bancário**. Revista de Direito da ADVOCEF, Ano I, Vol. 2, p.41.
- RIBEIRO, Paulo César. **A História das Loterias no Brasil**. 2002, p.8 e 9.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. n. 01. 2003. p.62.
- SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 10.ed. Forense: Rio de Janeiro, 1987.
- TÁCITO, Caio. **Loterias Estaduais** (criação e regime jurídico), publicado na Revista de Direito Público, 77:77, 78 (1986).

Aspectos processuais do novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas de Portugal

Wilson de Souza Malcher

Advogado da Caixa em Brasília.

Professor Universitário, Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, MBA em Direito Econômico e das Empresas pela

Fundação Getúlio Vargas/DF.

Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal.

Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca-Espanha.

RESUMO: O novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, em substituição ao extinto Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, até então considerado de grande avanço para a solução dos problemas de saneamento e falência de empresas que se encontram em insolvência ou em situação econômica difícil, necessitava, segundo alguns doutrinadores, sofrer atualizações visando dar maior celeridade ao processo de insolvência e, conseqüentemente, maior brevidade à satisfação dos créditos. Nesse desiderato, instituiu nova sistematização e dedicou um capítulo específico aos chamados "efeitos processuais" decorrentes da declaração da insolvência.

Palavras-chave: Insolvência. Recuperação de empresa. Falência. Processo concursal.

Introdução

O novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas de Portugal, conhecido como CIRE, dedicou o Título IV (a partir do artigo 81), aos chamados "efeitos da declaração da insolvência", instituindo nova sistematização e passando a dispor em capítulo específico sobre os "efeitos processuais" (Capítulo II), além de promover sensíveis alterações relativamente à importância e à função do órgão judicial. O código provocou, no dizer dos doutrinadores portugueses, uma inequívoca "desjudicialização" do processo de insolvência.

O diploma, é bom dizer, não deixa de reconhecer a indispensabilidade da intervenção do juiz no processo concursal, porém, reduz a atuação do magistrado às fases eminentemente jurisdicionais, quais sejam, as de declaração de insolvência, da homologação do plano de insolvência e da verificação e da graduação de créditos.

Procuraremos, *pari passu*, e, na medida do possível, fazer referência aos aspectos processuais do *novel* Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas brasileiro - Lei nº 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005, fruto da revisão do processo de recuperação de empresas e falência nacional, e, que, após longos anos adormecido nos gabinetes dos parlamentares de Brasília, transformou-se finalmente em lei.

Justamente sobre os aspectos processuais da insolvência e da recuperação de empresa, leciona Catarina Serra:

designam-se por processuais os efeitos que atingem processos que, sendo exteriores ao processo de insolvência e podendo, inclusivamente, envolver pessoas distintas do devedor, são relevantes para a massa insolvente... Consistem em três providências: a apensação (cfr. art. 85º, nº.1, art. 86º, nº.s 1 e 2, e art. 89º, nº.2), a impossibilidade de instauração (cfr. art. 88º, nº. 1, e art. 89º, nº. 1) e a suspensão (cfr. art. 87º, nº. 1, e art. 88º, nº.1) de certas ações.¹

Vejamos cada uma dessas providências processuais a serem desencadeadas após a declaração da insolvência.

1 Reunião das ações relativas à massa insolvente

Um dos efeitos processuais da declaração da insolvência é justamente a reunião², ao processo, de ações que possam comprometer o valor da massa insolvente. O artigo 85, nº.1 do CIRE, estabelece que:

declarada a insolvência, todas as ações em que se apreiem questões relativas a bens compreendidos na massa insolvente, intentadas contra o devedor, ou mesmo contra terceiros, mas cujo resultado possa influenciar o valor da massa, e todas as ações de natureza exclusivamente patrimonial intentadas pelo devedor são apensadas ao processo de insolvência, desde que a apensação seja requerida pelo administrador da insolvência, com fundamento na conveniência para os fins do processo.

Desta feita, desde que requerido pelo administrador da insolvência, as ações que possam influenciar no valor da massa devem ser apensadas ao processo de insolvência.³ O nº 2 do mesmo dispositivo

legal trata da chamada “apensação oficiosa dos processos”, segundo o qual deverão ser apensados ao processo de insolvência “todos os processos nos quais se tenha efectuado qualquer ato de apreensão ou detenção de bens compreendidos na massa insolvente”. O artigo 89, nº 2, determina a “apensação compulsória” das ações declarativas ou executivas relativas às dívidas da massa insolvente, com exceção das execuções por dívidas de natureza tributária.

Ressalte-se o caso de exclusão contida no artigo 86, nº 3, no tocante às ações em tribunais de diferente competência material, cujo apensamento só ocorrerá a requerimento do administrador. Ficam excluídas também as ações de impugnação pauliana, tanto as pendentes quanto as propostas ulteriormente, como consagrado no artigo 127, nº. 2, do CIRE. Se o administrador resolver o ato impugnado, tais ações extinguem-se por impossibilidade superveniente da lide.⁴

Por fim, consagra o nº. 3 do art. 85º, a figura da substituição processual por parte do administrador da insolvência, que passa a substituir o insolvente em todas as ações, independentemente do apensamento ao processo de insolvência e do acordo da parte contrária.

O Diploma Preambular e de Aprovação (Decreto-Lei nº. 53/2004, de 18 de Março), ao tratar dos efeitos processuais da declaração de insolvência, salienta:

a possibilidade de, mediante requerimento do administrador da insolvência, haver lugar a apensação ao processo de insolvência de um devedor dos processos em que haja sido declarada a insolvência de pessoas que legalmente respondam pelas suas dívidas ou, tratando-se de pessoa singular casada, do seu cônjuge, se o regime de bens não for o da separação. Sendo o devedor uma sociedade comercial, poderão ser apensados os processos em que tenha sido declarada a insolvência de sociedades que, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, ela domine ou com ela se encontrem em relação de grupo.

Essas previsões estão contidas no artigo 86, nº 1 e 2, do CIRE. Segundo comentários de A. Raposo Subtil, “subsistem dúvidas sobre se o juiz pode, officiosamente, ordenar a apensação, sempre que entenda que tal é conveniente para os fins do processo”⁵. Entendemos, particularmente, que, ouvido o administrador da insolvência e, com base no artigo 275, nº 4, do Código de Processo Civil português⁶, pode o juiz da causa, officiosamente, determinar a reunião de ações pendentes que possam influenciar no valor da massa.

A nova Lei de falência brasileira (Lei nº 11.101/2005), por sua vez, nada fala sobre a possibilidade de apensamento das ações pendentes. Faz, no entanto, especial menção às ações que demandarem

quantia ilíquida, que terão prosseguimento no juízo no qual estiverem se processando, das ações de natureza trabalhista que serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, bem como das execuções de natureza fiscal que não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, conforme consta do art. 6º, parágrafos 1º, 2º e 7º, respectivamente. Finalmente, a lei brasileira estabelece que “a distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor” (§ 8º, do mesmo artigo 6º).

2 Impossibilidade de instauração de ação executiva

O CIRE obsta à instauração de qualquer ação executiva intentada por credores da insolvência, após a declaração desta, conforme o art. 88, n.º 1, que corresponde ao n.º 3, do art. 154, do antigo Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril, revogado pelo CIRE. De modo inovador, este diploma retirou do Código de Processo Civil a regulamentação processual e substantiva da falência, e que já contemplava, obviamente, os efeitos processuais da declaração da falência, porém não da forma sistemática como visto no atual diploma normativo.

O art. 88, n.º 1, do CIRE, visa evitar que o patrimônio do devedor insolvente, depois de declarada a insolvência, possa vir a ser liquidado em execução de sentença ou outro meio judicial; inviabilizando, assim, a respectiva liquidação universal no processo de insolvência, segundo ensina A. Raposo Subtil.⁷ Há previsão, ainda, acerca da impossibilidade de instauração das ações executivas para pagamento das dívidas da massa insolvente nos 3 (três) meses seguintes à declaração de insolvência (cf. art. 89, n.º 1).⁸

A lei brasileira, a seu turno, não possui disposição semelhante. Ao contrário, chega a dizer que, se nova ação, sem especificar o tipo, vier a ser proposta contra o devedor, essa deverá ser comunicada, imediatamente, ao juízo da falência ou da recuperação judicial, encargo do juiz competente, quando do recebimento da petição inicial, e do devedor, após receber a citação (cf. art. 6º, § 6º).

Desta feita, na conformidade da legislação brasileira, fica evidenciada a possibilidade de instauração de novas ações em desfavor do falido, embora, como a decretação da falência sujeita todos os credores, estes somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que a Lei prescrever, conforme prescreve o art. 115, *caput*. Assim, respeitada a liquidação universal no processo falimentar, os créditos deverão estar habilitados no juízo da falência.

3 Suspensão dos processos pendentes

A suspensão dos processos pendentes é outro efeito processual da declaração de insolvência. O instituto da suspensão encontra-se previsto nos art. 87, n.º 1, e no art. 88, n.º 1, na forma descrita a seguir.

O art. 87, n.º 1, estabelece que “fica suspensa a eficácia das convenções arbitrais em que o insolvente seja parte, respeitantes a litígios cujo resultado possa influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis”. Por conseguinte, o litígio que inicialmente seria solucionado na esfera extrajudicial, passa à competência do tribunal estatal. É importante este esclarecimento face às disposições contidas no n.º 2 do mesmo artigo, que prevê o prosseguimento dos processos arbitrais pendentes à data da declaração de insolvência, sem prejuízo do disposto no artigo 85, n.º 3 – que determina que o administrador da insolvência substitui o insolvente – e no artigo 128, n.º 3 – que estabelece que o crédito reconhecido por decisão definitiva deve ser reclamado no processo de insolvência.

Relativamente às disposições do artigo 88, n.º 1,⁹ fica claro que a declaração de insolvência suspende as ações executivas, bem como quaisquer diligências executivas ou providências requeridas pelos credores da insolvência que atinjam os bens integrantes da massa insolvente. Fica ressalvada, porém, a possibilidade de prosseguimento de ação executiva contendo outros executados, que deverá prosseguir contra estes. Neste caso, remete-se o traslado do processo relativo ao insolvente para apensamento, conforme determina o n.º 2 do mesmo artigo. O prosseguimento das diligências executivas, não respeitando o cumprimento imediato da suspensão, acarreta a nulidade das mesmas.¹⁰

Sobre o assunto, a lei brasileira estabelece, no artigo 99, inciso V, que a sentença que declarar a falência do devedor “ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta lei”. Essas exceções já mereceram atenção ao tratarmos dos casos de apensamento das ações pendentes. Referem-se, é bom lembrar, às ações em que se demandam quantia ilíquida e das ações de natureza trabalhista que deverão ser processadas na própria Justiça do Trabalho, que deverão seguir o curso normal até a apuração do *quantum debeatur*.

4 Incidente de qualificação de insolvência

O CIRE introduziu, no sistema de insolvência português, sob influência do direito espanhol (Ley Concursal – Lei n.º 22/ 2003, de 9 de Julho), o regime denominado “incidente de qualificação da insolvência”, cujo objetivo é “apurar se o devedor tem culpa pela situação de insolvência ou se existem terceiros responsáveis pela mesma”.¹¹

Segundo o Diploma Preambular e de Aprovação (Decreto-Lei nº. 53/2004, de 18 de Março), item nº. 40,

um objetivo da reforma introduzida pelo presente diploma reside na obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas. É essa a finalidade do novo 'incidente de qualificação da insolvência.

Afirma o referido diploma normativo que tal incidente

é aberto oficiosamente em todos os processos de insolvência, qualquer que seja o sujeito passivo, e não deixa de realizar-se mesmo em caso de encerramento do processo por insuficiência da massa insolvente (assumindo nessa hipótese, todavia, a designação de 'incidente limitado de qualificação da insolvência', com uma tramitação e alcance mitigados).

Por fim, ao realizar breve comparação com os regimes instituídos no regime anterior – a responsabilização solidária dos administradores e a possibilidade de declaração da sua falência conjuntamente com a do devedor – o diploma preambular sustenta que

não se afiguram tecnicamente corretos nem idôneos para o fim a que se destinam. Por outro lado, a sua aplicação ficava na dependência de requerimento formulado por algum credor ou pelo Ministério Público.

4.1 Tipos de insolvência

Segundo dispõe o artigo 185 do CIRE, a insolvência é qualificada como culposa ou fortuita. Contudo, a qualificação atribuída não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais, nem das ações a que se reportam os nº.s. 2 a 4 do art. 82 (ações de responsabilidade contra o devedor, terceiros e responsáveis legais, bem como contra o administrador da insolvência). Assim,

é possível que, no âmbito de qualificação, o insolvente seja considerado como não culpado e penalmente venha a ser condenado, do mesmo modo que pode ser sentenciado como culpado de insolvência culposa e ser absolvido no processo penal.¹²

Vejamos a seguir, de per si, os tipos de insolvência.

4.1.1 Insolvência culposa

A definição de insolvência culposa é dada pelo próprio Código, consoante o artigo 186, n.º 1: “A insolvência é culposa quando a atuação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de fato, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.” Portanto, será considerada insolvência culposa quando preenchidos alguns dos requisitos do dolo ou da culpa grave.

O n.º 2 do artigo 186 considera sempre culposa a insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular quando os seus administradores, de direito ou de fato, tenham cometido algum dos atos descritos nas suas alíneas “a” a “i”. Logo, uma vez preenchidos os requisitos do n.º 2, não é necessária prova da culpa nem é admitida prova em contrário.¹³ Segundo o dispositivo, induzem à insolvência culposa os atos dos administradores que tenham

- a) Destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor;
- b) Criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas;
- c) Comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação;
- d) Disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros;
- e) Exercido, a coberto da personalidade coletiva da empresa, se for o caso, uma atividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa;
- f) Feito do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse direto ou indireto;
- g) Prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência;
- h) Incumprido em termos substanciais a obrigação de manter contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor;
- i) Incumprido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração, até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do artigo 188.

Há presunção de culpa grave, segundo o artigo 186, n° 3, quando os administradores, de direito ou de fato do devedor que não seja uma pessoa singular tenham descumprido

o dever de requerer a declaração de insolvência ou a obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registro comercial.

O CIRE, contudo, faz ressalva quanto à atuação da pessoa singular insolvente, ao dizer que as disposições constantes dos n° 2 e 3 do artigo 186, são-lhes aplicáveis, com as necessárias adaptações, onde a isso não se opuser a diversidade das situações. Na lição sempre pertinente de A. Raposo Subtil:

a qualificação da insolvência como culposa exige uma relação de causalidade entre a conduta do devedor e o estado declarado de insolvência, uma vez que o devedor pode ter atuado dolosamente mas em nada ter contribuído para a criação ou agravamento da insolvência.¹⁴

Mais um fundamento, portanto, para reforçar a afirmativa de que a qualificação atribuída à insolvência não é vinculativa para fins de decisão de causas penais, nem mesmo questão de prejudicialidade da abertura do incidente penal.

Por fim, como o incidente de qualificação de insolvência pode abranger terceiros, que conjuntamente atuaram com o devedor, a apuração da participação daqueles exige o mesmo nível de diligência aplicado ao devedor, ou seja, o terceiro tem que atuar com dolo ou culpa grave.

4.1.2 Insolvência fortuita

Não concorrendo elementos que permitam qualificar a insolvência como culposa, será ela considerada como fortuita. Fica excluída a imputação ao devedor da situação de insolvência quando esta é provocada por negligência, embora relevante para efeitos penais, a teor do art. 228 do Código Penal.¹⁵ A decisão do juiz que qualifica a insolvência como fortuita, após manifestação do administrador da insolvência e do Ministério Público, no mesmo sentido, é insuscetível de recurso (art. 188, n° 4).

4.2 Tramitação do incidente de insolvência

O incidente pleno de qualificação da insolvência inicia-se officiosamente com a declaração de insolvência,¹⁶ para fins de apuração se trata de insolvência culposa ou fortuita. Podendo ser requerido, por escrito, por "qualquer interessado" (qualquer credor ou terceiro que tenha inte-

resse legítimo na causa), até 15 dias depois da realização da assembleia de apreciação do relatório (art. 188, nº 1).

Nos quinze dias subseqüentes ao requerimento de formalização do incidente, o administrador da insolvência apresenta parecer devidamente fundamentado e documentado, contendo a formulação de uma proposta de qualificação. No caso de concluir pela insolvência culposa, deve identificar as pessoas que devem ser afetadas pelas conseqüências da qualificação.¹⁷ Esse parecer é submetido ao Ministério Público, para que este se pronuncie, no prazo de 10 dias (art. 188, nº 3).

Conforme dito anteriormente, se tanto o administrador da insolvência como o Ministério Público propuserem a qualificação da insolvência como fortuita, o parecer é vinculativo para o juiz, resultando daí sentença insusceptível de recurso e, automaticamente, o arquivamento do incidente. No caso contrário, o juiz manda notificar o devedor e citar pessoalmente aqueles que, segundo o administrador da insolvência ou o Ministério Público, devam ser afetados pela qualificação da insolvência para apresentarem oposição, querendo, no prazo de 15 dias. O administrador da insolvência, o Ministério Público e qualquer interessado podem assumir posição contrária à das oposições, vindo a apresentar respostas dentro de 10 dias subseqüentes ao termo do prazo de oposição (art. 188º, nº 6).

Ressalte-se que, neste incidente, o juiz atua com base no princípio do inquisitório. Logo, não está vinculado aos pareceres apresentados pelo administrador da insolvência e pela pronúncia do Ministério Público, podendo fundar a sua decisão em fatos que não tenham sido alegados pelas partes (cfe. Art. 11º).¹⁸

Processado o incidente, o juiz termina por qualificar a insolvência como culposa ou fortuita através de sentença, na qual devem constar os fundamentos que levaram à referida qualificação. Se a sentença qualifica a insolvência como culposa deve conter todas as formalidades indicadas no art. 189, nº 2, alíneas "a" a "d", que consubstanciam, em grande parte, as conseqüências para as pessoas afetadas, que podem ir da inabilitação por um período determinado (2 a 10 anos) à inibição para o exercício do comércio, bem como para a ocupação de determinados cargos, podendo levar ainda à perda de quaisquer créditos sobre a insolvência, além da condenação de restituir bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.

5 Do encerramento do processo

Prosseguindo o processo após a declaração de insolvência e realização do rateio final, deve o juiz declarar o seu encerramento. Esta é a hipótese normal de encerramento do processo de insolvência, prevista no art. 230, nº 1, alínea "a". Existem, no entanto, outras hipóteses de encerramento do processo, previstas no mesmo artigo, a saber:

- b) Após o trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de insolvência, se a isso não se opuser o conteúdo deste;
- c) A pedido do devedor, quando este deixa de se encontrar em situação de insolvência ou todos os credores prestem o seu consentimento;
- d) Quando o administrador da insolvência constata a insuficiência da massa insolvente¹⁹ para satisfazer as custas do processo e as restantes dívidas da massa insolvente²⁰.

O falecimento do devedor não é causa de encerramento do processo de insolvência, passando a correr contra a herança jacente, que se manterá indivisa até o encerramento do processo (art. 10, nº. 1). A decisão de encerramento do processo é notificada aos credores e deve constituir objeto de publicidade e de registro, previstos no artigo 38, com indicação da razão determinante (art. 230, nº 2).

Pela lei brasileira, o encerramento do processo de falência dar-se-á após concluída a realização de todo o ativo e distribuído o produto entre todos os credores, mediante a apresentação, pelo administrador judicial, de contas ao juiz, que as julgará por sentença, passível de impugnação por meio de apelação.

5.1 Encerramento a pedido do devedor

O pedido de encerramento do processo feito pelo devedor pode ser baseado ou não na cessação da situação de insolvência. Se fundado na cessação da situação de insolvência, os credores devem ser notificados para que, caso queiram, deduzam oposição, no prazo de oito dias (art. 231, nº. 1). O pedido do devedor que não esteja baseado na cessação da situação de insolvência, só ocorrerá se todos os credores prestarem o seu consentimento formal, conforme disposto no art. 230, nº 1, alínea "c", parte final.

Em qualquer dos casos, o juiz, antes de decidir, deve ouvir o administrador da insolvência e a comissão de credores, se existir.

5.2 Encerramento por insuficiência da massa insolvente

Conforme assevera com propriedade A. Raposo Subtil²¹, "o encerramento por insuficiência da massa insolvente configura uma situação de inutilidade superveniente da lide". Desta feita, constatado pelo administrador da insolvência que o patrimônio do devedor é insuficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas da massa insolvente, deve obrigatoriamente dar conhecimento do fato ao juiz,²² para que este, vindo a concluir no mesmo sentido, após ouvir o devedor, a assembléia de credores e os credores da massa insolvente, encerre o processo.

Se algum interessado pretender impedir o encerramento do processo, deve depositar à ordem do tribunal o montante fixado pelo juiz como necessário para garantir o pagamento das custas do processo e restantes dívidas da massa insolvente.

O encerramento do processo por insuficiência da massa insolvente não prejudica a tramitação do incidente de qualificação de insolvência, como incidente limitado (art. 39, nº 1, e art. 232, nº 5).

5.3 Efeitos do encerramento do processo de insolvência

O CIRE trata dos efeitos do encerramento do processo de insolvência nos artigos 233 e 234. Neste último, em específico, trata dos efeitos sobre as sociedades comerciais.

Segundo Catarina Serra²³ "é especialmente referido o efeito principal da insolvência (cfr. art. 233º, nº 1, alínea a), mas são abrangidos todos os efeitos instrumentais", isto é, recupera o devedor o direito de disposição dos seus bens e a livre gestão dos seus negócios. Porém, o próprio Código faz ressalva quanto aos efeitos da qualificação da insolvência como culposa (a inabilitação e a inibição para o exercício do comércio e de certos cargos), que não são afetados pelo encerramento do processo.

Os demais efeitos relacionados no artigo 233, nº 1, fazem referência: à cessação das atribuições da comissão de credores e do administrador da insolvência (alínea b), ao exercício de direitos dos credores da insolvência, sem outras restrições que não as constantes do eventual plano de insolvência e plano de pagamentos (alínea c) e à possibilidade de reclamação dos direitos dos credores da massa em relação aos direitos não satisfeitos (alínea d).

O nº 2 do referido artigo, por sua vez, estabelece que o encerramento do processo de insolvência antes do rateio final, determina, dentre outros, a extinção da instância dos processos de verificação de créditos e de restituição e separação de bens, bem como das ações pendentes contra os responsáveis legais pelas dívidas do insolvente propostas pelo administrador da insolvência.

Conclusão

Segundo o Diploma Preambular do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa (CIRE), aprovado pelo Decreto-Lei nº. 53/204, de 18 de Março, o "objetivo precípua de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores". Esse objetivo, como foi possível observar, norteou todo o processo de reforma do extinto Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, considerado de grande avanço para a solução dos problemas de saneamento e falência de empresas que se encontram em insolvência ou em situação econômica difícil, mas que necessitava sofrer as devidas atuali-

zações, uma vez que, segundo o próprio diploma reformador, “a manutenção do regime atual por mais tempo resultaria em agravados prejuízos para o tecido econômico e para os trabalhadores”.

O excesso de pendências e de trâmites burocráticos, comuns a todos os processos judiciais, era então apontado como um dos principais problemas do processo falimentar. Buscou-se, pois, minorar os problemas diagnosticados de modo a empreender ao novo sistema a resolução célere e eficaz dos processos judiciais decorrentes da situação de insolvência.

Nesse desiderato, ousou o novo diploma, até mesmo, alterar as funções do juiz estatal no processo concursal, ao promover a desjudicialização parcial do processo de insolvência, reduzindo a intervenção do juiz ao que considerou estritamente relevante ao exercício da função jurisdicional. Na busca da agilização do processo, o novo diploma promoveu notáveis avanços no plano da tramitação do processo, dentre os quais a supressão da duplicação de chamamento de credores ao processo, passando a ocorrer apenas após a sentença de citação de credores com vista à reclamação dos respectivos créditos; a atribuição de caráter de urgência aos registros da sentença e despachos proferidos no processo; e a limitação do direito de recurso a um grau apenas, salvo se o recorrente demonstrar que o acórdão de que se pretende recorrer está em oposição com outro, proferido por alguma das Relações, ou pelo Supremo Tribunal de Justiça.

A nova sistematização adotada pelo CIRE – especialmente no que se refere aos efeitos processuais, consistente nas três providências resultantes da prolação da sentença de declaração de insolvência, quais sejam, o apensamento, a impossibilidade de instauração e a suspensão das ações executivas e das convenções arbitrais – permite assinalar as seguintes inovações:

1. A possibilidade de apensamento, a requerimento do administrador da insolvência, de processo de insolvência de um devedor dos processos em que haja sido declarada a insolvência de pessoas que legalmente respondam pelas suas dívidas ou, tratando-se de pessoa singular casada, do seu cônjuge, se o regime de bens não for o da separação;
2. A suspensão das convenções arbitrais em que o insolvente seja parte, respeitantes a litígios cujo resultado possa influenciar o valor da massa;
3. Embora não se trate estritamente de uma inovação, por se tratar de uma prática já adotada pelos tribunais, mas em todo caso, uma outra solução legislativa vinda em boa hora, é justamente a previsão contida no artigo 88, nº 2, que trata da extração de cópias de ações executivas que prossigam contra outros executados. Segundo esse artigo, não é necessário que as ações sejam apensadas ao processo de insolvência, bastando a remessa do traslado do processado relativo ao insolvente.

São inegáveis, portanto, os avanços e as potencialidades do novo diploma legal, o que deverá redundar no aumento da celeridade processual e na obtenção mais rápida e eficaz do objetivo almejado, a satisfação dos créditos dos credores. Não devemos olvidar, entretanto, que os operadores do Direito, nomeadamente, aqueles que militam nos tribunais e, de modo especial, aqueles que atuam diariamente com os processos judiciais de insolvência, se ressentem da formação técnica especializada de todos os atores envolvidos no processo.

É verdade que o atual diploma estabeleceu a especialização dos tribunais de acordo com a qualidade do devedor, o que se revela um grande ganho para todos. Porém, outras medidas ainda precisam ser adotadas. Neste particular, são bem lançadas as observações da eminente Fátima Reis Silva ao tecer considerações sobre algumas medidas que se não atendidas, poderão resultar em dificuldades ao alcance dos seus objetivos:

mais tribunais de competência especializada, atempadamente criados, instalados e apetrechados, mais funcionários, assessores ou assistentes para os juizes, de preferência com formação técnica adequada, uma completa reformulação da figura do atual gestor e liquidatário.²⁴

Relativamente ao novo diploma brasileiro, Lei nº 11.101/2005, de 9 de Fevereiro, com entrada a 9 de Junho do mesmo ano, não vislumbramos avanços no que se refere ao trâmite processual, possuindo a referida norma, a exemplo da antiga lei portuguesa, nítida preocupação em resolver os problemas de saneamento e falência de empresas que se encontram insolventes ou em dificuldades financeiras, muito centrado no princípio da conservação da empresa. Optou o legislador brasileiro pela via da recuperação da empresa em dificuldades, abandonando, pois, os antigos mecanismos da concordata preventiva e da suspensiva, passando a adotar um único processo de recuperação judicial.

Desta forma, prevalece o entendimento de que a satisfação dos créditos dos credores passa, de forma preferencial, pela continuidade dos negócios das empresas viáveis, a semelhança do antigo sistema português.

Notas

- 1 O novo regime jurídico aplicável à insolvência - uma introdução.** p.40-41.
- De acordo com o art. 275, nº. 3, do CPC, "a junção deve ser requerida ao tribunal perante o qual penda o processo que os outros tenham de ser apensados".
- "A apensação de ações afeta todos os tipos de ações (declarativas, constitutivas, executivas), mesmo que não tenham caráter exclusivamente patrimonial, mas desde que nelas se apreciem questões relativas a bens compreendidos na massa insolvente, ou cujo resultado possa ter refle-

- xos nesta, intentadas contra o devedor ou, mesmo, contra terceiros.", leciona SUBTIL, A. Raposo *et al.*, ao comentar sobre o art. 85, *in Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*. p.176.
- 4 SILVA, Fátima Reis. **Algumas questões processuais no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Uma pequena abordagem**. p.74.
 - 5 *Op.cit.*, p.176.
 - 6 Art. 275, nº. 4, do CPC: "Quando se trate de processos que pendam perante o mesmo juiz, pode este determinar, mesmo oficiosamente, ouvidas as partes, a apensação".
 - 7 *Op.cit.*, p.178.
 - 8 O art. 172 trata sobre o pagamento das dívidas da massa insolvente.
 - 9 Na lição de Catarina Serra, "a suspensão das ações executivas prevista no art. 88, nº. 1, deve articular-se com o art. 870 do Código de Processo Civil, que faculta a qualquer credor a possibilidade de obter a suspensão de uma execução em curso, mostrando que foi requerido processo de insolvência do executado...", *Op.cit.*, p.42.
 - 10 SUBTIL, A. Raposo. *Op.cit.*, p.179.
 - 11 SUBTIL, A. Raposo. *Op.cit.*, p.260.
 - 12 *Idem*, p.260 e 261. "A responsabilidade penal prevista nos artigos 227, 227-A, 228 e 229 do Código Penal é alterada, agravando os limites das penas dos crimes de insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente, assim como de favorecimento de credores, quando da prática de tais ilícitos resulta a frustração de créditos de natureza laboral. Para o efeito, foi aditado ao Código Penal o artigo 229-A."
 - 13 SUBTIL, A. Raposo. *Op.cit.*, p.264.
 - 14 *Op.cit.*, p.265.
 - 15 *Idem*, p.261.
 - 16 SERRA, Catarina. *Op.cit.*, p.62. Segundo a autora o incidente de qualificação "é aberto em todos os processos de insolvência, exceto no caso de apresentação de um plano de pagamentos aos credores (cfr. art. 259, nº. 1, 2ª. Parte)." E, na Nota nº. 82, mesma página, assevera que "isto, apesar de ter sido eliminada a disposição correspondente. Na última versão do Projeto do CIRE afirmava-se, de fato, na norma do art. 36, nº. 1, al. i): 'Na sentença que declarar a insolvência o juiz declara aberto o incidente de qualificação da insolvência, com caráter pleno ou limitado, sem prejuízo do disposto no art. 187'. Na versão publicada, verifica-se, com perplexidade, que a al. i) do art. 36, não só já não contempla tal texto, como repete parcialmente o texto da al. a) da mesma norma...É evidente que se trata apenas de um lapso, mas que necessita da mais breve retificação." A opinião de obrigatoriedade de realização do incidente também é compartilhada por A. Raposo Subtil *et all, ex vi* do comentário ao artigo 188, nº 1, *Op.cit.*, p.267.
 - 17 "As pessoas afetadas pela qualificação serão aquelas que, direta ou indiretamente, interviriam nos atos/negócios realizados pelo devedor que deram origem à situação de insolvência, como os administradores, representantes de fato ou de direito e todos aqueles que de alguma forma assumiram a gestão do patrimônio do devedor. Lei não define com clareza o critério que permite concluir estarem preenchidos os requisitos para que determinadas pessoas sejam afetadas. Devendo entender-se que os pressupostos são os mesmos que valem para a afetação do devedor", assevera A. Raposo Subtil, *Op.cit.*, p.267.
 - 18 SUBTIL, A. Raposo. *Op.cit.*, p.268.

- 19 Art. 46 (Conceito de massa insolvente): "1. A massa insolvente destina-se à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as suas próprias dívidas, e, salvo disposição em contrário, abrange todo o património do devedor à data da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo."
- 20 Art. 51 (Dívidas da massa insolvente): "1. Salvo preceito expresso em contrário, são dívidas da massa insolvente, além de outras como tal qualificadas neste Código: a) As custas do processo de insolvência; b) As remunerações do administrador da insolvência e as despesas deste e dos membros da comissão de credores; c) As dívidas emergentes dos atos de administração, liquidação e partilha da massa insolvente; d) As dívidas resultantes da atuação do administrador da insolvência no exercício das suas funções; e) Qualquer dívida resultante de contrato bilateral cujo cumprimento não possa ser recusado pelo administrador da insolvência, salvo na medida em que se; f) Qualquer dívida resultante de contrato bilateral cujo cumprimento não seja recusado pelo administrador da insolvência, sal-

vo na medida correspondente à contraprestação já realizada pela outra parte anteriormente à declaração de insolvência ou em que se reporte a período anterior a essa declaração; g) Qualquer dívida resultante de contrato que tenha por objeto uma prestação duradoura, na medida correspondente à contraprestação já realizada pela outra parte e cujo cumprimento tenha sido exigido pelo administrador judicial provisório; h) As dívidas constituídas por actos praticados pelo administrador judicial provisório no exercício dos seus poderes; i) As dívidas que tenham por fonte o enriquecimento sem causa da massa insolvente; j) A obrigação de prestar alimentos relativa a período posterior à data da declaração de insolvência, nas condições do artigo 93."

21 *Op.cit.*, p.306.

22 O artigo 39 do CIRE prevê a possibilidade de reconhecimento pelo juiz, logo no ato da sentença de declaração de insolvência, da insuficiência da massa insolvente.

23 *Op.cit.*, p.64.

24 SILVA, Fátima Reis. *Op.cit.*, p.57

Referências

AMARAL, Jorge Augusto Pais. **Direito Processual Civil**. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Efeitos da Falência Sobre a Pessoa e Negócios do Falido**. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 55 - III, Lisboa, 1995.

AULETTA, Giuseppe e SALANITRO, Niccolò. **Diritto Commerciale**. Milano: Tredecima Ed, 2001.

CORDÓN, Faustino Moreno. **Proceso Concursal**. Navarra: Ed. Aranzadi, 2005.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário. **Os Efeitos Substantivos da Falência**. Coleção "Estudos e Monografias". Porto: Universidade Católica, 2000.

FERNANDES, Luís A. Carvalho e João Labareda. **Código dos Processos Especiais de Recuperação e de Falência Anotado**. 3.ed. 2ª. reimpressão. Lisboa: Quid Júris/ Sociedade Editora Lda., 2000.

FORTES, José. **Reforma na lei de falência**. Disponível na Internet. <http://www.fastjob.com.br/consultoria/artigos>. Acesso em 06.04.2005.

ILLESCAS, Rafael Ortiz. **La Reforma de la Mecánica Del Derecho Concursal Español: Procedimientos, Jurisdicción, Operadores.** In *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali. Rivista di Dottrina e Giurisprudenza.* Annata LXXIV. Padova, 1999.

LABAREDA, João. **O Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.** Alguns Aspectos controversos. Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho - Miscelâneas nº 2. Livraria Almedina, 2004.

LEITE, Jorge e ALMEIDA, F. Jorge Coutinho. **Código do Trabalho.** 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MORGADO, Abílio Manuel de Almeida. **Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência - Uma apreciação do novo regime. Centro de Estudos Fiscais.** Revista Ciência e Técnica Fiscal Nº 370. Abril/junho 1993. Lisboa.

RUBIO, Pedro J. Vicente. **La enajenación de la empresa em la nueva Ley Concursal.** In *Revista de Derecho de Sociedades* nº. 22 Navarra: Editorial Aranzadi S. A., 2004.

SERRA, Catarina.

_____. **As Novas Tendências do Direito Português da Insolvência - Comentários ao Regime dos Efeitos da Insolvência Sobre o Devedor no Projecto de Código da Insolvência.** Separata - Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho. Porto, 2003.

_____. **O Novo Regime Português da Insolvência.** Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

SILVA, Fátima Reis. Algumas **Questões Processuais no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Uma Pequena Abordagem.** Instituto de Direito das Empresas e do trabalho - Miscelâneas nº 2. Livraria Almedina, 2004.

SUBTIL, A. Raposo, Matos Esteves, Maria José Esteves e Luís M. Martins. **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.** Porto: Grupo Editorial Vida Económica, 2004.

A nova lei de falências e recuperação de empresas e seus reflexos nas relações com as instituições financeiras

Elenise Peruzzo dos Santos

*Advogada da Caixa no Rio Grande do Sul.
Especialista em Direito Empresarial pela UFRGS.*

RESUMO: A Lei 11.101/05 foi promulgada com o objetivo de satisfazer interesses de credores e devedores. Para tanto adotou os princípios clássicos que sempre inspiraram a disciplina, e apresentou novos conceitos, como o da preservação da empresa e da maximização do valor dos ativos. Diante de tal quadro surgem as instituições financeiras como maiores credoras e como principais responsáveis pela concessão do crédito para o soerguimento da empresa. O presente estudo procura questionar a possibilidade de convivência harmoniosa dos sujeitos envolvidos no processo de crise empresarial, ante a existência de propósitos dicotômicos.

Palavras-chave: Lei de Falências. Recuperação de Empresas. Princípios Falimentares. Instituições Financeiras.

Introdução

O propósito do presente trabalho surgiu da necessidade de valorar a nova lei de falências e recuperação de empresas diante da relação com instituições financeiras, consideradas como principais responsáveis pelo insucesso das reabilitações dos negócios em crise.

Uma década de longa espera - o projeto de reforma da lei falimentar foi de iniciativa do Poder Executivo em 1993 - e promulgou-se, em fevereiro de 2005, a Lei nº 11.101, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

A sociedade, em especial a comunidade jurídica, aguardou ansiosamente a perfectibilização do ato do Poder Legislativo, que prometia, ao seguir a linha mestra do predito projeto de readequação da lei falimentar, desenvolver um plano de recuperação das empresas em crise, de acordo com o verificado na tendência mundial. Assim,

não apenas esperavam-se normas que atentassem à celeridade da justiça ou à maior eficácia dos provimentos jurisdicionais¹, mas remédios processuais e extraprocessuais que promovessem a salvaguarda da empresa viável, de forma que a decretação da falência fosse o último instrumento a ser lançado mão.

A demora até o sancionamento da lei, além dos inevitáveis desentendimentos entre as Casas Legislativas, justificou-se pela complexidade das questões tratadas, obrigando à realização de pesquisas de campo junto a membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, instituições financeiras, representantes dos trabalhadores e empregadores, associações de classe, entre outros. A lei pretendia ser inovadora em seu contexto, com a missão de dar conteúdo social à matéria e respeitando os interesses dos mais fracos, o que o Decreto-Lei 7.661/45, há sessenta anos em vigor e tramitando sob a égide de procedimentos morosos, não conseguiu lograr.

No que tange à antiga lei, que Valverde caracterizou como sendo a quarta fase histórica do instituto da falência no direito brasileiro², vale lembrar que, ao ser elaborada, provavelmente não contava com tamanha modificação da realidade econômico-social: proteção aos micro e pequeno empresários, intensificação da prestação de serviços e tercerização de mão-de-obra; desestatizações e conseqüentes privatizações, surgimento de grupos societários (e, com eles, as cisões, fusões e incorporações de empresas), massiva interferência do mercado externo nas negociações, em razão da globalização e da integração entre os países. Os contratos, que outrora vinculavam-se ao papel assinado pelos contratantes e testemunhas, ora formalizam-se por meios eletrônicos e virtuais, amparados pela recente certificação digital, o que dá validade ao instrumento. A antiga noção de propriedade é mitigada por figuras como *leasing* e alienação fiduciária, fazendo com que os bens integrantes do patrimônio da empresa não sirvam, efetivamente, para a garantia dos demais credores, não vinculados a tais contratos.

Concomitantemente, o novel Código Civil sepultou a arcaica lei comercial de 1850, modernizando os conceitos de empresa e empresário, em que pese "já ter nascido velha", na opinião dos juristas pátrios, considerando o tempo que levou para ser levada a efeito, sem ter previsto questões ligadas à bioética e *internet*, por exemplo³.

Por esses motivos, *data maxima venia*, a relutância de renomados doutrinadores da antiga lei falimentar ante a idéia de sua modificação⁴, em especial pelas alterações nas relações obrigacionais ocorridas nos últimos dez anos, não subsistiria à simples leitura do novo diploma legal, que muito se esforça para oportunizar um novo fôlego às empresas em crise passíveis de recuperação.

Note-se que este alento dado ao empresário individual e à sociedade empresária não fazia parte do texto da lei revogada: a intenção

da norma era única e exclusivamente de liquidação da empresa, distribuindo - de forma pouco eficaz, diga-se - o diminuto ativo existente entre as famigeradas classes de credores trabalhistas e fiscais, restando remota esperança aos privilegiados e nem isso aos quirografários. A figura da concordata, compreendida como sendo a recuperação judicial proporcionada pela lei, na prática permitia apenas a dilapidação do patrimônio. Não raro associava-se a palavra "concordatária" à "falida", visto que seria o caminho inevitável da empresa.

Surgiu, pois, a Lei 11.101/05 com o objetivo de equilibrar interesses, sejam os da empresa em dificuldades que ainda se sente em condições de gerar rendas e empregos - em atendimento à homenageada função social que deveria encerrar a sua existência - sejam das diferentes classes de credores, que esperam da legislação o resguardo de maiores garantias e de efetivo pagamento de seus créditos. Denota-se, pois, que ao legislador, coube a tarefa difícil de harmonizar dois direitos conflitantes, existindo um limite tênue entre a recuperação da empresa e a recuperação do crédito.

Diante de duas diferentes grandezas - de um lado a empresa em dificuldade que deseja manter a atividade econômica e continuar contribuindo para o desenvolvimento do país, de outro a sociedade, os empregados, o fisco, as instituições financeiras e os credores em geral - faz-se necessária a análise de cada um dos princípios que pautaram a criação da lei⁵, a fim de verificar-se se as reais expectativas dos sujeitos envolvidos serão atendidas, ou se à norma restarão as mesmas agruras da antiga lei de quebras.

Em um segundo momento, cotejados os princípios clássicos e novos do direito falimentar, serão estudadas as atividades bancárias, diferentes opções de obtenção de crédito junto às instituições financeiras, a posição destas frente à empresa em crise, a forma como foram recepcionadas pela nova legislação e, por fim, a possibilidade de convivência harmoniosa entre recuperação do crédito e preservação da empresa.

1 Os princípios falimentares

1.1 Princípios clássicos

Ainda que a lei falimentar de 1945 tenha sofrido duras críticas por parte de seus operadores, seria impossível que uma trajetória de sessenta anos não tivesse deixado marcas. Assim é, que, embora o desiderato da nova lei fosse a inovação, alguns princípios mantiveram sua importância no novo texto legal - *par conductio omnium creditorum*, celeridade e publicidade -, os quais serão especialmente tratados nas linhas que seguem.⁶

1.1.1 O princípio da *par conditio omnium creditorum*

É consabido que, ao tornar-se o empresário (ou sociedade empresária) devedor, este responderá às obrigações assumidas com o seu próprio patrimônio, que é prontamente perseguido pelo credor, judicial ou extrajudicialmente, com o intuito único de satisfazer o seu crédito.

Verificando-se que o devedor tornou-se insolvente, ou seja, que o patrimônio está aquém do valor de suas dívidas, não podem persistir execuções individuais, sob pena de se beneficiarem alguns credores - os mais velozes - em detrimento dos outros. Para tanto, a lei determina que se instaure uma execução coletiva, uma universalidade, que é o concurso de credores.⁷

Este procedimento seria inócuo se não houvesse satisfação proporcional e tratamento igualitário a todos os credores da mesma categoria. Para que seja observada esta equidade, busca-se no direito romano o princípio da *par conditio creditorum*⁸, regra-meio⁹ no processo falimentar, sem a qual não se estaria fazendo a devida justiça.¹⁰

Bessone¹¹ esclarece que o festejado princípio derogou o do *prior in tempore, potior in iure*, de tal forma que o credor que se antecipa aos outros não mais obtém qualquer vantagem sobre estes. Assim, a concorrência será paritária entre os que estejam em idêntica situação.

A operacionalização da comentada regra é possível em vista da universalidade do juízo falimentar, estampada no art. 76 da atual lei de quebras. À exceção de algumas causas elencadas no referido artigo, como as trabalhistas e fiscais, para todas as demais ações, torna-se o juízo da falência ou da recuperação judicial preventivo para a apreciação da matéria. Isso significa que as diferentes questões postas pelas diversas categorias de credores serão analisadas de forma una, sem que haja a insegurança de provimentos jurisdicionais conflitantes.¹²

O juiz da falência, portanto, possui o grande desafio de presidir o processo que transformará o patrimônio do devedor em crédito para o atendimento dos interesses de insaciáveis credores. Tão logo é aberto o procedimento, configura-se uma situação em que cada parte espera obter o melhor proveito - incluindo-se o próprio devedor.

A exceção à regra da *par conditio creditorum* decorre da existência de bens do devedor que não ficam sujeitos à execução falimentar, bem como de créditos que, por sua natureza e qualidade, recebem tratamento diferenciado, na medida em que a *lei* o estabeleça expressamente.¹³ A atual lei de falências promove tal diferenciação no art. 83, classificando os créditos segundo uma ordem de pagamento, qual seja: trabalhistas (compreendendo os decorrentes de acidente de trabalho), com garantia real, tributários, com privilégio es-

pecial, com privilégio geral, quirografários, decorrentes de multas e penas pecuniárias, e subordinados.

Todavia, é importante repisar que, não obstante a classificação constante da norma legal, o princípio da *par conditio omnium creditorum* permanece firme e forte na observância dos direitos existentes dentro da mesma classe de credores. Nessa linha, é defeso a uma categoria instaurar privilégios entre si, sob pena de ferir à predita regra máxima.

Quando da consolidação da recente lei falimentar no Senado Federal, muitas foram as Emendas oferecidas pelos legisladores como substitutivo ao trabalho apresentado pela Câmara dos Deputados. O princípio da *par conditio creditorum* impôs sua importância sobre algumas pretensões, tal como a apresentada na Emenda nº 97, que tinha por escopo a possibilidade de a Justiça do Trabalho executar seus próprios julgados, sem a necessidade de habilitação ou inscrição desses créditos no quadro geral de credores, o que foi rechaçado pela Casa.¹⁴

Cumprе, assim, zelar pela observância do princípio, de forma a tornar o processo falimentar - visto muitas vezes como instrumento traumático - o mais satisfatório possível a todos que compõem a chamada massa falida subjetiva.

1.1.1.1 A proteção aos trabalhadores

Dentre os credores que detêm a chance de recuperação do crédito, encontram-se os trabalhistas, em especial face à incolumidade conferida pela lei, determinando o recebimento de seus direitos em primeiro lugar. Todavia, a hipótese de recuperação da empresa visa a evitar o pior dos efeitos sociais, que é o desemprego.

A ruína de uma empresa leva consigo os postos de trabalho, que tem por consequência a descapitalização da população, a redução do poder de compra e a quebra de outras empresas. Por isso, o simples pagamento em primeiro plano ao trabalhador torna-se uma solução de cunho paliativo, que apenas não atingirá a sociedade se a empregabilidade for mantida.

Para que a empresa em dificuldades financeiras seja atrativa a pretensos compradores, a Lei 11.101/05 impõe que ao adquirente não sejam sucedidos, entre outros, os créditos trabalhistas. A idéia partiu do pressuposto de que o novo empresário (ou sociedade empresária) deverá iniciar suas atividades sem o infortúnio do passado, sob pena de incidir nos mesmos problemas, culminando em nova falência.¹⁵

Ainda é cedo para afirmar que o benefício ao adquirente de fato atenderá ao seu fim social, mas nada garante que os empregos serão preservados¹⁶. Talvez a norma ideal fosse aquela que exigisse uma contraprestação do adquirente, ou seja, os débitos trabalhistas ape-

nas não serão assumidos se os novos sócios se comprometerem a manter os postos de trabalho. Em todo o caso, a lei possibilita a reunião dos empregados para a aquisição da empresa, utilizando, para tanto, os créditos derivados da relação de trabalho.

Interessante é a recomendação da Comissão de Insolvência da Fundação Acadêmica Argentina de Direito Econômico¹⁷, que contesta o instituto dos privilégios da lei concursal, sugerindo a criação de um seguro coletivo de trabalho contra a insolvência do empresário, eliminando o trabalhador do quadro geral de credores. Tal instrumento cobriria não mais de três meses de salário e a metade da indenização por antigüidade, exigindo atitude atenta e vigilante do empregado enquanto estiver em atividade.

Aproximando-se dessa idéia, a lei brasileira, em seu art. 151, como medida de tutela da dignidade do empregado, determina que, havendo valores em caixa, devem ser antecipados aos trabalhadores os créditos vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador. Contudo, o pagamento somente será efetuado se todos os credores da mesma classe puderem recebê-lo, sob pena de responderem aos prejuízos enfrentados por aqueles que não forem atendidos.

Por fim, é salutar que a lei tenha delimitado o pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho em cento e cinquenta salários mínimos, remetendo o que extrapolar esse valor aos créditos quirografários. Além de os próprios trabalhadores serem beneficiados - na medida em que concorrem colegas de salário mais elevado - resta a oportunidade de que algum *quantum* seja destinado às demais classes de credores nem tão privilegiados. Ademais, a regra leva à coibição da velha prática fraudulenta de alguns empresários, que consistia no registro de familiares com salários exorbitantes tão logo verificada a possibilidade de quebra, fazendo com que os poucos ativos da empresa revertissem indiretamente em favor das mesmas pessoas que ocasionaram a crise.

1.1.2 O princípio da celeridade

Na lei anterior ou no novel instituto falimentar, embora várias décadas os separem, é notória a atenção do legislador para com a celeridade e a eficiência dos procedimentos. A propósito do tema, basta uma simples pesquisa na doutrina para constatar-se que o modelo legislativo a que sempre se buscou é aquele que, da forma mais rápida, chega ao seu ápice - agora, preferencialmente, o que recupera a empresa e paga os seus credores do modo menos gravoso quanto for possível.

Os modelos anteriores sofreram inúmeras críticas pelos operadores da lei, repletos de incidentes fraudulentos e protetivos ao empre-

sário devedor. O Código Comercial de 1850 e os regulamentos que se seguiram, ofereciam um processo demasiado lento, oneroso, que não satisfazia aos interesses do comércio e não defendia suficientemente o crédito.¹⁸

A fraude, acima mencionada, fora o maior obstáculo a todas as normas oferecidas à época. De fato, parece situação difícil operacionalizar um instituto recente como o da falência, num período em que o comércio era praticado por poucos e em círculo corporativista restrito, onde a complacência, a amizade, o receio ou a inércia dos credores falavam mais alto.¹⁹ Assim sendo, o Decreto de 1945 nasceu com um objetivo bem traçado, que foi o de alicerçar a parte penal referente aos crimes falimentares, até então conduzida pela Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei nº 3.914/41), para que, então, o processo conseguisse alcançar rapidamente o nobre fim de satisfação da coletividade²⁰.

Modificado substancialmente o cenário com o passar dos anos, delineando-se relações jurídicas com pessoas desconhecidas e muitas vezes entre ausentes, aspectos somados à necessidade de saneamento da empresa, fez-se mister alterar novamente a lei, para o bem de seu funcionamento, mas não somente na esfera penal.

Exemplo disso é que, enquanto no art. 1º da lei revogada estava autorizado o pedido de falência para o comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagava obrigação líquida constante de título legitimante de ação executiva, não importando o seu valor, a Lei 11.101/05 impôs os critérios objetivos de protesto e de valor mínimo (na soma dos títulos) de quarenta salários-mínimos, impedindo, assim, que o rito falimentar seja usado como ação de cobrança de dívidas de valores ínfimos, prática então corrente, que movimentava o Poder Judiciário de forma indevida.²¹

No que refere ao moderno instituto da recuperação judicial, procurou-se delinear o procedimento dentro de exigências técnicas e temporais factíveis, como é o prazo para a apresentação do plano de salvamento, não superior a sessenta dias. Ademais, a lei não poupa ameaças de convalidação da recuperação judicial em falência para aqueles atos que têm uma nota protelatória.

Vale reforçar que o processo de recuperação judicial não foi criado ao bel-prazer da empresa em crise, mas, sim, tendo por propósito o retorno da empresa à utilidade na economia geral. Quanto menos efetiva for a recuperação, mais custos sociais estar-se-á dispendendo.²²

Já no âmbito falencial propriamente dito, sem a pretensão de esgotar as hipóteses, continua rezando a lei que tais processos e seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância (art. 79). Inovação é vista no art. 151, que determina o pagamento de créditos trabalhistas estritamente salariais assim que

houver dinheiro em caixa. Contudo, a lei é louvável pelo disposto no art. 139, que permite a realização do ativo assim que arrecadados os bens, com o fim de evitar depredação, desvalorização ou perda, e, conseqüentemente, prejuízo aos credores, o que será visto no novo princípio da maximização dos ativos.

Objetivando a observância dos prazos processuais e o princípio da celeridade, a lei de quebras argentina (Lei nº 24.522/95, alterada pela Lei nº 25.589/02), inusitadamente, responsabiliza o síndico e o juiz da causa pela demora na alienação de bens, prevendo a destituição do primeiro e a advertência, por mau desempenho do cargo, do segundo.²³ Cumpriria verificar se esta regra tem servido à eficiência processual no país vizinho.

Estes exemplos comprovam que a celeridade e a efetividade dos procedimentos judiciais falimentares - e agora de recuperação da empresa - nunca deixaram de ser a preocupação da lei.

1.1.3 O princípio da publicidade

Dos princípios da *par conditio creditorum* e da celeridade decorre a necessidade de que os atos no processo falimentar sejam de conhecimento geral, para que todos os interessados se habilitem, na medida de seus créditos. A publicidade é medida que se impõe.

É necesserário, seja na decretação da quebra (para que se tome conhecimento dos seus efeitos), seja na convocação que aspira à habilitação dos credores para o salvamento da empresa, sob pena de benefício a alguns e prejuízo a outros, que o procedimento se realize com transparência. É ainda mais importante no atual estágio das relações jurídicas, onde a maioria das obrigações ultrapassa o âmbito da sede social da empresa.

Sendo pedido de autofalência ou de processamento de recuperação judicial, o próprio devedor deverá, com a petição inicial, apresentar relação dos credores com a discriminação do crédito e a classificação de cada um deles. Da mesma forma ocorre quando a falência é pedida por terceiro, onde o juiz determinará ao devedor, sob pena de crime por descumprimento de ordem judicial, o oferecimento da predita listagem. Providenciar-se-á a sua publicação no órgão oficial, para que dela tenham conhecimento os credores, se habilitem, e impugnem o rol, caso necessário.

A nova lei não mudou a responsabilidade do administrador judicial (antigo síndico) pelo envio de correspondências a todos os devedores, que comunique a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, bem como que indique o local em que poderão ser examinados os documentos do devedor. Valverde esclarece que não escusa a mora do credor a alegação de não haver recebido o convite do "síndico", mas que terá ação contra este para a repa-

ração do prejuízo se conseguir comprovar que não foi expedido ou que o fez tardiamente, quando não era mais possível tomar as medidas para a habilitação.²⁴

Para todos os casos é prevista, também, a publicação dos atos do processo na imprensa oficial, ou em jornal e revista de grande circulação - se o devedor comportar tal gasto.²⁵ Quanto à alienação dos ativos em leilão, além da publicação em jornal de ampla circulação, faculta a legislação que se publique o edital em todos os meios que contribuam para o conhecimento da venda e que despertem no maior contingente de empresários o interesse pela empresa ou em seus bens²⁶.

Demonstra-se, dessa forma, que o princípio da publicidade também faz parte de um núcleo imutável do direito falimentar e de recuperação da empresa, respeitado na lei revogada e na atual.

1.2 Os novos princípios da lei de recuperação de empresas e falência

O foco da nova lei é, sem dúvida, a reunião de esforços para o salvamento da empresa viável. Assim sendo, aos princípios tradicionais foram somados outros tantos - preservação da empresa, viabilidade e maximização do valor dos ativos -, essenciais para o atendimento da função social insculpida no diploma substantivo civil de 2002. Passa-se, pois, a elencá-los.

1.2.1 O princípio da preservação da empresa

Ao adotar a teoria da empresa, em detrimento à dos atos de comércio oriunda do *Code de Commerce* napoleônico, o Código Civil tratou o empresário como sendo quem desenvolve profissionalmente a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços. A definição legal de empresa é extraída da leitura do conceito de empresário, no art. 966, da lei civil.

É um erro comum, principalmente de quem não possui o conhecimento técnico-jurídico, confundir os sócios com a figura do *empresário*.²⁷ Aqueles, uma vez reunidos com o objetivo recíproco de contribuir para o exercício de uma atividade econômica, visando ao lucro, formam uma sociedade empresária. Conseqüentemente, consoante enfatiza Pacheco²⁸, a falência, ainda que a sociedade seja solidária ou em nome coletivo, não atinge os sócios, senão indiretamente.

Quis o legislador, ao sinalar a separação dos conceitos, reconhecer quais os agentes que são responsáveis pelo infortúnio do negócio, possibilitando que, no seu afastamento, outros empresários (ou sociedades empresárias) idôneos assumam eficazmente a atividade. A possibilidade de seguimento das atividades foi tendência que ini-

ciou timidamente, amparada não na letra fria da legislação anterior, mas nas inovadoras decisões dos juízes monocráticos, que ainda viam chances de continuidade da empresa, não obstante a decretação da falência.²⁹

Pois bem, desde o surgimento do projeto de lei que pretendia modificar a lei de quebras até sua efetiva sanção pelo Presidente da República, outra coisa não se debateu no mundo jurídico a não ser o objetivo de preservação da empresa, pautado na idéia da sua função social, que abriga a geração de riquezas, os postos de trabalho, a renda e o desenvolvimento do país.

As experiências negativas trazidas pelo Decreto de 1945 fizeram compreender que a decretação da falência *manu militari* não seria a melhor solução, tanto para devedores quanto para credores. Os primeiros, por razões óbvias, encontravam na lei falimentar a operacionalização da derrocada; os segundos sabiam que, uma vez decretada a quebra, remota seria a possibilidade de recuperação do crédito, diante da inoperância da empresa, da escassez de bens e da demora no processo judicial³⁰, costumeiramente eivado de incidentes protelatórios.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que não apenas a empresa - pessoa física ou jurídica - possui interesse na preservação das próprias atividades. Como bem assevera Coelho³¹, o risco de falência assusta mais os credores do que o devedor, pois a quebra significa, no mais das vezes, a perda do crédito, enquanto que o deferimento da recuperação judicial garante o recebimento de parte dele, nem que seja através de eventual venda com deságio do direito creditório.

A empresa recuperável necessita das forças de produção para continuar operando, as quais configuram-se em capital, insumos, tecnologia e mão-de-obra. O capital, especialmente obtido junto ao mercado financeiro, fomenta a atividade econômica; os insumos e a tecnologia são adquiridos através de operações com outras empresas - o que também confere mobilidade às relações -, e a mão-de-obra, não sendo dispensada, contribui para a circulação das riquezas³². O primeiro passo, portanto, é observar se tais fatores ainda podem ser operacionalizados pela empresa em dificuldades econômicas, com vistas a obter-se crédito no mercado.

De acordo com Macías e Grillo³³, doutrinadoras espanholas que se dedicaram ao estudo da empresa em crise na Comunidade Econômica Européia e em alguns países americanos, o tema merece importâncias *quantitativa* e *qualitativa*. No que tange ao primeiro aspecto, as pesquisadoras lembram que a crise não escolhe o tamanho da empresa: sejam grandes ou pequenas, as dificuldades assolam uma e outra, razão pela qual justificativas nesse sentido (*v.g.* a empresa não prosperou porque é pequena) não são relevantes para a compreensão do estado falimentar. Já no que diz respeito à segunda característica,

é inegável que a coletividade acaba por responder pela empresa em dificuldade, o que se reflete no cessar da produção, no aumento do passivo e na demissão de trabalhadores.

Denota-se que todos os pontos acima referidos convergem para o atingimento da coletividade, não retringindo as conseqüências da crise apenas ao âmbito da empresa e de seus sócios³⁴, donde justifica-se o maior interesse na sua preservação.

O art. 50 da lei falimentar, em rol meramente exemplificativo, que não exclui outras hipóteses aplicáveis ao caso concreto, elenca meios de recuperação judicial da empresa, sendo os mais expressivos: concessão de prazos e condições especiais para pagamento de obrigações, operações societárias (cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade), aumento do capital social, redução salarial, venda parcial de bens e usufruto da empresa.

No inciso VII do referido artigo, permite-se, ainda, o trespasse ou arrendamento do estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados, como meio de recuperar judicialmente a empresa. Oportuniza-se, dessa forma, que outros agentes assumam a atividade, afastando as pessoas que foram infelizes na administração do negócio.

Ademais, uma das principais inovações legais, que justamente vai ao encontro do interesse da preservação da empresa, consiste na possibilidade de o devedor propor e negociar com seus credores³⁵ a recuperação extrajudicial, na forma do art. 161 da Lei 11.101/05. *In casu*, uma vez rejeitada a proposta de recuperação extrajudicial, ou não homologada pelo juiz, simplesmente permanece o *status quo ante* ao plano. Relembre-se que a antiga lei de quebras, em seu art. 2º, III, previa que caracterizava o estado de ruptibilidade comercial, ensejando a decretação judicial da falência, o fato de o devedor convocar seus credores para pedir ou propor dilação, remição ou cessão de bens. A presunção do estado falimentar por atos suspeitos, nos termos desse inciso, era a maior prova de que a legislação não tinha a menor boa vontade em facilitar a preservação da empresa.³⁶

Contudo, a grande crítica que recebe a lei está no teor do art. 73, que vincula o insucesso da recuperação judicial à decretação da falência, não oferecendo meio termo ao devedor: quem requer o benefício da recuperação judicial ou o obtém e cumpre, ou terá sua falência decretada. Ora, com a simples negativa do plano, se o empresário estivesse efetivamente em crise, a falência não tardaria a vir, sendo desnecessária a convalidação; caso contrário, manteria suas atividades, pagando normalmente seus credores.³⁷ Somente o tempo e a experiência demonstrarão se a opção de decretar a falência, sem oportunizar maiores chances ao devedor, foi a mais acertada.

Afora este aspecto pontual, parece a lei realmente preocupar-se com o princípio da preservação da empresa.

1.2.2 O princípio da viabilidade

Cumprido, a partir da análise do princípio da recuperação da empresa, questionar quais são os limites para socorrê-la da crise, eis que o saneamento deve evitar a quebra, não dilatá-la. Verificando-se que a empresa, por maiores que sejam as benesses concedidas, não retorna aos fatores de produção, emprego, atividade e, conseqüentemente, função social, tem-se por bem decretar a sua quebra, repartindo-se os bens com vista à satisfação dos credores.

Conforme se infere da análise dos princípios anteriores, a manutenção da empresa é de interesse público, sendo que a crise e a insolvência são de importância geral. A lei oferece soluções plausíveis para a preservação do negócio, razão pela qual, verificando-se que todos os meios proporcionados foram esgotados, a expropriação concursal revela-se a única saída. Ora, o sistema concursal deve estar organizado a favor do empresário e não voltado a intenções escusas de administradores ineficientes que, aproveitando-se da tolerância dos credores, podem criar situações mercadológicas constrangedoras, como a concorrência desleal.

Rivera comenta os fracassos da Lei nº 19.551/72 (revogada norma argentina de quebras) ante a insistência na continuação de empresas quando estas eram visivelmente carentes de viabilidade. Para mantê-las em atividade evitava-se o pagamento de impostos, de algumas obrigações, ou eram, ainda, subsidiadas pelo Estado, o que refletia num fator de distorção do mercado em que participavam. Pretendia-se que as alienações das empresas fossem vantajosas, o que levava as licitações a sucessivos fracassos. Geravam-se passivos caracterizados como créditos da massa, cuja satisfação, por ser antecipada aos demais credores, corroía eventual valor recuperado.³⁸

Há casos em que a decretação da quebra vem ao encontro dos interesses do empresário. Não havendo mais possibilidades econômicas para a continuidade, tais como a reorganização, a conferência de vantagens fiscais e de financiamentos bancários, não há razão para a proteção da atividade. O pedido de autofalência é a solução legal³⁹, embora não seja adotado na prática, principalmente porque a lei não mais prevê qualquer sanção ao empresário que desatenda à recomendação do artigo 105 e seguintes.

Quiçá nesta idéia de retirada do mercado de empresários não recuperáveis, sob pena de agravamento da situação, esteja a justificativa para o indigitado art. 73, que reza a decretação da falência quando desaprovado o plano de recuperação judicial ou descumpridas as obrigações nele assumidas. De qualquer forma, a medida ainda parece desproporcional quando existe a potencial possibilidade de salvamento da empresa. Espera-se, contudo, que a experiência argentina, supra referida, não seja vivenciada no Brasil.

1.2.3 O princípio da maximização do valor dos ativos do falido

A idéia da nova lei de falências é a de que grande parte dos credores, uma vez decretada a quebra, possa ter seu crédito satisfeito, ainda que, na prática, seja difícil essa operacionalização. Os bens arrecadados, quando existem, geralmente são alvo de depredação e desvalorização, de forma que as garantias pouco acabam representando à massa falida subjetiva.

Diante da quebra modifica-se o foco de interesse, passando os credores a desenvolverem, nas palavras de Satta, citadas por Pajardi⁴⁰, uma *natural solidariedade econômica*, unindo esforços para que cada pedaço de patrimônio do devedor seja da melhor forma possível aproveitada, convertendo-se em renda. Esperam os diferentes credores, também, o atendimento à regra máxima da *par conditio creditorum*, já comentada.⁴¹

Para que a maximização seja alcançada, quanto mais rápido for o procedimento falimentar, mais chances terão os credores de verem pagas as obrigações e menos riscos a empresa estará oferecendo ao mercado. Carvalho⁴² cita como exemplo notório de reorganização ineficiente e perda de ativos a *Eastern Airlines*, nos Estados Unidos, em 1989, quando o juiz da causa aprovou o pedido dos administradores para manutenção da empresa, em atendimento ao interesse público, que, no seu entender, seria maior do que o dos credores. Em 1991, liquidando-se finalmente a empresa por falta de viabilidade, os credores receberam apenas uma fração do que teriam recebido se a empresa tivesse sido prontamente liquidada dois anos antes.

Tais efeitos negativos procuraram ser administrados pela nova lei falimentar. O mais interessante da norma diz respeito à venda judicial dos bens do falido, cujo art. 139, já referido no princípio da celeridade, determina a venda dos bens para a realização do ativo assim que estes forem arrecadados, independentemente da formação do quadro geral de credores (art. 140, §2º). Aponta, inclusive, uma ordem de preferência, confiando que a alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco, seja a hipótese mais favorável.

De fato, pode ocorrer que um bem vendido sozinho não tenha o mesmo valor de quando está agregado aos demais, perdendo, inclusive, a sua função. É o caso de um maquinário caro, feito especialmente para ocupar determinado espaço, que, uma vez avaliado, recebe valor ínfimo por estar sendo vendido independentemente do imóvel. A lei age positivamente quando privilegia a licitação em bloco.

A novel legislação percebeu que a possibilidade de pedido de concordata suspensiva no decorrer do processo falimentar muito obstaculizava a liquidação imediata. Era necessário esgotar a primei-

ra fase, de verificação de ativos e passivos mediante a arrecadação de bens, para só então passar-se à segunda, de liquidação e distribuição de proventos. E, para o empresário, a demora na tramitação processual tornava-se interessante, na medida em que os bens tangíveis (imóveis) valorizavam-se com o passar do tempo, enquanto as dívidas, por força da ordem de que não correm juros contra a massa falida, não aumentavam. Todavia, em relação aos bens intangíveis (como marca, ponto comercial, clientela etc.), à produção e ao emprego, havia dura desvalorização.⁴³ A substituição do instituto pela recuperação judicial evitou a utilização desse artifício.

Derradeiramente, sem a pretensão de esgotar as possibilidades oferecidas pela lei falimentar, refere-se sua novidade mais atrativa. Com o objetivo de despertar o interesse de terceiros pelos bens, a norma resguarda o objeto da alienação de quaisquer ônus, sendo que o arrematante não será responsabilizado pelas obrigações do devedor, sejam elas de natureza tributária, trabalhista ou decorrentes de acidente do trabalho. A medida é um verdadeiro incentivo à aquisição dos bens do falido ou da própria empresa, pois a compra não culminará numa segunda falência, desta vez do adquirente.⁴⁴

Espera-se que possam ser colhidos os frutos das novas medidas adotadas, e que a maximização dos ativos reflita positivamente nas relações econômicas, reduzindo o custo de crédito, fomentando o mercado e concedendo um alento aos credores.

2 As atividades financeiras

2.1 Identificação e importância

Lembra Jiménez Sanches⁴⁵ que, do mesmo modo que a atividade comercial surgiu para colocar no mercado o excesso de bens que não são consumidos pelo produtor originário, os bancos são especializados em facilitar a circulação de riquezas, admitindo os excedentes de numerário desfrutados por alguns e colocando-os à disposição de quem necessita de financiamento. Esta intermediação no crédito se denomina atividade bancária e os instrumentos jurídicos para desenvolvê-la chamam-se contratos bancários.

Historicamente, no Brasil, antes mesmo de o conceito de empresa como atividade tomar seu espaço na legislação através do Código Civil de 2002 (em detrimento da *teoria dos atos de comércio* abarcada pelo Código Napoleônico), a lei comercial de 1850 já considerava banqueiro o comerciante que tinha por profissão habitual as operações chamadas de banco, indicando que a qualificação de empresário financeiro exigiria algo mais do que a simples prática isolada de operações típicas do ramo.⁴⁶ Até o advento da Lei nº 4.595/64, sucessivos decretos⁴⁷ procuraram definir o que seria a atividade bancária. Hoje,

a conceituação encontra-se no art. 17 da referida lei⁴⁸, alvo de críticas pela sua imprecisão, já que poucas seriam as atividades que não envolvem a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos próprios ou de terceiros.⁴⁹

Com o ânimo de solucionar a problemática, Salomão Neto⁵⁰, após discorrer sobre os meandros da interpretação teleológica, conclui que, para a caracterização de atividades privativas de instituições financeiras, exige-se, cumulativamente: (i) a captação de recursos de terceiros em nome próprio, (ii) seguida de repasse financeiro através de operação de mútuo, (iii) com o intuito de auferir lucro derivado da maior remuneração dos recursos repassados em relação à dos recursos coletados, (iv) desde que a captação seguida de repasse se realize em caráter habitual.

Para a consecução de seu mister, as instituições financeiras, revestidas da forma de sociedades anônimas, dividem-se, tipologicamente, em bancos comerciais, bancos de investimentos ou desenvolvimento e bancos de crédito.⁵¹ Estes entes podem organizar-se em pelo menos duas dessas atividades específicas, captando recursos para, seja a curto, médio ou longo prazos, dependendo de sua natureza, financiar o comércio, a indústria, as empresas prestadoras de serviços, as pessoas físicas, ou, ainda, os programas e projetos que visem a promover o desenvolvimento econômico e social.

Denota-se, pois, que a importância das instituições financeiras transcende a economia individual dos cidadãos, interferindo na economia do País, pois servem de ligação entre poupadores e agentes econômicos necessitados de recursos para a satisfação de necessidades pessoais ou expansão de atividades empresariais.⁵²

Direcionando o estudo especificamente a este último aspecto - fomento de atividades empresariais - conta o público com diversos instrumentos para a obtenção de crédito, sendo mais utilizados os contratos de mútuo mercantil (sob modalidade de repasse de recursos governamentais, de captação vinculada a empréstimo específico, de financiamentos cedulares e de abertura de crédito), as cessões de créditos (como *factoring* e operação de desconto), a alienação fiduciária, os adiantamentos sobre contrato de câmbio, os empréstimos internacionais concedidos por pluralidade de bancos (*Syndicated Lending*) e os financiamentos de projetos com recursos internacionais (*Project Finance*), entre outros⁵³. Faz-se, a seguir, um resumido exame de cada um deles.

2.1.1 Os contratos de mútuo

Não raro diante da realidade econômica que se impõe no País, as empresas necessitam de empréstimos para a compra de matéria-prima, aumento do parque industrial, aquisição de bens para o desenvolvimento das atividades, pagamento de credores e funcionários ou

tão-somente para o incremento do capital de giro. A decisão de obter um financiamento no mercado é muitas vezes difícil, mas apresenta-se como a única solução para que o empresário suporte o momento de crise, ou simplesmente a evite.

São poucas as opções para a captação de crédito sem socorrer-se às instituições financeiras. Podem as empresas oferecer a terceiros a participação no capital social, através de sua abertura, valer-se da emissão de debêntures, ou, ainda, dos *commercial papers*, que nada mais são do que notas promissórias emitidas pela companhia para a obtenção de dinheiro a curto prazo.

Se resolve a empresa valer-se da ajuda de instituições financeiras, por lhe parecer a solução mais razoável, encontra no mercado uma gama de produtos e serviços, a maioria deles tendo por base o contrato de mútuo. Já entendia J.X. Carvalho de Mendonça que "não precisamos encarecer a influência considerável que exerce o contrato de mútuo nas relações mercantis" e que "sem ele, muitas empresas não poderiam desenvolver-se nem atingir ao escopo que visassem"⁵⁴.

Ainda na fase de requisição do financiamento com vistas ao sucesso da empresa, há contratos que, no seu bojo, contam com o repasse de recursos governamentais a taxas mais módicas, como é o caso dos proporcionados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e sua subsidiária, a Agência Especial de Financiamento Industrial (BNDES/FINAME), voltados para a aquisição de máquinas, equipamentos e fomento de exportações.⁵⁵ Entre as instituições financeiras credenciadas pelo BNDES/FINAME - chamadas de agentes - formaliza-se um contrato de comissão, consoante previsto nos arts. 693 e seguintes do Código Civil, que autoriza o repasse dos recursos a empresa terceira tomadora final do empréstimo, agora, sim, através de um contrato de mútuo.

Outra saída financeira que culmina em contrato de mútuo é a captação vinculada a empréstimo específico, realizada pela instituição financeira junto a terceiros, na forma do art. 1º e incisos da Resolução CMN nº 2.921/02. Nesta modalidade, o banco coloca-se como intermediário, onde sua remuneração será suficiente para cobrir os custos da operação de captação. Como lembra Eduardo Salomão Neto⁵⁶, a adoção do regime faz com que a operação de empréstimo não seja considerada risco para a instituição, pois o banco somente retornará o depósito recebido se houver o adimplemento do tomador.

Recurso comumente utilizado pelos empresários são as cédulas e notas de crédito, que podem ser dos tipos bancário, comercial, industrial, rural e à exportação. Consistem em títulos executivos extrajudiciais, representativos de operações de financiamento, através dos quais os bancos disponibilizam valores ao emitente, que deve comprovar a aplicação na forma exigida pelo financiador, sujeitando-se inclusive à fiscalização.⁵⁷

De outra parte, tem-se também no contrato de abertura de crédito, o mais utilizado, a possibilidade de dar impulso ao desenvolvimento da empresa, porque, através, dele, o creditado pode ter reservados recursos financeiros em vista de projetos ou necessidades futuras, para os quais não necessite de descaixe imediato.⁵⁸ É uma promessa de mútuo, através da qual as empresas se suprem de numerário na medida de suas necessidades, utilizando o valor posto à sua disposição pelo banco, por período determinado ou sem prazo, resgatando-o nos prazos e de acordo com as condições estipuladas.⁵⁹

Vistos os contratos de mútuo mais expressivos, passa-se ao exame de operações bancárias de cunho moderno.

2.1.2 A alienação fiduciária, o arrendamento mercantil, a operação de desconto e o adiantamento sobre contrato de câmbio

Além do mútuo propriamente dito, acima visto, há outras maneiras eficazes para a aquisição de crédito junto ao meio bancário.

Contrato de surgimento relativamente recente, mas de grande aceitação no mercado, a alienação fiduciária em garantia propicia à empresa o seu desenvolvimento e a sua modernização, ao transmitir à instituição financeira a propriedade do bem adquirido, enquanto detém a posse direta, utilizando-o livremente no negócio, até que a dívida seja saldada.

Já, o arrendamento mercantil (ou *factoring* - faturização), liga-se à necessidade de reposição do capital de giro nas empresas, geralmente nas pequenas e médias⁶⁰. Necessitando de crédito imediato, o empresário coloca a totalidade de seus créditos à disposição do faturizador - que, vale registrar, pode ou não ser instituição financeira, de acordo com acirrada discussão⁶¹ -, os quais serão antecipadamente pagos, com desconto, se optado pela modalidade convencional deste tipo de contrato.

Também contrato de cessão, mas comumente utilizado pelas instituições financeiras, está o desconto. Tem o mesmo objetivo do *factoring*, mas é realizado com créditos isolados ou parte deles, sendo o cedente responsável até que seja satisfeito o crédito cedido, "não podendo ele pretender sua liberação perante o banco pela antecipação recebida, porque dá uma coisa diversa daquela devida, isto é, um crédito seu para com terceiro"⁶². Assim como a faturização, o desconto permite aos empresários uma liquidez imediata.

Ainda na linha das antecipações de crédito, podem as instituições financeiras proporcionar adiantamento sobre contrato de câmbio (ACC). *In casu*, a compra e venda mercantil tem por objeto uma moeda estrangeira, sendo que a sociedade bancária vendedora do câmbio pode adiantar a empresário exportador parte do preço a ser

pago pela moeda estrangeira, antes do pagamento do valor da exportação pelo importador no exterior.⁶³

Para os empresários individuais, as micro, pequenas e médias empresas, os contratos supramencionados constituem interessantes ferramentas para dar impulso às atividades que desenvolvem.

2.1.3 A captação de empréstimos vultosos

Breve comentário merecem as situações contratuais mais complexas operacionalizadas por grandes empresas, que além de valem-se dos contratos acima nominados, necessitam de instrumentos especiais para lançar mão de empréstimos vultosos. Em geral, solicitam financiamento exclusivo as concessionárias de serviços públicos, as empresas contratadas mediante licitação para a construção de obras de engenharia (como hidroelétricas, usinas de geração de energia e estradas), as sociedades com filiais e sucursais em diferentes países, entre outras.

A solução eficaz para este tipo de necessidade configura-se na tomada de empréstimos internacionais através das instituições financeiras, que pode ser operacionalizada através de remédios contratuais como o *Syndicated Lending* e o *Project Finance*.

O primeiro, de acordo com o ensinamento de Salomão Neto⁶⁴, consiste, em suma, na cooperação interbancária, onde uma instituição financeira agente, mandatária do financiado, forma um sindicato de mutuantes ou opera com as demais instituições bancárias através de participações, como cessão de crédito e cessão de contrato. O objetivo desta associação, para os mutuantes, é a divisão dos riscos de um empréstimo significativo que, por outro lado, lhes interessa economicamente.⁶⁵

O segundo, que significa o financiamento de projetos com recursos internacionais, é, resumidamente, um contrato de mútuo em que os tomadores aceitam que o crédito deva ser pago com o resultado gerado pelo próprio projeto. Sua principal característica é a necessidade de firmar contratos operacionais para a construção, operação do empreendimento e venda do produto final.⁶⁶ É uma espécie de contratação especialmente utilizada nas parcerias público-privadas (chamadas PPPs), estabelecidas de acordo com a Lei nº 11.709/04.

Ambos os institutos, de construção doutrinária recente, embora consistam em ferramentas voltadas para um pequeno grupo, despertam interesse pelos significativos valores que movimentam.

2.2 O relacionamento entre a instituição bancária e a empresa: a concessão de crédito

O primeiro e inevitável requisito para a sobrevivência de uma empresa é a possibilidade de obtenção de crédito no mercado.

Valverde, nas primeiras décadas do século passado já afirmava que "crédito é tudo"⁶⁷. Aprimorando substancialmente o conceito, Arnaldo Rizzardo⁶⁸ assevera que "possibilita o crédito a própria existência das indústrias e do comércio", sendo ele que move a engrenagem para que estes alcancem os objetivos de constantes demandas, aperfeiçoamento e expansão no ramo em que atuam, onde o banco consiste no principal elemento técnico propulsor para circulação e acumulação de riquezas.

Os bancos, assim como qualquer outra instituição, têm a prerrogativa de contratar com quem lhes convier, sendo que a inobservância de cautelas na concessão de empréstimos pode configurar crime de gestão fraudulenta, previsto no art. 4º, da Lei nº 7.492/86. Por isso, não é com qualquer sociedade empresária que contratam, mas com aquela que procura bem observar o binômio da relação sinalagmática, *i.e.*, deveres-obrigações.

No atual estágio das relações mercantis, onde pouco se conhecem os contratantes, a confiança pessoal de outrora cede lugar às pesquisas em cadastros de inadimplentes, às certidões dos registros de imóveis e às consultas de processos judiciais. Ou, como frisa Mamede⁶⁹, se não há como conhecer a parte adversa, há de se confiar nos instrumentos jurídicos que o Estado coloca à disposição para que se aceite o débito conservando-se o crédito.

Para que haja a contrapartida da concessão de crédito, as instituições necessitam de segurança, que acaba por materializar-se na exigência de garantias pessoais, como aval e fiança, e reais, estas últimas divididas entre penhor, hipoteca e anticrese, vinculadas ao cumprimento da obrigação e decorrentes de contrato. Henry Lesguillons⁷⁰ frisa a necessidade de que as garantias estejam próximas de uma liquidez perfeita, lembrando que, na Europa, são utilizadas, ainda, as garantias bancárias *documentárias* e *abstratas* ou *automáticas* (dadas por outros bancos no comércio internacional, por exemplo), que não são mais um compromisso acessório ao principal da empresa, mas um compromisso autônomo e passível de ser executado diretamente, sem outra demonstração do eventual descumprimento do devedor principal na operação de base.

Se, contudo, para aquelas sociedades empresárias que não estão em dificuldades financeiras já é difícil oferecer garantias pessoais e reais, mais penoso ainda se torna para o empresário em crise, sujeito a inúmeros preconceitos que o impedem de lograr empréstimos no mercado. Nesse aspecto, procurou a nova lei de recuperação de empresas e falência facilitar os mecanismos de acesso ao crédito sem que isso representasse, necessariamente, prejuízo às instituições financeiras mutuantes. É o que será visto a seguir.

2.2.1 O empréstimo para a empresa em crise

Como lembra Carvalho,

insolvência financeira não significa falta de viabilidade econômica para a empresa. Por exemplo: uma empresa pode encontrar-se em insolvência financeira devido a uma crise temporária no setor em que opera. A dificuldade também pode ser resultado de má gestão que pode ser corrigida. Uma vez superadas as dificuldades, a empresa pode voltar a ser lucrativa.⁷¹

Pensando nisso é que a nova lei de recuperação de empresas fora criada. Até seu advento, o fato de a empresa possuir bens, para a garantia de seus contratos, pouco significava para os credores no momento em que esta se revelava em crise. Isso porque o arrolamento de créditos trabalhistas e fiscais consumia, senão integralmente, grande parte dos bens da empresa, de modo que a segurança que se tentava obter com a redobrada precaução dos credores caía por terra.

Como conseqüência, sabedoras dessa realidade, as instituições financeiras, principais responsáveis pela circulação de riquezas, obrigam-se a conceder empréstimos de médio e longo prazo a juros elevados, que acabam sendo empecilho ao soerguimento da empresa. Maior exemplo é a incidência da comissão de permanência, cláusula de inadimplência, que é calculada com base no *spread* bancário, ou seja, a diferença entre a taxa à qual os bancos captam recursos e aquela cobrada em empréstimos a instituições não financeiras⁷². Sobre os juros somam-se outros encargos, como a taxa de rentabilidade, com o fim de apurar um percentual que reflita o prejuízo monetário suportado pela instituição bancária face ao não recebimento dos valores financiados.

Empréstimos a juros altos, inadimplência, bens insuficientes: a união desses fatores tendem à negativa de crédito no mercado, razão pela qual optou-se por readequar a posição dos credores de garantia no quadro geral, colocando-os logo abaixo dos trabalhistas e antes dos fiscais.⁷³

A medida recebeu diversas críticas, chegando-se a mencionar que a lei trabalhava apenas no interesse das instituições financeiras⁷⁴. Como contrapeso, também ouviram-se elogios à nova investida do legislador⁷⁵, no sentido de que a valorização da garantia real beneficiária não só aos bancos, mas aos provedores de crédito em geral, com o decréscimo progressivo dos juros e do endividamento das sociedades empresárias.

A idéia básica do legislador, ao modificar substancialmente a situação das instituições financeiras, foi atender ao objetivo de redu-

ção do risco de crédito, fazendo com que os os financiamentos pudessem ser concedidos a encargos mais atrativos, visto que, em caso de inadimplência, as garantias serão, em um primeiro momento, facilmente executáveis. Da parte do mutuante, a obtenção de empréstimo a juros baixos e a possibilidade de contratação mesmo em período de crise, traz expectativas de progresso que não se viam outrora.

Veja-se, pois, como a lei operacionalizou o relacionamento das empresas com o meio bancário.

2.3 As instituições financeiras diante da lei 11.101/05

Para fortalecer as garantias dos contratos bancários, facilitando de forma oblíqua a obtenção de crédito e agradando ao Sistema Financeiro, a nova lei falimentar e de recuperação de empresas alterou pontos importantes da legislação de 1945.

A ação de maior destaque fora a nova classificação dos créditos, que, conforme já dito, antecipou aqueles com garantias reais aos demais, até o limite do bem gravado, somente perdendo na ordem para os créditos trabalhistas e decorrentes de acidente do trabalho.

Uma vez proporcionada a recuperação judicial à empresa em crise, também são os credores fiduciários, os titulares de determinadas garantias reais e os arrendadores mercantis excluídos dos efeitos do plano de recuperação, para que estes - leia-se "instituições bancárias" - "possam praticar juros menores (com *spreads* não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico".⁷⁶

Havendo o infortúnio da decretação de falência, a lei prevê uma justa limitação: assegura-se o privilégio ao credor com garantia real até o *valor arrecadado* com a venda do bem dado em garantia, e não sobre esse bem especificamente ou sobre o produto de sua venda.⁷⁷ Assim, se o bem for vendido por valor menor, o crédito que sobejá-lo será considerado quirografário. Do contrário, se o produto da venda for maior, poderá o credor, a teor do parágrafo único do art. 124, cobrar inclusive os juros, encargos que são suspensos em relação aos demais credores quando da sentença declaratória de quebra.

Outro ponto da novel legislação que favorece os investimentos diz respeito à não-submissão dos créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial. Na eventualidade de decretação da falência, estes serão considerados extraconcursais, precedentes a qualquer outro, uma espécie de "premiação" às instituições que, diante da empresa em dificuldades, arriscam a sua reabilitação concedendo empréstimos.⁷⁸

Pergunta-se, contudo, como fica tal regra diante do art. 129, III, da lei de quebras, que considera ineficaz em relação à massa falida a

constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, seja ou não intenção de fraudar credores. De fato, parece contraditório o incentivo à busca de crédito se, de outra parte, não se pode ofertar qualquer segurança. *In casu*, explica Salomão Neto⁷⁹ que o oferecimento de garantia suplementar - inclusive aquela prevista no art. 477 do Código Civil, que pode ser exigida se verificada a diminuição do patrimônio do devedor - não é passível de revogação, porque não haveria prejuízo para a generalidade de credores, já que o desembolso de recursos, em especial os contratados através de abertura de crédito, beneficiaria o devedor comum.

Ainda no tocante ao mútuo, como contrato unilateral que é (eis que prevê a obrigação apenas do mutuante), sobrevindo a falência da empresa no decorrer da contratação, não se aplicaria o art. 117, da Lei 11.101/05, que privilegia com a não-resolução apenas os contratos *bilaterais* do falido. A nova lei, entretanto, contemporizou a situação dos contratos unilaterais ao acrescentar, no art. 118, a possibilidade de o administrador dar cumprimento também a estes se a atitude reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida, ou for necessária à manutenção e preservação dos ativos, mediante a autorização do Comitê de Credores⁸⁰.

Situação curiosa surge em exemplo trazido pela doutrina argentina⁸¹: o que ocorre em caso de falência da empresa quando a garantia do contrato de mútuo consiste em cessão de créditos? Entendem os juristas vizinhos que, diante dessa realidade, o banco não pode cobrar o crédito do devedor cedido, pois isso implicaria a violação da sobredita regra da igualdade dos credores.

Aposta-se que a falta de capital de giro para a continuidade dos negócios, das causas endógenas para a configuração da crise da empresa, não seja mais a grande responsável pela falência, embora se saiba que a adaptação do mercado às novas regras apenas vingará se contar com a contribuição dos credores.⁸²

Outro tipo de serviço oportunizado pelos bancos e que mereceu especial atenção por parte da lei de quebras, consiste no já comentado ACC (antecipação de crédito derivado do contrato de câmbio). O instituto legal prevê a expressa restituição em dinheiro da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente desses adiantamentos (art. 86, II), consistindo o crédito da instituição financeira em extraconcursal. De acordo com Coelho⁸³, se assim não fosse, os juros cobrados dos exportadores nesse tipo de operação teriam de ser maiores para absorverem o risco associado à eventualidade de falência. Registre-se que, pela mesma justificativa, esta espécie de contrato, assim como o de *leasing*, alienação fiduciária e os que envolvam outras garantias reais, não são atingidos pelos efeitos da recuperação judicial.

Conforme se vê, alinhadas ao antigo costume de constituir garantias pessoais às obrigações (e assim ensinar que a expropriação

prossiga contra os co-devedores, já que pouco se extraía das empresas) estão as novas possibilidades de proteção ao crédito das instituições financeiras, desta vez adaptadas à idéia de recuperação e preservação da atividade econômica.

2.3.1 Tendências sobre recuperação de empresas com a participação de instituições financeiras

Desde há muito, o Superior Tribunal de Justiça fala acerca da necessidade de recuperação da empresa em crise, evitando seu falimento. Exemplo disso é o teor do Recurso Especial nº 16.910, publicado em 03/08/92⁸⁴, onde o Ministro Fontes de Alencar deixou expresso que

não se pode supervalorizar norma não explícita em detrimento da massa, do falido e do próprio sistema jurídico, prestigiando privilégio, sobretudo quando se sabe que o direito falimentar, nos países mais desenvolvidos, tem por escopo principal a recuperação da empresa, para a preservação da atividade econômica e dos empregos por estas gerados.

Por ser norma recente, a Lei nº 11.101/05 ainda aguarda as conseqüências de sua efetiva aplicação. Contudo, já adotado o modelo de recuperação da empresa em alguns países, pode-se ter uma idéia de como operacionalizá-la, utilizando-se as instituições financeiras como grandes aliadas.

Os americanos utilizam o *Bankruptcy Code*, que prevê a figura do *Cramdown* (Capítulo 11), consistindo na imposição a todos os credores, pelo juiz, de um plano de reorganização que este considera justo e equitativo, mesmo quando não tenha as maiorias legais. Inspirado nessa figura, surgiu o *Salvataje* argentino (art. 48, Lei nº 25.589/95), que tem por finalidade regular a intervenção de terceiros distintos do devedor que desejam adquirir a empresa e evitar sua liquidação.⁸⁶ Para empresas com dificuldades conjunturais, o direito italiano criou a *amministrazione controllata* (art. 187, Real Decreto nº 267/42), viabilizando a conservação e a continuidade do negócio se a interrupção vier a provocar danos graves e irreparáveis aos credores. Vários outros países, como Portugal, Alemanha e Inglaterra, também prestigiam a recuperação da empresa, contando com a ajuda das instituições financeiras.

Solução não concursal para que a empresa permaneça operando, mas com outros administradores, os Estados Unidos da América também desenvolveram o instituto do *leveraged buy-out*, que tem por objetivo a absorção, por grandes grupos, de empresas em dificuldades financeiras. Consiste o instrumento na criação de uma nova

empresa, com capital inferior, que solicita crédito a uma instituição financeira, oferecendo como garantia as ações da sociedade a adquirir, sendo que o custo da operação será saldado em grande parte com os seus próprios recursos patrimoniais.⁸⁶ Se a aquisição da empresa é feita pelos próprios empregados - o que também é viável -, o instituto é chamado de *leveraged employee buy-out*.

Resta a esperança de que, consolidada no ordenamento pátrio a hipótese de transferência da administração da empresa em condições favoráveis aos terceiros interessados, os remédios extraprocessuais da legislação alienígena também sejam incorporados às nossas práticas.

Conclusão

Assim como os direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna cedem espaço entre si ou são mitigados quando se confrontam, os princípios falimentares protetivos não podem ser focalizados de forma absoluta, de modo que a preocupação com a recuperação da empresa deixe os credores desamparados, ou o pagamento a estes deixe a empresa sem condições de reerguer-se.

A lei anterior pouco se esforçava para recuperar a empresa, mas também, ao contrário do esperado, não trazia soluções para os problemas dos credores. As dificuldades enfrentadas sob sua égide, precipuamente a perda das garantias quando proposta a concordata ou decretada a falência, foram suas características determinantes. Mesmo que o credor se cercasse do maior número de garantias, estas se esvaíam no pagamento das dívidas da massa, trabalhistas e fiscais, tornando inócua toda a cautela precedente. Se existissem bens a serem vendidos, o fator "tempo" acabava por deteriorá-los, tamanha a demora no procedimento. Uma vez levados a leilão, o produto obtido sequer pagava os que encabeçavam o rol de credores. Em suma: um círculo vicioso que culminava na negativa de crédito e elevação de juros para o empréstimo ao setor empresário em crise.

A Lei 11.101/05 emergiu com o objetivo de harmonizar direitos de devedores e de credores, fazendo com que princípios protetivos de uns não se sobrepusessem aos demais. Contudo, deve-se registrar que a idéia de recuperação da empresa e pagamento a contento de todos débitos é tarefa, salvo melhor juízo, de árdua consecução, demandando a colaboração e paciência de todos os envolvidos.

Por isso, bem obrou o legislador ao quebrar regras consolidadas pelo longo Decreto de 1945. Enquanto diversos setores bradavam pela manutenção da incolumidade de créditos trabalhistas e fiscais, dizendo que havia troca de interesses escusos com banqueiros, ponderou o criador da lei que, sem crédito, não haveria recuperação da empresa.⁸⁷ Nessa linha de raciocínio, optou por distribuir melhor a classe de credores, mantendo os mais fracos em primeiro lugar (tra-

balhadores), com alguns limites que vêm a facilitar o seu pagamento, ao mesmo tempo que assegurou a possibilidade de atendimento aos credores com garantia, remetendo para terceiro plano os créditos tributários.

A intenção da lei para com os credores, revelada no Projeto nº 71/2003, não apenas cingiu-se a oportunizar o recebimento dos créditos como meros espectadores, mas a exigir sua participação ativa, para o fim de otimizar os resultados a serem obtidos com o processo e evitar fraudes ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.⁸⁸ Para Mamede⁸⁹, a lei moderna tomou os credores como expressão de uma coletividade (*universitas creditorum*) limitadora do arbítrio individual, e não como uma pluralidade de individualidades estanques e isoladas como a do decreto revogado. Permite uma interferência, através de assembléia geral ou comitê, que vai ao encontro também dos interesses do devedor, ao mesmo tempo que ajuda no soerguimento da empresa.

As linhas que seguiram, procuraram demonstrar que a valorização dos credores, em especial das instituições financeiras, não é necessariamente motivo para o desencadeamento do estado falimentar, mas uma oportunidade para o salvamento dos devedores.

Notas

- 1 Lembra COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p.VII, que o projeto "era tímido, embora já contemplasse inovações de real alcance como a alienação imediata dos bens do falido e normas de profissionalização da administração falimentar. Preocupava-se em demasia com a mudança nas denominações (chamava a concordata preventiva de recuperação judicial e a falência, de liquidação, mas era tecnicamente bem-feito e atendida, em boa parte, à necessidade de atualização da lei falimentar)."
- 2 VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 1. p.19.
- 3 O Prof. Miguel Reale esclarece que, dentre as diretrizes assentes para a elaboração do anteprojeto ao antigo Código Civil, fora firmada a orientação pela Comissão Revisora e Elaboradora, em 1969, de somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, "transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam o Código Civil". (REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*. In: NOVO Código Civil Brasileiro. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.11)
- 4 Conforme PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata**: Comentários à Lei de Falências

- as. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.7: "Vê-se, pois, que a nossa lei, embora de 1945, tem os caminhos de soluções razoáveis, que bem podem ser seguidos mediante interpretação, à luz das novas idéias, tendo em vista as tendências do mundo atual. Desse modo, não se há de ficar no plano das invectivas contra a nossa lei ou nas proclamações em favor de reformas, mas tomar atitude mais consentânea com a realidade, e, objetivamente, interpretar e aplicar a nossa lei falencial, que, em diversos dispositivos, tem o germe de soluções razoáveis para os problemas críticos das empresas." A opinião do festejado doutrinador fora exarada pouco depois da notícia do projeto de lei.
- 5 Os referidos princípios foram extraídos da doutrina e adaptados do Parecer nº 534/2004, "Sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências." (TEBET, Ramez. *Parecer nº 534/2004*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/lei%20de%20recupera%E7o%20de%20empresas.pdf>>).
 - 6 VALVERDE, **Comentários...**, p.19, aduz que, ao elaborar o anteprojeto da lei de falências, que mais tarde culminou no Dec. Lei 7.661/45, não substituiu os princípios gerais que, desde o Dec. nº 917, de 1890, dirigiam o sistema falimentar brasileiro.
 - 7 JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. **Lecciones de derecho mercantil**. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1998. p.523) explica que "al estímulo individual o egoísta, propio del sistema de las ejecuciones aisladas, se pone un principio de equidad; el régimen del azar o del favor debe sustituirse por el de comunidad de pérdidas y el tratamiento paritario de todos los acreedores, cuando el patrimonio del deudor no basta para satisfacer a todos ellos íntegramente en sus créditos".
 - 8 Nas palavras de COELHO, **Comentários**. p.215, que denomina o princípio de "tratamento paritário dos credores", a falência é, a rigor, a tentativa de justa distribuição dos insuficientes bens do devedor entre os credores.
 - 9 PAJARDI, Piero. **Derecho concursal: naturaleza, crisis, presupuestos y proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1991, p.113. O fim buscado por esta regra-meio, segundo o autor, é a satisfação proporcional dos direitos dos credores.
 - 10 REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p.23-24 alia tal princípio com o do saneamento do meio empresarial, dizendo que ambos constituem elementos que se devem levar em conta para a compreensão da finalidade do instituto falimentar, não se sobressaindo um ao outro, mas se constituindo como imprescindíveis à garantia geral do crédito.
 - 11 Citado por BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla. **Curso avançado de direito comercial**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.569.
 - 12 Nesse sentido, VALVERDE, **Comentários...**, p.14: "Na sua base (do instituto da falência), estão os princípios da unidade do juízo da falên-

cia e da universalidade desse estado jurídico, que garantem, pela fixação do processo de execução perante uma única autoridade, pela generalidade de seus efeitos, a par conditio creditorum."

- 13** PACHECO, **Processo...**, p.479, esclarece: "Ocorre, porém, que a lei, tendo em vista a natureza ou condição da pessoa do credor ou a natureza do crédito ou a conveniência de ordem pública ou qualquer outro critério relevante, pode em caráter excepcional, conceder a certos credores a qualidade ou a faculdade de serem pagos com a preferência a outros." Complementa VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1948, v. 2, p.65 que "surge, assim, no concurso de credores, o problema da classificação dos créditos, cuja solução se há de procurar com extremo cuidado, a fim de que não resultem tratamentos iníquos".
- 14** A Emenda fora apresentada pelo Senador Eduardo Suplicy e sofreu análise do Relator do Projeto nº 534/04, nos seguintes termos: "A Emenda nº 97 não deve prosperar, pois viola a par conditio creditorum, princípio fundamental do direito falimentar segundo o qual os credores de mesma classe devem concorrer em igualdade de condições ao recebimento do valor apurado na falência. Tal princípio, que não se aplica somente à falência, mas a toda execução concursal ou coletiva, existe para evitar que sejam beneficiados os credores que primeiro exigirem seu crédito, o que não constitui um critério adequado de diferenciação entre indivíduos em situação jurídica semelhante. Assim, não se deve permitir que os bens da massa falida sejam penhorados para pagamento de credores trabalhistas específicos, que obtiveram mais rapidamente suas sentenças judiciais, por terem contratado melhores advogados ou por terem tido mais sorte no andamento de seu processo. Se prevalecer essa situação, os maiores prejudicados serão os demais trabalhadores, que poderão ver sua perspectiva de recebimento diminuída sobremaneira. Por isso é que, muito embora prevaleça a competência constitucional da Justiça do Trabalho para julgar conflitos derivados da relação de emprego, o juiz que reconhecer o crédito trabalhista deverá determinar sua inscrição no quadro geral de credores da falência, para que não haja tratamento injustificadamente diferenciado entre os empregados da sociedade falida."
- 15** COELHO, **Comentários...**, p.368-370, relata que a questão da sucessão na lei partiu de intervenção sua junto à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, em fev/04, obtendo a irrisignação da maioria dos presentes, o que foi revertido após as justificativas que apresentara. Aduziu que "*a separação entre 'empresa boa' e 'empresa ruim', para vender a primeira a empresários capazes de mantê-la e atender os credores apenas com os recursos da segunda é expediente que parece injusto e ardiloso*".
- 16** No caso brasileiro mais recente (VARIG), a empresa adquirente (VARIG Log), em atendimento ao plano de recuperação, dispensou mais de 4.000 funcionários assim que assumiu a administração (jul/06), sem que fossem apresentados critérios que justificassem a ordem das demissões. Em contraponto, a adquirente recebeu a empresa com poucas aeronaves, estando os empregados sem qualquer aproveitamento, "inchando" seus quadros.

- 17 KLEIDERMACHER, Arnoldo. **Conflictos actuales en sociedades y concursos**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002, p.19), Recomendaciones de La Comisión de Insolvencia de La Fundación Académica Argentina de Derecho Económico.
- 18 Nas palavras de VALVERDE, **Comentários...**, p.16.
- 19 *Ibidem*, p.18. O autor dedica a frustração da lei à autonomia excessiva de que gozavam os credores no processo falimentar.
- 20 FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1966, v. 15, p.408 explica que houve abandono da antiga classificação de crimes fraudulentos ou culposos para dar lugar à concepção de crime de perigo, sendo o prejuízo dos credores, determinável por eles, "inerente à sua prática, quer haja tal decorrência, quer seja mesmo casual a insolvência."
- 21 Alertam BERTOLDI; RIBEIRO, **Curso...**, p.522 que, "na prática, o fato de o devedor não pagar uma dívida vencida pode ter sido provocado pela insolvência, mas pode também ser decorrência do esquecimento, perda dos dados relativos à dívida, ou até uma opção administrativa do devedor. Não há vínculo necessário ou lógico entre a imp pontualidade e a insolvência."
- 22 Pertinente a observação de Arnoldo Kleidermacher, a título de 'Recomendaciones de la Comisión de Insolvencia de la Fundación Académica Argentina de Derecho Económico' (KLEIDERMACHER, Arnoldo. **Conflictos actuales en sociedades y concursos**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002, p.15): "Ha sido valor entendido de la Comisión que el principal objetivo de una ley concursal y su mayor campo operativo debe ser lograr el más amplio espectro posible de soluciones preventivas a la quiebra, ya que ésta, por su parte, debe alcanzar dos conocidas premisas fundamentales: una liquidación rápida y eficaz, por un lado, y el regreso a la sociedad de los bienes liquidados, por el otro, con la mejor posibilidad de volver a ser factores de producción, empleo y actividad, en función social."
- 23 JUNYENT BAS, Francisco. El instituto de la quiebra. procedimientos para su declaración. **Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos y Quiebras**, v. 2, n. 11, [s.d.], p.10) refere que, para evitar a crônica mora judicial, a solução da lei não dará resultados efetivos, já que esta não pode modificar a evidente insuficiência da infraestrutura judicial, "*no sólo a nivel de la justicia nacional sino con mayor razón en las provincias*." RIVERA, Julio César. Fines y principios estructurales de la nueva Ley de Concursos. **Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos y Quiebras**, v. 1, n 1, [s.d.], p.31) aduz que, a seu juízo, "ello va a traer un acostumbamiento a la infracción de la norma y por ende a su derogación por desuetudo".
- 24 VALVERDE, **Comentários...**, v. 2, p.8.
- 25 COELHO, **Comentários...**, p.417, considerada a internet atende à figura de jornal de periódico de circulação nacional.
- 26 *Ibidem*, p.372. Alerta o autor que "se a massa não dispuser de recursos suficientes para essa publicação, não deve fazê-la, inclusive porque costuma ser bastante custosa e sua eficácia é por vezes questionável".
- 27 COELHO, **Comentários...**, p.10, assevera que "empresa, por ser ativi-

- dade, nem se confunde nem com quem a exerce (o empresário, que pode ser pessoa física ou jurídica), nem com o local em que é explorada (estabelecimento empresarial)".
- 28 PACHECO, **Processo**. p.81. Nas palavras do estudioso: "Isso quer dizer que não são os sócios considerados falidos, ainda que solidariamente responsáveis pelas obrigações sociais."
- 29 O art. 74 do Decreto-Lei nº 7.661/45 previa que o falido poderia requerer ao juiz a continuação do seu negócio, ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público, em hipótese excepcionalíssima. PACHECO, **Processo...**, p.407, dizia que a lei, em lugares diversos, tinha o germe de soluções razoáveis, "à luz das novas idéias de recuperação econômica da empresa".
- 30 Destaca-se o pensamento do jurista argentino RICHARD, Efraín H. **Conflictos actuales en sociedades y concursos**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002, p.3, irrisignado com a falibilidade da lei concursal argentina, que muito se assemelha(va) à situação brasileira: "La crisis es hoy de inseguridad jurídica. Una visión cortoplacista y economicista actúa en la coyuntura, mientras no se enfrenta la estructura del problema, delineando un orden social. Un exceso de normas atenta contra la economía del derecho y un sistema de justicia lento alienta un incumplimiento ya sociológico. Debe volverse al viejo corazón del derecho comercial: los usos y costumbres como ética de los negocios, y la justicia inmediata para devolver la riqueza al circuito económico."
- 31 COELHO, **Comentários...**, p.XIII.
- 32 A relevância dos preditos fatores de produção remonta da interpretação do art. 966, do Código Civil, que, em atendimento à teoria da empresa, considera empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada.
- 33 CANDELARIO MACÍAS, María Isabel; RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa. **La empresa en crisis: derecho actual**. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1996. As autoras adotam a terminologia "*empresas em crise*" para aquelas que já estão em situação concursal, e "*empresas em dificultades económicas*" para as quais a solução é de índole extraconcursal.
- 34 CANDELARIO MACÍAS; RODRÍGUEZ GRILLO, **La empresa...**, resumem a questão ao transcreverem a opinião de GARCIA MARTINEZ, R. Principios de derecho concursal: la igualdad de los acreedores. Revista Jurídica Española La Ley, Madrid, n. 3, 1984: "Y por eso el fin prioritario del concurso no es la liquidación del patrimonio, su desintegración o desmembración, sino su recuperación, como medida de defensa de la producción y del empleo".
- 35 Excluem-se do plano, pela lei, credores trabalhistas, tributários (art. 161, §1º), proprietário fiduciário, arrendador mercantil, vendedor ou promitente vendedor de imóvel por contrato irrevogável e vendedor titular de reserva de domínio (art. 49, §3º) e instituição financeira credora de adiantamento a contrato de câmbio para exportação (art. 86, II).
- 36 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.626, ante a lei anterior, afirmava que o chamamento de credores para o pedido de prorrogação da dívida ou perdão (total ou parcial) era sintoma mais do que evidente da morbidez patrimonial, lembrando que o consentimento da totalidade dos credores configurava

a *concordata branca*, ou seja, mera acorданça extrajudicial excludente da falência.

- 37 Nesse sentido, COELHO, **Comentários...**, p.189, para quem a falta de alternativa da lei cria ambiente propício ao desenvolvimento da "indústria da recuperação judicial", onde o devedor lança mão desse instrumento apenas para obter condições favoráveis e a tolerância dos credores, sem efetivamente configurar-se uma empresa em crise.
- 38 RIVERA, **Fines...**, p.14-15. Comenta que "en alguna oportunidad se llegó a la insolvencia de las empresas 'continuadas', lo que fue calificado como el impensado fenómeno de 'la quiebra de la quiebra'."
- 39 COELHO, **Comentários...**, p.296, afirma que o empresário honesto tem o direito de transferir ao Estado a liquidação de sua empresa frustrada, por meio do pedido de autofalência.
- 40 PAJARDI, **Derecho...**, p.42, afirma que: "En suma, entre los acreedores se establece una 'natural solidaridad económica'; ésta a ojos vista, existía ya en el momento fisiológico de la empresa deudora en el que surgieron los créditos, porque quienquiera que otorga un crédito afronta el riesgo y lo afronta junto a todos aquellos que otorgan créditos al mismo deudor; pero se acentúa en el momento patológico de la empresa deudora y se traduce en la distribución proporcional de las pérdidas eventuales en el caso (normal para un deudor en estado de insolvencia), en que el patrimonio del deudor, una vez liquidado, no satisfaga integramente el importe de los derechos crediticios." A expressão 'natural solidaridad económica' adotou de SATTÀ, Salvatore. **L'esecuzione forzata**. 3. ed. Turin, 1954, p.29.
- 41 *Ibidem*, p.114: "El proceso de quiebra, por lo tanto, se caracteriza como proceso colectivo tendiente a la regulación de relaciones intersubjetivas sobre la base de una regla de justicia, que tiene el mérito de ser *realista porque toma nota de una situación patrimonial de ineficiencia, y apunta a garantizar un tratamiento igualitario a todos los acreedores.*"
- 42 CARVALHO, Antônio Gledson de. **Lei de falência: acesso ao crédito empresarial e taxas de juros no Brasil**, maio 2003, p.5. texto preparado para a FEBRABAN, "
- 43 CARVALHO, **Lei de...**, p.27.
- 44 Interessante construção de COELHO, **Comentários...**, p.367.
- 45 JIMÉNEZ SÁNCHEZ, **Lecciones...**, p.414.
- 46 SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. São Paulo: Atlas, 2005. p.13.
- 47 Veja-se a Lei nº 1.083, de 22 de agosto de 1860 (regulamentada pelo Decreto nº 2.711, de 19 de dezembro de 1860) e o Decreto nº 14.728, de 16 de março de 1921.
- 48 "Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.
Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exer-

- çam quaisquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual."
- 49 O problema, ao que se vê, também faz parte do sistema jurídico argentino. ROMERO, José Ignacio. **La Actividad bancaria: derecho comercial y de las obligaciones**. Buenos Aires: Depalma, 2002, p.110-111 adverte que, partindo da aplicação de um critério objetivo, entendendo como atividade bancária a realização habitual de intermediação no crédito, se entende necessariamente que qualquer pessoa que realize a atividade está compreendida no sistema, o que, na prática, não corresponde à realidade.
- 50 SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.27.
- 51 Neste trabalho, focaremos apenas estes três tipos, lembrando que o §1º do art. 18, da Lei 4.595/64, aponta que as instituições financeiras são os estabelecimentos bancários oficiais ou privados, as sociedades de crédito, financiamento e investimento, caixas econômicas ou cooperativas de crédito, além de mencionar quais são as entidades equiparadas a instituições financeiras.
- 52 SYMONS JR., Edward L.; WHITE, James J. **Banking law**. 3.ed. St. Paul, Minn: West Publishing, 1991. *apud* SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.117.
- 53 Rol elaborado de acordo com os principais contratos mencionados por SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.167-476. e ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- 54 CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, v. 6, t. 4, parte 2, p.318-319.
- 55 ABRÃO, **Direito...**, p.21-25 não poupa elogios ao BNDES, dizendo que "tem desempenhado um papel de peculiar relevância nos investimentos sociais e de toda a ordem, auxiliando empresas e diversos segmentos das atividades econômicas, sendo importante órgão na política pública e social do Governo, cuja capacitação e recurso adquirido ao longo dos anos se lhe permite a manutenção da pesquisa e a exploração de áreas que dependem fundamentalmente do incentivo dessa organização".
- 56 SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.188.
- 57 MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: títulos de crédito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.349 cita acórdão do STJ, Recurso Especial nº 162.032/RS, que considerava situação fraudulenta a utilização do financiamento via cédula de crédito que não destinado à contraprestação contratada na forma da legislação aplicável, que são: Lei 8.929/94 e Decreto-Lei 167/67 (cédula rural), Decreto-Lei 413/69 (cédula industrial), Lei 6.840/80 (cédula comercial) e Lei 6.313/75 (cédula exportação).
- 58 SALOMÃO NETO, *op.cit.*, p.212.
- 59 BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.587.
- 60 *Ibidem*, p.541.
- 61 SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.262-268.
- 62 ABRÃO, **Direito...**, p.109, em menção Giacomo Molle, I Contratti Bancari.
- 63 SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.320.
- 64 *Ibidem*, p.359-377.
- 65 SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.363 explica que "o benefício econômico

co para o banco inicialmente ligado ao tomador é a liberação total ou parcial dos fundos empregados na operação, para outros negócios ou necessidades mais lucrativos e convenientes".

- 66 *Ibidem*, p.377-417 explica pormenorizadamente o instituto, e lembra que, no Brasil, "o mecanismo para se obter o efeito de imputação da dívida do projeto a seus próprios resultados é a formação de uma sociedade separada para tomar os recursos emprestados e deter a propriedade dos ativos financiados", sociedade esta sem dívidas e normalmente controlada pelos empreendedores que tiveram a iniciativa da montagem do projeto. Também PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2806>>. Acesso em: 01 out. 2006 diz que: "De acordo com essas estruturas de financiamento, os financiadores olharão sobretudo para a estabilidade e consistência do fluxo de caixa da empresa financiada. Em outras palavras, não se estará fundamentado no valor dos ativos incorporados ao projeto em si, mas na capacidade atrelada a esses ativos de gerar receitas decorrentes da operação e manutenção do projeto. Essa modalidade de financiamento altera substancialmente a ótica de análise de risco dos financiadores. Assim sendo, quaisquer riscos inerentes ou relativos ao projeto, em geral de grande importância na avaliação dos financiadores, assumem uma importância maior, na medida em que a sua materialização fatalmente afetará a estabilidade e consistência do

fluxo de caixa, o que vale dizer - a capacidade de repagamento das obrigações relativas ao empréstimo pelo tomador".

- 67 VALVERDE, **Comentários...**, v. 1, p.6. SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.360, também valoriza o conceito, alegando que "a importância do crédito na atividade empresarial é inegável. Os empresários necessitam de crédito para usufruir ao máximo seu potencial de crescimento e produção e principalmente nos dias atuais de globalização, tornar seus empreendimentos competitivos".
- 68 RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.13.
- 69 MAMEDE, **Direito...**, p.28.
- 70 LESGUILLONS, Henry. **As garantias bancárias nos contratos internacionais**. Organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p.3-4.
- 71 Cf. CARVALHO, **Lei de...**, p.4.
- 72 Definição dada por CARVALHO, **Lei de...**, p.9.
- 73 Do Parecer nº 534/2004, p.55, consta que "é necessário que a garantia real do crédito no Brasil - a exemplo do que ocorre na grande maioria dos países desenvolvidos - seja efetiva, a fim de que haja estímulo à concessão de financiamentos e, assim, promova-se o investimento dos recursos financeiros na atividade produtiva, a expansão do acesso ao crédito e seu barateamento, com a redução do chamado spread bancário".
- 74 PENTEADO, Mauro Rodrigues. [Comentários] In: SOUZA JÚNIOR, Fran-

- cisco Satiro de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.59, menciona que, para avaliar a direção política de que provém a lei de falências, basta examinar o dispositivo que estabelece a escala de classificação de créditos: "é despidiendo acrescentar que somente os grandes credores privados, ou aqueles de que depende o devedor, são os que conseguem agregar aos seus créditos garantias reais [...]."
- 75 Na defesa da alteração legal: SOUZA JÚNIOR, **Comentários...**, p.360; BIOLCHI, Osvaldo. [Introdução]. *In*: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles (Coord.) **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.XIV; JUNQUEIRA, Palmyrita Sammarco. [Comentários]. *In*: MACHADO, Rubens Approbato (Coord). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.231-232.
- 76 Cf. COELHO, **Comentários...**, p.132.
- 77 Cf. SOUZA JÚNIOR, **Comentários...**, p.361, que arremata dizendo que conclusão em sentido contrário levaria à violação da par conditio creditorum.
- 78 Fábio Ulhoa Coelho defende que "há que se reconhecer que esses, ao abrirem crédito a empresário declaradamente em crise, deram decisiva colaboração para a tentativa de superação desta, assumindo riscos consideráveis". (COELHO, **Comentários...**, p.180).
- 79 SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.224-226.
- 80 FRONTINI, Paulo Salvador. [Comentários.] *In*: SOUZA JÚNIOR, Francis-
- co Satiro de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.437 afirma que, se o Comitê de Credores recusa a autorização do administrador judicial, "este pode e deve requerer ao Juízo da falência que lhe conceda".
- 81 SPAGNOLO, Lucía. Cesión de derechos en garantía de un mútuo y concurso preventivo. *In*: CONFLICTOS actuales en sociedades y concursos. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002, p.499-503.
- 82 COELHO, **Comentários...**, p.219. "Somente após algum tempo, a contribuição da nova lei de falências irá se traduzir em dados estatísticos que influem a composição dos juros. Mas mesmo depois de a reforma frutificar, haverá banqueiros mantendo seus juros altos alegando um outro pretexto qualquer".
- 83 *Ibidem*, p.246.
- 84 BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Recurso Especial n. 16.910. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.aspregistro=199100244040&data=03/08/1992>>
- 85 Ambos estudados por JUNYENT BAS, Francisco; CHIAVASSA, Eduardo. **El salvataje de la empresa, el cramdown en la Ley 25.589**. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- 86 Apontam essa solução CANDELARIO MACÍAS, María Isabel; RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa. **La empresa...** lembrando que medida já é adotada por outros países, inclusive a Espanha, com o nome de "apalancamiento" (aquisição alavancada).
- 87 SOUZA JÚNIOR, **Comentários...**, p.360, afirma que "a importância do crédito na atividade empresarial é inegável. Os empresários necessi-

tam de crédito para usufruir ao máximo seu potencial de crescimento e produção e, principalmente nos dias atuais de globalização, tornar seus empreendimentos competitivos."

88 Circunstância lembrada por MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.26.

89 MAMEDE, **Direito...**, p.127.

Referências

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla. **Curso avançado de direito comercial**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BIOLCHI, Osvaldo. [Introdução]. *In*: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles (Coord.) **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CANDELARIO MACÍAS, Maria Isabel; RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa. **La empresa en crisis: derecho actual**. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1996.

CARVALHO, Antônio Gledson de. **Lei de falência: acesso ao crédito empresarial e taxas de juros no Brasil**, maio 2003.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. v. 6, t. 4, parte 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 15.

FRONTINI, Paulo Salvador. [Comentários.] *In*: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA MARTINEZ, R. Principios de derecho concursal: la igualdad de los acreedores. **Revista Jurídica Española La Ley**, Madrid, n. 3, 1984.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. **Lecciones de derecho mercantil**. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1998.

JUNQUEIRA, Palmyrita Sammarco. [Comentários]. *In*: MACHADO, Rubens Approbato (Coord). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

JUNYENT BAS, Francisco. El instituto de la quiebra. procedimientos para su declaración. **Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos y Quiebras**, v. 2, n. 11, [s.d.].

JUNYENT BAS, Francisco; CHIAVASSA, Eduardo. **El salvataje de la empresa**, el cramdown en la Ley 25.589. Buenos Aires : La Ley, 2004.

KLEIDERMACHER, Arnoldo. **Conflictos actuales en sociedades y concursos**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002.

- LESGUILLONS, Henry. **As garantias bancárias nos contratos internacionais**. Organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: títulos de crédito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata: Comentários à Lei de Falências**. 6.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PAJARDI, Piero. **Derecho concursal: naturaleza, crisis, presupuestos y proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. [Comentários] In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2806>>. Acesso em: 01 out. 2006.
- REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: NOVO Código Civil Brasileiro. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- RICHARD, Efraín H. **Conflictos actuales en sociedades y concursos**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002.
- RIVERA, Julio César. Fines y principios estructurales de la nueva Ley de Concursos. **Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos y Quiebras**, v. 1, n 1, [s.d.].
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ROMERO, José Ignacio. **La Actividad bancaria: derecho comercial y de las obligaciones**. Buenos Aires: Depalma, 2002.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. São Paulo: Atlas, 2005.
- SATTA, Salvatore. **L'esecuzione forzata**. 3.ed. Turin, 1954.
- SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SPAGNOLO, Lucía. Cesión de derechos en garantía de un mútuo y concurso preventivo. In: CONFLICTOS actuales en sociedades y concursos. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002.
- TEBET, Ramez. **Parecer nº 534/2004**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/lei/empresas.pdf>>
- VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1948. v. 2.
- _____. _____. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 1.

A responsabilidade civil dos administradores de fundos de investimento ¹

José Oswaldo Fernandes Caldas Morone

Advogado da CAIXA em São Paulo.

Mestre em Direito pela PUC/SP.

RESUMO: O artigo, de forma concisa e objetiva, analisa os principais aspectos de gestão, administração e governança corporativa deste segmento tão importante do Sistema Financeiro Nacional, concomitantemente à indispensável proteção do pequeno investidor e da responsabilidade do administrador.

O regime de proteção, a composição das carteiras dos fundos, a divisão dos riscos, dentre outros aspectos relevantes, já estão conformados sob uma estrutura prévia e normatizada pelo órgão regulador e cujo descumprimento importa na responsabilização do administrador.

Examina, nesse passo, a vulnerabilidade técnica e fática do investidor comum, o qual assume todos os riscos e eventuais prejuízos causados, decorrentes das oscilações do mercado, as normas de proteção ao investidor, bem assim a responsabilidade dos administradores e gestores dos fundos.

Identifica, assim, a responsabilidade solidária do administrador e do gestor dos fundos de investimentos por eventuais prejuízos causados aos investidores em virtude de condutas contrárias à lei, ao regulamento ou aos atos normativos, por ação ou omissão.

Palavras-chave: Fundos. Administrador. Responsabilidade. Civil.

Introdução

Com a edição, pela Comissão de Valores Mobiliários, da Instrução 409, inúmeras discussões mereceram acirrados debates, notadamente pelos advogados especializados na área de fundos de investimento e de mercado de capitais, tendo alguns chegado a questionar, num primeiro momento, se a responsabilidade civil dos administradores de fundos de investimento não seria do tipo objetiva, equivalente à responsabilidade civil do Estado.

Entretanto, não podemos concordar com essa tese, porque a responsabilidade de um administrador ou gestor de fundos de investimento deve ser a mesma responsabilidade do administrador de uma sociedade anônima; ou seja, é aquela mesma responsabilidade definida pelo Código Civil.

Mister que se trabalhe com as mesmas teorias e princípios do Código Civil e da própria Lei das S.A., porque um fundo de investimento, como é cediço, não tem personalidade jurídica pela própria definição da norma, e é tido como um “condomínio especialíssimo” onde vários investidores se reúnem para que um profissional da área, um gestor profissional que tenha *expertise* no mercado financeiro, aplique os recursos desses condôminos.

Essa responsabilidade, portanto, depende de prova para que possa ser imputada a um administrador ou gestor de carteiras, demonstrando-se de forma inequívoca que houve má-gestão, gestão temerária ou dolo.

1 A Gestão profissional de recursos de terceiros

Já ficou patente, nos dias de hoje, que a gestão profissional de recursos é uma espécie de derivativo do próprio mercado financeiro e de capitais, e não só deve ser defendida como aperfeiçoada seguidamente, na busca incessante do ótimo.

Torna-se imprescindível, outrossim, perceber a evolução da economia do país, para que possamos especular sobre quais são os caminhos possíveis para a indústria de gestão profissional de recursos e quais alterações a se fazer em termos de regulamentação, para que se possa promover, ou ao menos não atrapalhar, o desenvolvimento dessa tão importante atividade de poupança nacional para o desenvolvimento econômico e social brasileiros.

A evolução das formas como as sociedades organizaram-se para transformar as poupanças de suas unidades superavitárias em investimento e/ou financiamento do consumo das unidades demandadoras de recursos passou pelo surgimento de inúmeros intermediários, desde o Monte-Socorro da Corte², casas bancárias, bolsas de valores e de futuros e de toda uma intrincada rede de agências, postos, correspondentes bancários, leis e regulamentos.

Esse processo aumentou a possibilidade de que, tanto poupadores quanto investidores, encontrem uma forma de aplicação financeira que melhor atenda suas necessidades em termos de rentabilidade, risco e liquidez.

Em contrapartida, a complexidade e ampla variedade de alternativas de investimento passaram a justificar a necessidade da gestão profissional de recursos de terceiros.

Em boa parte dos países desenvolvidos, com o passar do tempo e com a maior sofisticação da sociedade, o investimento direto dos pou-

padores se difundiu de forma expressiva, tornando-se um mecanismo de investimento capaz de canalizar importantes parcelas da poupança para as empresas, viabilizando seu crescimento, a riqueza desses investidores e a prosperidade dessas nações.

Nosso País, no início do século recém encerrado, ainda tinha uma economia agrária voltada para a exportação de produtos primários. Durante o século XX, passamos por um intenso processo de urbanização, de diversificação da produção de bens e serviços, no qual ocorreu o surgimento de um ativo mercado financeiro e de um incipiente mercado de capitais.

Tais particularidades refletem uma interessante mistura do pensamento liberal democrático com uma prática intervencionista na qual o Estado, por meio da concessão de subsídios e edição de leis e regulamentos, procura acelerar a implantação de um moderno mercado de capitais.

As políticas então adotadas foram muito bem sucedidas em termos de estímulo ao surgimento de uma série de instituições financeiras, notadamente bancos comerciais, de âmbito nacional, os quais, em geral, foram muito bem sucedidos e tiveram destacada atuação no surgimento de importantes conglomerados nacionais.

Na área de mercado de valores mobiliários, foram tomadas algumas iniciativas tais como:

- a) edição de uma moderna Lei Societária;
- b) da mesma forma, a nova Lei de Falências³, que propugna pela recuperação e manutenção das empresas em suas atividades;
- c) fortalecimento da agência reguladora específica voltada para esse mercado, qual seja, a CVM;
- d) estímulo ao surgimento de uma demanda cativa para os novos produtos a serem oferecidos ao mercado.

A Nota Explicativa CVM nº 7, de 15 de maio de 1978, relativa à Resolução nº 470, de 24 de abril de 1978, que tratava da aplicação nos chamados "Fundos 157", é bastante ilustrativa da ideologia então dominante:

A filosofia que norteou a Resolução nº 470 foi a de enfatizar a utilização do Sistema DL 157 como fator indutor do desenvolvimento do mercado de ações e debêntures brasileiro. Com esta abordagem, procurou-se atingir os três objetivos globais adiante descritos:

I - Educar e Atrair para o Mercado de Ações e Debêntures os Indivíduos com Potencial de Poupança - Buscou-se sensibilizar o contingente de contribuintes do imposto de renda, que já atinge 2,2 milhões de pessoas, para os aspectos relevantes da operação de investimento a longo prazo;

II - Fortalecimento da Empresa Privada Nacional - Procurou-se reforçar ainda mais o direcionamento dos re-

cursos dos fundos fiscais para a capitalização das companhias sob controle de capitais privados nacionais; III - Desenvolvimento do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários - O elenco de medidas contidas na Resolução também visou estimular a competição entre os administradores dos recursos do Sistema, incentivar o núcleo de instituições voltadas, predominantemente, para o mercado de valores mobiliários e aumentar o esforço de marketing na atividade de *underwriting*. Estes três objetivos são precondições para o atingimento de um mercado eficiente, ou seja, um mercado que funcione com alta eficácia alocativa, canalizando parcela ponderável da poupança nacional para as companhias e setores mais dinâmicos e funcionando ao menor custo. Pretende-se, também, que o mercado eficiente tenha condições de induzir os indivíduos a um maior nível de poupança voluntária, além de reorientar parte da poupança já existente para a aplicação em ações e debêntures.

Medidas como essa e a existência de uma grande quantidade de recursos aplicados em renda fixa, notadamente títulos públicos, tiveram uma importante função no que diz respeito a criar as pré-condições para o surgimento de uma sofisticada atividade de gestão profissional de recursos de terceiros em nosso país.

2 Os fundos de investimento financeiro

Os fundos de investimento no Brasil vêm recebendo, por parte dos órgãos reguladores, tratamento específico, por meio de legislação própria, desde a década de 50.

O primeiro texto legal tratando dos fundos em condomínio foi a Portaria 309, de 30 de novembro de 1959, do Ministério da Fazenda, que atribui às sociedades de investimento a exclusividade para o exercício da atividade de administração dessas entidades, embora a Lei 3.470, de 28/11/58⁴, já determinasse que os mesmos não seriam considerados pessoas jurídicas para fins de imposto de renda, tributo este só incidente sobre os eventuais rendimentos auferidos por seus condôminos.

A partir de 1967, com a retomada do crescimento econômico, a queda da inflação e das taxas de juros e a ampliação dos incentivos fiscais voltados para o mercado de valores mobiliários, foram criados os fundos fiscais de investimento, também conhecidos como Fundos 157, criados em 10 de fevereiro de 1967, por meio do Decreto-Lei 157:

Art 1º De acôrdo com os têrmos dêste Decreto-lei, os contribuintes do impôsto de renda, nos limites das redu o es previstas nos artigos 3º e 4º, ter o a faculdade

de oferecer recursos às instituições financeiras, enumeradas no artigo 2º, que os aplicarão na compra de ações e debêntures, emitidas por empresas cuja atuação corresponda aos meios e aos fins estabelecidos no artigo 7º.

Art 2º Os Bancos de Investimento, as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento e as Sociedades Corretoras, membros das Bolsas de Valores, autorizados pelo Banco Central da República do Brasil, poderão vender “Certificados de Compra de Ações”, sendo facultado aos Bancos de Investimento, em lugar da venda de certificados, receber depósitos.

§ 1º Os recursos recebidos pelas instituições financeiras, nos termos deste artigo, serão investidos de acordo com a diversificação a que estão sujeitos os Fundos do Investimento, devendo ser aplicados, exclusivamente, na compra de ações ou debêntures conversíveis em ações das empresas a que se refere o artigo 7º deste Decreto-lei.

§ 2º Os depósitos ou certificados de compra de ações terão prazo mínimo de 2 (dois) anos, sendo a sua liquidação efetuada em títulos.

Art 3º Será facultado à pessoa física pagar o imposto devido em cada exercício com redução de dez por cento (10%), desde que aplique, em data que preceder à do vencimento da notificação do imposto de renda, soma equivalente na efetivação do depósito ou na aquisição dos certificados mencionados no artigo anterior.

Parágrafo único. O contribuinte manifestará, em sua declaração de renda, o propósito de fazer depósito ou adquirir certificados, sendo expedida a notificação da cobrança do imposto com o destaque do abatimento solicitado.

Esses fundos recebiam recursos oriundos da dedução de parte do imposto de renda que os contribuintes teriam que recolher e poderiam optar pela aplicação desse percentual dedutível em Fundos 157, e desde que previamente autorizados.

Outro grande marco deu-se a partir da edição, pelo BACEN, da Resolução 145, de 14 de abril de 1970, que disciplinou a constituição dos fundos de investimento.

Essa norma determinava que os fundos de investimento ficariam passíveis de autorização do BACEN, restringindo sua administração a sociedades de crédito, de financiamento e investimentos, corretoras de valores e bancos de investimentos.

A norma já definia, desde então, a proibição de propaganda que promettesse qualquer rentabilidade, difundisse promessas de rendimentos ou retiradas definidas, bem como obrigava o administrador a divulgar diariamente o valor do patrimônio líquido e sua respectiva cota e

informar sobre os percentuais de diversificação e composição da carteira de cada fundo. Esse importante conceito vem sendo mantido e “vigilado” constantemente, tanto pela CVM, quanto pela ANDIB, haja vista tratar-se de um dos mais importantes instrumentos de proteção ao investidor.

A Resolução estabelecia também a periodicidade semestral de auditorias, realizadas por meio da contratação de empresas de auditoria independente, para verificação do cumprimento dos dispositivos legais e todos os pontos de auditoria aplicáveis e necessários para a emissão do respectivo parecer.

Analisando-se alguns valores históricos a partir de 1995, constata-se que o volume aplicado em fundos de investimento representava, em outubro de 1995, 9,18% do PIB brasileiro, verificando-se um aumento significativo, passando, em 1999, a 22,69%, em 2004, 36,07% e, em 2006, chegou a 39,15% do PIB brasileiro, com investimentos da ordem de R\$ 909 bilhões.

Esse volume imenso de recursos aplicados chamou a atenção dos órgãos governamentais para a necessidade premente de resguardar o aplicador, notadamente o pequeno investidor.

Nesse sentido é que são necessárias, cada vez mais, medidas reguladoras, que servem tanto para auxiliar os administradores, quanto para dar transparência ao aplicador.

3 O conceito de fundo de investimento

Ao falarmos de fundos de investimento, alguns problemas dogmáticos se nos apresentam imediatamente e exigem redobrada atenção; dentre eles, podemos ressaltar a natureza jurídica dos fundos de investimento, o momento da sua constituição e a sua personalidade jurídica.

Ao enfrentá-los, procuraremos distinguir os limites dessa figura, definindo o momento a partir do qual se pode considerar que se constitui um fundo e buscar esclarecer em que casos os fundos são ou não dotados de personalidade jurídica, independentemente da simples indicação de textos legais.

Trabalho árduo que tem sido objeto, também, de acirradas discussões jurídicas pelos mais renomados comercialistas brasileiros e estrangeiros, esses conceitos e definições trazem implicações práticas relevantes, pois a natureza jurídica permite distinguir os fundos de investimento de outras figuras, como a gestão coletiva, a representação, os seguros de vida, os planos de poupança, entre outros, o que tem implicações já em sede de supervisão (CVM, SUSEP etc), autorizações, registros.

A quantidade e tipicidade de produtos bancários, mobiliários e de seguros, traz problemas práticos para os quais se torna essencial uma abordagem mais precisa.

A própria norma assim define os fundos de investimento:

O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em títulos e valores mobiliários, bem como em quaisquer outros ativos disponíveis no mercado financeiro e de capitais, observadas as disposições desta Instrução.⁵

O momento da constituição permite diferenciar o que é uma constituição lícita e para que se conheça o momento adequado para emitir os pedidos de atos administrativos de permissão e ulterior lançamento no mercado.

Com efeito, a Instrução 409 da CVM é bastante ciosa quanto à constituição dos fundos de investimento, determinando o prévio registro do regulamento, após o que poderá o mesmo ser lançado no mercado.

No que se refere à sua constituição e funcionamento, as regras são claras:

Art. 3º O fundo será constituído por deliberação de um administrador que preencha os requisitos estabelecidos nesta Instrução, a quem incumbe aprovar, no mesmo ato, o regulamento do fundo.

Parágrafo único. Podem ser administradores de fundo de investimento as pessoas jurídicas autorizadas pela CVM para o exercício profissional de administração de carteira, nos termos do art. 23 da Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

... ..

Art. 7º O funcionamento do fundo depende do prévio registro na CVM, o qual será procedido através do envio, pelo administrador, dos documentos previstos no art. 8º, através do Sistema de Envio de Documentos disponível na página da CVM na rede mundial de computadores, e considerar-se-á automaticamente concedido na data constante do respectivo protocolo de envio.

Até a entrada em vigor da Instrução CVM 409, os chamados fundos de renda fixa eram supervisionados pelo BACEN. Nesse sentido, eram regulados pela Circular 2.616/95, que não obrigava os administradores a efetuar o registro prévio. Assim, existia uma prática bastante usual no mercado, por meio da qual os administradores, de forma a agilizar o atendimento a determinados clientes, ou mesmo lançar no mercado produtos novos antes ou concomitantemente à concorrência, possuíam os chamados “fundos de prateleira”, já previamente constituídos e registrados em cartório de títulos e documentos e junto à Secretaria da Receita Federal. Portanto, existiam de fato, com regulamento e CNPJ sem, entretanto, possuírem investidores.

A Instrução CVM 409 acabou com essa prática, determinando que o funcionamento de um fundo depende de prévio registro. De forma a atender os anseios do mercado — que necessita agilidade no lançamento de produtos inovadores —, a Comissão de Valores Mobiliários, reduziu sensivelmente a burocracia ao prever que esse registro deva ser feito pela internet, na própria página da autarquia.

Dessa forma, o órgão regulador tem ciência prévia do produto que está sendo lançado e do respectivo regulamento.

A natureza e personalidade jurídicas dos fundos é fundamental para distinguir atribuições patrimoniais, para se definir com rigor o perfil de exercício de poderes pelos participantes, para se compreender a estrutura orgânica interna dos fundos (regulamento, prospecto, política de investimento, assembléia de cotistas, tributação etc) e, principalmente, a externa (CVM, custodiante, depositário, prestadores de serviço etc.).

O fundo é a institucionalização de uma carteira, entendida como uma universalidade de direitos, cujo conceito tem uma vocação universal.

Este pode ser o conteúdo do princípio da tipicidade de natureza dos fundos⁶. O diferencial entre o que é ou não fundo de investimento não se encontra, pois, na natureza do patrimônio que o constitui.

Vejamos os ensinamentos do Prof. António Soares:

Os fundos de investimento são patrimônios autônomos, despersonalizados, que pertencem, em regime de comunhão especial, a uma pluralidade de pessoas, singulares ou colectivas — designadas por participantes —, que contribuíram com capital para a formação do patrimônio do fundo.

Consoante a natureza dos activos que integram o patrimônio destes fundos, os mesmos são divididos entre fundos de investimento mobiliário e fundos de investimento imobiliário. Os fundos de investimento mobiliário são aqueles cujo patrimônio se destina a ser integrado por valores mobiliários (cfr. Artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 276/94, de 2 de Novembro); por seu turno, os fundos de investimento imobiliário são aqueles cujo patrimônio se destina a ser integrado por bens imóveis (cfr. Artigo 2º, nº 1, do Decreto-Lei nº 294/95, de 17 de Novembro).

Uma outra classificação de fundos de investimento, com repercussão no respectivo regime jurídico, é a que divide os fundos de investimento, sejam eles mobiliários ou imobiliários, em fundos de investimento abertos e fundos de investimento fechados (cfr. Artigo 4º do Decreto-Lei nº 276/94, de 2 de Novembro, e artigo 3º do Decreto-Lei nº 294/95, de 17 de novembro).⁷

E a dificuldade da caracterização, definição ou conceituação da natureza jurídica dos fundos de investimento não se restringe apenas

àqueles que operam mais diretamente com esses produtos — juristas, comercialistas, economistas e administradores financeiros —, atingindo também magistrados de escol.

Em trabalho publicado sob o título *Reflexões sobre o Mercado de Valores Mobiliários e Fundos de Investimento*, o Ministro José Delgado assim se manifestou:

Os fundos de investimento ocupam, hoje, um patamar de proeminência no mercado financeiro. Movimentam, conforme já assinalado, valor igual a quase 16% do PIB nacional, ...

... ..

Há, portanto, necessidade de se conhecer, com mais detalhes, a natureza jurídica dos variados fundos de investimento existentes no mercado, a composição da sua carteira, a responsabilidade que assumem e os riscos e segurança apresentados para o investidor.

Um fundo de investimento é formado por uma porção de ações, de Certificados de Depósitos Bancários (CDB), de títulos do governo e quaisquer outros ativos móveis financeiros pertencentes a um ou a vários investidores que os entrega para ser administrado por terceiros, visando lucro.

Entre o administrador do fundo e o investidor é firmado um contrato específico de gestão, com responsabilidades definidas e submetido a regulamentação expedida pelo Banco Central [à época em que este artigo foi publicado, os fundos de investimento de renda fixa eram regidos pela Circular Bacen 2.616/95, hoje revogada pela Instrução CVM 409/04], cumprindo determinação no Conselho Monetário Nacional.

Há, hoje, no mercado várias espécies de Fundos de Investimentos. O conhecimento da sua natureza jurídica e a forma da sua composição necessitam ser cada vez mais conhecidos pelo investidor, em razão da pouca publicidade existente a respeito, bem como de, ainda, não existir uma quantidade acentuada de ações judiciais discutindo os seus efeitos, por se tratar de negócio jurídico recente. A caracterização de cada espécie desses Fundos passa a ser trabalhada, de modo simplificado, pela impossibilidade de um maior detalhamento sobre os variados aspectos jurídicos que eles envolvem e a possibilidade que eles têm de criarem litígios, quando as partes não estão bem esclarecidas como funcionam.⁸

Cristalino, pois, que a noção de fundo de investimento não pode ser obtida a partir de um pré-conceito. Nem, tampouco, decorre da mera definição legal.

Um dos critérios de distinção dos fundos é o que separa os fundos personalizados dos não personalizados. Tanto é que a própria CVM obriga a constar, no nome do fundo, a referência à composição primordial de sua carteira.

Se buscarmos analisar a figura do *trust*, por exemplo, podemos vislumbrar que existem algumas semelhanças com os fundos de investimento. Se o *trust* é uma figura tão elástica, não o é tanto pelas suas virtualidades intrínsecas, mas pela própria elasticidade do sistema em que se integra.

O tema dos *trusts* conflui com o da personalidade dos fundos. Como é sabido, pela sua estrutura, os *trusts* permitem a concessão de poderes de gestão, administração ou disposição mais ou menos alargados de um patrimônio.

Outros renomados autores também já analisaram a questão. Vejamos o Prof. Arnold Wald

Quer se cogite de um condomínio especialíssimo ou *sui generis*, de uma sociedade sem personalidade jurídica, na terminologia do Código de Processo Civil, ou de uma forma de *trust* já adaptado e consagrado pelo Direito brasileiro, a designação e a semântica são secundários, pois o importante é a capacidade substantiva e adjetiva do Fundo para adquirir e transmitir direitos, atuar em Juízo e praticar todos os atos da vida comercial, embora só possa exercer a sua atividade por intermédio de seu gestor. Não se trata de contrato de comissão, pois os bens não são adquiridos em nome do gestor e por conta dos condôminos, mas em nome do Fundo e para os mesmos.

... ..

... .. há evidências da existência de fundamento legal e entendimento administrativo consolidado, inclusive no Conselho Monetário Nacional, no Banco Central e na Comissão de Valores Mobiliários, no sentido de reconhecer a natureza jurídica do fundo como um condomínio de natureza especialíssima que tem patrimônio próprio, escrita, específica, auditoria nas suas contas, representação em juízo e administração por uma espécie de *trustee*. A propriedade dos bens pertence ao Fundo e as quotas é que são da propriedade dos condôminos. [grifamos]?

Os fundos, tratando-se de patrimônios autônomos e segregados, e não sendo por definição legal pessoas jurídicas, não poderiam, em princípio, ser titulares de situações jurídicas.

Entretanto, também por definição legal, os fundos de investimento – apesar de “*não possuem personalidade jurídica*”, exercem o direi-

to de voto em assembléias de companhias de que detenham ações em suas carteiras¹⁰, podendo, inclusive, como já ocorre, indicar membros para os Conselhos Fiscais e de Administração, ser representados, judicial ou extrajudicialmente, recolhem taxas, firmam contratos com terceiros¹¹, etc.

Não se pode, também, querer atribuir, simplesmente, a titularidade dos ativos ao administrador ou gestor do fundo, muito embora desde que se estabelecesse uma gestão exclusivamente de acordo com os interesses dos participantes e uma segregação patrimonial dos ativos dos fundos — como ocorre hoje —, o resultado prático fosse o mesmo.

Apesar de toda a celeuma existente, não vemos porque não considerar que os fundos de investimento são pessoas jurídicas, apenas com a especialidade de terem órgãos internos mais rudimentares do que os das companhias.

Aliás, não são totalmente desprovidas de órgãos internos, na medida em que a norma já prevê e obriga a existência de assembléias de cotistas, auditoria externa, publicidade dos balanços, contratação de consultores, dentre outros aspectos da governança corporativa.

O Código Civil, ao tratar das pessoas jurídicas de direito privado, dispõe:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Por sua vez, dispõe a Instrução 409:

Art. 8º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos e informações:

I – regulamento do fundo, elaborado de acordo com as disposições desta Instrução;

II – os dados relativos ao registro do regulamento em cartório de títulos e documentos;

Além desse exemplo singelo, dezenas de outros artigos da Instrução CVM 409 encontram ressonância ou no Código Civil, ou na Lei das S. A., ou em diversas outras leis (por exemplo, as decisões das assembléias de cotistas, a incorporação, cisão transformação ou extinção do fundo, a representação judicial e extrajudicial etc.)

Esta solução em nenhuma medida retira o poder dos cotistas, posto que pelo simples fato de que os ativos do fundo são da titularidade de uma pessoa jurídica constituída especificamente para aplicar os seus (do investidor) recursos, não significa que o seu peso é menos interveniente.

Nas sociedades, o patrimônio não é dos sócios, mas da sociedade propriamente dita. Ora, um sócio majoritário domina, por definição, a sociedade. Nos fundos, o mesmo já não ocorre, uma vez que, por mais peso que tenha um participante, a gestão do patrimônio do fundo continua sempre a incumbir à entidade gestora, não tendo o investidor a menor ingerência; pelo contrário, é expressamente defeso pela norma qualquer gestão compartilhada, mais conhecida no mercado como “barriga de aluguel”.

O maior ou menor peso dos participantes depende, assim, não da forma jurídica que assuma o fundo, mas dos direitos de participação que a norma confira aos participantes, que nada têm a ver com a forma jurídica.

Em síntese, parece-nos uma solução a lei distinguir, entre determinadas espécies de fundos, que o titular dos ativos dos fundos seria assim o próprio fundo, devidamente dotado de personalidade jurídica. A sua estrutura interna, regulamentos, prospecto, decisões assembleares, distribuição de resultados, liquidez, política de investimentos, riscos, governança corporativa, dentre outros aspectos relevantes, poderiam ser definidos, em maior ou menor grau, pelos próprios investidores, sempre, e por óbvio, consubstanciados numa norma orientadora fixada pelo órgão regulador.

A natureza dos fundos de investimento, destarte, chama a atenção para a organização geral do mercado financeiro enquanto importante instrumento de poupança pública. A sua relevância dogmática tem o seu vértice na própria configuração jurídica do mercado financeiro.

O problema da personalidade jurídica dos fundos, enfim, levanta problemas dogmáticos fundamentais do sistema jurídico, e reflete na sua própria configuração central. É a própria configuração da natureza jurídica como associada a uma estrutura interna conformativa.

4 A responsabilidade civil do administrador

Constata-se a preocupação do legislador na consolidação duma série de normas esparsas e seu aperfeiçoamento, com vistas a delimitar a ação do administrador, bem como obrigar as instituições a oferecer melhor controle e acesso a informações por parte dos cotistas.

Nesse sentido, ficou estabelecida a obrigatoriedade da designação, pela instituição administradora, de um membro estatutário, tecnicamente qualificado, para responder civil e criminalmente pela gestão do fundo, o qual reconhece, expressamente, sua responsabilidade nas hipóteses de negligência, fraude, imprudência ou imperícia, além de má-gestão ou gestão temerária.

Marco histórico na regulação dos fundos de investimentos — tanto de renda fixa, quanto de renda variável —, vem estampado na Resolução n° 2.451, de 27 NOV 1997, que determinou a segregação da adminis-

tração e dos ativos de recursos de terceiros das demais atividades da instituição financeira administradora¹², imprimindo maior transparência na gestão desses recursos e atenção especialmente dirigida à preservação dos direitos dos cotistas e a responsabilização da administradora.

Tanto o conceito normativo da CVM, quanto o do BACEN, referem-se ao fundo de investimento como sendo um condomínio, destacando-o como uma comunhão de recursos com características especialíssimas.

Aos fundos, entretanto, a norma legal não atribui personalidade jurídica pelo fato de não possuírem órgão executivo interno. Não obstante, o feixe de relações internas e externas que se desenvolvem dentro da estrutura de um fundo de investimento garante a ele uma condição diferenciada em relação à mera co-propriedade, aproximando-se mais suas feições às de uma efetiva sociedade, pois embora destituídos legalmente de personalidade jurídica, os fundos reúnem uma vasta gama de direitos e deveres, como já vimos anteriormente.

Os fundos de investimento só podem ser administrados e geridos por instituições previamente autorizadas a funcionar pelo BACEN e expressamente autorizados pela CVM para essa finalidade específica.

A maioria esmagadora dos fundos de investimento existentes no Brasil e que representa a quase totalidade dos recursos aplicados nesse tipo de investimento, são administrados e geridos por instituições financeiras autorizadas a funcionar no país.

Nesse passo, o legislador estabeleceu em relação aos administradores das instituições financeiras um regime próprio de apuração e efetivação de sua responsabilidade civil pelos danos experimentados pela sociedade anônima e, por analogia, aos eventuais prejuízos suportados pelos fundos de investimento. Nesta hipótese específica, há que se aplicar, também e subsidiariamente, as instruções da CVM que tratam da responsabilidade do administrador de fundos.

De sabença a existência de vários sistemas de responsabilidade civil, dispostos em classificação que conjuga elementos diversos como fundamento (culpa ou posição econômica), ônus probatório e ligação entre conduta do responsável e resultado danoso.

O sistema que corresponde ao formato básico da matéria é o da responsabilidade subjetiva do tipo clássico.

Traduzida no direito positivo brasileiro pelo artigo 927 e seguintes, do Código Civil, a vítima que busca a reparação de seu prejuízo, por este sistema, deve provar três fatos:

- a conduta culposa do demandado, por ação ou omissão;
- a existência e extensão do dano;
- o liame de causalidade entre a conduta do demandado e o dano.

Importa registrar, também, que a culpa concorrente da vítima é fator de relativização do nexo de causalidade, pelo que, demonstrada que a sua conduta contribuiu para a ocorrência do dano, repartirá com o demandado a responsabilidade pelo ressarcimento.

O sistema objetivo da responsabilidade civil, por sua vez, foi desenvolvido em atenção aos mesmos valores de justiça que motivaram a evolução do sistema clássico para o da inversão do ônus da prova, isto é, os pertinentes à facilitação do ressarcimento dos prejuízos sofridos pelas pessoas em determinadas hipóteses.

Ao submeter uma situação fática a este terceiro sistema, a lei abstrai o elemento culposo da conduta lesiva e, nesta medida, se distingue da responsabilidade civil subjetiva, inclusive a modalidade com inversão do ônus da prova. O agente responderá pelos danos sofridos pela vítima, ainda que não tenha agido com culpa. Nesta única hipótese comungamos do entendimento de que se trata de responsabilidade objetiva do administrador de fundos se houver descumprimento do mandato, isto é, se não forem observados os estritos termos da política de investimento constante do regulamento do fundo, bem assim os limites de exposição ao risco, por tipo de valor mobiliário ou emissor.

Ato ilícito contra a pessoa é expressão que só pode abarcar a causa (o ilícito absoluto) da denominada responsabilidade extracontratual.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1.518 a 1.532, e 1.537 a 1.553.

Espínola, invocando Crome, escreve:

Segundo a exata observação de Crome, o ato ilícito produz uma obrigação independente, quando ofende direitos absolutos, isto é, quando invade a esfera própria dos direitos que ao titular competem de modo geral, em oposição a todas as outras pessoas. Se existe uma relação mais íntima entre determinadas pessoas, o ato de uma delas contrário ao conteúdo do direito produz apenas modificações da mesma relação.

Fica assim, delimitado o campo de ação da teoria dos atos ilícitos e explicada a razão por que entre eles não incluímos o inadimplemento culposo das obrigações.¹³

Nesse passo, "*acidente é toda a ocorrência involuntária externa, súbita ou violenta, seja oriunda do fato do homem, da natureza, ou de caso fortuito ou de força maior.*"

O caso fortuito ou de força maior representa uma excludente da responsabilidade em virtude de pôr termo à relação de causalidade entre o ato do agente e o dano experimentado. É, em rigor, o ato alheio à vontade das partes ou do agente causador do dano e que tampouco derivou da negligência, imperícia e imprudência. É o *Act of God*, como classificam os ingleses¹⁴.

Assim, o caso fortuito ou de força maior implica na noção de ausência de culpa e esta é meio liberatório da responsabilidade civil.

Aguiar Dias¹⁵, seguindo opinião bastante difundida, depois de acenar que o fato de terceiro figurar ao lado do caso fortuito e de força

maior na abrangência da expressão causa estranha usada pelo art. 1.382 do Código Napoleônico, ensina que ele “*só exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimina, totalmente, a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato*”.

A adoção dessa opinião, como também leciona Silvio Rodrigues,

envolve a idéia de que o fato de terceiro, como circunstância exoneradora total da responsabilidade, está em situação tão próxima ao caso fortuito ou de força maior, que com ele se confunde. E o indigitado responsável, que o aduz, para ter sucesso em sua defesa, precisa demonstrar não só que o fato era previsível, como também que era inevitável.¹⁶

De tal parte, embora o fato de terceiro não tenha a equivalência do caso fortuito e da força maior, pode haver exclusão de responsabilidade se ficar provada a imprevisibilidade e inevitabilidade do fato danoso.

Quando, no entanto, o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Melhor dizendo, somente quando o fato de terceiro se revestir dessas características e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano.¹⁷

Comenta Clóvis Bevilacqua:

Conceitualmente o caso fortuito e a força maior se distinguem. O primeiro, segundo a definição de Huc, é “*o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes.*” A segunda é “*o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer*”.

Não é, porém, a imprevisibilidade que deve, principalmente, caracterizar o caso fortuito, e, sim, a inevitabilidade.

E, porque a força maior também é inevitável, juridicamente se assemelham estas duas causas de irresponsabilidade. Por isso, o Código Civil reuniu os dois fatos na mesma definição: o caso fortuito ou de força maior é o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.¹⁸

Esse fato necessário – trate-se de caso fortuito ou força maior –, caracteriza-se, conforme assinala Orlando Gomes¹⁹, pela absoluta impossibilidade. O devedor quer, mas não pode.

É evidente que essa impossibilidade pressupõe a ausência de culpa do devedor. O caso fortuito, ou força maior, escreve Arnaldo Medeiros da Fonseca²⁰, “*somente pode resultar de uma causa estranha à vontade do devedor, irresistível, o que já indica ausência de culpa.*”

Não existe, assim, a obrigação de indenizar. Segundo, mais uma vez, os ensinamentos de Sílvio Rodrigues:

Para que se possa impor a alguém a obrigação de indenizar o prejuízo experimentado por outrem é mister que haja uma relação de causalidade entre o ato culposo praticado pelo agente e o prejuízo sofrido pela vítima.²¹

Por sua vez, ao discorrer sobre a teoria da responsabilidade subjetiva, Washington de Barros Monteiro pontifica:

Segundo essa doutrina, a responsabilidade civil tem como extremos legais: a) a existência de um dano causado contra o direito; b) a relação de causalidade entre esse dano e o fato imputável ao agente; c) a culpa deste, isto é, que o mesmo tenha obrado com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia)²²

Não estando, pois, presente culpa, e não se podendo imputar negligência, imperícia ou imprudência, forçoso concluir pela inexistência de relação de causalidade entre o fato e suas conseqüências.

No que tange aos lucros cessantes, tal parcela, chamada doutrinariamente de dano indireto, ocorre quando o prejuízo se verifica como conseqüência posterior, por ter o prejudicado ficado temporariamente privado do uso do bem atingido (Orlando Gomes, Obrigações), não podendo ir além dos prejuízos efetivamente sofridos em conseqüência do ato ilícito, exigindo-se uma adequação expressa dos efeitos à causa; a correspondente indenização exige uma adequação expressa dos efeitos da causa.

Conquanto assim seja, sob o timbre dos pretendidos lucros cessantes, não constituirá demasia observar que, para o seu reconhecimento, é impossível escapar da necessária verificação, atento às circunstâncias objetivas, da probabilidade ou potencialidade do prejuízo correspondente no que razoavelmente foi deixado de lucrar por inadimplemento do devedor (*quantum lucrari potuit*).

Logo, não são abrangidos resultados hipotéticos ou de mera possibilidade teórica. Assim, como o risco elide a certeza, afasta-se a razoabilidade de que poderiam ser auferidos acenados lucros. A propósito, citando Van Wetter, exemplifica Washington de Barros Monteiro:

O vendedor deixa de entregar as iscas para uma projetada pesca. O comprador não pode pretender ressarcimento do valor dos peixes que apanharia, se as iscas lhe tivessem sido realmente entregues. Como ensina Hans Albech Fischer, ao direito compete distinguir cuidadosamente essas miragens de lucro, de que falava Dernburg, da verdadeira idéia de dano. Não se indenizam esperanças desfeitas, nem danos potenciais, eventuais, supostos ou abstratos.²³

Enfim, afastam-se os artigos 927 e seguintes do Código Civil quando os supostos ganhos residem mais na expectativa do interessado, apenas com os olhos nas incertezas do futuro, sem as luzes da realidade. Para a indenização dos lucros cessantes depende a comprovação de nexos causal e da existência objetiva ou demonstrada possibilidade dos danos.

Em face disso, o elemento subjetivo do ato gerador do dever de indenizar está na imputabilidade da conduta do agente. O agente responde em razão de seu comportamento voluntário, seja por ação ou por omissão (Caio Mário).

Entretanto, a responsabilidade deve ser excluída no caso de resultar de um fato involuntário (caso fortuito ou de força maior). Em caso de força maior, nas diversas fases de elaboração do direito pátrio, se inscreve como escusatória de responsabilidade civil.

Ainda conforme Caio Mário, a escusatória de responsabilidade está em que, se a obrigação de ressarcimento não é causada pelo fato do agente, mas em decorrência de acontecimento que escapa ao seu poder, por se filiar a um fator estranho ocorrido, há a isenção da própria obrigação de compor as perdas e danos.

Ante o conceito, atrás esboçado, tem-se, desde logo, idéia de que a responsabilidade civil se classifica em duas grandes espécies; a primeira, que se situa no âmbito da inexecução de obrigação contratada, chamada responsabilidade contratual; a segunda, posicionada no inadimplemento normativo, ou seja, descumprimento de obrigação contida na norma, cognominada responsabilidade extracontratual.

Também conhecida por responsabilidade aquiliana, tendo em vista que a *Lex Aquilia de damno* (do Século III a.C.) cuidou de estabelecer, no Direito Romano, os fundamentos jurídicos dessa espécie de responsabilidade civil, criando forma pecuniária de indenização do dano, assentada no estabelecimento de seu valor.

Embora a *Lex Aquilia* tenha fincado as bases da moderna responsabilidade extracontratual, com o então novo delito civil, *damnum iniuria datum* (dano causado à coisa alheia), persistiu, nela, o sentido da culpa, como mostra Ulpiano (Digesto, 9, 2, 44), ao comentá-la: "*in lege Aquilia et levissima culpa venit*".

Este sentido aquiliano da mais leve culpa, que leva à indenização, está presente na citada disposição do Código Civil.

Entretanto, com a evolução do conceito de responsabilidade, ampliou-se o seu significado, abrangendo, também, a indenização de danos, sem existência de culpa, o que se constitui em verdadeiro risco aos que, em face da lei, se sujeitam a repará-los. Não se pode falar, nesta hipótese do risco criado, em ilicitude, mesmo ante a reparação do dano.

Da responsabilidade civil extracontratual surgem duas subespécies: a responsabilidade subjetiva, delitual ou por ato ilícito, que resulta da existência deste fora do contrato, com fundamento na culpa, e a responsabilidade objetiva, decorrente do risco, em que não se perquire da culpa do indenizador que, por sua atividade, criou o risco indenizatório.

Para que se configure a culpa, genericamente considerada, indaga-se se o sujeito, autor do dano, agiu dolosa ou culposamente (negligentemente); prende-se esta indagação, diretamente, ao sujeito, daí ser conhecida pela doutrina por subjetiva a responsabilidade extracontratual que resulte de uma ação ou omissão lesiva a determinada pessoa.

A cogitar-se da responsabilidade pelo risco, entendem-na os doutrinadores objetiva, pois basta a ocorrência, objetivamente, de algum dos fatos previstos em lei, para que ela se materialize, responsabilizando aquele que, em decorrência de sua atividade, ensejou a existência do risco.

É requisito essencial da ilicitude a atuação dolosa ou culposa do agente que lesionou, pois existem ocorrências danosas de que não derivam responsabilidade. A indenização só será devida se existir o dano; e nem todo dano se indeniza.

Ressalte-se, entretanto que, mesmo nos casos de aplicação da teoria do risco, previstos em nosso Código Civil, ensejam eles indenização, ante a culpa de outrem, por aquele que não teve culpa ou cuja culpa foi presumida em lei.

A responsabilidade objetiva impura tem, sempre, como substrato, a culpa de terceiro, que está vinculado à atividade do indenizador. Implica, pois, ressarcimento, ainda que inexista culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso. Neste caso, indeniza-se por ato lícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim o determina. Nesta hipótese, portanto, não existe direito de regresso, arcando o indenizador, exclusivamente, com o pagamento do dano.

Essa classificação, subdividindo a responsabilidade objetiva em pura e impura, é de extrema necessidade para compreensão da matéria, pois na primeira subdivisão, o indenizador responde por ato lícito ou por fato jurídico, não tendo contra quem regressar, já que não existe culpa de quem quer que seja. Na segunda, sendo impura a responsabilidade, porque o indenizador ressarcir prejuízo causado por terceiro que age culposamente, tem aquele direito de regresso contra este.

Como resta evidente, a fixação da responsabilidade objetiva, principalmente nos casos de responsabilidade pura, é da competência exclusiva do legislador, pois quer presumindo culpa ou independentemente

dela, é preciso que se fixe legalmente a atividade perigosa e seus limites como medida de segurança indispensável.

A doutrina, por vezes, considera que o tratamento reservado pela lei aos administradores de instituições financeiras acaba por equipará-los aos acionistas diretores das sociedades em comandita por ações que respondem subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações sociais referentes à sua gestão. Em outras ocasiões, os doutrinadores discutem se esta responsabilidade é objetiva ou subjetiva.

Entendo que a questão não se coloca, simplesmente, nesse plano.

O administrador de uma instituição financeira ou de um fundo de investimento tem, rigorosamente, a mesma responsabilidade de qualquer outra sociedade anônima.

Apenas se diferencia no que diz respeito aos mecanismos de sua apuração e efetivação. E, assim mesmo, no caso específico dos fundos de investimento, há que se observar a legislação específica quanto à apuração de eventuais faltas cometidas pelos seus administradores, apuração essa que se subordina ao procedimento determinado pelo órgão regulador (CVM), e por meio dos competentes processos administrativos sancionadores.

Além das especificidades nestas matérias de caráter adjetivo, nada há, substantivamente, que distinga a responsabilidade do administrador da instituição financeira e a responsabilidade dos administradores de companhias ou sociedades. Noutros termos, o administrador do fundo de investimento responde pelos danos que causar à pessoa jurídica ou física, em decorrência do descumprimento dos deveres que a lei lhe reservou.

Responde, assim, pelos prejuízos decorrentes de má administração e, portanto, tem a mesma responsabilidade que as demais pessoas a quem se atribui funções de administrador de patrimônio alheio.

A responsabilidade, *in casu*, decorre de ato próprio dele, administrador.

Não criou o legislador nenhuma outra figura de responsabilidade subsidiária, respondendo o administrador e o gestor de fundos de investimento pelo montante do prejuízo causado ao investidor. Assim, somente se, em função de um ato – omissivo ou comissivo, má gestão ou gestão temerária, fraude, negligência, imprudência ou imperícia –, causar danos ao patrimônio do fundo, estará obrigado a indenizá-los. Encontra-se, dessa forma, na mesmíssima situação do diretor de uma companhia com outro objeto social que, por administrá-la mal, acarreta dano à sociedade.

E não se pode afastar, por óbvio, a responsabilidade solidária da instituição financeira administradora, que responde pelos atos praticados pelo administrador por ela nomeado e até a integral satisfação dos prejuízos causados.

A lei das sociedades por ações, no artigo 158, menciona duas hipóteses de responsabilidade civil dos administradores: uma relacionada

aos prejuízos causados por sua culpa ou dolo, ainda que sem exorbitância dos poderes e atribuições (inciso I), e a outra pertinente à violação da lei ou do estatuto (inciso II).

Em relação à previsão inserta no inciso I, a doutrina é uníssona ao afirmar que a previsão legal imputa aos administradores uma responsabilidade subjetiva do tipo clássico, isto é, ao demandante cabe a prova do procedimento culposo do demandado. Quanto à segunda, no entanto, predomina largamente o entendimento de que cuida a hipótese legal de responsabilidade subjetiva com presunção de culpa, havendo, ainda, quem a considere objetiva, como já observamos anteriormente no que pertine ao descumprimento, pelo administrador de fundos de investimento, do mandato outorgado pelos investidores (política de investimento constante do regulamento).

O direito bancário estabelece regras próprias a respeito da responsabilidade do administrador de instituição financeira (Lei nº 6.024/74, artigos 36 a 49), sendo certo que a interpretação que comumente se faz destas regras conclui pela existência de uma responsabilidade de natureza objetiva, em regime distinto do preceituado para os administradores de sociedade anônima em geral, o que não se nos afigura como correto, haja vista que as diferenças entre o regime geral de responsabilidade civil dos administradores e o específico dos de instituições financeiras, não dizem respeito à natureza ou extensão da obrigação, mas exclusivamente à apuração e efetivação da responsabilidade.

Como afirma Bulhões Pedreira,

... a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras não está regulada exclusivamente pelo art. 40 da Lei 6.024, mas, simultaneamente, pelo regime da lei de sociedades por ações e pelos preceitos gerais do Código Civil; e como o ordenamento jurídico é um sistema, e não um agregado de normas, a interpretação sistemática da legislação em vigor, sem a qual não há interpretação jurídica, conduz, necessariamente, à conclusão de que a responsabilidade de cada administrador é pessoal, e que ele só é solidário nas obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão até o montante dos prejuízos que tenha causado, por ato seu, próprio, praticado com culpa ou dolo.²⁴

Dessarte, como o legislador não atribuiu aos administradores de fundos de investimentos responsabilidade com inversão do ônus de prova, ou independentemente de culpa, forçoso reconhecer a vigência da responsabilização subjetiva, pela qual o administrador responde pelo prejuízo que causar aos cotistas sempre que descumprir qualquer dever que a lei ou o regulamento lhe impuseram e a eventual falta for prova-

da, respeitado, sempre, o princípio do contraditório e da ampla defesa, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial.

Aspecto que deve ser ressaltado, ainda, diz respeito à limitação da responsabilidade solidária dos administradores aos prejuízos causados em virtude de obrigações assumidas pela instituição financeira (§ único do artigo 40, da Lei nº 6.024/74).

A Instrução CVM 409 prevê, em inúmeros artigos, a responsabilidade, inclusive solidária, do administrador de fundos:

Art. 13. Os cotistas responderão por eventual patrimônio líquido negativo do fundo.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, o administrador e o gestor, se houver, serão responsáveis perante os cotistas pela inobservância da política de investimento ou dos limites de concentração previstos em regulamento.

Art. 16. Em casos excepcionais de iliquidez dos ativos componentes da carteira do fundo, inclusive em decorrência de pedidos de resgates incompatíveis com a liquidez existente, ou que possam implicar alteração do tratamento tributário do fundo ou do conjunto dos cotistas, em prejuízo destes últimos, o administrador poderá declarar o fechamento do fundo para a realização de resgates, sendo obrigatória a convocação de Assembléia Geral Extraordinária, no prazo máximo de 1 (um) dia, para deliberar, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data do fechamento para resgate, sobre as seguintes possibilidades:

- I – substituição do administrador, do gestor ou de ambos;
- II – reabertura ou manutenção do fechamento do fundo para resgate;
- III – possibilidade do pagamento de resgate em títulos e valores mobiliários;
- IV – cisão do fundo; e
- V – liquidação do fundo.

§ 1º *O administrador responderá aos cotistas remanescentes pelos prejuízos que lhes tenham sido causados em decorrência da não utilização dos poderes conferidos no caput deste artigo.*

§ 2º

Art. 63. *Sem prejuízo das responsabilidades de cada um dos prestadores de serviços de administração do fundo, podem ser constituídos, por iniciativa dos cotistas, do administrador ou do gestor, conselhos consultivos, comitês técnicos ou de investimentos, os quais não podem ser remunerados às expensas do fundo.*

... ..

§ 1º As atribuições, a composição e os requisitos para convocação e deliberação dos conselhos e comitês deverão estar estabelecidos em regulamento.

§ 2º *A existência de conselhos não exime o administrador ou o gestor da responsabilidade sobre as operações da carteira do fundo.*

§ 3º Os membros do conselho ou comitê deverão informar ao administrador, e este deverá informar aos cotistas, qualquer situação que os coloque, potencial ou efetivamente, em situação de conflito de interesses com o fundo.

Art. 117. *Considera-se infração grave, para efeito do disposto no art. 11, § 3º, da Lei n.º 6.385/76, as seguintes condutas em desacordo com as disposições desta Instrução:*

Art. 119. *A CVM pode responsabilizar outros diretores, empregados e prepostos do administrador ou do gestor do fundo, caso fique configurada a sua responsabilidade pelo descumprimento das disposições desta Instrução. [grifos nossos]*

A mesma Comissão de Valores Mobiliários indica, ainda, na Instrução CVM n.º 306/99, em seu artigo 17, a responsabilidade do administrador, bem como, de forma clara e precisa, a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito privado:

A pessoa natural ou jurídica, no exercício da atividade de administração de carteira de valores mobiliários, é diretamente responsável, civil e administrativamente, pelos prejuízos resultantes de seus atos dolosos ou culposos e pelos que infringirem normas legais, regulamentares ou estatutárias, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal e da responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito privado que a contratou ou a supervisionou de modo inadequado.

Parágrafo único. Os integrantes do comitê de investimentos, ou órgão assemelhado, que tomem decisões relativas à aplicação de recursos de terceiros, têm os mesmos deveres do administrador de carteira.

Prossegue a Instrução na indicação de infrações graves, reportando-se à Lei n.º 6.385/76.

Assim, as diferenças entre o regime dos administradores de fundos de investimento, de instituições financeiras e o das companhias em geral dizem respeito apenas à apuração e efetivação da responsabilidade.

No tocante à natureza e extensão, os regimes são idênticos, isto é, as instituições administradoras de fundos de investimentos, a exemplo

dos de uma sociedade anônima não-financeira, têm responsabilidade subjetiva pelos danos decorrentes de atos de má administração.

Encontrando-se a instituição administradora da carteira do fundo em situação regular, a apuração da responsabilidade poderá ser feita em assembléia geral dos cotistas, nada obstante a existência de procedimentos específicos editados pelo Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários. Havendo a decretação de falência, liquidação extrajudicial, intervenção ou regime de administração especial temporária da instituição, a apuração dos atos de má administração e da extensão dos danos, bem como a delimitação de eventual responsabilidade civil, seguem regras próprias.

Essa profusão de normas impõe deveres ao administrador de fundos de investimento com a nítida intenção de proteger os cotistas e terceiros que se relacionem com os fundos.

De fato, pode-se afirmar que o legislador cuidou de estabelecer uma complexa rede de obrigações específicas ao administrador de fundos, com relação aos cotistas, aos órgãos de supervisão, a terceiros e, inclusive, com relação ao mercado, sem ter descuidado, também, da imposição de deveres gerais, de ordem ética e moral. Gize-se, também, que a CVM não estipula a responsabilidade objetiva dos administradores de fundos.

A responsabilidade dos administradores de fundos de investimento, como visto, é de natureza subjetiva, fundada no dolo ou na culpa e necessariamente provada.

Constatada a culpa ou dolo do administrador, este responderá com seu patrimônio pelo ressarcimento dos danos causados aos cotistas ou a terceiros.

Por tudo, provada a participação culposa ou dolosa no ato ou omissão que cause dano, é imputável a responsabilidade da pessoa física que estiver registrada como autorizada pela CVM, como diretor ou sócio-gerente do administrador. Responderá, solidariamente, a própria instituição financeira autorizada a administrar fundos por todos os prejuízos que forem apurados, independentemente de qualquer nexo de causalidade entre uma ação ou omissão sua e o dano.

Por fim, cabe ressaltar que a responsabilidade de um administrador de fundos de investimento se circunscreve a eventuais danos causados aos cotistas e decorrentes de dolo ou culpa, por ato omissivo ou comissivo.

Nesse passo, não responde o administrador por resultados não alcançados pelo fundo no que pertine à rentabilidade das cotas, isto é, não se trata de uma obrigação de efetivamente alcançar resultados, mas sim de envidar os melhores esforços para alcançá-lo. Não pode o administrador, portanto, ser responsabilizado pelo simples fato de não ter atingido um determinado resultado, mesmo porque a própria CVM proíbe expressamente que o administrador de fundos de investimento prometa qualquer rendimento aos seus cotistas.

Cabe, já finalizando este nosso trabalho, trazer à colação artigo do Dr. Glauber Moreno Talavera, que trata do assunto de forma magnífica:

O dramaturgo Metastásio, já no séc. XVIII, no Ato II do grande épico "Écio", entrevera que: "*Niega agli affitti aita, chi dubbiosa la porge*", ou seja, "*Nega ajuda aos aflitos, quem a oferece duvidosa*".

O novo Código Civil, embora tenha sido concebido por artífices de invidiosa técnica jurídica, desdenhou da afamada assertiva preconizada pelo dramaturgo italiano, pois positivou na novel consolidação da legislação civilística pátria, sem rastro algum de precisão, um arremedo de responsabilidade objetiva que, se por um lado pouca de garante da inviolabilidade dos direitos de alguns, por outro potencializa as temeridades que alguns inquisidores judiciais cometerão em nome do suposto sacrossanto instituto.

... ..

A discussão sobre essa temática toma foros de relevo em razão da disposição normativa que está contida no parágrafo único, do artigo 927 do novo Código Civil brasileiro que, objeto até então de persecuções exegéticas meramente perfunctórias, tem se consolidado entre os profissionais do direito como "*vexata quaestio*".

A imputação de responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco da atividade negocial, sobretudo se considerados os negócios jurídicos que se aperfeiçoam sob a égide do Código Civil, somente pode ser plausível se um dos contraentes desconhece a álea imanente ao negócio, ou seja, se um dos contratantes é, sem ciência, induzido a prática de determinado negócio jurídico cujo risco lhe é inerente, hipótese em que, diante do desconhecimento do fator de indeterminação havido e, considerada eventual perda suportada, este contratante estará legitimado ao pleito indenizatório.

Em outras palavras, quão maior for o número de informações franqueadas ao aderente, menor será a possibilidade de que sua alegação de desconhecimento seja acolhida pelos tribunais.

Dessemelhante é a hipótese da prática de negócios jurídicos aleatórios em que ambos os contratantes têm ciência inequívoca e ostensiva dos sobressaltos a que a contratação está sujeita e, ainda assim, contratam. Nesses casos, o negócio, além de ter sobre si a incidência da aleatoriedade, tem, também, a anuência expressa dos aderentes, como é típico, por exemplo, na formalização dos contratos de fundos de investimentos. Nessa citada espécie de liame contratual, não pode o aderente, cuja ciência é, sempre e sempre, integral acerca das possíveis oscilações dos índices de remuneração do capital,

alegar a perda ocorrida e, ato contínuo, pleitear indenização contra o administrador ou mantenedor do fundo sob as vestes da responsabilidade objetiva derivada do risco da atividade negocial desenvolvida. Ora, a possibilidade de imputar-se responsabilidade sem culpa, fundada meramente nonexo causal, deve estar circunscrita aos limites restritos dos contratantes, nesses casos sempre aderentes, para os quais a informação acerca dos riscos fora cerceada ou simplesmente suprimida; lição basilar que fora propagada com veemência e maestria pela genialidade do saudoso Professor Agostinho Neves de Arruda Alvim em suas mais de três décadas de cátedra.

... ..

Dessa forma, é de verificar-se que o parágrafo único, do artigo 927 do novo Código Civil, tal como concebido, demanda reflexão mais percuciente para que haja aplicação da melhor hermenêutica, a fim, quiçá, de que Louis Josserand e Raymond Saleilles, juristas franceses que palmilharam as primígenas veredas e lançaram os primeiros traços sobre a teoria da responsabilidade objetiva, não convulsionem em suas lápides devido ao exagero despropositado que ora se lha quer emprestar.

... ..

À propósito, a questão dos fundos de investimentos me é, neste momento, especialmente palpitante em virtude de, em um qualquer dia desses, numa dessas infindas filas de caixas de supermercados, eu ter sido surpreendido pela grata surpresa de encontrar um desses amigos que são embaralhados pelo jogo da vida e somem do nosso convívio, mas que não são subtraídos do nosso carinho. Superados os cumprimentos e as questões de praxe, *esse amigo, caudico experimentado nos embates da vida civil e nas questões de mercado de capitais, falou das piruetas e malabarismos literários de que estão se valendo alguns advogados para interpretar o parágrafo único, do art. 927 como cláusula geral assecuratória de perdas suportadas por clientes de bancos em razão de investimentos em fundos.* Daí asseverarmos que a questão dos fundos de investimento, da qual tratamos acima apenas circunstancialmente, é das mais relevantes sob o prisma da inteligência do novo Código Civil e, mormente, nos termos do que está previsto no lacunoso parágrafo único do seu art. 927.

O que subtrai e extirpa terminantemente qualquer resquício de possibilidade de que os fundos estejam sob o efeito regulatório do parágrafo único do art. 927 é que, apesar de a atividade desenvolvida pelos administradores de fundos de investimentos ser atividade normalmente de risco, os riscos são manifestos e os investidores subscrevem termos de responsabilidade, no qual manifestam ci-

ência irrestrita das possibilidades de perda de capital e, ainda, de eventual necessidade de aporte de capital em casos extremos de perda, que podem acontecer.

Ademais, havemos que ressaltar que a atividade dos administradores de fundos de investimento, ela própria, é atividade de risco, porém não representa risco para os direitos de ninguém, pois o cliente, que era proprietário do valor que será investido, ao promover, conscientemente, o investimento caracterizado pela álea perde o direito e conserva, apenas, uma expectativa de direito sobre o “quantum” que lhe será atribuído quando do resgate da aplicação realizada em caso de o saldo ser positivo e, se for negativo, do aporte de capital que haverá de fazer para quitar sua obrigação.

O administrador não é responsável pelas perdas se o grau de risco estiver expressamente contido no compromisso firmado no regulamento do fundo e formalizado nas suas cláusulas gerais. O administrador se torna responsável pelas perdas apenas nos casos específicos em que restar comprovado que promoveu operação cuja realização não estava de antemão prevista e, ainda, se o risco da aplicação tiver sido majorado devido a essa operação. Ademais, a responsabilidade do administrador pode, também, configurar-se se este não seguir as normas de “compliance” a que está adstrito. Por estas normas, cabe ao administrador providenciar mecanismos internos de monitoramento dos procedimentos, para possibilitar a constatação de que estão sendo cumpridas a legislação, o regulamento e a atividade de administração dentro dos padrões legais e éticos.

O sopesamento dessa responsabilidade dos administradores e de sua gradação será, portanto, realizado, sempre, com fundamento na responsabilidade clássica, que é de gênero e natureza subjetivos, fundada nas espécies culposas da negligência, imprudência e imperícia.

Constata-se, portanto, que mesmo diante de um esforço interpretativo hercúleo e, ainda que respeitadas os parâmetros de argumentação arquitetados por alguns causídicos, que a aplicação da responsabilidade objetiva fulcrada na teoria do risco, que consta expressamente do parágrafo único, do art. 927 desse nosso Código Civil, não pode ser transplantada por meio do “jeitinho” para que os fundos de investimento sejam esquarterados e, com eles, toda a matriz organizacional política e econômica do Estado reste sucateada.

Considerando que as aplicações em fundos de investimento são efetuadas por meio de contratos formais e escritos cujo risco é explícito e assumido pelos aderentes, fazemos coro a Amós, o profeta pastor de ovelhas de Técuca, que no capítulo 3 de seu livro na Vulgata, no

séc. VIII a. C., já indagava: “Andarão dois juntos, se não houver entre eles acordo?” ...

Tentar estender a aplicação da responsabilidade objetiva aos fundos de investimento é, no mínimo, uma exuberância, para não dizer uma caricatura, um dramalhão mexicano...

Alea jacta est” [todos os grifos são meus]²⁵

Por todo exposto, quer nos parecer não restar dúvida quanto à responsabilidade civil (bem assim a penal e a administrativa) do administrador e do gestor de fundo de investimento perante o cotista, pela má-gestão ou gestão temerária dos recursos que lhes forem confiados, bem como pela ocorrência de situações que indiquem fraude, negligência, imprudência ou imperícia na administração ou gestão do fundo, de forma a preservar e garantir não só os direitos dos cotistas, como a confiabilidade e segurança do próprio mercado financeiro.

Conclusão

A indústria de fundos de investimento tem um campo vastíssimo para continuar crescendo, oferecendo produtos novos e seguros e com uma rentabilidade atraente, constituindo-se num dos mais importantes instrumentos do sistema financeiro para a captação da poupança nacional.

Uma vez ultrapassadas as grandes crises mundiais que abalaram o sistema nas últimas duas décadas, o Brasil demonstrou a sua maturidade no controle da inflação, na auto-gestão e na redução gradual dos juros.

Ponto que também merece destaque pela sua importância foi a mudança gradual do costume e apego pela inflação a que estavam acostumados os cidadãos, que tinham a ilusão de que seu dinheiro rendia diariamente; pouco a pouco, por meio de campanhas eficazes e didáticas — tanto do governo, quanto das instituições financeiras —, foi possível educar o brasileiro para os benefícios da poupança, afastando-o do nefasto imediatismo de altos ganhos

A entrada de instituições financeiras estrangeiras, concomitantemente à privatização dos bancos públicos, contribuiu de forma decisiva para o aumento da concorrência, mediante o oferecimento de novos produtos, mais atraentes aos clientes e investidores, menores taxas de juros para financiamentos, modernização das agências e sistemas, com melhoria sensível do acesso aos produtos e serviços bancários; hoje em dia, sequer é necessário sairmos de casa ou do escritório para solicitar talões de cheques, pagar contas ou efetuar aplicações financeiras.

E desse amadurecimento do sistema financeiro nacional resultou o crescimento vertiginoso dos fundos de investimento financeiro. A proteção e a segurança ao investidor são os responsáveis pela evolução do patrimônio desses fundos.

Desde a criação da Comissão de Valores Mobiliários, temos acompanhado esse crescimento, sendo a CVM uma das principais responsáveis pela sua política de proteção ao investidor, notadamente o pequeno investidor não afeiçoado às intrincadas operações de mercado.

Medidas de desregulamentação ultimadas pelo órgão regulador, tais como incentivos à participação dos empregados, maior controle na gestão das empresas, aumento da transparência, maior eficiência na administração de recursos aliada à flexibilização de aplicações, criação de comitês internos e diversificação da captação de recursos, possibilitaram o amadurecimento dos gestores e administradores e a profissionalização do mercado financeiro e de capitais.

Não menos importante a participação das associações de classe (ANBID e ANDIMA), que vêm desempenhando um papel relevante na gestão cada vez mais profissional, impondo severas regras de gestão, administração, governança e visibilidade do mercado financeiro.

Outro aspecto que merece o devido destaque foi a segregação da gestão e administração dos recursos de terceiros, a implementação de controles internos e de gestão de risco.

Dentro desse arcabouço, com normas claras, garantias efetivas e gestão profissional, o resultado não poderia ser outro: o mercado atraiu a confiança do investidor.

E esse amadurecimento vem estampado nas recentes alterações na legislação e nas normas de regulação, com a definição de um único órgão de regulação (CVM), que por sua vez reuniu e consolidou as normas relativas aos fundos de investimento num único documento.

Essa nova norma – a Instrução CVM 409 –, passou a regular tanto os fundos de renda fixa, quanto os de renda variável, unificando os procedimentos até então duplicados e, em alguns casos, conflitantes, submetidos ora às diretrizes do BACEN, ora da própria CVM.

Hoje os registros de fundos, regulamentos, prospectos, definição de cota e forma de cálculo, assembleias de cotistas, deveres e responsabilidades do administrador e gestor, informações aos investidores, relatórios, auditoria, bem assim as normas de governança e visibilidade dos fundos de investimento encontram-se detalhadamente explicitadas numa única norma, facilitando sobremaneira tanto o desempenho dos administradores de fundos, quanto do próprio órgão regulador.

A atuação da Associação Nacional dos Bancos de Investimento – ANBID também tem se revelado de fundamental importância, com o compromisso dos administradores de fundos na observância dos princípios basilares de respeito aos poderes conferidos pelos investidores para a administração e gestão de seus recursos, preservação da relação fiduciária, adoção de prudência nos atos de gestão e a prevenção e controle de eventuais práticas que possam prejudicar a indústria de fundos de investimento.

Mais uma vez, despontam como fatores responsáveis diretos pelo crescimento do patrimônio dos fundos de investimento a confiança ad-

quirida pelo investidor no órgão regulador e nos administradores e gestores, em decorrência de um normativo objetivo, da gestão profissional e da transparência imprimida aos fundos de investimento, por meio da divulgação de informações confiáveis, uma governança corporativa eficaz e rígidos códigos de conduta.

Por fim, a segurança imprimida ao patrimônio dos investidores encontra eco na responsabilidade do administrador de fundos de investimento, pela eventual prática de atos de má-gestão divorciados do regulamento, da política de investimento ou dos limites de concentração das carteiras dos fundos.

Essa responsabilidade, de natureza subjetiva, fundada em dolo ou culpa, por má-gestão ou gestão temerária, impõe ao administrador de fundos o dever de indenizar o investidor dos prejuízos que este vier a experimentar por negligência, imprudência ou imperícia.

Da mesma forma, a responsabilidade é solidária no que pertine aos atos praticados pelo gestor ou outros contratados em nome do fundo, os quais, dentro do seu campo de atuação específica – seja auditoria, controladoria, custódia ou outros serviços afetos aos fundos de investimento –, respondendo, cada qual, pelo exercício de suas funções.

Comprovada a prática de ato avesso aos poderes conferidos pelo investidor ao administrador, ou agindo este na desconformidade da norma ou da praxe de mercado, não há como se negar o dever de indenizar.

Além da responsabilidade civil, responde também o administrador de fundos de investimento pelos seus atos junto ao órgão regulador. Com efeito, à CVM cabe o poder-dever de fiscalizar e, em sendo o caso, punir as eventuais práticas abusivas em prejuízo do mercado e do investidor. Está sujeito, pois, o administrador, além da indenização civil, às apenações de natureza administrativa e penal, cumprindo àquela Autarquia a instauração do competente processo administrativo, com as conseqüentes comunicações ao BACEN e Ministério Público, sempre que assim se fizer necessário.

Dessa forma, com os requisitos basilares de normativos precisos, boas práticas de mercado, transparência na gestão e administração de recursos e responsabilidade no trato da coisa alheia, conjuminados a um sistema financeiro coeso, administrado com regras claras e sem sobressaltos por meio de uma política econômica séria, foram os Fundos de Investimento Financeiro guindados ao patamar do melhor, mais ágil e moderno produto financeiro oferecido a qualquer classe de investidores, desde aqueles profissionais, comumente chamados de investidores qualificados, até mesmo o pequeno poupador, o investidor modesto que, mesmo sem possuir qualquer conhecimento desse mercado, pode desfrutar de seus benefícios.

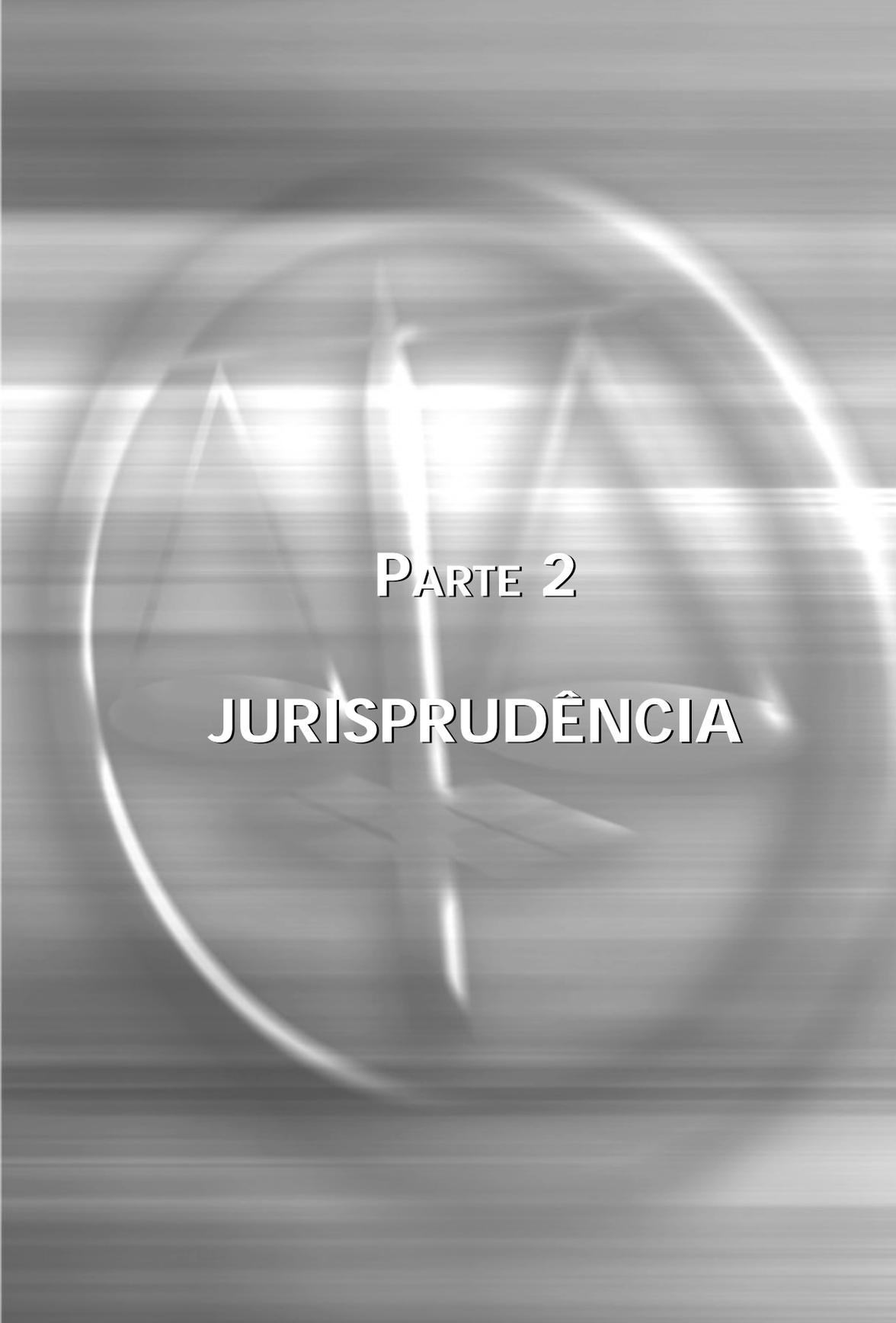
E essa segurança decorre da eficaz atuação da Comissão de Valores Mobiliários, enquanto guardiã do mercado, e pela séria e competente atuação profissional dos gestores e administradores de fundos de investimento que têm, numa parceria inédita e vencedora com o órgão regu-

lador – digna de reconhecimento e aplausos, posto que dissociada de qualquer interesse menor, mas dirigida ao fortalecimento da indústria de fundos –, avalizado a excelência do produto e a segurança de se investir na indústria de fundos de investimento no Brasil, fonte de importância ímpar para a economia e desenvolvimento nacionais.

Notas

- 1 Palestra proferida em Curso de Extensão Universitária promovido pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP (2006).
- 2 Em 12 de janeiro de 1861, Dom Pedro II criou a casa de penhor Monte Socorro da Corte e a Caixa Econômica da Corte, duas instituições financeiras que acabaram se fundindo. Desde a época imperial, portanto, damas brasileiras e alguns nobres sem fortuna passaram a recorrer à essa modalidade de empréstimo; empenhando jóias. Esta instituição, mais tarde se tornaria a Caixa Econômica Federal.
- 3 Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.
- 4 "Art 82. Para efeito de tributação do imposto de renda, não são considerados pessoas jurídicas, (Vetado) os fundos constituídos em condomínio e administrados por sociedades de investimentos fiscalizadas pela Superintendência da Moeda e do Crédito, desde que não seja aplicada em uma só empresa importância superior a 10% (dez por cento) do valor do fundo e haja distribuição anual, pelos condôminos, dos resultados auferidos. Parágrafo único. Os rendimentos correspondentes a esses fundos serão tributados, conforme a sua natureza, em poder dos condôminos, de acordo com a legislação em vigor."
- 5 Artigo 2º da Instrução CVM 409.
- 6 VEIGA, Alexandre Brandão da. **Fundos de Investimento Mobiliário e Imobiliário**. Almedina, Coimbra, 1999, p.43 ss.
- 7 Direitos Inerentes a Valores Mobiliários, *in* Direito dos Valores Mobiliários, Vol. I, Coimbra Editora, 1999, p.138.
- 8 Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Ano 1, nº 3, SET/DEZ 1998, Ed. RT, p.33 e seg.
- 9 *Da Natureza Jurídica do Fundo Imobiliário*, RDM, 80/15, 1990.
- 10 "XVI - política relativa ao exercício de direito do voto do fundo, pelo administrador ou por seus representantes legalmente constituídos, em assembleias gerais das companhias nas quais o fundo detenha participação;" Art. 41 - CVM 409.
- 11 "1º Além do serviço obrigatório de auditoria independente (art. 84), o administrador poderá contratar, em nome do fundo, com terceiros devidamente habilitados e autorizados, os seguintes serviços, com a exclusão de quaisquer outros não listados:..." Art. 56, CVM 409.
"Art. 59. Caso o administrador não seja credenciado pela CVM como prestador de serviços de custódia de valores mobiliários, o fundo deve contratar instituição credenciada para esta atividade." CVM 409.
- 12 Veja-se também, com relação aos Fundos de Investimentos em Títulos e Valores Imobiliários, o artigo 15 da Instrução nº 306/99, da CVM, que trata especificamente da segregação de atividades.

- 13** Sistema do Direito Civil Brasileiro, vol. II, tomo II, p.220-221.
- 14** cf. Sílvia Rodrigues, Direito Civil, Responsabilidade Civil, Saraiva, 1975. p.179.
- 15** Responsabilidade Civil, 6.ed. Ed. Forense, Vol. II, nº 218.
- 16** Direito Civil, 4.ed., Ed. Saraiva, 1979, Vol. 4, nº 61.
- 17** Responsabilidade Civil, Saraiva, 5 ed., 1994, nº 106, 1. p.491.
- 18** Código Civil, Liv. Francisco Alves, 10.ed., vol. IV/173.
- 19** Obrigações, Forense, 8.ed. p.71.
- 20** Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão, Ed. Forense, 3.ed. p.147.
- 21** Direito Civil, Ed. Saraiva, Vol. 4, p.167.
- 22** Curso de Direito Civil, Vol. 5, Editora Saraiv. p.386.
- 23** Curso de Direito Civil - "Direito das Obrigações" - 1ª parte.
- 24** *Apud* Newton de Lucca, "A Responsabilidade Civil dos Administradores das Instituições Financeiras"; RDM 67/32.
- 25** Mestre em Direito Civil e especialista em Direito das Relações de Consumo pela PUC/SP.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Poupança. Diferenças. Remuneração. CDC. Inaplicabilidade retroativa.

EMENTA OFICIAL

I. Embargos de declaração convertidos em agravo regimental.

II. Recurso extraordinário: descabimento: questão relativa ao preenchimento dos requisitos para a propositura de ação civil pública, de reexame inviável no RE: incidência da Súmula 636.

III. Recurso extraordinário: cabimento: tema de direito intertemporal devidamente prequestionado.

IV. Código de Defesa do Consumidor: contrato firmado entre instituição financeira e seus clientes referente à caderneta de poupança: não obstante as normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor alcancem as instituições financeiras (cf. ADIn 2.591, 7.6.2006, Pleno, Eros Grau), não é possível a sua aplicação retroativa, sob pena de violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Precedente (RE 205.999, 16.11.99, Moreira, RTJ 173/263).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em converter os embargos de declaração no recur-

so extraordinário em agravo regimental no recurso extraordinário. E, por unanimidade em, lhe negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de abril de 2007.

Sepúlveda Pertence - Relator.

RE 395.384-2 - PR. DJU 22/06/2007.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - É este o teor da decisão embargada:

"Junte-se a petição 126.032/2006.

RE, a a, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (f. 940):

'RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CADERNETA DE POUPANÇA. DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISPENSA DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PELO MENOS HÁ UM ANO. IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA. LITISCONSÓRCIO ATIVO. ADMISSÃO.

- O Código de defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é aplicável aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes à caderneta de poupança.

- Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, como na hipótese, pode o juiz dispensar o requisito da précons-

tuição superior a um ano, da associação autora da ação, de que trata o inciso III do parágrafo único do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos.

- A inclusão de litisconsortes, na ação civil pública, segue as regras do Código de Processo Civil, sendo admitida, de regra, apenas em momento anterior à citação da ré. Na presente hipótese, contudo, constou expressamente da petição inicial o pedido de publicação do edital para a convocação dos interessados, o que somente se deu após a citação, por inércia do magistrado de primeiro grau. Não se pretendeu alterar o pedido ou a causa de pedir, sendo aberta vista à parte contrária, que teve a oportunidade de se manifestar sobre a petição e os documentos a ela acostados, de forma que não houve qualquer prejuízo para o exercício de sua ampla defesa, sendo-lhe assegurado o contraditório. Destarte, admissível, ante às peculiaridades do caso e apenas excepcionalmente, o litisconsórcio ativo após a citação.

- Recurso especial conhecido e provido.'

Alega o RE violação dos artigos 5º, II, XXI, XXXII, XXXV, XXXVI, LIV, LV, § 2º, 93, IX, 127, 129, III, § 1º, 170, V, 192, da Constituição Federal, e 48 do ADCT: aduz ser a recorrida parte ilegítima para a propositura da ação, uma vez que não estava constituída há mais de um ano, conforme exige o art. 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor, não se enquadrando nas exceções previstas no § 1º daquele dispositivo.

Alega, ainda, não ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor, ao caso, por 'não existir relação de consumo no contrato de caderneta de poupança', e, ainda, que sua aplicação deu-se de forma retroativa, por referir-se a ação a depósitos efetuados em junho/87, janeiro/89 e março/90.

Decido.

A questão relativa ao preenchimento dos requisitos para que a recorrida pudesse propor a ação civil pública, é de alçada infraconstitucional, cujo reexame é inviável no RE: incide a Súmula 636.

No tocante a aplicação do CDC ao caso, esse Tribunal no julgamento da ADIn 2.591, 7.6.2006, Pleno, relator para o acórdão - Min. Eros Grau - decidiu que às instituições financeiras estão, todas elas, pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.'

No entanto, quanto à impossibilidade da aplicação retroativa do CDC, tem razão o recorrente. Assim se decidiu no RE 205.999, 16.11.99, Moreira, RTJ 173/263, com a seguinte ementa:

'Compromisso de compra e venda. Rescisão. Alegação de ofensa ao artigo 5., XXXVI, da Constituição. - Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele se aplica também às leis de ordem pública. De outra parte, se a cláusula relativa a rescisão com a perda de todas as quantias já pagas constava do contrato celebrado anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, ainda quando a rescisão tenha ocorrido após a entrada em vigor deste, a aplica-

ção dele para se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retro-atividade mínima que também é alcançada pelo disposto no artigo 5., XXXVI, da Carta Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido.'

Na linha do precedente, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, C.Pr.Civil), para afastar a aplicação retroativa do Código de Defesa do Consumidor."

Alega a embargante a legitimidade da APADECO para propor a ação, a inaplicabilidade, ao caso, do precedente citado na decisão recorrida, e que a questão relativa à aplicação retroativa do Código de Defesa do Consumidor não foi devidamente prequestionada.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Converter os embargos em agravo regimental.

Não tem razão a agravante.

Quanto à questão da legitimidade ativa da APADECO para a propositura da ação, falta à agravante interesse recursal, uma vez que ao examinar o RE do ora agravado fiz incidir, neste ponto, a Súmula 636.

No tocante à aplicação do CDC aos contratos firmados antes da sua vigência, a matéria foi devidamente prequestionada, uma vez que a sucumbência do agravado surgiu com a prolação do acórdão do STJ,

tendo sido o tema de direito intertemporal suscitado nos embargos de declaração opostos.

Nego provimento ao agravo regimental: é o meu voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Fico vencido na conversão e, no tocante ao tema de fundo, desprovejo os declaratórios. Eis as razões relativas ao primeiro ponto:

Entendo que os embargos declaratórios são cabíveis, quer direcionados a decisão definitiva, terminativa do processo, interlocutória, de colegiado ou individual, não sofrendo, sequer, esse recurso *sui generis*, as peias decorrentes da cláusula da irrecorribilidade, já que prescinde até mesmo do gravame, ou seja, da sucumbência.

No caso, a parte, vislumbrando não sei se omissão, obscuridade ou contradição na decisão que implicara a apreciação do agravo de instrumento, protocolizou os declaratórios. A meu ver, incumbia o julgamento desses declaratórios, não sendo possível - como ia iniciando o voto, antes do pregão do processo - inverter o princípio da fungibilidade, mesmo porque, caso se assentasse que não cabem os embargos declaratórios, estaríamos diante de um erro grosseiro, que não ensejaria, portanto, a conversão desse recurso em agravo regimental.

Penso que há um prejuízo enorme para a parte, quando se procede a essa conversão. É que as causas de pedir dos embargos declaratórios são diversas e devem estar centradas num daqueles defeitos que os respaldam - em omissão, contradição ou dúvida -, en-

quanto, no agravo, a articulação é outra: afirma-se o desacerto da decisão proferida, sob o ângulo do vício de procedimento ou de julgamento. Por isso, peço vênias para não conhecer do recurso interposto como agravo inominado, agravo interno, na dicção do professor Sálvio de Figueiredo.

DECISÃO

Por maioria de votos, a Turma converteu os embargos de declaração no recurso extraordinário em agravo regimental no recurso ex-

traordinário; vencido, nesta parte, o Ministro Marco Aurélio. Por unanimidade, lhe negou provimento, nos termos do voto do Relator. 1ª. Turma, 26.04.2007.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Ricardo Dias Duarte - Coordenador.

Superior Tribunal de Justiça

Dano moral. Indenização. Informações cadastrais. Financiamento.

EMENTA OFICIAL

Ação de indenização. Dano moral. Informações cadastrais para financiamento. Cerceamento de defesa.

1. Não há cerceamento de defesa quando o fato a que se refere a inicial para justificar o pedido está incontroverso nos autos, sequer merecendo do autor refutação, ou seja, a realidade das informações cadastrais, ficando sua argumentação apenas em torno da vedação de que tais informações sejam fornecidas sob pena de violação de sigilo bancário.

Não contestada a veracidade das informações, não há falar em cerceamento de defesa.

2. A prestação de informações cadastrais para efeito de financiamento não malfeze qualquer dispositivo de lei federal, cabível o pedido de dano moral se equivocadas.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Cas-

tro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Relator.

REsp 689581 - DF. DJU 14/05/2007.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Jackson Santos de Santana interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

"CIVIL: RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - INFORMAÇÕES CADASTRAIS - AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA - IMPROVIMENTO.

1. O ressarcimento de danos morais, tem como pressuposto necessário, a conduta ilícita de quem os ocasiona, circunstância que não se identifica no agir de instituição financeira que, diante de solicitação, informa a situação do seu cliente, em consonância com histórico cadastral cujos dados revelam-se negativos.

2. A informação em si da situação do cliente não afronta a cláusula do sigilo bancário.

3. Recurso improvido" (fl. 155).

Opostos embargos de declaração (fls. 157 a 171), foram rejeitados (fls. 173 a 179).

Sustenta o recorrente violação dos artigos 5º, incisos X, XII e LV, da Constituição Federal e 330 do Código de Processo Civil, afirmando que o Juiz julgou "antecipadamente o feito, sem dar oportunidade, conforme requerido e ratificado, do Autor provar o alegado e negado pelo Réu" (fl. 186).

Alega cerceamento de defesa, uma vez que não houve nos autos "a dilação probatória para que o apelante provasse e confirmasse toda a realidade, lisura e veracidade das informações bancárias prestadas pelo Réu" (fl. 187).

Aduz violação do artigo 407 do Código de Processo Civil, porque o Tribunal de origem "não acatou a preliminar, alegando que o ora Recorrente quando da propositura da ação deveria ter arrolado as testemunhas e não apenas ter protestado pela produção desse tipo de prova" (fl. 187).

Assevera contrariedade ao artigo 38 da Lei nº 4.595/64, pois o autor, ora recorrente, necessitando comprar um veículo, teve sua proposta de financiamento negada por informações bancárias sigilosas prestadas pelo réu sem autorização legal, o que configuraria quebra de sigilo bancário.

Alega ofensa ao artigo 159 do Código Civil, aduzindo que "está provado o dano moral, com reflexos patrimoniais sofridos pelo Autor" (fl. 204).

Aponta dissídio jurisprudencial, colacionando julgados, também, desta Corte e Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça Contra-

arrazoado (fls. 257 a 261), o recurso especial (fls. 181 a 215) foi admitido (fl. 279).

Houve recurso extraordinário (fls. 217 a 251), admitido (fl. 279).

É o relatório.

EMENTA

Ação de indenização. Dano moral. Informações cadastrais para financiamento. Cerceamento de defesa.

1. Não há cerceamento de defesa quando o fato a que se refere a inicial para justificar o pedido está incontroverso nos autos, sequer merecendo do autor refutação, ou seja, a realidade das informações cadastrais, ficando sua argumentação apenas em torno da vedação de que tais informações sejam fornecidas sob pena de violação de sigilo bancário.

Não contestada a veracidade das informações, não há falar em cerceamento de defesa.

2. A prestação de informações cadastrais para efeito de financiamento não malferir qualquer dispositivo de lei federal, cabível o pedido de dano moral se equivocadas.

3. Recurso especial não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

O recorrente ajuizou ação de indenização alegando que ao comprar um carro foi informado que não dispunha de crédito diante de más referências bancárias prestadas pela Caixa Econômica Federal.

A sentença julgou improcedentes os pedidos entendendo que não

há indicação de registro em cadastro negativo e que "as referências negativas supostamente prestadas pela servidora da CEF não foram concretamente refutadas, como também não o foram aquelas informações trazidas com a contestação, quanto à conduta do Autor enquanto correntista, constantes do doc. de fls. 36/37 (extrapolação de limite de cheque especial, cheques devolvidos, utilização de cheques avulsos por não concessão de talão de cheques, ocorrências de cheques sem fundo)" (fl. 88).

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região negou provimento à apelação. Afirma o acórdão que "a informação em si da situação do cliente não afronta a cláusula do sigilo bancário, pois o que se veda, com a constituição, é a publicidade das operações ativas e financeiras do usuário do serviço bancário. A mera menção à existência de cheques devolvidos, débitos decorrentes do uso do cheque especial e outros, naturalmente, não afronta a cláusula constitucional que assegura o sigilo bancário" (fl. 151). No que diz com a preliminar de nulidade, o Tribunal local acentuou que "instado a especificar as provas, o recorrente, ao invés de declinar os nomes das testemunhas, disse que, no momento próprio (?) (72/73), iria assim proceder" (fl. 151).

Ademais, nesse ponto, asseverou o acórdão que "diante das provas coligidas aos autos, o MM Juiz monocrático não sentiu necessidade de dilatação da fase instrutória, passando, de logo, a prolatar a sentença" (fl. 151).

Os embargos de declaração foram rejeitados.

A primeira trincheira do especial está na alegação de cerceamento de defesa considerando que a sentença afirma que não há provas de que as informações tenham sido prestadas indicando violação do "princípio do contraditório e da ampla defesa, esculpido na nossa Carta Magna" (fl. 186).

De fato, a regra da produção de prova em ações de indenização é bem ampla no sentido de que as partes têm direito a provar o que alegam tanto para a procedência como para a improcedência do pedido. Mas é preciso considerar a realidade dos autos para evitar que a alegação de cerceamento de defesa sirva para retardar desnecessariamente a prestação jurisdicional. Vejamos o que ocorre neste feito.

O pedido indenizatório foi em virtude de informações cadastrais prestadas pela ré. O Juiz diz que o fato foi negado pela Caixa Econômica Federal, prosseguindo, entretanto, com a afirmação de que as informações foram prestadas no tocante a candidato ao financiamento e que não houve inscrição em cadastro negativo. Mas, além disso, o Juiz considerou que as referências negativas prestadas pela funcionária da instituição financeira não foram refutadas, nem, tampouco, as informações constantes da contestação no que concerne ao agir do autor enquanto correntista da ré. Ora, isso é mais do que suficiente para espantar a necessidade de produção de qualquer outra prova, estando a matéria no âmbito de questão jurídica, a saber, se configura dano moral a prestação pela instituição financeira de informação negativa sobre candidato ao

financiamento relativamente ao seu histórico como cliente. Veja-se, ademais, que o acórdão seguiu a mesma trilha ao afirmar que embora persistindo a questão de ter, ou não, a funcionária prestado as informações negativas, "não se observa nenhuma ilicitude, em procedimento dessa natureza" (fl. 151), daí o desca-bimento da alegação de dano moral. Merece destacado que o autor não discute a substância das informações, mas, apenas, que foram fornecidas como afirma na inicial, sendo insubsistente a negativa da instituição financeira. Tanto é assim que o especial afirma, expressamente, que a vida do autor "enquanto correntista só interessa a ele e ao agente financeiro, nada tem a ver com o mérito dos presentes autos. Portanto, inoportuna e sem qualquer eficácia jurídica tal passagem, pois foge totalmente ao caso concreto quanto ao deslinde da presente demanda. Não mereceu e não merece qualquer comentário" (fl. 197).

Assim, não vejo, no caso, como amparar a preliminar de nulidade com apoio em cerceamento de defesa com relação à prova testemunhal do autor e do representante da instituição financeira.

No mérito, a solução oferecida pelas instâncias ordinárias merece mantida. As informações cadastrais para efeito de obtenção de finan-

ciamento, de natureza meramente informativa, não é fato suscetível de provocar dano moral. Se as informações fossem inverídicas, aí sim poderia cogitar-se de dano moral. Todavia, se elas refletem a realidade cadastral, ou seja, com fatos que não são desmentidos pelo autor, como no caso, não existe ilicitude alguma. Por outro lado, e isso reforça o convencimento de que o comportamento do autor enquanto correntista não foi fornecido com engano, erro, a questão de rompimento do sigilo bancário passa ao largo da situação dos autos como bem lançado no acórdão.

Não conheço do especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília, 20 de março de 2007.

Solange Rosa dos Santos Veloso
- Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

Contrato de abertura de crédito. Renovação automática.

EMENTA OFICIAL

Contrato de abertura de crédito em conta-corrente. Embargos de declaração. Art. 557 do Código de Processo Civil. Juros. Comissão de permanência. Capitalização. Letra de câmbio. Renovação automática do contrato. Precedentes da Corte.

1. Não há violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o julgado contém suficientes fundamentos não obstando o conhecimento do especial na parte impugnada.

2. Os embargos declaratórios devem ser julgados pelo órgão colegiado, e, no caso, tal ocorreu quando afastada a omissão expressamente, mantida a decisão monocrática.

3. A limitação dos juros em 12% é indevida nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente.

4. A comissão de permanência é permitida nos termos da Súmula nº 294 da Corte, não cumulada com nenhum outro encargo previsto para a inadimplência.

5. A capitalização mensal dos juros é vedada em contrato de abertura de crédito, permitida a anual, salvo nos contratos posteriores a 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17, revigorada pela de nº 2.170-36 (DJ de 24/8/01), vigente nos termos do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/01 (DJ de 12/9/01).

6. O tema relativo à letra de câmbio não pode ser apreciado porque impróprios os dispositivos indicados que não foram objeto de exame pelo acórdão e sequer mencionados nos embargos de declaração.

7. A cláusula de renovação automática do contrato de abertura de crédito não é abusiva.

8. Possível a inscrição do devedor em cadastro negativo quando ausentes os requisitos previstos em precedente da Segunda Seção que consolidou a jurisprudência nesses casos (REsp nº 527.618/RS, Segunda Seção, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 24/11/03).

9. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 1º de março de 2007.

Ministro Carlos Alberto Menezes
Direito - Relator.

REsp 697379 - DF. DJU 21/05/2007.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Banco Itaú S.A. interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

"REVISIONAL. CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO. CABIMENTO DA REVISÃO. CDC APLICÁVEL.

CADASTRAMENTO NEGATIVO EM BANCO DE DADOS DE CONSUMO DESCABIDO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA EXPUNGIDA. CAPITALIZAÇÃO ANUAL, COMO SENTENCIADO. JUROS LIMITADOS; ABUSIVIDADE. IMPERTINÊNCIA DO DEBATE ACERCA DA EXISTÊNCIA DE MORA SOLVENDI. NULIDADE DA CARTULA EMITIDA COM BASE EM VALORES DECORRENTES DE CLÁUSULAS ILEGAIS. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA DO PACTO, SEM ANUÊNCIA DO CONSUMIDOR EM DÉBITO. APELO IMPROVIDO" (fl. 234).

Opostos embargos de declaração (fls. 253 a 255), o Relator, por decisão monocrática, negou seguimento ao recurso (fl. 257). Interposto agravo (fls. 259 a 266), a Décima Nona Câmara do Tribunal local negou provimento ao recurso (fls. 269 a 271).

Alega o recorrente contrariedade aos artigos 126, 273 e 535 do Código de Processo Civil; 2º, 3º, § 2º, 6º, inciso V, 42, 43, §§ 1º, 3º e 4º, e 51, *caput* e incisos IV e XV e § 1º, incisos I e III, da Lei nº 8.078/90; 115, 145 e 1.062 do Código Civil de 1916; 4º, incisos VI e IX, e 9º da

Lei nº 4.595/64; 12, inciso VI, e 18 do Decreto nº 2.181/97; 3º e 44 da Lei Uniforme de Genebra; 1º e 28 do Decreto nº 2.044/08 e 389 do Novo Código Civil, sustentando, em preliminar, que o Tribunal de origem não examinou todas as matérias suscitadas pelo recorrente, mesmo com a oposição dos embargos de declaração.

Aduz "que a regra constante no art. 557 do CPC não possui aplicação quanto aos embargos de declaração. De acordo com o que dispõe o artigo 537 do CPC, os embargos de declaração, interpostos contra decisão proferida no Tribunal, deverão ser apreciados em mesa pela Câmara na Seção subsequente. Desse modo, por exigência processual, o julgamento monocrático dos embargos de declaração não se mostra cabível" (fl. 280).

No mérito, destaca não haver limitação para os juros praticados pelas instituições financeiras, permitida a capitalização dos juros. Afirma que não se aplicam ao caso dos autos as disposições da Lei de Usura e do Código de Defesa do Consumidor.

Assevera ser legal a cobrança da comissão de permanência.

Acrescenta ser legal a inscrição do nome dos recorridos nos cadastros das entidades de proteção ao crédito.

Argúi não ser nula a letra de câmbio emitida com base no contrato celebrado entre as partes.

Conclui no sentido de ser legal a cláusula de renovação automática do contrato de abertura de crédito em conta-corrente. Esclarece que "a cláusula de renovação automática não se mostra iníqua ou

abusiva, ao contrário do que pressupôs o v. acórdão" (fl. 311) e que a "referida cláusula é da própria essência do contrato de abertura de crédito em conta corrente, e sua ausência implicaria, em termos práticos, na inviabilidade da utilização deste tipo de contrato" (fl. 311).

Aponta dissídio jurisprudencial, colacionando julgados também desta Corte e as Súmulas nºs 596/STF e 30/STJ.

Sem contra-razões (fl. 323), o recurso especial (fls. 276 a 313) foi admitido (fls. 325 a 327).

Houve recurso extraordinário (fls. 315 a 322), não admitido (fls. 325 a 327), decisão que restou agravaada (fl. 329).

É o relatório.

EMENTA

Contrato de abertura de crédito em conta-corrente. Embargos de declaração. Art. 557 do Código de Processo Civil. Juros. Comissão de permanência. Capitalização. Letra de câmbio. Renovação automática do contrato. Precedentes da Corte.

1. Não há violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o julgado contém suficientes fundamentos não obstando o conhecimento do especial na parte impugnada.

2. Os embargos declaratórios devem ser julgados pelo órgão colegiado, e, no caso, tal ocorreu quando afastada a omissão expressamente, mantida a decisão monocrática.

3. A limitação dos juros em 12% é indevida nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente.

4. A comissão de permanência é permitida nos termos da Súmula nº 294 da Corte, não cumulada com nenhum outro encargo previsto para a inadimplência.

5. A capitalização mensal dos juros é vedada em contrato de abertura de crédito, permitida a anual, salvo nos contratos posteriores a 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17, revigorada pela de nº 2.170-36 (DJ de 24/8/01), vigente nos termos do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/01 (DJ de 12/9/01).

6. O tema relativo à letra de câmbio não pode ser apreciado porque impróprios os dispositivos indicados que não foram objeto de exame pelo acórdão e sequer mencionados nos embargos de declaração.

7. A cláusula de renovação automática do contrato de abertura de crédito não é abusiva.

8. Possível a inscrição do devedor em cadastro negativo quando ausentes os requisitos previstos em precedente da Segunda Seção que consolidou a jurisprudência nesses casos (REsp nº 527.618/RS, Segunda Seção, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 24/11/03).

9. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Ação de revisão de contrato de abertura de crédito em conta-corrente, cheque especial, cumulada com cautelar, alegando a cobrança de encargos e juros abusivos.

A sentença julgou procedentes os pedidos e tornou definitiva a

antecipação de tutela para declarar que "o débito do contrato de fls. 133 e 133v - Contrato LIS Portfólio - deverá ser recalculado, constituindo-se mediante os seguintes parâmetros: a) taxa de juros remuneratórios de 12% ao ano; b) capitalização anual dos juros; c) incidência do IGP-M/FGV para a correção monetária, e d) em caso de mora, que é afastada por não caracterizada, incidirão os encargos moratórios, sendo os juros moratórios de 12% ao ano, conforme contratado, reduzindo a multa para 2%, e) afastando a cobrança da comissão de permanência, declarando nula cláusula nesse sentido" (fl. 158). Tornou, também, definitiva a liminar de sustação de protesto e determinou que a instituição financeira "credite na conta dos autores, incontinenti, o valor relativo a restituição do imposto de renda do autor, conforme demonstrativo de fl 12 daquele incidente" (fl. 159). Custas e honorários de R\$ 500,00 nos incidentes e de R\$ 850,00 quanto ao principal.

A apelação do banco foi desprovida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Entendeu o acórdão que possível a revisão dos contratos e que aplicável o Código de Defesa do Consumidor. Em seguida, considerou o Tribunal local que a capitalização anual é possível em contratos da espécie, mas não a mensal, manteve a limitação da taxa de juros em 12% ao ano tendo em vista a estabilidade da economia e a situação vulnerável do consumidor, havendo "vantagem manifestamente excessiva" (fl. 244) na cobrança de juros superiores, decidiu ser abusivo o encaminhamento do nome do devedor ao

cadastro negativo porque em discussão judicial o débito, e, no mesmo sentido, a cobrança da comissão de permanência, julgou indevida a discussão sobre a multa em sede de ação de revisão, porquanto não se sabe se existe, ou não, débito. Finalmente, considerou que a letra de câmbio é nula, porque contém valores falsos, e nula também a cláusula de renovação automática do contrato diante da situação de débito do consumidor.

Por decisão solitária do Relator, os embargos de declaração foram rejeitados, mantida em agravo interno.

Estou afastando as alegadas violações dos artigos 535 e 557 do Código de Processo Civil. Quanto ao primeiro, o tema dos juros está posto e não carece de omissão, podendo ser apreciado nesta Corte sem óbice de prequestionamento; quanto ao segundo, o órgão colegiado decidiu não haver omissão, ficando, assim, suprido o vício da decisão monocrática em embargos declaratórios.

Quanto aos juros remuneratórios, com razão a instituição financeira. É uma pena que ainda persista decisões judiciais em flagrante confronto com a assentada jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte que já afastaram a limitação dos juros, desnecessária qualquer autorização do Conselho Monetário Nacional: Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal; REsp nº 271.214/RS, Segunda Seção, de que sou Relator para acórdão, DJ de 4/8/03; REsp nº 504.036/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 27/6/05; REsp nº

156.773/RS, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ de 24/8/98; REsp nº 239.235/RS, Terceira Turma, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 14/8/2000; REsp nº 196.253/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 28/6/99.

No que concerne à comissão de permanência, de igual modo, o acórdão desafia a Súmula nº 294, o que é bastante para acolher a impugnação da instituição financeira, não cumulada nem com a correção monetária (Súmula nº 30 da Corte), nem com quaisquer outros encargos na inadimplência (AgRgREsp nº 712.801/RS, de minha relatoria, Segunda Seção, DJ de 4/5/05).

A capitalização dos juros, porém, deve ser mantida anual, na linha da jurisprudência da Corte que veda a capitalização mensal: REsp nº 602.068/RS, Segunda Seção, Relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 21/3/05.

No que concerne à inscrição no cadastro negativo, a instituição financeira tem razão. A jurisprudência da Corte consolidou-se no sentido de que somente vedada a inscrição quando presentes, concomitantemente, três requisitos: que exista ação proposta pelo devedor contestando a existência parcial ou integral do débito; que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada desta Corte ou do Supremo Tribunal Federal e, por fim, que, sendo a contestação de apenas parte do débito, deposite ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do Magistrado, o valor da parte tida por incontroversa (REsp nº

527.618/RS, Segunda Seção, Relator o Ministro César Asfor Rocha, DJ de 24/11/03). No caso, está ausente depósito judicial para garantia do débito, o que afasta a proibição.

Sobre a letra de câmbio, o acórdão, como vimos, entendeu que, sendo os valores falsos e não guardando "relação com o legalmente exigível do consumidor, com o legitimamente cobrável" (fl. 249), é nula. Mas o especial chega com apoio nos artigos 3º e 44 da Lei Uniforme de Genebra e 1º e 28 do Decreto nº 2.044, argumentando que são lícitos os encargos cobrados, com o que "o valor expresso na cártula representa devidamente o débito da recorrida, com o que a letra de câmbio não pode ser tida como inválida" (fl. 310). Ocorre que esses dispositivos não foram tratados pelo julgado e nem sequer foram objeto dos embargos declaratórios que cuidaram apenas da questão relativa à legislação em torno da limitação da taxa de juros. Não há, portanto, prequestionamento.

Finalmente, enfrenta o especial o tema da cláusula de renovação automática. Mais uma vez com razão a instituição financeira, aplicando o art. 51, IV, § 1º, I e III, do Código de Defesa do Consumidor, considerando a situação de débito e sobretudo a prática que "visa a cancelar cobranças que, como aqui vimos, são ilícitas" (fl. 249). Mas não há abusividade nenhuma, sendo cláusula própria e adequada aos contratos da espécie, certo que, como assinala o especial, a sua ausência inviabiliza o próprio contrato, sendo até mesmo prejudicial ao próprio consumidor.

Em conclusão, conheço do especial, em parte, e, nessa parte,

dou-lhe provimento para afastar a limitação da taxa de juros em 12% ao ano, permitir a cobrança da comissão de permanência nos termos da Súmula nº 294 da Corte, não cumulada nem com a correção monetária, nem com os juros remuneratórios, nem com quaisquer outros encargos previstos para a inadimplência, afastar a vedação da inscrição do nome do devedor no cadastro negativo e considerar válida a cláusula que autoriza a renovação automática do contrato de abertura de crédito. Custas proporcionais, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil, e honorários de 10% sobre o valor da causa, na proporção do respectivo proveito, compensados.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília, 01 de março de 2007.

Solange Rosa dos Santos Veloso
- Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

FGTS. Execução fiscal. Acordo trabalhista. Invalidez. Lei 9491/97.

EMENTA

FGTS - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA - PARCELAS PAGAS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO - COBRANÇA PELA CEF.

1. Até o advento da Lei 9.491/97, o art. 18 da Lei 8.036/90 permitia que se pagasse diretamente ao empregado as seguintes parcelas: depósito do mês da rescisão, depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e 40% do montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho, em caso de demissão sem justa causa ou 20%, em caso de culpa recíproca ou força maior.

2. Com a alteração da Lei 9.491/97, nada mais pode ser pago diretamente ao empregado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS.

3. Hipótese dos autos em que parte do pagamento direto ocorreu, de forma ilegítima. Legalidade da exigência de tais parcelas em execução fiscal.

4. Recurso especial provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima

indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira (Presidente), Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2007.

Ministra Eliana Calmon - Relatora.

REsp nº 754.538 - RS (2005/0088597-1). DJU 16/08/2007.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Trata-se de recurso especial interposto, com base na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF da 4ª Região assim ementado (fl. 487):

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. CDA. PAGAMENTO DIRETO AO TRABALHADOR

1. A Lei 6.830/80, no parágrafo 5º do artigo 2º, elenca todos os requisitos essenciais para a validade da CDA, que goza de presunção *iuris tantum* de certeza e liquidez, cabendo ao executado o ônus probatório de afastar a referida presunção.

2. Não obstante, concordar com o fato da desnecessidade de constar na CDA e no procedimento ad-

ministrativo a discriminação dos funcionários que não tiveram o FGTS regularmente recolhido, entendendo que cabia à CEF comprovar que o pagamento efetuado diretamente na Justiça do Trabalho não consta na Certidão de Dívida Ativa que Lastreia o executivo fiscal, nos termos dos artigos 333, II e 334, III, do Código de Processo Civil.

3. Desse modo, como parte dos valores executados foram demonstradamente pagos aos credores individuais quando do acordo efetuado junto à Justiça do Trabalho, necessária sua amortização do débito exequendo.

Aponta a CEF ofensa ao art. 333, I e II do CPC e aos arts. 15, 22 e 23 da Lei 8.036/90, alegando que, nos embargos à execução, é ônus do devedor fazer a prova do pagamento e que nas reclamações trabalhistas o pagamento das parcelas do FGTS não deve ser feito diretamente ao empregado.

Explica a recorrente que a contribuição do FGTS é constituída não só do crédito do trabalhador, mas também de parcelas relativas ao encargo social que é destinada ao próprio sistema, havendo um interesse público nos depósitos fundiários, que são responsáveis pelo financiamento do Sistema de Habitação.

Afirma que, mesmo tendo sido pagas as parcelas do FGTS decorrentes de acordo homologado ou decisão da Justiça do Trabalho e informadas à CEF para amortizar o crédito desses empregados, restarão, ainda, as parcelas decorrentes do encargo social, na forma definia em lei, além dos créditos daqueles empregados não pagos, cujos valores serão creditados diretamente em suas contas.

Conclui que o Judiciário não pode conferir validade a pagamentos efetuados contra expresso texto de lei, sob pena de contribuir para a instabilidade jurídica e liberar o empregador das multas e juros decorrentes de sua conduta.

Sem contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

Relatei.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA):

Trata-se de embargos opostos por LEGIÃO DA CRUZ DE LIVRAMENTO à execução que lhe move a CEF para cobrança de contribuições devidas ao FGTS.

O Tribunal *a quo* entendeu que, não obstante o art. 15 da Lei 8.036/90 seja claro ao exigir que os valores referentes ao FGTS sejam depositados em não pagos diretamente ao empregado, é possível a quitação diretamente ao empregado quando a relação empregatícia estiver em discussão na via trabalhista, sob pena de ocorrência de duplo pagamento da mesma dívida.

Assim, quanto aos empregados CARMEM SUZANA GONÇALVES BAYON, CIRCE NAYAR OLIVEIRA LOURENÇO, MARIA IEDA SILVEIRA GOMES, o TRF reputou hábeis à demonstração de pagamento efetivada quando da rescisão dos contratos empregatícios homologados pelo sindicato e o recibo acostado à fl. 199.

Por outro lado, a Corte de Apelação reconheceu que cabia à CEF comprovar que o pagamento efetuado diretamente na Justiça do Trabalho não constava na CDA que

lastreia o executivo fiscal, nos termos do art. 333, II e 334, III do CPC, ressaltando que a CEF, em sua impugnação, insurgiu-se contrariamente ao pagamento efetuado diretamente na justiça trabalhista, sem nada dispor quanto à inclusão ou não nas notificações do débito as parcelas referentes à citada empregada.

A CEF refuta veementemente o pagamento direto ao empregado mesmo quando a rescisão do contrato de trabalho ocorrer na Justiça Obreira, alegando ainda que, nos embargos à execução, se o embargante alega que houve pagamento, o ônus da prova é de sua responsabilidade.

Prequestionadas as teses, passo ao exame do recurso, transcrevendo os seguintes dispositivos da Lei 8.036/90:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

Art. 26. É competente a Justiça do Trabalho para julgar os dissídios entre os trabalhadores e os empregadores decorrentes da aplicação desta lei, mesmo quando a Caixa Econômica Federal e o Ministério do Trabalho e da Previdência Social figurarem como litisconsortes.

Parágrafo único. Nas reclamatórias trabalhistas que

objetivam o ressarcimento de parcelas relativas ao FGTS, ou que, direta ou indiretamente, impliquem essa obrigação de fazer, o juiz determinará que a empresa sucumbente proceda ao recolhimento imediato das importâncias devidas a tal título.

A jurisprudência desta Corte, embora não aceite tal forma de pagamento, deixa de penalizar a empresa com a exigência de um segundo pagamento, aceitando seja feito o abatimento do valor devido das parcelas entregues ao empregado. Neste sentido temos os precedentes seguintes:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. NÃO PAGAMENTO DO FGTS JÁ PAGO DIRETAMENTE AOS EMPREGADOS POR OCASIÃO DA RESCISÃO CONTRATUAL. LEIS 5.107/66 E 8.036/90.

1. Embora o artigo 2º da Lei nº 5.107/66 estabeleça a obrigatoriedade do depósito, o seu artigo 6º permitiu o pagamento direto aos empregados optantes.

2. Se a empresa não observou as normas relativas ao recolhimento dos depósitos, essa falta poderá ensejar a aplicação de multa. Todavia, os valores pagos devem ser deduzidos do total exigido, sob pena de ficar a empresa obrigada a pagar duas vezes a mesma parcela.

3. Recurso especial improvido. (REsp 396.743/PR, Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.08.2004, DJ 06.09.2004, pág. 198)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES AO FGTS. PAGAMENTO DIRETO A EMPREGADO DEMITIDO. ABATIMEN-

TO. POSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

1. Embargos à execução fiscal em que se busca, dentre outros pedidos, o abatimento de valores relativos à contribuição do FGTS, em face do pagamento direto realizado a empregado demitido. Acórdão do TRF/4ª Região que entende incabível a redução pretendida afirmando não ser hipótese enquadrada no art. 18 da Lei nº 8.036/90, sendo posicionamento pacífico no âmbito daquela Corte. Recurso especial fundado na divergência jurisprudencial em face de acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região que admite a possibilidade do referido pagamento direto ao empregado.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido, excepcionalmente, o pagamento direto do FGTS ao empregado, quando da rescisão contratual sem justa causa.

3. "Se a empresa não observou as normas relativas ao recolhimento dos depósitos, essa falta poderá ensejar a aplicação de multa.

Todavia, os valores pagos devem ser deduzidos do total exigido, sob pena de ficar a empresa obrigada a pagar duas vezes a mesma parcela" (RESP 396743/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 06.09.2004, p.198).

4. Recurso especial provido. (REsp 606.848/RS, Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.02.2005, DJ 04.04.2005 p.181)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE DÉBITOS PARA COM O FGTS. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO, DO DÉBITO EXEQÜENDO, DE

VALORES RELATIVOS AO FGTS PAGOS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO QUANDO DA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PROVIMENTO.

1. Os valores do FGTS, objeto de execução, mas pagos pelo empregador diretamente ao empregado, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho ocorrida antes da vigência da Lei 9.491/97, devem ser deduzidos do total exigido na execução, sob pena de ficar a empresa obrigada a pagar duas vezes a mesma parcela. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Recurso especial provido. (REsp 585.818/RS, Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26.04.2005, DJ 23.05.2005 p.153)

Examinada a jurisprudência, vejamos a legislação. Antes do advento da Lei 9.491/97, a Lei 8.036/90, no art. 18, preceituava:

Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a pagar diretamente ao empregado os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, pagará este diretamente ao trabalhador importância igual a 40 (quarenta) por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

§ 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força mai-

or, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.

§ 3º As importâncias de que trata este artigo deverão constar do recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, observado o disposto no art. 477 da CLT e eximirão o empregador exclusivamente quanto aos valores discriminados. Verifica-se, pelo teor do dispositivo transcrito, que somente as parcelas expressamente determinadas pela lei poderiam ser pagas diretamente aos empregados.

Pergunta-se então: quais são essas parcelas? Responde-se pela letra fria da lei: a) o depósito relativo ao mês da rescisão e b) o depósito referente ao mês anterior (se ainda não vencido o prazo para seu recolhimento). Mas não é só, pois o dispositivo autoriza expressamente o pagamento direto em duas hipóteses:

1º) em se tratando de despedida sem justa causa, a verba a ser paga diretamente ao empregado corresponderá a importância igual a 40% (quarenta por cento) do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho (§ 1º);

2º) em caso de culpa recíproca, o percentual será de 20% (vinte por cento) do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de Documento: 708650 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 16/08/2007 Página 6 de 9 trabalho (§ 2º);

Além disso o § 3º do art. 18 da Lei 8.036/90 afirmava expressamente que o empregador somente se

eximiria das parcelas discriminadas na lei, devendo as demais ser depositadas na conta vinculada do trabalhador no FGTS.

Assim, chama-se atenção para o fato de somente as parcelas discriminadas na lei eram passíveis de pagamento direto ao empregado.

Com o avanço da jurisprudência que deu ao dispositivo interpretação elástica, surgiu a preocupação com o desfalque de recursos do Fundo, o que levou o legislador a alterar, por intermédio da Lei 9.491/97, publicada em 10/9/1997, a redação do mencionado art. 18 da Lei 8.036/90, que passou a vigor com a seguinte redação:

Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

(Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)

§ 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.

§ 3º As importâncias de que trata este artigo deverão constar da documentação comprobatória do recolhimento dos valores devidos a título de rescisão do contrato de trabalho, observado o disposto no art. 477 da CLT, eximindo o empregador, exclusivamente, quanto aos valores discriminados. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)

Observe-se que a alteração legislativa teve como objetivo preservar o Fundo.

Assim, adotar-se entendimento diverso, possibilitando o pagamento direto ao empregado, atropela de forma direta o disposto no *caput* do artigo 18 que, com a alteração na sua redação tornou-se peremptório ao determinar que: ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregado, ficará ele obrigado a depositar na conta do FGTS.

Para reforçar o entendimento a mesma Lei 8.036/90, no artigo 20, em longa previsão, enumera as hipóteses em que poderá o empregado lançar mão dos valores do seu FGTS.

Nesse sentido, trago à colação julgado de minha relatoria:

FGTS - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA - PARCELAS PAGAS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO - COBRANÇA PELA CEF - VIOLAÇÃO DO ART. 26 DA LEI 8.036/90.

1. Até o advento da Lei 9.491/97, o art. 18 da Lei 8.036/90 permitia que se pagasse diretamente ao empregado as seguintes parcelas: depósito do mês da rescisão, depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e 40% do montante

de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho, em caso de demissão sem justa causa ou 20%, em caso de culpa recíproca ou força maior.

2. Com a alteração procedida pela Lei 9.491/97, nada mais poderia ser pago diretamente ao empregado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS.

3. Hipótese dos autos em que o pagamento direto ocorreu, de forma ilegítima, quando já em vigor a Lei 9.491/97. Legalidade da exigência de tais parcelas em execução fiscal.

4. Ofensa ao art. 26, parágrafo único, da Lei 8.036/90.

5. Recurso especial provido. (REsp 632125/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01.09.2005, DJ 19.09.2005 p.273)

Na hipótese *sub judice*, o Tribunal reconheceu a validade do pagamento efetuado aos empregados CARMEM SUZANA GONÇALVES BAYON (rescisão contratual ocorrida em 30/03/97 - fls. 193), CIRCE NAYAR OLIVEIRA LOURENÇO (rescisão contratual ocorrida em 30/03/98 - fls. 194) e MARIA IEDA SILVEIRA GOMES (rescisão contratual ocorrida em 09/02/93 - fls. 197/199). Deve-se observar, portanto, a data da rescisão contratual para fins de aplicação do art. 18 da Lei 8.036/90, com a redação anterior ou posterior ao advento da Lei 9.491/97.

Por essas razões, considero legítima a exigência da CEF, cobrando por meio de execução fiscal, os valores pagos diretamente aos empregados de forma contrária à lei. Por fim, não obstante o Tribunal tenha feito referência ao ônus

da prova (fls. 484/485), a questão foi trazida à baila apenas como reforço de argumentação, não tendo influenciado diretamente no julgamento. Por isso, entendo prejudicada a análise da tese em torno do art. 333, I do CPC.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial.

Em consequência, mantenho a sentença na parte relativa aos honorários advocatícios, que os fixou em "10% sobre o valor da redução do débito, a partir do valor apontado na inicial, corrigido monetariamente, a serem suportados por cada parte em favor do patrono da parte adversa".

É o voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira (Presidente), Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 07 de agosto de 2007.

Valéria Alvim Dusi - Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

Direito civil. Onerosidade excessiva. Boa-fé objetiva.

EMENTA OFICIAL

DIREITO CIVIL E AGRÁRIO. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. ALTERAÇÃO DO VALOR DO PRODUTO NO MERCADO. CIRCUNSTÂNCIA PREVISÍVEL. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, BOA-FÉ OBJETIVA E PROIBIDADE. INEXISTÊNCIA.

- A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível.

- Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio - motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário - porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo.

- O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato.

- A função social infringida ao contrato não pode desconsiderar

seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.

- A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 28 de junho de 2007 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi - Relatora.

REsp 803481 - DF. DJU 01/08/2007.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por CARGILL AGRÍCOLA S.A., com fundamento no art. 105, III, "a" e "c" da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/GO.

Ação: revisional de cláusulas contratuais com pedido de tutela antecipada, ajuizada por LUIZ FERREIRA LIMA, ora recorrido, em desfavor da recorrente.

Em 10.05.2002 e 15.05.2002 as partes celebraram contratos de venda e compra de safra futura de soja a preço certo. A entrega da mercadoria foi combinada, respectivamente, para 30.03.2003 e 03.05.2003, ao preço de R\$21,00 (vinte e um reais) e R\$23,00 (vinte e três reais) por saca de 60 quilos.

Alega o recorrido terem sobrevivendo acontecimentos imprevisíveis, notadamente a eleição presidencial e a iminência de guerra no oriente médio, fatores que teriam ocasionado a elevação extraordinária do Dólar norte-americano frente ao Real, tornando sua obrigação excessivamente onerosa.

Diante disso, pleiteia a revisão do valor dos contratos, para que a recorrente seja obrigada a pagar R\$34,50 (trinta e quatro reais e cinquenta centavos) por saca de soja ou, alternativamente, que a obrigação do recorrido seja satisfeita pela entrega de apenas 2.136 sacas de soja, ao invés das 3.000 sacas

contratadas, mantendo-se o preço originalmente avençado.

O pedido de antecipação da tutela foi rejeitado pelo juiz (fls. 49), dando azo à interposição de agravo de instrumento, ao qual foi dado provimento, para que "seja o preço do produto do agravante (soja), constante dos dois contratos objeto deste recurso, elevado para R\$31,50 (trinta e um reais e cinquenta centavos) a saca de 60 quilos" (fls. 91/100).

Sentença: julgou improcedente os pedidos, mantendo inalterados os termos do contrato, frisando que "o contrato de comercialização antecipada é uma modalidade de venda a termo onde a aleatoriedade é a sua essência (...), pois o produtor não era obrigado a comercializar a soja por este meio, e se o fez foi com a certeza de que o negócio lhe renderia os lucros esperados (fls. 109/112).

Embargos de declaração: opostos pelo recorrido (fls. 122/126), foram rejeitados pelo juiz (fls. 127), porque "a matéria atacada no bojo dos embargos declaratórios revela o inconformismo do autor com relação ao resultado do pleito, constituindo, assim, motivo suficiente para que seja manuseado recurso próprio com o objetivo de reformar a sentença".

Acórdão: o Tribunal a quo deu provimento ao apelo do recorrido (fls. 129/145), nos termos do acórdão (fls. 166/178) assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. SOJA. ALEGAÇÃO DE DESEQUILÍBRIO ENTRE AS

PARTES. PREÇO PRÉ-ESTABELECIDO. ENTREGA FUTURA. SUBSTANCIAL ELEVAÇÃO DO PREÇO. PREJUÍZO INSUPORTÁVEL POR PARTE DO DEVEDOR. REVISÃO DO REAJUSTE. POSSIBILIDADE. PACTA SUNT SERVANDA. FUNÇÃO SOCIAL. BOA-FÉ.

1. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato, os defeitos da sentença que o decretar retroagirão à data da citação.

2. O princípio pacta sunt servanda deve ser interpretado em consonância com a realidade sócio-econômica, de sorte a evitar desequilíbrio econômico entre os contratantes.

3. Em contrato de compra e venda de soja para entrega futura, acontecendo substancial aumento do preço e do produto, não pode prevalecer a cláusula contratual entre as partes.

4. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Recurso conhecido e parcialmente provido ".

Embargos de declaração: opostos pela recorrente (fls. 180/186), foram rejeitados pelo TJ/GO (fls. 199/208), na medida em que o escopo do recurso "não é responder a questionário sobre meros pontos de fato, mas sim dirimir obscuridades, contradições ou omissões existentes dentro do acórdão ".

Recurso especial: alega a recorrente em suas razões (fls. 212/225) que o acórdão hostilizado:

I - ofendeu os arts. 458, III e 535, do CPC, ao negar provimento aos embargos de declaração, tendo em vista que a decisão do Tribunal a quo é contraditória e omissa, posto que "não há nos autos provas que sustentem os fundamentos do acórdão " (fls. 214);

II - ofendeu os arts. 127, 191 e 197 do CCom; e 157, 187, 421, 422, 476 e 478 do CC/02, bem como divergiu da jurisprudência de outros Tribunais, ao decidir pela revisão do contrato sub judice.

Recurso extraordinário: interposto pela recorrente às fls. 245/256).

Prévio juízo de admissibilidade: após a apresentação de contra-razões (fls. 266/279), a Presidência do Tribunal a quo admitiu o recurso especial (fls. 281/282), por considerar preenchidos os requisitos genéricos e específicos, e negou seguimento ao recurso extraordinário (fls. 283/284).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia a determinar a possibilidade de revisão do valor a ser pago por saca de soja em contrato de venda e compra de safra futura a preço certo.

I - Da existência de contradição e omissão no acórdão recorrido (violação aos arts. 458, III e 535, do CPC)

Sustenta a recorrente que o Tribunal a quo incorreu em omissão e contradição, porque "não há nos

autos provas que sustentem os fundamentos do acórdão " (fls. 214), bem como que, nos embargos declaratórios por ela opostos "as matérias acima ventiladas não foram devidamente analisadas " (fls. 215).

Da análise do acórdão vergastado, infere-se que o TJ/GO de fato enfrentou os pontos suscitados pela recorrente como omissos e contraditórios, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados logo adiante.

O juiz não está obrigado a contrapor todas as alegações recursais das partes, bastando que indique fundamento suficiente de sua conclusão, que lhe apóia a convicção no decidir.

Dessa forma, correta a rejeição dos embargos de declaração, posto inexistir omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada e, por conseguinte, ausência de ofensa ao artigo 535 do CPC.

II - Da revisão dos contratos sub iudice (ofensa aos arts. 127, 191 e 197 do CCom; e 157, 187, 421, 422, 476 e 478 do CC/02)

As partes celebraram contratos de venda e compra futura, tendo por objeto 3.000 sacas de soja de 60 quilos cada, ao preço fixo e unitário de US\$8,46 (oito dólares norte americanos e quarenta e seis centavos) (2.000 sacas) e US\$9,16 (nove dólares norte americanos e dezesseis centavos) (1.000 sacas), à época equivalente, respectivamente, a R\$21,00 (vinte e um reais) e R23,00 (vinte e três reais). Ao distribuir a ação, o recorrido alegou que a saca de soja estava cotada a aproximadamente R\$34,50 (trinta e quatro reais e cinquenta centa-

vos), o que motivou o pleito de revisão do valor do contrato.

(i) Da onerosidade excessiva

O TJ/GO afirma que, por conta da alta do dólar, acontecimento considerado extraordinário e imprevisível, "as cláusulas do contrato de compra e venda dos grãos causaram uma onerosidade excessiva em seu cumprimento " (fls. 170), desequilibrando o contrato em detrimento do produtor.

Tive oportunidade de apreciar hipóteses análogas por conta do julgamento dos REsp's 803.674/GO e 722.130/GO, ambos relatados pelo Min. Ari Pargendler, tendo neste último proferido voto-vista ressaltando que, "quanto à onerosidade excessiva, é importante observar que o risco da variação de preço da soja não apenas é previsível no momento da contratação da safra futura, como é um elemento considerado no momento da aproximação das partes para a celebração da avença. Tal risco, onera tanto o produtor, como o adquirente. Todavia, a contratação é promovida porquanto o produtor, por um lado, garante uma lucratividade mínima com a venda de determinada parcela de sua produção, mesmo correndo o risco de receber menos por ela na hipótese de majoração de preço. O adquirente, por outro, igualmente sujeita-se a pagar um valor mais alto pela safra, caso haja queda de preço, mas ao menos estará seguro de que poderá contar com aquela parcela da produção. Destarte, não é possível reconhecer a onerosidade excessiva ".

Naquelas hipóteses, porém, salvo melhor juízo, os acontecimentos extraordinários suscitados pe-

los produtores eram intrínsecos à própria atividade agrícola. Na espécie, os eventos imprevisíveis alegados pelo recorrido são a eleição presidencial e a iminência de guerra no oriente médio, fatores que teriam ocasionado elevação excessiva do Dólar frente ao Real.

Há diversos julgados desta Corte assentando que a alta do Dólar ocorrida em janeiro de 1999 constituiu episódio repentino e inesperado, apto a ensejar a revisão dos contratos então atrelados à moeda estrangeira. Nesse particular, destaco os seguintes precedentes: REsp 472.594/SP, 2ª Seção, Rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 04.08.2003; REsp 473.106/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 18.08.2003; e AgRg no REsp 767.238/SP, minha relatoria, DJ de 10.10.2005.

Realmente, aquela ocasião foi marcada por uma profunda alteração na política cambial brasileira. Migrou-se de um sistema de variação cambial por bandas para a livre flutuação da cotação do Dólar, ou seja, a partir de 19 de janeiro de 1999 o Banco Central cessou sua intervenção perene no mercado de câmbio. Com isso, verificou-se à época uma súbita elevação do Dólar, cuja cotação, de um dia para o outro, aumentou em cerca de 40%.

As repercussões desse episódio calejaram todos aqueles envolvidos com o mercado de câmbio, de sorte que, de lá para cá, opera-se com muito mais prudência em relação a possíveis altas ou baixas na cotação da moeda norte americana.

Aliás, desde então a taxa de câmbio do Dólar demonstrou bastante

volatilidade, chegando a ser cotada acima dos R\$4,00 em outubro de 2002, encontrando-se hoje nos menores patamares dos últimos seis anos, cotada abaixo dos R\$2,00.

Em outras palavras, depois de inesperada alta de 1999 e com a nova política de livre flutuação, a possibilidade de variação da taxa de câmbio ao longo do tempo deixou de ser um evento imprevisível ou extraordinário.

Além disso, na hipótese específica dos autos, não se está falando de uma elevação súbita em curto espaço de tempo. O recorrido firmou um contrato de venda e compra futura por preço certo, com prazo de quase um ano, isto é, calculou-se o preço da saca tendo por base a cotação do Dólar daquele dia, ciente de que a entrega se daria somente dali a um ano e de que este preço ficaria sujeito às variações de câmbio ocorridas naquele interregno.

Ora, no período compreendido entre a assinatura dos contratos - 10.05.2002 e 15.05.2002 - e as datas estipuladas para entrega da mercadoria - 30.03.2003 e 03.05.2003 - não houve nenhuma elevação abrupta do Dólar, mas tão somente a livre flutuação da cotação da moeda.

Da mesma forma, os acontecimentos suscitados pelo recorrido como responsáveis pela alta do Dólar também não podem ser considerados extraordinários ou imprevisíveis.

As eleições presidenciais são realizadas com periodicidade e datas certas. Em maio de 2002, há menos de cinco meses para as eleições, o ambiente de incertezas já

estava formado, refletindo nas expectativas de agentes econômicos internos e externos, sendo, então, absolutamente previsível uma valorização do Dólar frente ao Real.

No que tange à guerra no oriente médio, em maio de 2002 também já haviam diversos rumores - confirmados em março de 2003 - de uma possível invasão do Iraque pelos EUA, notadamente por conta da desconfiança de que aquele país possuísse armas químicas, biológicas e nucleares, bem como ligação com redes terroristas.

Em suma, na data em que as partes firmaram o contrato em testilha, além da livre oscilação do Dólar ser uma realidade de mercado, a ocorrência de altas e baixas na cotação da moeda - sobretudo no longo prazo - eram uma circunstância presumível, inclusive diante do cenário de eleições presidenciais e de iminência de confrontos armados no oriente médio.

Acrescente-se que, conforme salientado pelo juiz de primeiro grau de jurisdição, "o produtor rural de hoje não é o rurícola de pés descalços e sem qualquer acesso a informação. Ao contrário, bate recordes de produtividade por conta da aplicação maciça de tecnologia, tem acesso às cotações das bolsas de mercado futuro, sabe muito bem, até mesmo por eventos recentes, que o Dólar é moeda com variações bruscas, e somente faz contratos de venda antecipada com a certeza de que, calculados os custos de produção daquele plantio, o resultado a ser obtido lhe será favorável, inclusive por experiência prática, pois nas duas safras anteriores as compradoras tiveram que pagar soja adquirida via comercialização antecipada

em preço maior que a cotação da época da entrega do produto " (fls. 111/112).

De fato, não há como negar que, hoje em dia, os produtores rurais têm acesso a extensa gama de informações necessárias à contratação de vendas futuras e, se aceitam o acordo, é porque, naquele momento, o negócio lhes parece vantajoso, nos limites do risco inerente ao contrato.

A regra acerca da onerosidade excessiva, ou seja, a revisão do contrato, somente é admitida se a superveniência do acontecimento que torna excessivamente onerosa a prestação de uma das partes se apresente como equivalente a uma extrema vantagem para o outro contratante e seu advento fosse extraordinário e imprevisível.

No particular, os eventos que teriam influído no valor da prestação devida pelo recorrido não eram extraordinários tampouco imprevisíveis.

Ademais, o aumento do preço da saca de soja à época de sua entrega não torna excessivamente oneroso o negócio para o vendedor, tampouco proporciona à recorrente uma extrema vantagem. O produtor, ao fixar o preço, certamente foi cauteloso em nela computar seus gastos e um lucro razoável, de modo que, em vez de experimentar prejuízo com a alienação antecipada assegurou um lucro. O negócio foi lucrativo para o vendedor, embora seu lucro fosse menor do que seria se em vez de tê-lo vendido no ano anterior o tivesse alienado em março a maio do ano seguinte.

Assim, os requisitos do negócio ser excessivamente oneroso para

uma das partes e vantajoso para a outra, em decorrência de um acontecimento extraordinário e imprevisível, reclamados pelo artigo 478 do CC/02, inexistem na hipótese e, portanto, inexistente ofensa a tal dispositivo legal.

(ii) Da boa-fé objetiva, probidade e função social do contrato

Da análise do acórdão de fls. 166/178, verifica-se que o TJ/GO fundamentou o julgado também na afronta aos princípios da boa-fé objetiva, da probidade e da função social do contrato.

Todavia, pelos mesmos motivos expostos acima, não vejo como o objeto principal do contrato, qual seja, a venda e compra de safra futura a preço certo, possa violar tais princípios.

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.

Aplicando-se tais considerações à espécie, temos que, no ato da contratação, o agricultor é motivado pela expectativa de alta produtividade do setor, o que, em tese, conduz à queda dos preços.

Em contrapartida, ele sabe da possibilidade de alta na cotação do Dólar, circunstância que, vale repisar, é absolutamente previsível neste ramo e leva à alta do valor da saca. Em suma, trata-se de um contrato cuja finalidade econômica é minimizar o risco de prejuízo das partes, tendo como contrapeso um estreitamento das margens de lucro.

Diante disso, ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato (livre flutuação do Dólar, transporte, seguro, qualidade dos grãos etc.), como aqueles derivados das condições da lavoura (excesso ou escassez de chuvas, pragas etc.).

Dessa forma, não há como admitir que, tendo ignorado ou calculado mal tais variáveis, ou, pior, estando arrependida com o preço acordado no ato da contratação, a parte pretenda, sob o manto da função social do contrato, pleitear a resolução deste.

Quanto à boa-fé objetiva, esta se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal.

Nesse aspecto, verifico que o recorrido em momento algum aduz que, no ato da conclusão do negócio, o preço fixado no contrato era insuficiente para cobrir seus custos. Até porque, fosse essa a situação, bastaria recusar o negócio

e aguardar a colheita, posto que, como admite o próprio recorrido, ele não recebeu nenhum adiantamento, evidenciando que não necessitava desse dinheiro para viabilizar sua produção.

Da mesma forma, o recorrido também não alega ter sofrido qualquer espécie de coação ou pressão para concluir o negócio, tampouco para aceitar o preço. Repise-se: não houve pagamento antecipado, evidenciando que o produtor optou pela venda da safra apenas para garantir uma lucratividade mínima e não para obter os recursos financeiros necessários à produção.

Não vejo, portanto, nenhum indício de que a recorrente tenha agido de má-fé, com vistas a obter vantagem indevida frente ao recorrido. O que houve, de fato, foi uma negociação, em que cada parte procurou resguardar os interesses que, naquele momento, lhe pareciam mais relevantes.

Finalmente, por todos os motivos até aqui expostos, também não verifico nenhuma ofensa ao princípio da proibidade, o qual pugna pela justiça, equilíbrio, igualdade nas prestações, tudo isso ligado à segurança das relações jurídicas.

O simples fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato.

Note-se que a situação poderia ser diametralmente oposta: se a colheita superasse as expectativas, levando à queda dos preços, o comprador seria obrigado a amargurar estreitas margens de lucro ou até mesmo prejuízos, em benefício do produtor, que receberia o valor previsto no contrato, superior ao de mercado.

Enfim, os riscos assumidos pelas partes quanto à variação do preço da mercadoria decorrem da própria natureza do contrato de venda e compra de safra futura a preço certo.

Forte em tais razões, CONHEÇO do recurso especial e lhe DOU PROVIMENTO, para reformar o acórdão do Tribunal a quo, restabelecendo integralmente a sentença, conforme lançada.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 28 de junho de 2007.

Solange Rosa dos Santos Veloso
- Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

FGTS. Termos de adesão. Assistência por advogado. Desnecessidade.

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FGTS. LEGITIMIDADE DAS TRANSAÇÕES FIRMADAS PELO AUTOR, SEM A PARTICIPAÇÃO DE SEU ADVOGADO, VISANDO AO PAGAMENTO, PELA CEF, DOS COMPLEMENTOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DEPÓSITOS FUNDIÁRIOS.

1. Impende reconhecer a legalidade, a validade e a eficácia do acordo extrajudicial firmado entre o autor e a CEF, com a assinatura do termo de adesão desse trabalhador às condições de crédito previstas na Lei Complementar 110/2001, devendo-se garantir a sua execução, independentemente da assistência dos advogados das partes na avença.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Assistiu ao julgamento o Dr. Carlos Henrique Bernardes Castello Chioffi, pela parte recorrente.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2007 (Data do Julgamento).

Ministra Denise Arruda - Relatora.

REsp nº 815.142 - PR (2006/0022687-0). DJU 01/10/2007.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF - com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que restou ementado da seguinte forma:

"ADMINISTRATIVO. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA Nº 71 DO TRF-4ª REGIÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TRANSAÇÃO FIRMADA SEM A PARTICIPAÇÃO DO PROCURADOR DO TITULAR DA CONTA. NULIDADE. PREQUESTIONAMENTO.

1. O Egrégio STF, no RE nº 226.855-7/RS, Relator Min. Moreira Alves, entendeu serem cabíveis os índices apurados nos Planos Verão, de janeiro de 1989, no percentual de 42,72%, e Collor I, de abril de 1990, calculado em 44,80%.

2. Aos valores deferidos devem ser aplicados os critérios de atualização monetária previstos na Lei nº 8.036/90, a partir do momento em que devidos. No entanto, caso já tenham sido movimentadas as

contas, utilizar-se-ão tais critérios até a data da liberação, momento a partir do qual incidirão sobre os montantes os índices previstos para atualização dos débitos judiciais no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, Resolução nº 242/2001, do CJF, quais sejam: ORTN, OTN, INPC, UFIR E IPCA-E.

3. Quando a citação ocorrer em data anterior à de vigência do novo Código Civil, os juros moratórios serão devidos à razão de 0,5% ao mês, a partir da citação da Caixa Econômica Federal. Ocorrendo o ato processual em momento posterior, a taxa será aplicada no percentual de 1% ao mês.

4. 'Os juros moratórios serão devidos pelo gestor do FGTS e incidem a partir da citação nas ações em que se reclamam diferenças da correção monetária, tenha havido ou não levantamento do saldo, parcial ou integralmente.' (Súm. nº 71 do TRF-4R.). No entanto, quanto aos juros moratórios, fica mantida a sentença, uma vez que não houve apelo da parte autora, bem como em respeito ao princípio da non reformatio in pejus.

5. Correta a fixação de verba honorária em 10% sobre o valor da condenação, na medida em que o disposto no art. 29-C da Lei nº 8.036/90, com redação dada pela MP nº 2.164-41/2001, por ter natureza jurídica de direito material, e não de direito processual, não retroage nem se aplica a relações jurídicas já constituídas.

6. A assinatura de um termo de adesão, na medida em que traduz um acordo fora do juízo, poderá ter ressonância sobre a pretensão à execução, desde que devidamen-

te homologado judicialmente, sendo antes indispensável a participação do causídico no acordo administrativo.

7. Para fins de prequestionamento, importante é que o aresto adote entendimento explícito sobre a questão, sendo desnecessária a individualização numérica dos artigos em que se funda o decisório." (fl.741)

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados (fl. 756).

Nas razões do recurso (fls. 759-771), a CEF aponta violação dos arts. 535, II, do CPC, e 7º da Lei Complementar 110/2001. Alega, em síntese, que as transações extrajudiciais, realizadas sem a participação dos advogados das partes, foram autorizadas por legislação especial e têm plena validade, sendo inaplicáveis, por isso, os comandos insculpidos nos arts. 842 e 850, do CC, e 36 do CPC.

Contra-razões não-apresentadas (fl. 796).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):

Passa-se à análise da pretensão recursal.

No que tange ao exame da controvérsia acerca da validade do acordo extrajudicial firmado entre a CEF e o recorrido, faz-se necessária a transcrição, respectivamente, do art. 7º da Lei Complementar 110/2001, bem como do art. 4º, IV, § 1º, do Decreto 3.913/2001 (com a redação que lhe foi dada pelo Decreto 4.777, de 11.7.2003), o qual regulamentou a referida lei complementar:

"Art. 7º - Ao titular da conta vinculada que se encontre em litígio judicial visando ao pagamento dos complementos de atualização monetária relativos a junho de 1987, dezembro de 1988 e fevereiro de 1989, abril e maio de 1990 e fevereiro de 1991, é facultado receber, na forma do art. 4º, os créditos de que trata o art. 6º, firmando transação a ser homologada no juízo competente."

"Art. 4º - O titular da conta vinculada manifestará, no Termo de Adesão, sua concordância:

(...)

IV - em desistir de ação judicial que tenha interposto, inclusive na condição de litisconsorte, para pleitear o pagamento de complementos de atualização monetária citados no inciso III, conformando-se, por transação a ser homologada em juízo, com as condições estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Nos casos em que a adesão dependa de transação serão consideradas como datas de adesão, para os efeitos das alíneas 'a' e 'e' do inciso II, as datas em que os titulares de contas vinculadas firmaram o Termo de Adesão, independentemente da homologação judicial da transação, que deverá ser requerida mesmo depois de efetuado o crédito na conta."

Esta Corte Superior, em diversos julgados, tem reiterado o entendimento de que a Lei Complementar 110/2001 é norma de caráter especial, devendo prevalecer sobre os preceitos contidos nas regras gerais quanto às transações envolvendo diferenças de correção monetária do FGTS.

Portanto, impende reconhecer a legalidade, a validade e a eficá-

cia dos acordos extrajudiciais firmados entre o autor e a CEF, com a assinatura dos termos de adesão desses trabalhadores às condições de crédito previstas na mencionada lei complementar, devendo-se garantir a sua execução, independentemente da assistência dos advogados das partes na avença, pelo respeito ao princípio da segurança jurídica, insculpido na Constituição Federal de 1988, o qual garante que situações legalmente constituídas não sejam objeto de modificações meramente circunstanciais.

Como bem definiu o Ministro Franciulli Netto, nos autos do REsp 773.427/SC (DJ de 22.9.2005):

"... ocioso lembrar, que a transação é possível no caso de direitos disponíveis, e que uma vez concluída, torna-se inviável, o arrendimento unilateral. Diante disso, uma vez celebrado o acordo, obriga-se o juiz à sua homologação, salvo se ilícito o seu objeto, incapazes as partes ou irregular o ato, o que não ocorreu no presente caso."

Outrossim, conclui-se que os titulares de contas vinculadas do FGTS que se encontrem em litígio judicial podem transigir fora dos autos, sem a participação de seus procuradores, a fim de que obtenham o pagamento, na via administrativa, dos complementos de correção monetária dos depósitos fundiários.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-INDICAÇÃO DO VÍCIO CONTIDO NO ACÓRDÃO. SÚMULA Nº 284/STF. FGTS. CON-

TAS VINCULADAS. TERMO DE ADESÃO. ART. 7º DA LC Nº 110/2001. POSSIBILIDADE.

1. Acórdão que fixou o entendimento de que, 'em se tratando de acordo judicial, deve haver a participação dos advogados, mormente quando envolvendo, como no caso, dispensa do pagamento de verba patronal, após prolatada a sentença, sob pena de ineficácia da transação'. Recurso especial que alega violação dos arts. 353, II, do CPC, 7º da LC nº 110/01 e 4º, IV, e § 1º, do Decreto 3.913/2001. Afirma que merece reforma o decisum a quo por não ter admitida a transação firmada livremente pelas partes, uma vez que as exigências formais contidas no CPC e Código Civil de 2002 seriam inaplicáveis à espécie, tendo incidência lei especial, no caso, a LC nº 110/01.

2. O recurso especial não apontou omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido a justificar sua anulação. Não sendo expendidas razões que demonstrem a existência de violação da legislação federal, incide o enunciado nº 284 da Súmula do STF.

3. O STJ, no âmbito das Turmas que compõem a 1ª Seção, tem manifestado seu entendimento no sentido de que, nos termos da Lei Complementar nº 110/2001, é válido e eficaz o acordo extrajudicial celebrado entre a CEF e os titulares das contas do FGTS, sendo prescindível a assistência dos advogados das partes na referida avença. Precedentes.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido." (REsp 811.638/SC, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.3.2006)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FGTS. TRANSAÇÃO. TERMO DE ADESÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001.

- O negócio jurídico da transação é legal, porquanto foi celebrado entre as partes com base na Lei Complementar nº 110/2001, não sendo necessária a participação do advogado dos titulares das contas no acordo administrativo.

- Acordo homologado, nos termos da referida norma, extinguindo-se o processo com julgamento do mérito.

- Recurso especial conhecido e provido." (REsp 803.619/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 11.4.2006).

Confira-se, ainda, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CORREÇÃO DAS CONTAS VINCULADAS DO FGTS. DESCONSIDERAÇÃO DO ACORDO FIRMADO PELO TRABALHADOR. VÍCIO DE PROCEDIMENTO. ACESSO AO COLEGIADO.

1. (...) Superação da preliminar de vício procedimental ante a peculiaridade do caso: matéria de fundo que se reproduz em incontáveis feitos idênticos e que na origem (Turmas Recursais dos Juizados Especiais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro) já se encontra sumulada.

2. Inconstitucionalidade do Enunciado nº 21 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que preconiza a desconsideração de acordo firmado pelo trabalhador e previsto na Lei Complementar nº 110/2001. Caracterização de afastamento, de ofício, de ato jurídico perfeito e

acabado. Ofensa ao princípio inscrito no art. 5º, XXXVI, do Texto Constitucional.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE 418.918/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 1º.7.2005, p.7) Diante do exposto, deve ser dado provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

É o voto.

SUSTENTAÇÃO ORAL

Assistiu ao julgamento o Dr. CARLOS HENRIQUE BERNARDES CASTELLO CHIOSSI, pela parte recorrente: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epigrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 28 de agosto de 2007.

Maria Do Socorro Melo - Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

Exibição de documentos. Multa. Inviabilidade. Busca e apreensão.

EMENTA OFICIAL

CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ART. 359 DO CPC. NÃO APLICAÇÃO. MEDIDA ADEQUADA. BUSCA E APREENSÃO.

No processo cautelar de exibição de documentos não há a presunção de veracidade do Art. 359 do CPC.

Em havendo resistência do réu na apresentação dos documentos, cabe ao juiz determinar a busca e apreensão (Art. 362 do CPC) - não lhe é permitido impor multa ou presumir confissão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 07 de maio de 2007 (Data do Julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros - Relator.

REsp nº 887.332 - RS (2006/0202966-0). DJU 28/05/2007.

RELATÓRIO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator):

Recurso especial (alíneas "a" e "c") desafia acórdão assim ementado:

"AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. CRT.

Está presente o interesse processual do autor que, em ação cautelar de exibição de documentos, manifesta pretensão objetivamente razoável. Ademais, o art. 100, § 1º, da Lei nº 6.404/76 diz respeito à órbita administrativa, não à jurisdicional.

Prescrição trienal, prevista no art. 287, inciso II, letra 'g', da Lei nº 6.404/76, inaplicável.

O contratante tem direito de exigir a exibição de documentos e dados relativos à contratação, por serem comuns às partes. Arts. 844, II, combinado com 358, III, do CPC.

Multa diária ou outra penalidade para o caso de descumprimento não pode ser aplicada quando não há indícios de que a decisão judicial será desrespeitada.

Apelações desprovidas. unânime." (fl. 103).

Opostos embargos de declaração. Foram rejeitados.

O recorrente queixa-se de violação ao Art. 359 do CPC e aponta divergência jurisprudencial. Sustenta que a simples presunção de

veracidade, aplicada pelo juiz de 1º grau e confirmada pelo Tribunal gaúcho, tornará inócua a prestação jurisdicional.

Requer o provimento do recurso especial para que se aplique outra sanção capaz de tornar efetiva a decisão que julgou procedente o pedido cautelar de exibição de documentos.

A recorrida não apresentou contra-razões.

VOTO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): A procedência da cautelar de exibição de documentos não conduz à presunção de veracidade do Art. 359 do CPC.

Isso porque, no processo cautelar, não há o que se presumir verdadeiro. Os fatos - sobre os quais poderia incidir a presunção - serão narrados em futura e eventual ação principal.

Sem alguma medida coercitiva, a exibição determinada corre o risco de não se efetivar. Daí porque, no Art. 362 do CPC, estabeleceu-se a busca e apreensão como medida alternativa à recusa do réu em exibir os documentos.

Esse foi o raciocínio adotado pela 3ª Turma, em julgamento de questão semelhante. Confira-se:

"(...) A pena de confissão só pode ser aplicada, tratando-se do processo em que se visa a uma sentença que tenha por base o fato que se presume verdadeiro. Não há como o juiz simplesmente considerar existente um fato, desvinculado de uma pretensão. Isso só se verifica na declaratória de falsidade documental.

O processo cautelar visa, tão-só, a obter a exibição do documento ou da coisa. Nem sempre, aliás se destinará a servir de prova em outro processo.

Presta-se, com freqüência, a que o autor simplesmente possa avaliar se lhe assiste o direito.

(...)

Alega-se que, não havendo aquela sanção, será inútil a sentença que determine a exibição. Assim, não é entretanto. Desatendida a ordem de exibição, será o caso de busca e apreensão (...)" (REsp 204.807/EDUARDO)

A busca e apreensão, como esclarecido no precedente citado, é cabível para tornar efetiva a exibição, caso não seja atendida espontaneamente a ordem judicial.

A respeito da aplicação de multa, em cautelar de exibição, há precedente da Turma negando sua possibilidade. Destaco:

"(...) A multa cominatória é pertinente quando se trate de obrigação de fazer ou não fazer, não cabendo na cautelar de exibição de documentos, em que, se não cumprida a ordem, segundo precedente desta Terceira Turma, é possível a busca e apreensão" (REsp 433.711/DIREITO).

Dou provimento ao recurso especial afastar a presunção de veracidade. Se a ré não cumprir espontaneamente a obrigação de exibir os documentos, será o caso de expedir-se mandado de busca e apreensão (Art. 362 do CPC).

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada

nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Castro

Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília, 07 de maio de 2007.

Solange Rosa dos Santos Veloso
- Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

Hipoteca. Penhora. União estável. Desconhecimento do credor. Validade.

EMENTA OFICIAL

PENHORA. BEM DADO EM HIPOTECA. DEVEDOR QUE VIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. DESCONHECIMENTO DO CREDOR. VALIDADE DA HIPOTECA.

1. Os efeitos patrimoniais da união estável são semelhantes aos do casamento em comunhão parcial de bens (Art. 1.725 do novo Código Civil).

2. Não deve ser preservada a meação da companheira do devedor que agiu de má-fé, omitindo viver em união estável para oferecer bem do casal em hipoteca, sob pena de sacrifício da segurança jurídica e prejuízo do credor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de junho de 2007 (Data do Julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros - Relator.

REsp nº 952.141 - RS (2006/0103778-0). DJU 01/08/2007.

RELATÓRIO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Neuza Maria Dornelles de Oliveira opôs embargos de terceiro contra Banco do Brasil S/A, visando resguardar meação de imóvel penhorado em execução movida pelo banco contra seu companheiro. Afirma que o bem foi adquirido pelo casal após o início da união estável.

Os embargos foram declarados procedentes e a sentença confirmada, parcialmente, pelo Tribunal gaúcho. O acórdão da apelação tem a seguinte ementa:

"Apelação cível. Embargos de terceiro. União estável. Meação. Impenhorabilidade. Honorários.

Possui a companheira legitimidade para ajuizar ação de embargos de terceiro com o fim de proteger a meação dos bens comuns. O reconhecimento da união estável prescinde de decisão judicial para o caso concreto. O fato de na escritura pública de aquisição do imóvel e na escritura pública de confissão de dívida restar qualificado o executado como "desquitado" não impede o reconhecimento do direito à meação decorrente

da união estável. Caso concreto em que tal documento é representativo da assunção de várias obrigações pactuadas em vários anos, restando não obstada a proteção da meação da embargante. Verba honorária sucumbencial redefinida. Apelo parcialmente provido." (fls. 151/160)

Embargos de declaração opostos pelas duas partes. Ambos rejeitados.

Recurso especial (alínea 'a') interposto por Banco do Brasil S/A. O recorrente arguiu nulidade do julgamento dos embargos de declaração, por ofensa ao Art. 535 do CPC. No mérito, aponta violação aos Arts. 21, 22 e 1.046, §§ 1º e 3º do CPC; 82, 104 e 1.363 do Código Beviláqua; 5º e 8º da Lei 9.278/96; 1.725 do novo Código Civil e à Súmula 195 do STJ. Diz, em síntese, que:

1) a rejeição dos embargos de declaração, sem manifestação expressa sobre os relevantes temas neles argüidos, traduz negativa de prestação jurisdicional e nulidade;

2) o companheiro da recorrida não agiu de boa-fé ao omitir a existência da união estável no momento em que deu o imóvel como garantia da dívida contraída perante o banco;

3) houve simulação entre a recorrida e seu companheiro, no intuito de prejudicar o banco credor;

4) não estão presentes os requisitos para a configuração da união estável;

5) a união estável exige declaração judicial de sua existência, para que seja oponível a terceiros;

6) não era possível ao banco credor verificar a existência de união estável, porque na data em que o companheiro da recorrida assumiu a dívida, ainda não existia a Lei 9.578/96, e ele se apresentou como "desquitado";

7) se a hipoteca foi constituída antes do reconhecimento judicial da união estável, deve prevalecer;

8) não deu causa aos embargos de terceiro e, por isso, não merece ser condenado nas verbas de sucumbência.

Pede o provimento do recurso especial para que seja reformado o acórdão recorrido e reconhecida a validade da penhora sobre todo o imóvel hipotecado.

A recorrida também interpôs recurso especial, que não foi admitido por intempestividade. Não foi manejado agravo de instrumento contra a decisão.

Contra-razões apresentadas.

Na origem, o juízo de admissibilidade do recurso do banco foi negativo.

Provi o AG 777.877/RS e determinei sua conversão em recurso especial, o que possibilitou este julgamento colegiado.

VOTO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Após exame das provas, o Tribunal gaúcho concluiu que a recorrida vivia em união estável com o devedor desde muito antes da instituição da hipoteca em favor do banco recorrente.

Esse fato não pode ser alterado em recurso especial (Súmula 7).

O Art. 1.725 do novo Código Civil estabelece:

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

A exegese desse dispositivo legal leva a concluir que a recorrida é mesmo proprietária de metade do imóvel dado em hipoteca por seu companheiro.

Ocorre que na época em que constituída a hipoteca (1.991), não havia lei regulamentando o Art. 226, § 3º, da Constituição Federal. A Lei 9.278, que complementou esse dispositivo constitucional, só surgiu em 1.996.

Assim, os efeitos da união estável em relação ao patrimônio ainda não estavam previstos em lei.

Não se sabia, àquela época, que futuramente a união estável seria equiparada ao casamento em comunhão parcial de bens.

Era impossível que o banco exigisse do devedor a "outorga uxória", ou ato que o valha, pois não tinha como saber da existência da união estável.

Ora, garantir à recorrida o direito à meação é legitimar a atitude condenável de seu companheiro, que omitiu a existência da união estável.

A má-fé do devedor não pode prejudicar o credor, especialmente se este último não tem como se proteger.

O fato é que, embora legítimo o reclamo da recorrida, ele sucumbe ao direito do credor.

Em situações como estas, em que dois direitos legítimos se contrapõem, é preciso considerar as consequências da adoção de uma ou outra tese jurídica.

A se admitir que a recorrida ponha a salvo sua meação, em prejuízo do banco recorrente, estaríamos estimulando a conduta desleal do devedor.

A possibilidade de fraudes seria enorme, até porque não é possível que o credor tenha ciência inequívoca da situação de fato em que se envolve o devedor.

A existência da união estável, embora tenha repercussão jurídica, é um fato da vida. Não há exigência de que seja registrada para que exista!

De outro lado, ao afirmarmos a validade da hipoteca constituída pelo proprietário do bem que omite sua convivência em união estável com terceira, estaremos privilegiando a má-fé nas relações jurídicas e impedindo que a conduta temerária seja estimulada.

Em resumo: dentre os direitos conflitantes, é menos lesivo à vida em sociedade resguardar o do credor. As consequências da adoção da tese contrária conduziriam a uma situação de insegurança jurídica insustentável.

Na omissão da lei, cabe ao juiz decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Além disso, não se pode perder de vista que a recorrente tem ação contra seu companheiro, que omitiu do credor circunstância relevante capaz de inviabilizar a efetivação do negócio.

Dou provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os embargos de terceiro. A recorrida pagará honorários advocatícios ao recorrente, que fixo em cinco mil reais (Art. 20, § 4º, do CPC), além das custas processuais.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-

lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 28 de junho de 2007.

Solange Rosa dos Santos Veloso
- Secretária.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Empreendimento imobiliário. Vícios construtivos. Ilegitimidade do financiador.

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO - VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO - ILEGITIMIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1 - A CEF só tem responsabilidade pelo cumprimento das obrigações que assume para com o mutuário referentes ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, a liberação do empréstimo, correção de distorções no cálculo das prestações e saldo devedor, não tendo responsabilidade sobre os trabalhos realizados pelas construtoras ou incorporadores.

2. Não se pode imputar à CEF a escolha dos materiais utilizados e os possíveis prejuízos causados pela construtora aos contratantes."

3. Não há, inicialmente, como se divisar a solidariedade da empresa pública - ré, no que concerne a pretensos vícios de construção, no sistema de cooperativa, pela circunstância de ter liberado as verbas necessárias ao empreendimento, pois aquela não se presume, resultando da lei, ou da vontade das partes, a par de inexistir qualquer dever jurídico imposto a parte ré de proceder às fiscalizações alvitadas, inexistindo, como corolário, a incidência da normatividade do SFH (STJ, CC 18487, DJ 17/03/97), bem

como a respectiva presença na relação processual.

3 - Precedente: AC Nº 117475, Rel. JUIZ POUL ERIK DYRLUND DJ de 09/06/2004.

4 - Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Egrégia Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Rio de Janeiro, 11 de julho de 2007.

Frederico Gueiros - Relator.

AI 2004.02.01.0024750 - RJ. DJU 23/07/2007.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 4ª de Niterói/RJ, que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, em relação à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, nos termos do art. 267, VI, do CPC. A r. decisão trasladada às fls. 09/11, tem o seguinte teor:

"Ab initio, reconheço a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal no que tange à alegação de vícios na construção, visto que tais fatos são de responsabilidade do vendedor ou construtor.

Não se pode imputar à CEF a escolha dos materiais utilizados e os possíveis prejuízos causados pela construtora aos contratantes. Assim, é cabível a extinção do processo face a CEF.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a Caixa Econômica Federal só e parte legítima para figurar no pólo passivo se for parte na relação jurídica de direito material contratual.(...)

Reconheço, ainda, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, já que não há qualquer interesse jurídico das pessoas elencadas no art. 109, I, da Carta Magna.

Não obstante reconhecer que a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de a competência ser da Justiça Federal quando o Ministério Público Federal for parte ativa da relação processual, há casos, como o presente, que não há qualquer interesse da União, suas autarquias e empresas públicas no feito, até porque foi reconhecida a ilegitimidade da CEF (...)"

Em breve relato: Trata-se de Ação Civil Pública proposta em face da Caixa Econômica Federal, Plancoop Planejamento e Coordenação de Projetos Habitacionais Ltda, Chasin - Cooperativa Habitacional dos Aeroviários Sindicalizados, Denise de Souza Porto, Roberto dos Santos Souza, Luiz Adilson Bon, Elói de Oliveira Filho

e Vicente de Paula Pinto Vaz, objetivando, em síntese, a reparação de uma série de vícios ocorridos na construção do Empreendimento residencial Ícaro II, localizado em São Gonçalo/RJ.

Sustenta o agravante, em síntese, que:

- A CEF participou da relação contratual, possuindo, portanto, condições de ser demandada em juízo;

- Não remanescem dúvidas do papel desempenhado pela CEF em todo o processo de construção do referido empreendimento, inclusive no que tange à fiscalização das obras realizadas. A cláusula sétima do contrato celebrado entre as partes é clara ao estabelecer que, "todos os serviços contratados estarão sujeitos a mais ampla e irrestrita inspeção a qualquer hora, em toda a área abrangida pelas obras, por pessoas devidamente credenciadas, prepostos do agente Financeiro";

- A própria CEF esclarece que os dados da construção devem ficar disponíveis para a própria fiscalização do agente financeiro, sendo indiscutível, portanto, a sua participação efetiva no referido empreendimento.

- Não merece prosperar a tese de irresponsabilidade da CEF, uma vez que esta ao fiscalizar a obra, mesmo constatando irregularidades, liberou os valores para a sua conclusão.

A decisão de fls. 89/90 negou seguimento ao agravo de instrumento.

O Agravante interpôs agravo interno às fls. 94/100.

Às fls. 104, o Relator exerce o Juízo de retratação tornando insubsistente a decisão de fls. 89/90.

O despacho de fls. 110 determinou a intimação dos Agravados, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Contra-razões às fls. 121/122 (Luiz Adilson Bon e Outros) e 125/141 (Caixa Econômica Federal-CEF).

Às fls. 198, a Caixa Econômica Federal - CEF requer que seja o feito chamado à ordem, haja vista que o Agravante não cumpriu, tempestivamente, a determinação contida no art. 526, do CPC.

A decisão de fls. 212/214, negou seguimento ao agravo de instrumento, com fulcro no artigo 526, parágrafo único, do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 10.351/2001.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 217/227.

O Agravante interpõe às fls. 229/230, agravo interno em face da decisão de fls. 212/214.

Às fls. 242, o Relator exerce o Juízo de retratação tornando insubsistente a decisão de fls. 212/214, ficando sem efeito o agravo interno de fls. 212/214.

Este o relatório. Peço dia para julgamento.

Rio de Janeiro, 25 de junho de 2007.

Frederico Gueiros - Relator.

VOTO

Como visto no relatório, cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 4ª de Niterói/RJ, que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, em relação à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por considerar a Empresa Pública parte ilegítima ad causam.

Em breve relato: Trata-se de Ação Civil Pública proposta em face da Caixa Econômica Federal, Plancoop Planejamento e Coordenação de Projetos Habitacionais Ltda, Chasin - Cooperativa Habitacional dos Aeroviários Sindicalizados, Denise de Souza Porto, Roberto dos Santos Souza, Luiz Adilson Bon, Elói de Oliveira Filho e Vicente de Paula Pinto Vaz, objetivando, em síntese, a reparação de uma série de vícios ocorridos na construção do Empreendimento residencial Ícaro II, localizado em São Gonçalo/RJ.

Sustenta o agravante, em síntese, que:

- A CEF participou da relação contratual, possuindo, portanto, condições de ser demandada em juízo;

- Não remanescem dúvidas do papel desempenhado pela CEF em todo o processo de construção do referido empreendimento, inclusive no que tange à fiscalização das obras realizadas. A cláusula sétima do contrato celebrado entre as partes é clara ao estabelecer que, "todos os serviços contratados estarão sujeitos a mais ampla e irrestrita inspeção a qualquer hora, em toda a área abrangida pelas obras, por pessoas devidamente credenciadas, prepostos do agente Financeiro";

- A própria CEF esclarece que os dados da construção devem ficar disponíveis para a própria fiscalização do agente financeiro, sendo indiscutível, portanto, a sua participação efetiva no referido empreendimento.

- Não merece prosperar a tese de irresponsabilidade da CEF, uma vez que esta ao fiscalizar a obra, mesmo constatando irregularidade,

des, liberou os valores para a sua conclusão.

Irretocável a r. decisão agravada.

Em que pese a r. argumentação desenvolvida pelo Agravante, a r. decisão agravada não merece reparos. Como bem observado pelo juízo a quo "não se pode imputar à CEF a escolha dos materiais utilizados e os possíveis prejuízos causados pela construtora aos contratantes."

Verifica-se, que a CEF só tem responsabilidade pelo cumprimento das obrigações que assume para com o mutuário referentes ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, a liberação do empréstimo, correção de distorções no cálculo das prestações e saldo devedor, não tendo responsabilidade sobre os trabalhos realizados pelas construtoras ou incorporadores, quais sejam, rachaduras na parte interna e externa dos prédios, tubulações inadequadas de gás e esgoto, vazamentos hidráulicos, material elétrico de qualidade duvidosa, esgoto que constantemente vem afundando, vigas e pilstras com rachaduras.

Por outro lado, esta Corte já decidiu no sentido de que a Caixa Econômica Federal - CEF não tem legitimidade para responder por vícios ou defeitos de construção verificados no imóvel por ela financiado, nestes termos:

SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - CEF - AGENTE FISCALIZADOR - INEXISTÊNCIA DE CONTRATO DE MÚTUO - ILEGITIMIDADE DA CEF

1. Cuida-se de Apelação Cível interposta pela parte autora em face de sentença que extinguiu o processo sem exame do mérito, vez

que os autores sequer chegaram a assinar os contratos de mútuo com a CEF.

2. Não há, inicialmente, como se divisar a solidariedade da empresa pública - ré, no que concerne a pretensos vícios de construção, no sistema de cooperativa, pela circunstância de ter liberado as verbas necessárias ao empreendimento, pois aquela não se presume, resultando da lei, ou da vontade das partes, a par de inexistir qualquer dever jurídico imposto a parte ré de proceder às fiscalizações alvitradas, inexistindo, como corolário, a incidência da normatividade do SFH (STJ, CC 18487, DJ 17/03/97), bem como a respectiva presença na relação processual.

3. Inexiste relação de direito material entre os autores, ora apelantes, e a CEF, vez que sequer foram firmados os contratos de mútuo.

4. Excluída a CEF da lide, a demanda não deve prosseguir, vez que a Cooperativa Habitacional Rio Ltda não consta do rol do artigo 109 da Lei Maior, não dispondo, portanto, de foro privilegiado.

5. Recurso desprovido.

(AC Nº 117475, Rel. JUIZ POUL ERIK DYRLUND DJ de 09/06/2004)

Diante do exposto, é de se entender correta a r. decisão agravada pois, a Caixa Econômica Federal - CEF não é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, haja vista.

Por estas razões, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Rio de Janeiro, 11 de julho de 2007.

Frederico Gueiros - Relator.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

FIES. Ação civil pública. Garantia. Exigência. Fiador.

EMENTA OFICIAL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REQUISITOS. GARANTIA. EXIGÊNCIA. FIADOR. FIES.

Correta a exigência de prestação de fiança, porquanto nela está embutida a legítima prerrogativa do credor de verificar as chances de receber de volta o valor que deu em empréstimo. A criação do FIES não objetivou, precipuamente, ao contrário do CREDUC, privilegiar incondicionalmente o "estudante comprovadamente carente e com bom desempenho acadêmico" (art. 2º, da Lei n.º 8.436/92), mas proporcionar, àquele estudante a quem falta suficiente condição financeira e por intermédio de autêntico financiamento, o acesso ao ensino superior em estabelecimentos particulares.

Ademais, os financiamentos outorgados com recursos do FIES devem observar o oferecimento de garantias adequadas pelo financiado, bem como a comprovação de idoneidade cadastral relativa ao aluno e aos fiadores na assinatura do contrato, o que passou a ser um requisito a preencher a partir da entrada em vigor da Lei n.º 10.260, de 12/07/2001.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tri-

bunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 15 de agosto de 2007.

Desembargador Federal Edgard Lippmann Jr - Relator.

AC n.º 2004.70.00.017083-1 - PR. DJU 11/09/2007.

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, com fulcro nos artigos 127, da Constituição Federal, e 6º, VI, d, da Lei Complementar n.º 75/93, em face da União Federal e da Caixa Econômica Federal - CEF, a fim de que ambas sejam condenadas a cumprir obrigação de não fazer, dispensando os candidatos ao Fundo de Financiamento de Ensino Superior - FIES, em todo o território nacional, da apresentação de fiador(es).

Utiliza-se para tanto dos seguintes argumentos: a necessidade de promoção da igualdade material e democratização do acesso aos níveis superiores de ensino; o aluno de baixa renda, oriundo de escolas públicas com inferior índice de desempenho, são justamente os que não conseguem ultrapassar a barreira do vestibular para ingressar no ensino público de terceiro

grau; a educação superior torna-se requisito de fato para a plena inclusão social; o Fundo de Financiamento de Ensino Superior - FIES, instrumento governamental criado para gerir as desigualdades outorgando financiamento de parte dos encargos educacionais de alunos carentes matriculados em instituições particulares de ensino superior, impõe exigência que desafia o princípio da razoabilidade, qual seja a de apresentação de um ou mais fiadores com rendimentos mensais comprovados superiores ao dobro do valor total da mensalidade do curso; é inerente aos estudantes carentes a impossibilidade de obter fiadores em seu meio social, acarretando a exigência na inacessibilidade ao programa; registra-se, assim, ofensa aos princípios da igualdade material, do devido processo legal em sentido material (princípio da razoabilidade) e da proibição do retrocesso social.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, extinguindo o processo com apreciação de mérito.

Irresignado, apresentou apelo o MPF, ratificando inteiramente os pedidos realizados em sua peça inicial.

É o relatório.

VOTO

Prefacialmente registro que precedentemente mantive posição contrária àquela dada na douta sentença, conforme, aliás, o agravo mencionado à fl. 123, todavia me rendi à posição majoritária tanto desta eg. 4ª Turma, onde reiteradamente restava vencido quanto a matéria, como pelo

Colendo STJ que reconhece a legalidade da exigência de idoneidade cadastral do estudante e do fiador (REsp 642.198/MG, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, dj. 3.4.06, p.233). Ademais não se pode ignorar a existência do PROUNI - Programa Universidade para Todos -, objeto da Lei n. 11.096/2005, que visa o atendimento de famílias de baixa renda, isto tudo cotejado com ao falido CREDUC, objeto da Lei n. 8.436, de 25/06/1992, programa este que atualmente conta com o espantoso índice de inadimplemento por volta dos 96% (noventa e seis por cento). Assim, ressalvo, apenas, meu ponto de vista pessoal quanto a matéria.

A sentença inquinada dá perfeito deslinde ao fato-objeto posto a julgamento, além de não padecer de nenhum vício formal ou de fundamentação, pelo que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, ora trazidos à colação até por imperativo de honestidade intelectual:

FUNDAMENTAÇÃO

Preliminares

Não se verifica litispendência, sendo distintas as partes na ação que tramita na Seção Judiciária de Ponta Grossa. Por igual razão, afastado as preliminares de prevenção.

Afasto a preliminar de inadequação da via eleita, da qual implicaria a ilegitimidade ativa, por força do art. 127, da Constituição Federal.

Prejudicada a alegação de limitação da abrangência da decisão proferida em ação civil pública, diante da improcedência.

Mérito

1. São sempre tormentosas as questões alusivas aos direitos soci-

ais, cuja solução efetiva (e não meramente jurídica) pressuporia o (impossível) equilíbrio entre a comoverte premência, de um lado, e de outro a insuficiência de meios.

O Brasil, sabe-se, não é nação com desenvolvimento econômico pleno. E o descompasso entre estrutura (condições materiais) e função (no caso, demandas sociais) conduz ao mal-funcionamento, e Obriga à priorização: nem todas as necessidades serão atendidas.

Tenho que a busca de equacionar tais impasses deve se dar prioritariamente no âmbito da dialética social, constitucionalmente atribuída ao poder legislativo e outras instâncias de poder. E, se a solução encontrada pela democracia não evidenciar quebra direta de princípios jurídicos constitucionais, não me parece deva ser substituída pelo entendimento individual do juiz sobre quais providências seriam mais convenientes.

Se não há meios de proporcionar tudo o que se faz necessário, e respeitadas as opções constitucionais mínimas, permita-se que a escolha das prioridades passíveis de atendimento seja realizada pelo Poder Legislativo, representante da sociedade, como estabeleceu a própria Constituição.

2. E a questão da educação foi constitucionalmente resolvida com a priorização do ensino fundamental, não tendo o Estado qualquer obrigação com a gratuidade (e sequer com o financiamento) do ensino superior (a respeito do qual o Estado deve zelar pela higidez dos procedimentos de acesso, como exame vestibular etc.)

Confira-se o que diz a Constituição Federal:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; ...

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

O dinheiro público, insuficiente para fazer frente a todas as demandas sociais (desta nação pobre e agigantada), será, no espectro da educação, destinado ao ensino fundamental e, supletivamente, médio, não constituindo prioridade programática sua aplicação no ensino superior - tomando-lhe a dianteira as necessidades básicas de seguridade social, habitação, segurança etc.

Se a Constituição tratou com especificidade do tema da educação, não parece ser adequado invocar princípios com tão alto grau de abstração - igualdade material, devido processo legal, vedação do retrocesso, etc - cuja leitura, se alijada do sistema, poderia conduzir a quaisquer conclusões que o intérprete desejasse (inclusive absurdas).

Assim, se a lei ordinária deliberou fazer mais do que a Constituição Federal obrigou, oferecendo, além da manutenção de estabelecimentos públicos de ensino universitário, também financiamento dos custos em universidades privadas, parece não haver, sob este prisma, inconstitucionalidade derivada da exigência de fiador.

3. Por que se não há exigência constitucional de gratuidade do ensino superior, o espontâneo financiamento de seus custos tem como pressuposto a constatação da solvabilidade do tomador e/ou a exigência de garantias.

A prerrogativa do credor de verificar as chances de receber de volta o valor que deu em empréstimo e cercar-se de garantias de crédito é inerente ao mútuo, já que a devolução da quantia é exatamente o que o diferencia da doação.

E a ausência da garantia, comprovou-o a experiência histórica, já antes subverteu o financiamento em doação, acarretando na quebra do antigo CREDUC. O FIES foi criado justamente para evitar a massiva inadimplência, causa de desvirtuamento do programa CREDUC, que o antecedeu, do qual não constava exigência de garantias:

Governo vai renegociar dívidas de ex-alunos com o Creduc

CEF vai oferecer descontos de 80% para os inadimplentes e de 90% para aqueles que têm obrigações em dia

Publicado 08/03/2004 às 19:13.

Foi publica da em 2 de dezembro, no "Diário Oficial" da União, a medida provisória (MP) n0141, que autoriza a renegociação de dívidas de ex estudantes com o antigo Creduc (Programa de Crédito Educativo). Atualmente, quase 164 mil ex-alunos estão em débito com o antigo programa oficial de crédito à educação superior, substituído pelo atual FIES (programa de Financiamento Estudantil). A somatória das dívidas de inadimplentes chega a cerca de R\$ 1 bilhão.

"O que se quer é retomar essas dívidas, mesmo que a longo prazo, porque essas pessoas estão no Cadinho (Cadastro de Inadimplentes), portanto têm problemas também na dívida pessoa O importante é resolver esse problema da melhor maneira possível, e o governo está encontrando uma fórmula para que nós possamos não só superar o problema, como livrar as pessoas dele", afirmou o secretário de Ensino Superior do Ministério da Educação, Carlos Antunes, segundo divulgou a Agência Brasil...

A CEF (Caixa Econômica Federal) definiu que vai oferecer descontos de 80% para os inadimplentes e 90% para os adimplentes. com o objetivo de liquidar a carteira do Creduc, atualmente extinto...

O pagamento poderá ser feito à vista ou parcelado em até 12 meses neste último caso, com descontos variáveis conforme o prazo de amortização escolhido.

Atualmente o Creduc tem 199.562 contratos ativos, com um valor total da carteira de R\$ 1.784 bilhão.

Os estudantes contemplados com o FIES não estão incluídos neste programa de refinanciamento.

(<http://www.universiabrasil.net/bolsas/materia.jsp?id=2529>)

Repita-se: como o Estado não tem obrigações constitucionais quanto ao ensino fundamental, sendo que o princípio da igualdade, no tema, se traduz em pelo dever de zelar para que o acesso se dê segundo os méritos pessoais, não parece revelar inconstitucionalidade ou ilegalidade a exigência de garantias para conceder o financiamento, buscando evitar a quebra do programa.

Evita, também, o incentivo à inadimplência voluntária - mesmo por que, atualmente, o compromisso assumido com base na honra da palavra já não encontra bases tão sólidas na ética social e individual. Ainda mais se firmado com o governo.

4. Comente-se, ainda, que a via da ação civil pública torna ainda mais difícil o afastamento da exigência, pois somente diante das peculiaridades do caso concreto (e na medida em que alarmantes) o requisito poderia ser considerado impertinente.

5. Por outro lado, a jurisprudência já tem afastado algumas das exigências da Lei 10.260/01- curiosamente sob o argumento da imperatividade da apresentação de fiador:

Acórdão

TRF PRIMEIRA REGIÃO, AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 01000294584 Processo 200001000294584/MG.

Fonte: DJ 31/08/2001 PAGINA: 218.

Relator(a): JUIZ DANIEL PAES RIBEIRO.

Decisão

Por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTUDANTE. CURSO SUPERIOR PARTICULAR. CUSTEIO. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO 'ESTUDANTE - FIES. PORTARIA MEC N.1386/99.

Liminar. Concessão para afastar a exigência da apresentação de cadastro idôneo (sem restrição) por parte do aluno interessado no custeio do curso superior, com recursos da aludido Fundo. Existência de garantia por parte do fiador. Aten-

dimento dos pressupostos pertinentes. Sua manutenção.

Observe-se que este julgado, que toma por base a licitude, da exigência de fiança idônea, foi também prolatado em ação civil pública.

6. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região registra pronunciamentos não uniformes. O a seguir transcrito foi lavrado no sentido da Improcedência:

Acórdão

TRF QUARTA REGIÃO, AGRAVO DE INSTRUMENTO - 83404. Processo: 200104010466889/PR, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA . Data da decisão: 23/04/2002 Documento: TRF400084013

Fonte: DJU 29/05/2002 PÁGINA: 468 DJU DATA: 29/05/2002

Relator(a): JUIZA MARGA INGE BARTH TESSLER

Decisão

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO RECURSO.

Ementa

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. FINANCIAMENTO FIES. FIANÇA. OUTORGA UXÓRIA.

1 A fiança é exigência legal para a concessão de financiamento pelo Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior- FIES.

2. Não há ilegalidade na atitude da agravante em exigir a outorga uxória da fiança prestada pela mulher casada.

3. Provido o agravo de Instrumento.

7. Sensibiliza o espírito o argumento da desigualdade social, bem mo imaginar as agruras por que passam os estudantes de baixa renda em busca do diploma. São inúmeras as motivações extra-jurídicas que poderiam ensejar a procedência do pedido.

Contudo, há também hipóteses em contrário (e por isso vamos deixar o assunto nas mãos do legislador): talvez (repito, talvez) as universidades particulares seriam as maiores beneficiárias da procedência, pois iriam receber boa cota de dinheiro público, a lhes garantir maior fatia de mercado. Dinheiro saindo dos cofres públicos diretamente para os estabelecimentos de ensino privado, sem garantias de retorno.

E provavelmente sem o retorno social almejado. Explico:

É possível dizer que, dentre outros fatores, a disseminação dos cursos universitários - sem o correspondente incremento da qualidade dos profissionais que se formam aos milhares e da ampliação do mercado de trabalho 7" contribuiu para a vulgarização do diploma. Os estudantes do ensino superior estão, em certa medida, vitimados pela ilusão de que a graduação constitui garantia de sucesso profissional (ou ao menos empregabilidade), realidade historicamente ultrapassada.

E o investimento do governo acabaria - ponto negativo - por reforçar a equivocada noção popular da infalibilidade do diploma.

Como já se pronunciou o educador Rubem Alves:

O diploma era mais que garantia de emprego. Era um atestado de nobreza. Quem tirava diploma não precisava trabalhar com as mãos, como os mecânicos, pedreiros e carpinteiros, que tinham mãos rudes e sujas...

Essa ilusão continua a morar na cabeça dos pais e é introduzida na cabeça dos filhos desde pequenos. Profissão honrosa é profissão que

tem diploma universitário... Cria-se, então, a fantasia de que as únicas opções de profissão são aquelas oferecidas pelas universidades.

Quando se pergunta a um jovem "O que é que você vai fazer?", o sentido dessa pergunta é "Quando você for preencher os formulários do vestibular, qual das opções oferecidas você vai escolher?". E as opções não oferecidas? Haverá alternativas de trabalho que não se encontram nos formulários de vestibular?

Como todos os pais querem que seus filhos entrem na universidade e (quase) todos os jovens querem entrar na universidade, configura-se um mercado imenso, mas imenso mesmo, de pessoas desejosas de diplomas e prontas a pagar o preço. Enquanto houver jovens que não passam nos vestibulares das universidades do Estado haverá mercado para a criação de universidades particulares. É um bom negócio.

Alegria na entrada. Tristeza ao sair. Forma-se, então, a multidão de jovens com diploma na mão, mas que não conseguem arranjar emprego. Por uma razão aritmética: o número de diplomados é muitas vezes maior que o número de empregos.

Já sugeri que os jovens que entram na universidade deveriam aprender, junto com o curso "nobre" que freqüentam, um ofício: marceneiro, mecânico, cozinheiro, jardineiro, técnico de computador, eletricitista, encanador, descupinizador, motorista de trator... O rol de ofícios possíveis é imenso. Pena que, nas escolas, as crianças e os jovens não sejam informados sobre essas alternativas, por vezes mais felizes e mais

rendosas (Rubem Alves, 60 + 10, é escritor, educador e contador de histórias. Escreveu, entre outros, "O Decreto da Alegria", Paulus, e "Mais Badulaques", Parábola Editorial) (Jornal Folha de S.Paulo, caderno SINAPSE, 1º/06/2004).

Principalmente em sede de ação civil pública, há que se fazer avaliação criteriosa de todas as consequências, inclusive extrajurídicas, da sentença. Não havendo evidente desrespeito à lei ou a Constituição Federal, e complexa a discussão sob o prisma da realidade (não jurídica), delibero julgar improcedente o pedido.

Dispositivo

Por estes motivos, julgo improcedente o pedido, extinguindo o processo com apreciação do mérito, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Com o provimento jurisdicional, fica sem efeito o provimento liminar de antecipação de tutela.

Com efeito, correta a exigência de prestação de fiança, porquanto nela está embutida a legítima prerrogativa do credor de verificar as chances de receber de volta o valor que deu em empréstimo. A criação do FIES não objetivou, precipuamente, ao contrário do CREDUC, privilegiar incondicionalmente o "estudante comprovadamente carente e com bom desempenho acadêmico" (art. 2º, da Lei n.º 8.436/92), mas proporci-

onar, àquele estudante a quem falta suficiente condição financeira e por intermédio de autêntico financiamento, o acesso ao ensino superior em estabelecimentos particulares.

Ademais, os financiamentos outorgados com recursos do FIES devem observar o oferecimento de garantias adequadas pelo financiado, bem como a comprovação de idoneidade cadastral relativa ao aluno e aos fiadores na assinatura do contrato, o que passou a ser um requisito a preencher a partir da entrada em vigor da Lei n.º 10.260, de 12/07/2001.

Dessa forma, resta mantida integralmente a sentença prolatada.

Estes fundamentos, bem como a análise da legislação pertinente à espécie, já são suficientes para o pré-questionamento da matéria junto às Instâncias Superiores, evitando-se a necessidade de oposição de embargos de declaração tão-somente para este fim, o que nitidamente evidenciaria a finalidade procrastinatória do recurso, passível de cominação de multa, nos moldes do contido no parágrafo único do art. 538 do CPC.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao apelo, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal Edgard Lippmann Jr - Relator.

