



# Índex

revista

ISSN 2237-454X

*Lumi*

Ano II - Vol. II - N. 01  
março de 2012

**ATUALIZADA**

## EDITORIAL

A Revista *ÍndexJur* não é voltada a uma temática jurídica específica, como já se expôs no Editorial do número de inauguração, publicado em setembro de 2011. Ao contrário, pauta pelo pluralismo de assuntos, não só na área jurídica, mas também está aberta a temas das ciências sociais e humanas em geral.

Segue, agora, a terceira *colheita*, o número 1 da Revista, depois do *número zero* e do Suplemento Especial sobre EIRELI, de dezembro de 2011.

Temos assuntos das áreas do direito civil e processual civil, constitucional, empresarial e previdenciário.

Também é necessário registrar que fomos brindados com a publicação do discurso de posse do Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Newton De Lucca, proferido no Theatro Municipal de São Paulo, no dia 02 de abril de 2012.

E é justamente esse o mote do presente Editorial.

Dias antes, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal havia concedido entrevista à Revista *Justiça e Cidadania*, na qual mencionava “um estado indisfarçável de tristeza [que] parece ter tomado conta da alma de boa parte da magistratura federal brasileira.”

É curioso notar – embora seja verdadeiramente trágico – que essa *tristeza* identificada nos magistrados federais brasileiros se espraia, de modo alarmante, sobre todos aqueles que estão ligados aos instrumentos do Direito: desânimo, revolta, descrédito, desesperança, desalento, consternação...

Salvo raras exceções, advogados, magistrados, membros do Ministério Público, docentes, procuradores, defensores, delegados, servidores e partes, ninguém está satisfeito, realizado, feliz com o nosso Direito...

O nosso Direito é um Direito que não satisfaz, no sentir geral.

Um Direito que deixa a desejar, que o comum do povo não consegue alcançar e compreender.

Um Direito cujos resultados, muitas vezes, fazem corar os profissionais que seguiram suas vocações.

Um Direito que se desonra a si mesmo...

Que tempo é este?

Como o Direito, construção secular, refinada, aprimorada, bela, pela qual tantos deram suas vidas, chegou nesse estado de coisas?

É, de fato, uma tristeza indisfarçável que denuncia uma crise existencial, talvez.

Todos somos vítimas... Mas, todos somos culpados cada vez que tergiversamos com o inalienável, com o sacrossanto, com o vital.

Em cada ato cotidiano no qual, premidos pelo tempo ou pela situação, deixamos de lado o respeito àquilo que forma e edifica uma sociedade melhor, vergastamos o nosso Direito. Nós: aqueles que deveriam cuidá-lo.

É certo que nossa sociedade tem ainda muito que avançar culturalmente. E que, em muitos aspectos, nosso Direito está à frente da evolução do conjunto de homens e mulheres que dele se valem, cumprindo sua missão de auxiliar na evolução e depuração do ser humano. Todavia, em muitos aspectos, nosso Direito deixa de cumprir sua função básica de harmonização social e

incentiva que a justiça seja feita com as próprias mãos, planta o descrédito, desautoriza seus próprios agentes...

Todos temos problemas, porque humanos. Todos temos crises, porque humanos.

Mas, todos temos parte da solução. Todos somos possuidores de uma das peças que deve formar o infinito quebra-cabeças da existência humana.

Essa é a Era de Aquários, como predisseram os místicos, a *era do coletivo*. Se cada um de nós, ou aqueles que vieram antes de nós, colaborou com o desgaste do Direito, a redenção só poderá ser atingida coletivamente, embora não seja incomum a sensação de solidão neste aspecto.

Por isso, embora a tristeza que grassa, é imperativo que recuperemos a altivez, não uma altivez arrogante e orgulhosa, mas, antes, humilde, resignada e tenaz, para ir em frente, mesmo diante da lástima, da angústia, da penúria, da ignomínia, da incompreensão, porque é nossa a missão de oferecer o Direito, no que ele tem de melhor, ao porvir.

Essa altivez só pode se originar na inabalável convicção de que o Direito – no que tem de essencial – seja o caminho... o caminho, mas não o destino.

Dr.a Wilges Bruscato

Março de 2012.

## Opinião

DISCURSO DE POSSE DO EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR FEDERAL, PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, NEWTON DE LUCCA, PROFERIDO NO THEATRO MUNICIPAL DE SÃO PAULO, NO DIA 02 DE ABRIL DE 2012.

O NOVO PERFIL DO DIREITO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Luís Fernando de Camargo Prudente do Amaral

LIMITAÇÕES ÀS EXECUÇÕES PROVISÓRIAS: INADMISSIBILIDADE DA INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO, INAPLICABILIDADE DA MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC, CAUÇÃO E REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO DO EXEQUENTE

Marcos Paulo Félix da Silva

A CRISE DO PROCEDIMENTO COMUM SUMÁRIO

Ezio Frezza Filho

## Doutrina

DISSOLUÇÃO, LIQUIDAÇÃO E EXTINÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA À LUZ DA LEGISLAÇÃO CIVIL E FALIMENTAR

Manoel Justino Bezerra Filho

A LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS E SEUS ABUSOS AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO DEVEDOR

Aluer Baptista Freire Junior e Rodrigo Almeida de Magalhães

REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE CIDADANIA E OS DIREITOS SOCIAIS

Narlon Gutierrez Nogueira

NOVOS INSTRUMENTOS DE FINANCIAMENTO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL: O FORFAITING

L. Miguel Pestana de Vasconcelos

O OBJETO DO MODERNO DIREITO DE EMPRESA

Wilges Bruscato

## Participação Discente

A INICIAÇÃO CIENTÍFICA NA PESQUISA JURÍDICA

Elaine Cristina da Silva Ruellas

DESAPOSENTAÇÃO: PONTOS RELEVANTES E TENDÊNCIAS

Bruna Mozzaquatro Bosso

A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DEVIDA PELO PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA COM EMPREGADOS E O PRECEDENTE GERADO PELA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 363.852/MG

Raphaela Goulart Nacácio e Silva

# OPINIÃO

DISCURSO DE POSSE DO EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR FEDERAL, PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, NEWTON DE LUCCA, PROFERIDO NO THEATRO MUNICIPAL DE SÃO PAULO, NO DIA 02 DE ABRIL DE 2012.

Jurei, ao assumir meu mandato, na sessão de 17 de fevereiro último: “bem desempenhar os deveres do cargo, *cumprindo e fazendo cumprir a Constituição da República, as leis do País e o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região.*” Sempre me perguntei --- fazendo-o, também, naquela oportunidade --- qual deveria ser o verdadeiro sentido e alcance deste juramento tão solene...

Quanto às considerações sobre o Regimento Interno, eu as teci, de forma singela, no referido dia 17 de fevereiro. Não me pareciam de interesse geral e, por isso mesmo, resolvi adiantá-las naquela tarde...

Acho pertinente, na noite de hoje, dizer algumas palavras --- ainda que breves, por certo --- sobre minha visão da ordenação jurídica brasileira, principiando pela Constituição da nossa República de 1988, emendada mais de sessenta vezes... Quase vinte delas atingiram o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fazendo crer que ela, até o momento, ainda não entrou definitivamente em vigor, sem embargo, é claro, da apaixonante discussão. ainda existente no Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de alteração do ato das disposições constitucionais transitórias pelo Poder reformador, tão brilhantemente exposta pelo Ministro Poeta Ayres Britto, em artigo publicado na obra em homenagem ao Eminentíssimo Prof. Fábio Konder Comparato,<sup>1</sup> da qual tive a honra de participar...

Pior do que essa desconcertante instabilidade, no entanto, é o fato de que o povo brasileiro --- a quem, sob os influxos da chamada *Razão Cínica*, de que nos fala o filósofo esloveno Slavoj Žižek, atribui-se-lhe a titularidade da soberania --- jamais foi consultado em qualquer uma delas...

Se é certo que o art. 14 estabelece que a soberania popular será exercida não apenas pelo sufrágio eleitoral, mas mediante plebiscitos e referendos, reza o inciso XV, do art. 49, ser competência exclusiva do Congresso Nacional “autorizar referendo e convocar plebiscito”. Como disse o referido Prof. Fábio Comparato, a quem tanto devo da minha formação moral e jurídica: “*De acordo com o entendimento prevalecente, tais atos de autorização e convocação são condições indispensáveis para que o povo tenha direito de manifestar sua vontade política. Ou seja, o*

---

<sup>1</sup> Cf. “O Ato das Disposições Transitórias na Constituição Brasileira de 1988: Breves Notas”, BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. Direitos Humanos, Democracia e república: Homenagem a Fábio Konder Comparato – São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 205 a 214,

*mandante está proibido de tomar decisões, a não ser com a prévia licença do mandatário; o que representa, sem dúvida, original criação do espírito jurídico brasileiro!"*

Como escrevi, certa vez, numa carta publicada no jornal "O Estado de São Paulo", no tempo da ditadura militar, é fácil explicar porque o movimento surrealista, que tanto sucesso fez em várias partes do mundo, passou quase despercebido em nosso meio. É que, sendo a arte um sucedâneo da realidade, o País não precisava de tal tipo de escambo, sendo, além de gigante, também surrealista pela sua própria natureza...

Confesso a todos, aliás, minha dificuldade quase insuperável para filiar-me às correntes majoritárias de pensamento que fazem uma interpretação anêmica --- ou até mesmo anoréxica --- daquilo que a Constituição da República chama de *soberania popular* e os meios pelos quais ela se exerce.

Vamos a um caso concreto --- e bem recente --- em que se realizou um plebiscito. Outro tivesse sido o resultado dele, no dia 11 de dezembro último, entre os eleitores do querido Estado do Pará, conspurcado estaria, para mim, o verdadeiro sentido e alcance do § 3 do art. 18 da Constituição Federal, como bem assinalado pelo Eminentíssimo Professor Dalmo Dallari, em artigo ainda inédito, entre nós, para um livro que ajudei a organizar em homenagem ao nosso ilustre Vice-Presidente da República, aqui presente, e, desta feita, jurista Michel Temer. Diz, então, o Prof. Dalmo: *"Assim, pois, a realização de um plebiscito para conhecer a vontade do povo sobre uma proposta de criação de novos Estados não é um privilégio que se concede a uma parte do povo, excluindo da participação a maioria desse mesmo povo, não tendo em conta seu interesse direto na conclusão, pelas graves consequências que dela decorrerão e que deverão ser suportadas pela totalidade do povo brasileiro. A concessão de um privilégio dessa espécie a uma parte da população brasileira, com o menosprezo dos direitos fundamentais do restante da população, seria evidentemente inconstitucional."*

Desço dos píncaros da Constituição da República, para o bom desempenho do cargo, deixando em paz os milhares de diplomas legais em vigor, no País, sem me esquecer, no entanto, daquela famosa frase de Otto Von Bismark no sentido de que certas leis são como as salsichas: melhor é não ver como elas foram feitas... Ou, ainda, da sombria, mas verdadeira, passagem de Honoré de Balzac, para quem as leis são como teias de aranha: caem nelas os pequenos insetos, os grandes atravessam-nas... Bastaria ver, a esse propósito, como foram formadas muitas das grandes fortunas brasileiras...

Como já assinalai em várias oportunidades anteriores, existem contradições intoleráveis na legislação da Previdência Social, na legislação penal e em tantas outras... O homem do povo, infelizmente, parece desconhecer essa verdade elementar de que o Poder Judiciário nada tem a ver com as imperfeições da nossa ordenação jurídica, sendo escusado dizer, é claro, que não estou inocentando aqueles magistrados que se aferram ao positivismo de superfície e à teoria da tripartição dos poderes para resolver seus problemas de consciência...

Bem sei que, por esta e tantas outras “hiperinformações desinformantes”, vive a Magistratura brasileira dias inevitavelmente sombrios, ora caracterizados pela tragicomédia dos números. Em recente aposentadoria antecipada, escreveu a seus colegas o eminente Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Antônio Carlos Vieira de Moraes: *“Sombrios tempos atuais onde se impõe ao magistrado que se dispa de sua toga para envergar um macacão fabril, transformando o legítimo operário do direito, como sempre fomos, em um mero aplicador de súmulas, ementas e decisões padrão, em busca, apenas, de atingir a produtividade estabelecida. Se é verdade que justiça tardia não é justiça, não menos verdadeiro que a pronta injustiça também não o é. E, muito mais grave, essa pronta injustiça é final e definitiva, pois produzida no segundo grau de jurisdição.”*

Poreja desse sincero desabafo, como é curial, o estado de infinita tristeza que toma conta da alma de boa parte da Magistratura brasileira...

Exige-se dela, de um lado, segundo Resolução do CNJ disciplinadora da matéria, que tenha conhecimentos de Filosofia do Direito, de Sociologia Judiciária, da Teoria Geral do Direito e da Política, entre um sem número de disciplinas, que seria por demais fastidioso enumerá-las.... Mas, de outro lado, em nome da “razoável duração do processo”, exige-se que esses mesmos juízes decidam rapidamente, pouco ou nada importando o que sairá no papel, fruto desse trabalho apoucado e maquinal. A palavra de ordem é tirar o processo da mesa, pois o jurisdicionado tem direito a uma solução, sendo despicienda a consideração axiológica de ela ser justa ou injusta. A esse espetáculo circense, que tanto encanta os que apreciam os refletores luminosos do edifício, mas tanto decepciona os que trabalham anonimamente na construção dos alicerces, deu-se o epônimo de “meta”. E eu, convencido de que aprendo mais com os poetas do que com órgãos de controle --- que, com frequência, deixam-se levar pelas manifestações da turba manipulada e enfurecida --- recordo, naturalmente, daqueles versos do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Brito:

*“Não tenho metas  
Ou objetivos a alcançar  
Tenho princípios  
E na companhia deles  
Nem me pergunto  
Aonde vou chegar”,<sup>2</sup>*

Ave, Poeta Ayres Brito, os homens probos deste País o saúdam!...

Afinal de contas, caberia, então, perguntar: Como poderão os nossos juízes ajudar na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como preconiza nossa Constituição da República, em seu art 3º, inciso I, à qual juraram solenemente cumprir, se não podem sequer refletir sobre as dificuldades mínimas e as mazelas máximas do povo brasileiro?... É certo que já nos conformamos com a renúncia dos sonhos mais belos de um país que fosse livre das oligarquias existentes, mas não dá para renunciar a um mínimo de consciência crítica que aprendemos nas Universidades... Não é à toa que, mais de dois mil anos depois, sente-se a vontade de repetir, tal qual Cícero contra Lúcio Sérgio Catilina: *“Quousque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?”*, ou em vernáculo, *“Até quando, Catilina, abusarás da nossa paciência?”*

Assim é que, com corajosa resignação, continuarei a nutrir minha aversão congênita pelas pirotecnias enganosas do *establishment* atual, que não distingue a liberdade da libertinagem, as prerrogativas dos privilégios, a qualidade da quantidade, e ainda faz do embuste e do patrulhamento ideológico o apogeu da tirania...

Todos nós almejamos e preconizamos uma imprensa livre, como não poderia deixar de ser. Enquanto investigativa e criteriosa há de merecer todo nosso respeito e loas, pois constitui a própria “vista da Nação”, de que nos falava o grande Rui Barbosa. Por outro lado, há de ser solenemente repudiado aquele jornalismo trapeiro, tão bem identificado pelo nosso Professor Paulo Bonavides, já em 2001:<sup>3</sup> *“Com efeito, trata-se aqui da mídia --- esta, sim, a caixa preta da democracia, que precisa ser aberta e examinada para percebermos quantos instrumentos ocultos, sob o pálio legitimante e intangível da liberdade de expressão, lá se colocam e utilizam para degradar a vontade popular, subtrair-lhe a eficácia de seu título de soberania, coagir a sociedade e o povo, inocular venenos sutis na consciência do cidadão, construir falsas lideranças com*

<sup>2</sup> Poema intitulado “Princípios”, do livro “A pele do Ar”, Aracaju/SE: Editora Jornal O Capital Ltda-ME, 2001, p. 23.

<sup>3</sup> Cf. *Teoria constitucional da democracia participativa*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 64.

*propaganda enganosa e ambígua, reprimir e sabotar com a indiferença e o silêncio dos meios de divulgação, tornados inacessíveis, a voz dos dissidentes e seu diálogo com a sociedade, manipular, sem limites e sem escrúpulos, a informação, numa aliança com o poder que transcende as raias da ética e tolher, enfim, a criação de uma opinião pública, livre e legítima. Se o bloqueio já é perverso, executado por brasileiros, breve se fará insuportável, comandado por agentes estrangeiros da recolonização.”*

Contra esse tipo de jornalismo --- e de blogueiros que, à míngua de talento próprio, vivem a denegrir criminosamente a honra alheia --- prometo que prosseguirei firme no meu caminho, feito um cego teimoso, como haveria de dizer superiormente o grande gênio de Fernando Pessoa, defendendo irrestritamente a criação do *habeas midia*, de que nos fala o professor gaúcho Sérgio Borja, não apenas em favor dos magistrados que estão sendo injustamente atacados, é claro --- como eu mesmo já fui, em passado não muito distante ---, mas de todo o povo brasileiro, que se encontra a mercê de alguns bandoleiros de plantão, alojados sorrateiramente nos meandros de certos poderes midiáticos no Brasil e organizados por retórica hegemônica, de caráter indisfarçavelmente nazo-fascista...

Aproveito este momento, aliás, para cumprimentar o Eminentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Ivan Sartori, por sua corajosa e determinada posição no sentido de processar o jornal “A Folha de São Paulo”, pois a honra da toga não pode ser tisonada por aqueles que se esmeram em praticar sistematicamente o vilipêndio de pessoas e instituições que se esforçam por uma Justiça melhor... Nascemos com a espinha dura, Caro Presidente Ivan Sartori, e com ela assim haveremos de continuar até à morte...

Não deixarei de lutar contra aqueles que, à socapa, conspiram contra o Poder Judiciário, ainda que esta luta possa estar perdida por antecipação diante do atual estado de coisas no Brasil, pois a máxima “*mieux vaut un désastre qu’un désêtre*”, ou, se se quiser, “*Mais vale um desastre que um deixar de ser*”, proposta por Badiou, serve à maravilha para o presente caso.

Por mais que me esforce, sei que cometerei erros inevitáveis, mas socorro-me daquela memorável passagem de Samuel Beckett, segundo a qual, após o erro, pode-se continuar e errar melhor, enquanto a simples indiferença --- marca registrada dos nossos tempos --- aprofunda-nos cada vez mais “*no lamaçal do Ser imbecil*”, de que nos fala o filósofo Žižek.

Os que me conhecem sabem que sou uma espécie de dissidente convicto e com carteirinha assinada. Sempre propus --- e continuo a propor --- uma ruptura teórica com o suposto bem-

estabelecido. Tenho dito e repetido que a Justiça deve ser séria e não sisuda, sóbria e não sombria, de qualidade e não de quantidade... A sisudez, aliás, não passa de *armadura dos parvos*, conforme já nos assoalhava Montesquieu...

Penso que o grande desafio contemporâneo dos apologistas de uma justiça universal, entre os quais humildemente me incluo, consiste na superação do *Estado de Direito*, constituído por normas e burocracia, pelo *Estado de Justiça*, composto por valores e decisões. Para tal desiderato, e para que a justiça seja, efetivamente, a dimensão teleológica do Direito, urge contarmos com o apoio de uma imprensa séria e responsável, não apenas livre, mas também libertada do chamado “cárcere das elites”...

Serei muito provavelmente acusado de ser um homem excessivamente apegado às utopias, para mim uma espécie de pátria irrecusável. A etimologia da palavra utopia, com efeito, tem tudo a ver comigo: nunca estou, nem nunca estive em nenhuma parte... E para que servem, afinal, as utopias? Alguém de cabeça privilegiada já respondeu que elas servem para caminhar... Mais do que isso, elas são, para mim, o núcleo fundador da experiência humana, que faz transcender nossa própria sede de infinito... Como dizia nosso Rui Barbosa: “Maior que a tristeza de não haver vencido é a vergonha de não ter lutado”...

Sempre sonhei e continuarei a sonhar, nas palavras de Octavio Paz, com “*uma comunidade universal na qual, pela abolição das classes e do Estado, cesse o domínio de uns sobre os outros e a moral da autoridade e do castigo seja substituída pela da liberdade e da responsabilidade pessoal -- uma sociedade em que, ao desaparecer a propriedade privada, cada homem seja proprietário de si mesmo e essa ‘propriedade individual’ seja literalmente comum, compartilhada por todos graças à produção coletiva; a ideia de uma sociedade na qual se apague a distinção entre o trabalho e a arte*” será sempre, para mim, uma ideia irrenunciável...

Estou bem ciente de que, por outro lado, apesar de tantas utopias, ficam sempre mais coisas más do que boas... Não é à toa que, na epígrafe de um de meus poemas, evoquei aquela arrepiante passagem de Shakespeare (na peça Júlio César, ato II, fala de Marco Antônio):

“*O mal que os homens fazem vive depois deles. O bem que puderam fazer permanece quase sempre enterrado com os seus ossos.*”

Há que se trabalhar --- era escusado dizê-lo ---, com redobrado afinco, mas com a sobriedade de um templo grego, por uma Justiça mais eficiente e mais eficaz, sendo esta, como

bem se sabe, a Justiça do que é possível, já que a plenitude da realização da justiça, como bem assinalado por Rimbaud, há de ser um prazer apenas pertencente a Deus...

Permitam-me que lhes diga, agora, algumas palavras sobre a ética, a verdadeira e absoluta titular desta festa.

Dizia o nosso Barão de Itararé que, no Brasil a vida pública é, muitas vezes, a continuação da privada. Muito tempo antes dele, já no início do século XVII, Frei Vicente do Salvador denunciava esse nosso costume antirepublicano: “*Nem um homem nesta terra é repúblico, nem zela e trata do bem comum, senão cada um do bem particular*”. E Gilberto Freyre, talvez mais do que ninguém, mostrou de forma irresponsável, para quem quisesse ver, essa ostensiva e desconcertante predominância do interesse privado sobre o geral...

Está mais do que na hora de sepultarmos para sempre essa perniciosa mentalidade de que o dinheiro público assemelha-se a uma *res nullius*... É preciso lutar, mais do que nunca, contra o relativismo ético dos tempos modernos e contra a “banalização do mal” de que nos fala Hannah Arendt. Parafrazeando o velho rifão popular, diria que decência e dedicação não fazem, nem nunca fizeram, mal a ninguém...

Só o resgate ético poderá contribuir decisivamente para o advento de um futuro solidário na história da humanidade. Como assinalei em minha última obra, temos duas correntes históricas profundas diante de nós e nos indagamos expectantes qual delas deverá prevalecer neste século XXI: a que se funda no poderio bélico, na dominação tecnológica e na progressiva concentração do poder econômico; ou, ao revés, há de ser aquela que se escora, heroicamente, na dignidade transcendente da pessoa humana... Se, efetivamente, desejamos esse segundo caminho, torna-se absolutamente imperioso e urgente pensarmos num programa de reconstrução ética do mundo, o que só será possível se voltarmos às lições dos clássicos...

Passando às linhas derradeiras, não posso deixar de tornar a agradecer a todos os que aqui vieram... Ao nosso querido Vice-Presidente da República, por sua honrosa presença e, sobretudo, pelas carinhosas palavras com que tão amavelmente me saudou;

Quadra agradecer, igualmente, às palavras amigas do eminente Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, Dr. Luiz Flávio Borges D’Urso, excessivamente generosas para que possam ser verdadeiras... Mas, Caro Presidente D’Urso, socorro-me do nosso grande escritor potiguar, Câmara Cascudo: é sempre bom ouvi-las, ainda que não sejam de todo verdadeiras... Todos sabem o quanto amei a advocacia e o quanto devo a ela. E quando for

vitimado pela fatalidade burocrática da aposentadoria compulsória, a ela espero voltar para dar o melhor de mim no pouco tempo que ainda há de me restar...

Cabe-me dizer o mesmo ao Dr. Rogério Donini, Presidente da Academia Paulista de Direito, e ao Confrade, Dr. Ricardo Sayeg, excessivamente generosos também, nas palavras tão amavelmente a mim dedicadas...

Agradeço, ainda, aos meus colegas da Corte, a quem devo o privilégio de estar ocupando esta tribuna na imorredoura noite de hoje...

Agradeço ao Ministério Público Federal, por sua honrosa participação nesta noite de gala. Sempre admirei profundamente o trabalho dessa instituição que lutou e luta bravamente contra aqueles que vivem a tripudiar sobre a nossa ordem jurídica. Também eu, quer como advogado, quer como magistrado, tive muita vontade de denunciar uns vinte ou trinta bandoleiros que andam por aí à solta, dos quais omitirei os nomes... Parafraseando nosso Murilo Mendes, é claro que tenho o receio íntimo de que muitos excluídos de minha lista julgassem que os admiro, coisa absurda...

Não posso deixar de agradecer, ainda, aos servidores do Tribunal que trabalham comigo, desde as primícias de minha atividade jurisdicional, há mais de quinze anos... Souberam eles imprimir nas minutas dos meus despachos, decisões monocráticas e votos, a honradez, a ética e a fé inabalável na busca da justiça...

Agradeço aos verdadeiros amigos que tenho e que não me abandonaram em nenhum momento desta longa e áspera caminhada, aceitando-me do jeito que sou, com todas as limitações que me são inerentes e malgrado meu imperdoável defeito de colocar a *res publica*, axiologicamente acima dos laços da própria amizade.

Cabe um agradecimento especial ao Presidente da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, amigo Paulo Skaf, pelo decidido apoio fornecido a esta solenidade, fazendo com que ela se realizasse neste teatro encantador, palco de tantas glórias...

Cumpre agradecer à querida família que sempre me apoiou incondicionalmente, na minha peregrinação acadêmica e profissional, a despeito da pouca ou quase nenhuma atenção que lhe dedico... À minha mãe, Armida, sobretudo, com seus 93 anos já vividos, fica meu agradecimento especial e comovido, por comparecer a esta memorável noite. Não pôde ela estar presente em minha posse no Tribunal, no já distante 26 de junho de 1996, pois nesse mesmo dia meu pai querido nos deixava e ela não pôde estar comigo, tendo de suportar a dor de permanecer ao lado de seu leito de morte.

Não me deixes hoje, mãe querida, pois minha frágil alma provavelmente não seria capaz de aguentar tamanho sofrimento... Aquela “*graça triste de te haver esperado adormecer primeiro*”, de que nos falava o poeta Cassiano Ricardo, na elegia que fez para sua mãe, não me consolaria o suficiente se não contasse hoje com tua carinhosa e indispensável bênção ...

À Cristina, esposa deste estranho e díscolo lobo das estepes e à Thais Helena, filha e doadora de três seres, Davi, Pietra e Laís, que, além de doçuras de meu entardecer, passaram a ser o *leitmotif* de minha luta contra o inexorável avanço da senectude, muito mais do que um simples agradecimento, ofereço-lhes minha imorredoura gratidão.

Por derradeiro, cumpre um agradecimento muito especial a Deus. Como católico que sou, é ele dedicado ao Nosso Senhor Jesus Cristo. Estou plenamente convencido ter sido por obra Dele que cheguei até aqui... Ninguém como Ele soube me ensinar tão bem o quanto se ganha com as derrotas impostas pela vida. Agradeço-Lhe, assim, com as mãos para o alto em forma de oração, pela última derrota eleitoral recentemente sofrida, quando fui levado, por força das circunstâncias, a candidatar-me, a uma vaga no Superior Tribunal de Justiça de nosso país. Enfim, *À quelque chose malheur est bon*, já dizia o velho ditado gaulês... Sem ela eu não poderia estar onde estou nesta inolvidável noite de hoje. Com a mente preocupada, é certo, pelas graves responsabilidades do cargo e do encargo, mas com a alegria de estar me entregando de corpo e alma a todas as questões do nosso Tribunal, desde a pobreza franciscana de recursos financeiros até a busca incansável de uma reforma administrativa; desde a saída adequada para o atraso existente em nossa Informática até a reserva de espaço na garagem para que nossos servidores possam vir trabalhar utilizando-se de bicicletas no lugar de automóveis... Há um mundo de coisas a fazer, é certo, mas eu as farei com a ajuda dos meus pares e de todos os nossos servidores que, para minha enorme alegria, estão “vestindo a camisa”, com coragem e dedicação deveras invulgares...

Prometi, de início, apenas uma breve exposição --- sensaborana, por certo --- carecedora daquele mínimo de poesia e de graça, que lhe outorgasse um pouco de perfume, numa noite tão engalanada como esta...

Peço vênias a todos, então, para reproduzir o mesmo final de que me utilizei no discurso de posse na cadeira de Professor Titular da minha querida Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, socorrendo-me de alguns trechos de um dos mais belos poemas do nosso poeta Ferreira Gullar, já que não cometeria a cinca de dizer um poema de minha própria autoria:

## Metade

Que a força do medo que eu tenho,  
não me impeça de ver o que anseio.

Que a morte de tudo o que acredito  
não me tape os ouvidos e a boca.

Porque metade de mim é o que eu grito,  
mas a outra metade é silêncio...

Que a música que eu ouço ao longe,  
seja linda, ainda que triste...

Que a mulher que eu amo  
seja para sempre amada  
mesmo que distante.

Porque metade de mim é partida,  
mas a outra metade é saudade.

Que as palavras que eu falo  
não sejam ouvidas como prece  
e nem repetidas com fervor,  
apenas respeitadas,  
como a única coisa que resta  
a um homem inundado de sentimentos.

Porque metade de mim é o que ouço,  
mas a outra metade é o que calo.

Que essa minha vontade de ir embora  
se transforme na calma e na paz  
que eu mereço.

E que essa tensão  
que me corrói por dentro  
seja um dia recompensada.

Porque metade de mim é o que eu penso,  
mas a outra metade é um vulcão.

Que o medo da solidão se afaste  
e que o convívio comigo mesmo  
se torne ao menos suportável.

Que o espelho reflita em meu rosto,  
um doce sorriso,  
que me lembro ter dado na infância.

Porque metade de mim  
é a lembrança do que fui,  
a outra metade eu não sei.

Que não seja preciso  
mais do que uma simples alegria  
para me fazer aquietar o espírito.

E que o teu silêncio  
me fale cada vez mais.

Porque metade de mim

é abrigo, mas a outra metade é cansaço.

Que a arte nos aponte uma resposta,  
mesmo que ela não saiba.

E que ninguém a tente complicar  
porque é preciso simplicidade  
para fazê-la florescer.

Porque metade de mim é platéia  
e a outra metade é canção.

E que a minha loucura seja perdoada.

Porque metade de mim é amor,  
e a outra metade...  
também

E nesta unidade do Poeta --- que é, também, a minha unidade --- quero ter minha consciência tranquila de que fiz tudo o que podia para a construção de um mundo fundado na Justiça e no Amor...

Muito obrigado a todos pela extrema paciência com que me ouviram...

## O NOVO PERFIL DO DIREITO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral<sup>1</sup>

A publicação do Código Civil em 11 de janeiro de 2002 deu margem a uma série de debates. Não bastassem as inúmeras transformações trazidas pela novel legislação – para citar apenas uma lembramos a adoção da teoria da empresa em detrimento da antiga teoria dos atos de comércio – relativas à distinta maneira de disciplinar consagrados institutos de direito privado, um dos argumentos de maior envergadura relaciona-se com a inegável e explícita interação existente entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil atual.

Essa interação pode e deve ser questionada pelos operadores do direito. Obviamente, não se trata de duvidar da imprescindível relação que deve haver entre o direito civil e o direito constitucional, no sentido de existir um *dever de adequação* entre as normas infraconstitucionais e aquelas constantes em nossa Lei Maior. Colocar em questão essa realidade seria subverter o ordenamento jurídico como um todo. Quando afirmamos que a interação referida pode e deve ser questionada, referimo-nos a um fenômeno observado a partir da promulgação do novo Código Civil, qual seja, a criação de uma respeitável corrente acadêmica que sustenta a existência de um “direito civil constitucional”.

A primeira indagação que nos surge diz respeito à possibilidade de existir alguma matéria estudada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro que possa realizar-se fora do contexto constitucional. Em outras palavras, haveria viabilidade em qualquer discurso jurídico que não tomasse as disposições constitucionais como ponto de partida e elemento interpretativo principal? Parece-nos que a resposta é negativa.

Ora, mas se afirmamos a existência de uma corrente que defende o estudo de um “direito civil constitucional”, ao menos em tese, haveria outro modo, distinto do estudo a partir da Constituição Federal, de encarar as implicações teóricas e práticas do direito civil, correto? A esta indagação também se apresenta uma resposta negativa.

---

<sup>1</sup> Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral, Advogado, Professor Universitário, Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura, Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal, Presidente da Comissão de Direito Econômico da 93ª Subseção da OAB/SP – Pinheiros, associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e à Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação – ANDHEP, autor de livros e artigos jurídicos, mantenedor do site [www.cidadaniadireitojustica.wordpress.com](http://www.cidadaniadireitojustica.wordpress.com).

A nosso ver, o problema que muitos tentam ignorar, mas que emerge como causa para a denominação de uma corrente de estudo da matéria civil como “direito civil constitucional” decorre de um comportamento anterior dos operadores do direito em relação ao direito civil. Não seria equivocado afirmar que o direito civil é a disciplina mais antiga e, portanto, mais tradicional e com maior autonomia na história do pensamento jurídico.

Quando lemos o livro de Fustel de Coulanges intitulado “Cidade Antiga” deparamo-nos com situações fáticas que se fundam em alguns elementos principais, dentre eles: *religião, família e propriedade*. São essas as bases mais elementares do direito civil, sendo simples notar que tais elementos estiveram presentes em quase todas as sociedades, desde as mais primitivas. Afinal, antes de os indivíduos se relacionarem no âmbito de uma concepção estatal – aqui compreendida como qualquer organização coletiva que submeta os indivíduos – o relacionamento se dava de maneira doméstica, isto é, no seio do estrito âmbito familiar.

Nesse contexto, a evolução do direito civil sempre esteve ligada à criação de normas para regular a convivência dos indivíduos em suas relações essencialmente privadas e, portanto, umbilicalmente ligadas à religião, à família e à propriedade, fatores imprescindíveis ao desenvolvimento do núcleo familiar, embora com variações de grau de importância ao longo do tempo. O direito civil surge e se desenvolve nessa atmosfera de relacionamento *intersubjetivo*, buscando, cada vez mais, consolidar o primado da *autonomia da vontade* e do *pacta sunt servanda*.

Não podemos ignorar, porém, que o transcorrer dos anos acabou por alterar parcialmente essa realidade. Contudo, não se retirou o primado da religião, da família e da propriedade. No mais das vezes, o que se verificou foi a atenuação de poderes a determinadas classes de indivíduos, muitos dos quais sujeitos à escravidão e ao exercício do direito de propriedade por parte de outrem. Porém, jamais deixou de haver uma preocupação com esses elementos básicos. A própria *Magna Charta Libertatum* do início do século XIII já nos dá prova de que as necessidades do campo privado buscavam impor ao detentor do Poder algumas restrições que garantissem direitos de índole individual.

A construção do constitucionalismo também nos serve à demonstração de que o aspecto individual foi elemento essencial à transformação das chamadas sociedades estamentais. Focando o período da Revolução Francesa (1789) observamos o lema: *liberdade, igualdade e fraternidade*, com o qual os próceres da revolução cooptavam seus compatriotas e agiam em face do Estado Absoluto.

Por mais que a fraternidade estivesse dentre os três valores propalados nesse período, mister reconhecer que liberdade e igualdade foram a grande “força motriz”. O que a Revolução Francesa realmente conseguiu foi desatramancar a autonomia privada que tanta falta fazia aos chamados burgueses, sobretudo no campo da livre iniciativa. Não podemos nos olvidar que em momento anterior ao movimento francês as corporações de ofício impediam a ação dos indivíduos que pretendessem empreender, uma vez que constituíam privilégios a pequenos grupos que delas eram integrantes. Uma vez mais, vislumbramos que a autonomia da vontade jamais deixou de existir, ainda que apenas quanto a determinado grupo.

A Revolução Francesa, ao lado de outros movimentos liberais que marcaram o século XVIII, teve enorme importância à concepção do Estado Moderno e ao constitucionalismo. As constituições eram o meio hábil de garantir direitos individuais e colocar ao Estado limites previamente definidos, sendo essa a correta compreensão do Estado de Direito. Nesse primeiro instante, portanto, o objetivo era a consecução de garantias de índole essencialmente individuais, impondo como premissas necessárias ao desenvolvimento regular da individualidade dos cidadãos e das atividades estatais a liberdade individual (livre iniciativa e liberdade de contratar, principalmente) e a igualdade formal (no modelo “todos são iguais perante as leis”).

Garantindo-se a liberdade individual em disposições constitucionais, às quais o próprio Estado deve obediência, foi possível a consolidação do sistema de produção capitalista, sobretudo através da maior intensificação da produção industrial. Importante ressaltar que a Constituição, mais do que um conjunto de normas lembrado por todo e qualquer cidadão ao entabular relações jurídicas na ordem privada, consubstanciava-se em um arcabouço normativo destinado à instituição do Estado e à garantia dos direitos individuais de liberdade.

O supremo valor destinado à liberdade individual, aliado à igualdade meramente formal, ocasionou alguns “desajustes” nas sociedades que assim se orientaram. Não foram poucos os exemplos de exploração e degradação do ser humano como mão de obra, sendo certo que essa foi a principal origem dos movimentos havidos ao longo do século XIX, voltados à afirmação de algumas balizas ao sistema de produção capitalista e à introdução de direitos de caráter social no bojo das constituições até então meramente “garantistas”, sem falar nos movimentos expressamente contrários ao capitalismo.

Todo esse cenário ganha enorme expressão após a primeira guerra mundial, instante em que, não bastassem os desajustes decorrentes do primado exclusivo da liberdade individual, os

países envolvidos no conflito contavam os prejuízos dessa empreitada beligerante. Em que pese a aflição dos países referidos, a primeira mudança efetiva no modelo de constituição adotado parte do México. Foi a Constituição mexicana de 1917 que, pela primeira vez, contemplou direitos sociais e ousou atribuir um caráter social a institutos tipicamente privados, como a propriedade. É oportuno transcrever o artigo 27 da referida Constituição:

“Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

Observe-se que, indo de encontro às posições tipicamente liberais, a Constituição mexicana mira o principal instituto do sistema capitalista de produção - a propriedade - e determina que ela corresponde originariamente à Nação, sendo certo que a esta se faculta o direito de transmitir o domínio a particulares para a constituição da propriedade privada.

Não seria equivocado afirmar que, assim como a Revolução Francesa foi um golpe nas constantes intromissões do Estado Absoluto na liberdade individual, a Constituição mexicana representou o contrapeso aos abusos advindos da conduta de absolutizar a liberdade individual e negar importância à igualdade material. Afinal, o passo dado pela Carta mexicana é um duro golpe em tudo aquilo que até então se observava no constitucionalismo e no processo de codificação oitocentista.

Por aís que reconheçamos a condição de vanguarda da Constituição mexicana, foi a Constituição de Weimar de 1919 que consagrou um novo modelo de constitucionalismo, até por provir de um dos Estados centrais do continente europeu. Tal Carta define em seu art. 153 que: “*A propriedade é garantida pela constituição. Seu conteúdo e seus limites resultam da legislação. [...] A propriedade obriga. Seu uso deve servir ao bem comum*”. Ora, há um rompimento do antigo modelo vigente ao tempo das revoluções liberais e, imperioso afirmar, a afirmação de direitos de caráter social, como se observa em outras passagens dessa mesma Carta.

Todos esses fatos mudam a feição do constitucionalismo e, por conseguinte, do direito privado, na medida em que tratados em dispositivos constitucionais. A constituição deixa de ser meramente garantista para ganhar uma modelagem essencialmente *programática*, no sentido de determinar ao Estado a execução de programas voltados ao bem-estar social. As constituições, embora ainda garantam os direitos individuais, passam a disciplinar institutos típicos de direito

privado, alterando a forma como os operadores do direito devem encarar esse ramo do conhecimento jurídico.

Nas constituições brasileiras o fenômeno também foi observado. Não sendo nosso intento analisar cada uma das cartas pátrias, optamos pelo enfoque da Constituição Federal de 1988 (CF/88) por ser esta a Constituição vigente. Nesse sentido, mister lembrar que a atual Lei Maior cuidou de garantir inúmeros direitos individuais, mas também não descurou de disciplinar a forma como direitos classicamente restritos à matéria privada devem ser exercidos.

A CF/88, por exemplo, garante a propriedade privada no art. 5º, XXII, mas, na sequência (inciso XXIII), determina que a propriedade deverá atender sua função social. Da mesma forma, o constituinte inaugura a Ordem Econômica com o art. 170 e estipula como seus princípios, dentre outros, a propriedade privada e a função social da propriedade. Mais adiante, ao cuidar da política urbana e da política agrícola e fundiária, bem como da reforma agrária, fornece elementos para que compreendamos o sentido e até mesmo o conteúdo da função social da propriedade privada. Lembremos, ainda, que grande parcela dos motivos da previsão da função social da propriedade reside no principal fundamento de nossa República Federativa, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Não é difícil perceber que o constituinte tratou de institutos de direito privado com o mesmo objetivo pelo qual abordou outras matérias. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária passa pela funcionalização dos institutos de direito privado, a fim de que sejam conciliados valores individuais e coletivos de imprescindível importância ao bem-estar social.

O Código Civil atual, embora advindo de projeto iniciado na década de 70 do século passado, está em consonância com a posição e os programas constitucionais. Desde o início da tramitação legislativa, Miguel Reale, principal responsável pelo Código Civil vigente, explicava que a nova codificação está baseada em três princípios elementares: *eticidade*, *socialidade* e *operabilidade*.

O novo diploma nasce em contexto de redobrada preocupação com: a) a ética das relações jurídicas, ao que resplandecem as normas sobre a boa-fé; b) a socialidade, sendo prova disso a inclusão das modalidades de usucapião constitucionais e a redução de prazo temporal para usucapião nas hipóteses de posse qualificada pelo trabalho e pela moradia; c) a operabilidade, como um elemento voltado à aplicação prática da legislação, no sentido de que um código há de servir à solução dos conflitos sociais e não à demonstração de erudição e sabedoria de seus redatores.

Em face de todas essas mudanças, explicitamente anunciadas pelo principal responsável pelo atual Código Civil, ganha relevância a chamada corrente do “direito civil constitucional”, mas apenas em razão de servir ao rompimento de um “persistente comportamento autônomo”, quase isolado, do jurista que se debruça sobre a matéria do direito privado. Após o advento do constitucionalismo, em tempo algum pode ter havido outra forma de se estudar o direito civil. Toda e qualquer disciplina encontrada no ordenamento deve firmar suas bases nas normas constitucionais, servindo estas últimas como “bússola de interpretação”.

Talvez o novo perfil do constitucionalismo tenha aclarado essa realidade, sobretudo em razão de a Constituição ter tratado das mais distintas matérias pertinentes à seara do direito civil. Porém, tal fenômeno está longe de ser novo e, ainda assim, os civilistas, durante muito tempo, comportaram-se como operadores de uma ciência quase que apartada da Constituição.

Toda forma de interpretação há de refletir o *arcabouço principiológico* da CF/88, a partir da admissão de princípios constitucionais, explícitos e implícitos, como vetores à disposição do intérprete. Ressaltamos, porém, que não somos favoráveis à aplicação indiscriminada de princípios constitucionais como forma de afastar normas jurídicas plenamente válidas e eficazes, redundando naquilo que se alcunhou pejorativamente como “farra dos princípios”. Ao contrário, utilizar os princípios constitucionais como diretrizes de interpretação para qualquer matéria jurídica, incluindo-se a de natureza civil, consubstancia-se na realização de uma construção lógica e coerente do raciocínio jurídico, sobretudo quando consideramos a existência de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos artigos do Código Civil atual.

Para que essa forma de interpretação seja possível, impõe-se o preparo dos operadores do direito e, principalmente, dos aplicadores. Os magistrados não devem adotar a aplicação principiológica como forma isolada de solução de conflitos. Os princípios devem servir à correta interpretação das normas, a fim de realizar de “forma ótima” a importante função de aplicação do direito ao caso concreto. Em outras palavras, os princípios constitucionais não são um curinga à disposição do intérprete e do aplicador para resolver casos complexos, mas sim mais um instrumento de que dispõem para a correta compreensão do *conteúdo e sentido* das normas que devem ser aplicadas.

Por todo o exposto, pensar em “direito civil constitucional” pode ser um meio hábil ao rompimento de uma resistência verificada ao longo do tempo em relação a maior parte dos civilistas. Afinal, há ainda aqueles que pensam o Código Civil como “a constituição do homem

comum”, como se fosse um diploma que se esgotasse em si mesmo. Nesse aspecto, a denominação “direito civil constitucional” tem o relevante papel de “chocar” esse antigo pensamento e alertar para uma concepção que já não dá espaço para retrocessos. Por outro lado, “direito civil constitucional” é uma redundância àqueles que sempre pensaram o direito civil em consonância com os ditames constitucionais.

Nessa esteira de debates terminológicos que encontram motivo nos mais distintos objetivos, poderíamos sugerir que o estudo constitucional do direito civil decorre, quando menos, da “privatização do direito constitucional”, já que, ao disciplinar institutos de direito privado, a Constituição cuidou de temas atinentes ao milenar direito civil.

Enfim, o que importa compreender, muito além de qualquer denominação que se pretenda dar a essa “nova era ou novo perfil” do direito civil pátrio, é que o Direito Privado não se esgota em si mesmo. Antes, decorre de dispositivos constitucionais que, não bastassem delimitar a competência legislativa a respeito da matéria, disciplinam o exercício de direitos pertinentes ao direito civil, tal como a propriedade.

Não há mais espaço para o jurista enclausurado nos estreitos limites de qualquer disciplina do âmbito do direito privado. Urge a compreensão do fenômeno jurídico como algo que ultrapassa as raias de uma única matéria, abrindo espaço ao estudo multidisciplinar. Não me refiro apenas às disciplinas tipicamente jurídicas, mas também a uma série de matérias que, em conjunto com o direito, exercem função proeminente na compreensão e adequação dos fenômenos, litigiosos ou não, do convívio social humano.

**LIMITAÇÕES ÀS EXECUÇÕES PROVISÓRIAS: INADMISSIBILIDADE DA INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO, INAPLICABILIDADE DA MULTA PUNITIVA DO ARTIGO 475-J, DO CPC, CAUÇÃO E REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO DO EXEQUENTE**Marcos Paulo Félix da Silva<sup>1</sup>

A problemática ora trazida aos distintos leitores da prestigiada Revista ÍndexJur, partiu da confrontação com decisões judiciais, que, dando início ao procedimento de execução provisória com base nos artigos 475-O e 475-J, do CPC, determinam de ofício (*ex officio*) à parte que apresentou recurso (recebido sem efeito suspensivo) — com o objetivo de reverter condenação judicial que lhe impôs obrigação de pagar soma em dinheiro — que efetue o pagamento do valor objeto de tal condenação no prazo de 15 dias fixado no art. 475-J, sob pena de aplicação da multa coercitiva de 10% prevista no mesmo art. 475-J e a realização de penhora em bens.<sup>2</sup> Nesta hipótese específica, portanto, não há prévia iniciativa da parte interessada em instaurar execução provisória (a mesma o foi, de ofício, inaugurada pelo Juízo Singular, ou seja, sem que houvesse qualquer manifestação prévia da parte tida credora), como também não há decisão condenatória *transitada em julgado*, tampouco fixação de caução pelo Juízo Singular, não obstante a presença de requisitos para a sua exigência.

A questão nuclear que se coloca nessa situação é: à luz do regime previsto no atual Código de Processo Civil, acertada seria a decisão que, para além de instaurar execução provisória no lugar do exequente, dirige à parte, inconformada com a decisão que lhe foi desfavorável, ordem para realizar pagamento objeto de condenação impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo, sob pena de arcar com a multa prevista no art. 475-J (aplicável às execuções definitivas), e independentemente da prestação de qualquer caução?

---

<sup>1</sup> Advogado especializado pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), Escritor pela Juruá Editora (Curitiba), Membro Integrante do Instituto Nacional de Recuperação Empresarial (INRE) e da União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro (UJUCARJ).

<sup>2</sup> “Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.” (Incluído pela Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005).

Parece-nos ser negativa a resposta, quer sob o espectro da impossibilidade de se dar início, de ofício, à execução provisória, quer sob o aspecto da inaplicabilidade da multa de que trata o art. 475-J do CPC às execuções provisórias, quer diante do regime de prestação de caução afeto às execuções provisórias.

Preambularmente, no que concerne à execução provisória, referida igualmente, em sede doutrinária, “cumprimento imediato da sentença provisória” ou “cumprimento provisório da sentença”, em homenagem à sistemática estabelecida com o advento da Lei n. 11.232, ou ainda de “execução antecipada”, “execução imediata” ou “execução fundada em título provisório”, para o caso de se assumir a provisoriedade do título que a sustenta e a possibilidade de adiantar-se à prática de atos executivos diante do imediatismo dos efeitos da decisão jurisdicional, é ela compreendida como “técnica de *efetivação antecipada* ou *imediata* de decisões jurisdicionais ainda pendentes de ulterior confirmação mercê do sistema recursal.”<sup>3</sup> Assim é que, nos exatos termos da lei processual (art. 475-I, §1º): “É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.”

Na execução provisória, “exequente” é aquele que, lastreado em decisão passível de anulação ou modificação no seu conteúdo (não transitada em julgado), do qual é o favorecido (título provisório), promove-lhe a execução na condição de credor, ao passo que o executado é o sujeito-alvo da execução. Sendo assim, a opção de *dar início* à execução provisória, na sistemática do CPC em vigor, é do exequente, como claramente indica o artigo 521, do CPC, ao sobrelevar a faculdade conferida à parte-apelada para, uma vez recebido o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, “promover, desde logo, a execução provisória da sentença, extraíndo a respectiva carta”. E a propósito, o artigo 475-O, do CPC, ao dispor, em seu §3º, a *forma* pela qual deverá o *exequente* “*requerer* a execução provisória”. Isso porque, como logo de início prescreve o inciso I, do mesmo artigo 475-O, a execução provisória “corre por iniciativa, conta e responsabilidade do

---

<sup>3</sup> Cassio Scarpinella Bueno, A execução provisória-completa na Lei 11.232/2005 (uma proposta de interpretação do art. 475-O, §2.º, do CPC), *In Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, Luiz Fux, Nelson Nery Jr., Tereza Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2006, p. 296. No dizer de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes: “Conceitua nosso ordenamento processual como *definitiva* a execução lastreada em título já completamente formado. Ou seja, tratando-se de título extrajudicial (cuja formação independe de processo) ou de título judicial cuja decisão transitou em julgado, o processo de execução será deflagrado em caráter definitivo.” (A execução provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional, *In Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, Luiz Fux, Nelson Nery Jr., Tereza Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2006, p. 415).

exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR adverte que: “A execução provisória corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente. Dessa forma, se a sentença vier a ser reformada, estará ele obrigado a reparar os prejuízos que o executado houver sofrido. A forma mais completa de ressarcimento é a restituição dos bens e valores expropriados executivamente, mais os prejuízos ocorridos pela privação deles durante o tempo em que prevaleceu o efeito da execução provisória. Tendo sido, porém, transmitidos a terceiros, não alcançáveis pelo efeito do julgamento do recurso pendente, transformar-se-á a restituição em dever de indenização total do valor dos bens e demais perdas acarretadas ao executado. Em face do grave risco que a execução provisória pode representar para o exequente, não pode ser instaurada de ofício pelo juiz. Dependerá sempre de requerimento da parte (art. 475-O, inc. I).”<sup>4</sup>

No dizer de ARAKEN DE ASSIS: “À diferença do sistema alemão, que admite como regra a execução provisória *ex officio*, o dispositivo nacional preserva a iniciativa da parte. E fundado em boas e sólidas razões. E primeiro lugar, talvez as investigações do exequente revelem a tendência de a execução se mostrar infrutífera, em virtude da inexistência de bens penhoráveis, e, nesta contingência, nada pode constrangê-lo a iniciar uma atividade de antemão inútil. Reserva-se ao vitorioso momentâneo, ademais, o prognóstico quanto ao êxito do recurso interposto pelo atual vencido. De nada lhe adiantaria promover execução provisória desde logo antevendo o provimento da impugnação, porque discrepante o ato que lhe favorece com a jurisprudência dominante no órgão *ad quem*. Finalmente, a responsabilidade objetiva de que cogita o art. 475-O, I, constitui poderoso indutor de uma iniciativa bem meditada e prudente. Assim, não cabe ao órgão judiciário, no direito brasileiro, substituir-se à iniciativa do vitorioso e adotar providências destinadas à realização do crédito.”<sup>5</sup>

Não pode, portanto, ser a execução provisória instaurada de ofício pelo julgador, uma vez que de iniciativa legalmente reservada ao exequente (*reserva legal*), e mesmo que seja inaugurada a pedido do interessado, inaplicável é às execuções provisórias a fixação da multa de 10% de que trata o art. 475-J, do CPC, conforme decidido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.059.478-RS (*DJE* de 11/4/2011), no qual restou

<sup>4</sup> *As novas Reformas do Código de Processo Civil: leis nºs 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006; e 11.280, de 16.02.2006*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 172.

<sup>5</sup> *Cumprimento da sentença*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 161.

cristalizado o entendimento segundo o qual a “*multa prevista no art. 475-J do CPC não se aplica à execução provisória.*” Significativo o voto-condutor da maioria da Corte, da lavra da Exa. Ministra Nancy Andrighi, do qual se extrai trecho indicativo do cerne dos pressupostos da não incidência da multa punitiva do art. 475-J às execuções provisórias:

*“A multa em questão é própria da execução definitiva, pelo que pressupõe sentença transitada em julgado. Durante o recurso sem efeito suspensivo, é possível a execução provisória, como faculdade do credor, mas inexistente, ainda, a obrigação de cumprir espontaneamente a condenação para o devedor. Por isso não se pode penalizá-lo com a multa pelo atraso naquele cumprimento.*

*Convém lembrar que o direito de recorrer integra a garantia de devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LV), pelo que o litigante não poderá ser multado por se utilizar, adequadamente e sem abuso, desse remédio processual legítimo. (...) Dessa maneira, há na própria sistemática do direito processual uma inviabilidade de punir-se o devedor por não cumprir a sentença contra a qual interpôs regular recurso.”*

Com efeito, é do credor do título executivo provisório a faculdade de ajuizar pedido de execução provisória, como também é do executado o direito de adotar providências destinadas à reparação de danos (v.g. perdas, gastos, despesas, custos) — liquidáveis nos mesmos autos por arbitramento — sofridos em razão de ter o exequente assumido os riscos de promover a prática de atos voltados à execução de julgado suscetível de reforma, modificação ou anulação, variáveis que, uma vez concretizadas, tornará a execução provisória sem efeito, restituindo-se as partes ao estado anterior (art. 475-O, I e II). Em sendo, por outro lado, decretada ou deliberada a alteração ou anulação parcial do julgado, somente em relação à parte reformada ou anulada do *decisum* ficará a execução provisória sem efeito (art. 475-O, §1º).

Todavia, tal regime de responsabilização por danos não assegura ao executado, isoladamente, a satisfação do crédito que porventura vier a ser reconhecido em face dos prejuízos experimentados por conta da execução provisória, considerando-se que a efetiva compensação monetária pelos danos sofridos está logicamente sujeita à capacidade patrimonial do exequente de responder, de forma objetiva, pela integralidade da dívida, daí a exigência de arbitramento de caução suficiente e idônea pelo exequente, nas específicas hipóteses: (1) levantamento de depósito em dinheiro; (2) prática de atos que importem em alienação de propriedade; (3) prática de atos que *possam* resultar grave dano ao executado. Sem rodeios, fácil depreender que, inclusive diante da

simples *possibilidade* de *exposição* do executado ao risco de sofrer grave dano com a prática do ato (p. ex., a realização de penhora eletrônica em ativos financeiros, particularmente quando abranger execução de soma capaz de comprometer as atividades empresarias do executado), está o julgador autorizado a determinar, de plano, a prestação de caução.

Assim sendo, uma vez ultrapassada a etapa primeira de exame pelo exequente da conveniência de instaurar-se, desde logo, a execução provisória do julgado, ao julgador incumbirá, diante da pretensão exposta de levantar-se depósito em dinheiro, de ver realizada a prática de atos que importem em alienação de propriedade ou a prática de atos que possam resultar grave dano ao executado, e atento aos ditames do *due process of law*, estabelecer, *ex officio*, a obrigação do exequente prestar caução a fim de respaldar sua pretensão. Prestada caução, deverá ela ser, subsequentemente, submetida à apreciação do executado, oportunizando-lhe manifestação sobre a suficiência e idoneidade da garantia apresentada pelo exequente. Ao julgador então, defronte das específicas circunstâncias do caso concreto e sensível às consequências de sua decisão (potencial de ocorrência de dano diante dos riscos projetados para a esfera jurídica do executado, ou, simplesmente, *potencial dano emergente da decisão*), incumbirá a tarefa de formar seu juízo a respeito da *qualidade*, vigor ou “*musculatura*” da caução prestada, valendo-se, se necessário, da opinião ou certificação de *expert* de sua confiança.

De se perceber, destarte, que a acepção empregada ao verbo arbitrar, referenciado no inciso III, do art. 475-O, é no sentido de “estabelecer”, “determinar”, porquanto se compreende como dever do julgador, caso não tenha a garantia sido espontaneamente ofertada pelo exequente, impor de “plano” (*ex officio*), a obrigação de prestação de caução naquelas hipóteses, atentando-se para a nebulosa atmosfera, por vezes recheada de trovoadas e ventanias, ao redor da provisoriedade do julgado. Por sua vez, a aferição da suficiência e idoneidade da garantia estaria sujeita à prévia manifestação do executado, mormente quanto à espécie, valor, qualidade e higidez da garantia. É que os efeitos negativos de uma execução provisória mal sucedida serão absorvidos pelo executado, a quem restará não somente a garantia de reclamar pelos prejuízos suportados, mas também à efetividade do direito ao recebimento de tudo que se fizer devido. Nada mais justo, assim, do que oportunizar àquele que poderá se tornar credor o direito de se pronunciar sobre a garantia prestada por quem almeja avançar sobre a sua órbita patrimonial, em observância às *inexoráveis* garantias constitucionais pelas quais a lei não excluirá da apreciação do julgador *lesão* ou *ameaça a direito* (art.5º, XXXV, da CF/88); de que ninguém será *privado da liberdade* ou de seus

*bens* sem o *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF/88); e de que aos litigantes, em *processo judicial* ou *administrativo*, e aos acusados em geral, são assegurados o *contraditório* e a *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF/88).

Excepcionalmente, admite o §2º, do art. 475-O — sem afastar, contudo, o regime de responsabilização objetiva do exequente decorrente da execução baseada em título *provisório*, não raras vezes *precário* — a possibilidade da prestação de caução ser *dispensada*, para as hipóteses de levantamento de depósito em dinheiro; prática de atos que importem em alienação de propriedade; ou prática de atos que *possam* resultar grave dano ao executado, referidas no inciso III, do art. 475-O, quando o exequente demonstrar situação de necessidade, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de 60 (sessenta) vezes o valor do salário-mínimo (inciso I, do §2º), ou “nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.” (Redação dada pela Lei n. 12.322, de 9 de setembro de 2010).

A nosso ver, para situações em que a propositura da execução provisória é encorajada pela decisão que inadmitiu a subida do respectivo recurso excepcional para a Corte Suprema ou para o Superior Tribunal de Justiça e tendo havido a interposição do respectivo agravo, ainda pendente de julgamento, é *específica* a norma no sentido de *não* autorizar a dispensa da prestação de caução pelo exequente quando for claro que a falta de caução *poderá* gerar ao executado *risco* de grave dano, de difícil ou incerta reparação. Exige-se a caução (*garantia*), ante a clara presença da simples *possibilidade* de *exposição* do executado (*potencial dano emergente da decisão liberatória da prestação de caução*) ao risco de sofrer grave dano, de difícil ou incerta reparação. Uma vez julgado o agravo para dar-lhe provimento e determinar, exemplificativamente, a subida do recurso especial, possível não será a dispensa da caução com supedâneo no inciso II, do §2º, do CPC, por patente dissociação subsuntiva da nova realidade à norma de incidência.

Enfim, além de se vislumbrar extrapolação, por *ausência* de autorização legal, da decisão de ofício que *instaura execução provisória*, para o fim de determinar a efetivação de pagamento, por vezes de vultosa soma capaz de ocasionar grave dano ou de comprometer a continuidade das atividades empresariais do executado, e para agravar, ordena-a sem exigir da parte tida credora a respectiva prestação de *caução*, há que se observar, inevitavelmente, o entendimento cristalizado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.059.478-RS (*DJE* de

11/4/2011), segundo o qual a “*multa prevista no art. 475-J do CPC não se aplica à execução provisória*”.

## A CRISE DO PROCEDIMENTO COMUM SUMÁRIO

Ezio Frezza Filho<sup>1</sup>

### ESCORÇO HISTÓRICO

O Código de Processo Civil de 1939, que veio à luz através do Decreto-Lei n. 1.608/39, previa o *processo ordinário* que, conforme a dicção do seu artigo 291, regulava “as ações para as quais este Código não prescreva rito especial”. Em outras palavras, não havia ainda o rito sumário: apesar das confusões conceituais havidas entre *processo* e *procedimento*, ou se fazia uso de ritos especiais ou do rito ordinário, sem espaço para a subdivisão deste último.

Todavia, a Constituição Federal de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional 01/69, em seu artigo 112, parágrafo único, previu a criação de “processo e julgamento de rito sumaríssimo, observados os critérios de descentralização, de economia e de comodidade das partes”; com o advento do Código de Processo Civil de 1973, aquele procedimento ordinário foi subdividido, dando lugar ao procedimento comum ordinário e ao procedimento comum sumário, estando este último regulado nos artigos 275 e seguintes da codificação em vigor.

A ideia, segundo se depreende do texto constitucional de então, era a criação de um procedimento que fosse capaz de imprimir agilidade na prestação da tutela jurisdicional, de modo menos oneroso para as partes, certamente porque já se antevia a ineficácia daquele procedimento ordinário. Ou, um procedimento caracterizado pela “simplificação de atos, de modo que as demandas sejam processadas e decididas em curto espaço de tempo e com o mínimo de despesas”, conforme asseverou Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça que à época foi encarregado de projetar aquele Código.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito e Constituição, pela UNAERP – Ribeirão Preto, Professor da PUC Minas – campus Poços de Caldas, advogado militante e Conselheiro da 25ª Subseção da OAB/MG.

Diga-se, apenas por curiosidade, que este procedimento nasceu como *sumaríssimo*, terminologia um tanto criticada porque trazia a equivocada noção da presença de um rito intermediário, ou sumário, até então inexistente; foi a lei 8.952/94 que corrigiu o *nomen iuris* para *procedimento comum sumário*, sem o desnecessário superlativo, o qual, de resto e acertadamente, ficou restrito para os procedimentos dos juizados especiais, na melhor dicção do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal – ali, sim, o rito processual é bem mais célere e muito enxuto e informal do que o previsto nos artigos 272 e 275 e seguintes do Código de Processo Civil.

De todo modo, o que se queria era um rito que permitisse, para as causas de menor complexidade, a prestação da tutela jurisdicional em menor espaço de tempo, daí porque o procedimento sumário nasceu marcado pelos princípios da celeridade e da economia processual, bem como pelo princípio da oralidade, o que se imaginava conseguir através da concentração de atos e fases processuais (que, no âmbito do comum ordinário, aparecem e se realizam de modo estanque e distanciados no tempo e no espaço), bem como pela possibilidade de apresentação de defesa oral, já na audiência de conciliação e resposta.

#### SOBRE A ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO

As reiteradas decisões dos nossos tribunais caminhavam no sentido de que o uso do procedimento comum sumário era obrigatório, de maneira que não podiam nem as partes e nem o juiz fazer opção pelo procedimento comum ordinário quando presentes as hipóteses do para as quais foi instituído. Tratava-se, nesta ótica, de entender o dispositivo como norma cogente, como norma de ordem pública e, portanto, mais voltado aos interesses do Estado, ou da coletividade, do que propriamente aos interesses subjetivos das partes litigantes. De fato, se a intenção dos legisladores constitucional e infraconstitucional era a de imprimir, através do sumário, maior

celeridade e, com isso, maior brevidade, para a vida de determinadas causas, desde o seu nascedouro até a entrega da tutela jurisdicional, fazia sentido se exigir a observância desse rito pelos sujeitos do processo. Do contrário, estar-se-ia contribuindo para o atravancamento das vias jurisdicionais, historicamente sobrecarregadas, através do uso do procedimento ordinário (mais delongado) para as causas que dele não necessitam, pelo simples capricho de um ou de outro.

Mais que isso, era correto perguntar: qual seria o interesse da parte, ou do juiz, em substituir o sumário pelo ordinário? Praticamente nenhum, é a resposta mais adequada, porquanto o procedimento sumário não retira da parte qualquer das garantias constitucionais do processo: aliás, outra coisa esse procedimento não faz a não ser abreviar a marcha processual através da condensação de determinadas fases em uma só.

É bem verdade que o sumário não admite a reconvenção, mas apenas o pedido contraposto, que é via mais estreita que a reconvenção; assim também limita a intervenção de terceiros. De todo modo, acreditamos que tais limitações não são suficientes para que a resposta da pergunta acima seja diferente, até porque outras opções processuais se acham à disposição do jurisdicionado para o pleno exercício do direito constitucional de ação.

Assim é de se ver, pois, que as decisões que obrigavam o uso do procedimento sumário faziam sentido e eram consentâneas com a realidade de então, sobretudo em se considerando que era a esperança de uma maior dinâmica para as lides forenses, embora não houvesse unanimidade nessa linha de raciocínio.

Aliás, muito ao contrário: farta jurisprudência foi formada no sentido de demonstrar que o uso equivocado do procedimento comum ordinário, quando a lei determinava o uso do sumário, não é capaz, por si só, de levar à nulidade dos atos praticados no curso do processo, nem mesmo dos atos decisórios. É que, efetivamente, o simples erro na escolha do procedimento, não

percebido nem pelas partes e nem pelo juiz, não causava qualquer prejuízo aos litigantes – quando muito, acrescentamos, o prejuízo seria sentido pelo Estado-Juiz e pela sociedade, que experimentavam uma sucessão de fases estanques, separadas e alongadas, típicas do ordinário, no lugar das fases sumarizadas e, em consequência, mais rápidas; mas nada, repita-se, suficiente para levar à anulação dos atos do processo.

Voltando um pouco no tempo, encontramos em Theotônio Negrão, *in* Código de Processo Civil Comentado, 26ª edição de 1995, p. 230, vários arestos que dão suporte às afirmações que fizemos até aqui. E também em Nelson Nery Júnior, *in* Código de Processo Civil Comentado, 2ª edição, 1996, o qual já anotava, sob o artigo 273, p. 704, a conclusão extraída do V ENTA – Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, realizado em 1981, no Rio de Janeiro: “Inexiste, para as partes ou para o juiz, a faculdade de substituir o procedimento sumaríssimo pelo ordinário (...), contudo, a erronia de rito não conduz à nulidade do processo (...)”.

Também os processualistas, como Humberto Theodoro Júnior, *in* Curso de Direito Processual Civil, volume 1, 29ª edição, 1999, esposavam as mesmas teses: o procedimento sumário é de uso obrigatório, mas eventual equívoco na adoção do procedimento ordinário não é motivo para anulação dos atos praticados; ademais disso, referido autor, ainda na obra citada, destacou que “a forma de procedimento não é posta no interesse das partes, mas da Justiça”, conforme extraiu do acórdão proferido no Agravo de Instrumento 1.956, rel. Des. Athaide Monteiro da Silva, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Assim também Moacyr Amaral Santos, que em diversas passagens de sua obra Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2º volume, 1998, afirma que o procedimento sumário é de uso obrigatório quando presentes as circunstâncias do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Ao consultarmos esses mesmos autores, em obras mais atualizadas, encontraremos basicamente idêntico posicionamento, mantido de modo arraigado e inflexível, a exemplo do próprio mestre Humberto Theodoro Júnior, na 44ª. edição da obra acima mencionada, p. 375. Entretanto, a realidade forense mudou muito nos últimos anos; cada vez mais nos deparamos a máquina do Judiciário praticamente parada, inoperante, sem andamento processual; com isso, os novos processos vão sendo represados pelos anteriores, ainda não decididos, e assim sucessivamente, de maneira que hoje é comum aguardarmos oito, dez ou mais anos para, enfim, ocorrer a prestação da tutela; certo eram situações impensáveis há alguns anos, mas que hoje são sentidas e debatidas por toda a sociedade. Até virou lugar comum reclamar da morosidade do Judiciário, com ações que se eternizam por décadas a fio sem perspectivas da prestação da tutela jurisdicional, angustiando não só as partes litigantes, mas, sobretudo, os advogados, que já não sabem mais como explicar para o cliente a razão de tantas delongas.

Várias são as causas da falência do Judiciário – sim, não é exagero algum pronunciarmos deste modo – que vão desde a absoluta falta de investimentos em recursos humanos e em infraestrutura até a postura inadequada e retrógrada de alguns magistrados. Mas não menos evidente é que referida crise também é reflexo dos entraves causados por uma codificação já obsoleta, que reclama mudanças urgentes capazes de reduzir as burocracias e formalismos ainda nela insertos, assim como capazes de permitir a fluência da tramitação processual livre dos percalços representados pela burocracia e formalismo exagerado dos procedimentos, dentre outras causas.

Em nossos dias já pouco importa se o procedimento usado é o ordinário ou o sumário; a morosidade é tanta que nem um e nem outro andam a contento. Ao contrário, ambos estacionam pelos escaninhos do Judiciário que, de resto, já não é mais capaz de, por si só, encontrar soluções

adequadas para este lamentável estado de coisas. Em alguns Estados da federação, senão na maioria deles, nem os Juizados Especiais conseguem dar a velocidade adequada às ações a seu cargo, havendo mesmo locais em que a primeira audiência, a de conciliação, só é realizada depois de dois anos do ajuizamento, a despeito do rito sumaríssimo de que trata a lei 9.099/95, pretensamente mais célere e informal do que o próprio procedimento sumário do artigo 275, em comento.

Nesse quadro, o procedimento comum sumário tem se mostrado de todo ineficaz para obtenção de tutela jurisdicional em tempo razoável, nada obstante a garantia constitucional inserta no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna. As delongas de sua tramitação, pelos motivos acima apontados e ainda pela absoluta incompatibilidade das pautas dos juízes para a realização das audiências e para os julgamentos respectivos, igualam-no em tudo e por tudo ao procedimento ordinário, de tal sorte que já não cumpre mais a função para a qual primitivamente foi pensado, nos idos de 1969.

A realidade impõe a conclusão de que o procedimento comum sumário já cumpriu o seu papel histórico; agora já é hora de repensarmos novos métodos e ritos para a solução dos conflitos, aproveitando, no que couber, aquilo que de bom pode ser retirado das experiências vivenciadas pela comunidade jurídica.

É certo que muitas alternativas têm sido buscadas pelo legislador brasileiro, com destaque para a criação das súmulas vinculantes e das assim batizadas “sumulas impeditivas de recursos”; de se destacar também a possibilidade do julgamento antecipaíssimo de mérito, previsto no artigo 285.A do Código de Processo Civil e a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, que sem dúvida estreita o gargalo dessa via excepcional

de controle constitucionalidade. São dispositivos que permitem agilidade e economia processual e, o que é melhor, sem perda da necessária segurança que deve revestir as decisões judiciais.

Claro, só isso não basta; ainda há muito que ser feito para mitigar os entraves e gargalos da prestação da tutela jurisdicional. Mas enquanto se espera por uma série de medidas necessárias para que ultrapassemos esse calamitoso estado de coisas, entre as quais a inadiável Reforma do Judiciário, que, posto seja um capítulo a parte, deve ser tratado sem demora, devemos por ora tirar proveito da oportuna vinda do novo Código de Processo Civil, ora em gestação perante o Congresso Nacional, para modernizarmos os procedimentos judiciais postos à disposição dos jurisdicionados, adequando-os à realidade presente.

#### A ATUALIDADE DO PROCEDIMENTO COMUM SUMÁRIO

O tema já vem sendo debatido alhures pelos doutrinadores e pelos tribunais brasileiros: se o procedimento comum sumário já cumpriu o que dele se esperava; se, por agora, não mais atende às finalidades para as quais foi criado, então é tempo de suprimi-lo do nosso ordenamento processual – mas sem desprezar, por óbvio, o que de bom ele trouxe para o cotidiano forense.

Aliás, no âmbito da jurisprudência, foi suficientemente flexibilizada a ideia de que o rito sumário era de uso obrigatório; a noção de que se tratava de norma cogente deu lugar a entendimentos mais liberalizantes, que permitem ao autor optar pelo procedimento ordinário mesmo na presença das circunstâncias elencadas sob o artigo 275, citado. Em vários julgados, tirados em agravo de instrumento, vingou a tese que determina a continuidade do processo que se iniciou pelo procedimento ordinário, nas hipóteses em que era cabível o rito sumário, sem necessidade de emenda da inicial para adoção do rito legalmente estatuído, coroando a livre escolha do autor. Exemplos nesse sentido não faltam, entre os quais encontramos: 1) 0018484-15.2010.8.19.0000 – Ag. Instrumento - Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho - Julgamento:

19/5/2010 –20ª Câm. Civil do TJMG; 2) Ag.Rg. no REsp 918.888. Min. Nancy Andrighi, DJ 1/8/2007, p. 487. Decisão: 28.6.2007, STJ.

Ademais disso, é interessante notar que aqueles que no passado demonstravam entendimento mais rígido, atualmente trazem informações que se coadunam com a livre escolha do procedimento pela parte; a propósito, Theotônio Negrão, no Código de Processo Civil e Legislação Processual Comentada, 42ª edição, de 2010, lista agora vasta jurisprudência de cunho liberalizante: STJ, 4ª. T. REsp. 262.669, Min. Sálvio De Figueiredo, j. 13.9.00, DJU 16.10.00, STJ, 3ª. T. REsp. 737.260, Min. Nancy Andrighi, j. 21.6.05, DJU 1.7.05, RT 501/89, 579/154, 604/132, 639/130, 745/372, RF 331/306, RJTJESP 41/204, 43/179, 45/35, 46/66, JTA 92/200, 94/161, 103/251, Bol. AASP 2.60 (AI 7.191.130-3).

Também parte da doutrina vem desprezando o uso do procedimento comum sumário, sem embargo de que muitos ainda, talvez mais tradicionalistas, continuem inflexíveis na ideia da obrigatoriedade, como norma cogente que deflui da codificação processual vigente. Seja como for, é interessante notar que Athos Gusmão Carneiro, *in* Audiência de Instrução e Julgamento e Audiência Preliminar, 7ª. edição, 1997, p. 130, defende a fungibilidade de rito por opção do autor, do sumário para o ordinário; assim como também o faz Araken de Assis, *in* Procedimento Sumário, 1996, p. 39. Em síntese, aduz o primeiro que a fungibilidade do rito fica sob a opção do autor, já que não há qualquer prejuízo para réu quando a opção se der pelo procedimento comum ordinário, acrescentando o segundo que, embora as regras do procedimento sumário sejam mais atraentes para as partes, ainda remanesce viva a possibilidade do autor livremente fazer a sua opção.

Mostrando-se conhecedores da inutilidade do procedimento comum sumário, os autores do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, ora em tramitação perante o Congresso Nacional, simplesmente ignoraram esse procedimento: conforme a proposta vingue, e ao menos

nesse aspecto tem tudo para vingar, teremos apenas o procedimento comum, previsto no artigo 292 do anteprojeto, sem o desdobro que hoje conhecemos, quer dizer, sem a subdivisão entre comum sumário e comum ordinário – além, é claro, dos procedimentos especiais, mais ou menos da linha do que hoje temos em vigor. Se, repetimos, for aprovado o texto tal como se acha redigido, teremos excelentes novidades com a futura codificação.

De outro lado, e com acerto, os autores do anteprojeto aproveitaram alguns dos evidentes benefícios que experimentamos com o procedimento sumário, agregando-os ao previsto procedimento comum, como: obrigatoriedade do rol de testemunhas logo na petição inicial (artigo 296) e na contestação (artigo 325, parágrafo único); formulação de pedido contraposto, pelo réu, na própria contestação, sem necessidade das burocracias da atual reconvenção, mas com a mesma amplitude desta (artigo 326); obrigatoriedade do comparecimento das partes à audiência de conciliação (artigo 323, § 6º); além disso, inovaram no sentido de permitir que a alegação de incompetência relativa, impugnação de justiça gratuita e impugnação ao valor da causa sejam colocadas dentro da própria contestação (artigo 327),

Ademais disso, o artigo 325 do anteprojeto deixa bem claro que a contestação deverá conter a especificação das provas que o réu pretende produzir em juízo, embora o mesmo tratamento não seja dispensado ao autor, que poderá, ao depois, por ocasião do saneamento do feito, especificar as suas (tratando-se de evidente desrespeito ao princípio da isonomia, o que esperamos seja corrigido a tempo). Também no que se refere às decisões interlocutórias, aquelas proferidas durante a fase cognitiva de primeira instância não estarão sujeitas à preclusão, salvo as que poderão ser combatidas por agravo de instrumento, podendo a matéria respectiva ser ventiladas em preliminar de apelação, ou nas contrarrazões, quando for o caso, a teor do artigo 963, § 1º, do anteprojeto em comento.

## CONCLUSÕES

Sim, nem todas as modificações previstas, e aqui expostas em apertada síntese, são frutos do procedimento comum sumário, com destaque para a ausência de preclusão das interlocutórias, que é previsão típica da lei 9.099/95; ao contrário, aliás, a boa experiência das provas especificadas na petição inicial, bem como a exigência de rol de testemunhas, de quesito e de indicação de assistente técnico nesta peça de abertura, deveria ser aproveitada no anteprojeto; do mesmo modo, deveria a audiência de conciliação comportar mais alguns atos, como obrigatoriedade da apresentação das defesas, pena de preclusão, tal como previsto no atual procedimento comum sumário.

De todo modo, não deixa de ser um grande avanço, que poderemos experimentar em breve, sem necessidade das burocracias oriundas da atual bipartição do procedimento comum. Oxalá, pois, vinguem as propostas da comissão responsável pelo anteprojeto do novo Código de Processo, sem prejuízo de se agregarem nela, no âmbito do Congresso Nacional, outras regras capazes de imprimir maior celeridade processual.

# DOUTRINA

## DISSOLUÇÃO, LIQUIDAÇÃO E EXTINÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA À LUZ DA LEGISLAÇÃO CIVIL E FALIMENTAR <sup>1</sup>

(A falência como causa (ou não) de extinção da personalidade jurídica da sociedade empresária)

Manoel Justino Bezerra Filho<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Dissolução, liquidação e extinção da sociedade empresária à luz da legislação civil. 3. Dissolução, liquidação e extinção da sociedade empresária à luz da legislação falimentar. 4. A posição da doutrina. 5. A posição da jurisprudência. Conclusões. Referências Bibliográficas.

### 1 . INTRODUÇÃO

1.1. Quanto à sua personalidade jurídica, em que situação fica a sociedade empresária falida, após o trânsito em julgado da sentença de extinção das obrigações na forma do artigo 158 <sup>3</sup> e seguintes <sup>4</sup> da Lei 11.101/2005, a Lei de Recuperação e Falências? Aqui a Lei será nominada de LREF, até que se pacifique o “nome” pelo qual a lei passará a ser chamada. Esta questão relativa à “sobrevivência (ou não) da personalidade jurídica da falida é que se pretende aqui tentar responder. Além do trânsito em julgado da sentença de extinção das obrigações, pode-se acrescentar ainda para fins de estudo, que no caso ora sob exame, a sociedade empresária falida também se aprestou a pedir judicialmente – e obteve do juiz da falência -, a declaração de que está findo o período de inabilitação, pois já extintas as obrigações por sentença (artigo 102) <sup>5</sup> e já

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado em ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>2</sup> Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau na 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor Adjunto de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo. Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>3</sup> Art. 158. Extingue as obrigações do falido: I – o pagamento de todos os créditos; II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo; III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei; IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

<sup>4</sup> Art. 159. Configurada qualquer das hipóteses do art. 158 desta Lei, o falido poderá requerer ao juízo da falência que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença. ... § 4º. A sentença que declarar extintas as obrigações será comunicada a todas as pessoas e entidades informadas da decretação da falência.

<sup>5</sup> Art.102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art.181 desta Lei. Parágrafo único – Findo o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro.

superado também o prazo de impedimento previsto no inciso I do artigo 181,<sup>6</sup> todos da LREF. Por fim, superados todos estes óbices, a sociedade empresária falida pediu e obteve a expedição de ofício à Junta Comercial, para que em seu registro fosse feita a anotação prevista no § único do artigo 102.

1.2. É curioso adiantar desde logo um aspecto que diz respeito à previsão do § único do artigo 102, no sentido de anotação na Junta Comercial dando notícia de que o falido não está mais inabilitado para o exercício da atividade empresarial. Relembre-se que o trânsito em julgado da sentença de extinção das obrigações precede esta declaração de cessação da inabilitação, tendo a lei estabelecido especificamente, no § 4º do artigo 159, que a sentença que declara extintas as obrigações será comunicada a todas as pessoas e entidades informadas da decretação da falência. Assim, tanto a prolação da sentença de extinção das obrigações quanto o fim do período de inabilitação serão comunicados, entre outros, à Junta Comercial que, quando da decretação da falência, havia anotado no registro do devedor a expressão “Falido”, em cumprimento ao inciso VIII do artigo 99<sup>7</sup> da LREF.

1.3. Anota-se como curioso este aspecto, para que se perquiria por qual motivo a lei teria trazido tal previsão, o que talvez possa já ser tomado como indicação de que a sociedade empresária falida não se extingue pela falência, isto porque a lei não determina a baixa do registro na Junta; ao contrário, em um primeiro exame, o que se diria é que o registro permanece vivo e ativo, tanto que o legislador determinou que fossem feitas as anotações da extinção das obrigações e do fim do período de inabilitação, o que seria absolutamente desnecessário se neste momento, a sociedade empresária viesse a ser extinta, com baixa consequente de seu registro na Junta Comercial. E como é sabido, por regra de hermenêutica, a lei não tem palavras ou comandos desnecessários.

1.4. Estas são pois, a título de introdução, as preocupações postas para que se tente responder à pergunta inicial, ou seja: ao fim da falência, a sociedade empresária falida estará extinta ou, ao contrário, estará liberta das amarras às quais esteve submetida durante a falência e poderá reassumir o andamento normal de sua vida empresarial. Anote-se desde logo que, ao

<sup>6</sup> Art. 181. São efeitos da condenação por crime previsto nesta Lei: I – a inabilitação para o exercício de atividade empresarial.

<sup>7</sup> Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: ... VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que consta a expressão “Falido”, a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei.

contrário do que se afirma, não é verdade que tal discussão seja cerebrina e acadêmica pois nenhuma sociedade empresária terá interesse em retomar suas atividades, com o mesmo registro empresarial. É verdade este desinteresse por retomar a atividade empresarial com o mesmo nome e sócios, mas não é verdade que a discussão seja cerebrina. Tem sido visto, até com certa freqüência, a descoberta de algum tipo de ativo (direitos sobre terras, por exemplo) do qual nem mesmo a sociedade empresária tinha conhecimento, direito que apenas vem a ser conhecido após o trânsito em julgado da sentença de extinção das obrigações, situação na qual não há mais credores e, portanto, o bem em questão volta à propriedade livre da sociedade empresária. E, em tais casos, se houver necessidade de discussão judicial para a fixação destes direitos, quem teria legitimidade ativa, por certo, seria a sociedade empresária; em tal caso, pelo menos para o ajuizamento do feito, teria que ter reconhecido o restabelecimento (ou a permanência) de sua personalidade jurídica.

1.5 . A propósito, no Tribunal de São Paulo foi julgada a Apelação nº 1.308.989-5, 19ª Câmara de Direito Privado, julgamento de 17.8.09, no qual, já encerrada a falência na forma do artigo 75 do Decreto-Lei 7.661/45 (a anterior Lei de Falências), veio a ser reconhecido direito de recebimento de indenização em favor da micro empresa falida. Outros casos existem assim, a demonstrar que mesmo após o término definitivo da falência, até com o fim da inabilitação, ainda poderá surgir situação na qual será necessário discutir-se se persiste ou não a personalidade jurídica daquele contra quem correu o processo de falência. A propósito, ao final será examinado o Acórdão prolatado em 28.5.08 pelo TJSP, na Apelação nº 555.048-4/6-00, Relator o Desembargador Romeu Ricupero, no qual uma das partes é uma sociedade falida e no qual se discute exatamente este ponto relativo à permanência (ou não) da personalidade jurídica da sociedade empresária falida.

## **2 – DISSOLUÇÃO, LIQUIDAÇÃO E EXTINÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA À LUZ DA LEGISLAÇÃO CIVIL**

2.1. O artigo 1087 do CC estabelece que a sociedade dissolve-se de pleno direito por qualquer das causas previstas no artigo 1044. Já o artigo 1044 prevê que a sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no artigo 1033, estabelecendo ainda que, se se tratar de sociedade empresária, dissolve-se pela declaração de sua falência. Pelo exame dos incisos do artigo 1033, constata-se que a sociedade pode ser dissolvida por vencimento do prazo de

duração, consenso unânime ou deliberação majoritária ou ainda falta de pluralidade dos sócios e finalmente por extinção da autorização para funcionamento.

2.2. Verificada a dissolução da sociedade, não ocorre sua extinção, pois o artigo 1036 do CC determina que, ocorrida a dissolução, os administradores devem providenciar imediatamente a investidura do liquidante; em caso de dissolução de pleno direito, diz o parágrafo único deste mesmo artigo 1036, qualquer sócio pode desde logo requerer a liquidação judicial. Esta liquidação judicial será feita na forma do artigo 1111 do CC, que ao remeter à lei processual, está remetendo ao artigo 1218 do CPC atual que, em seu inciso VII, determina que a ação de dissolução e liquidação das sociedades será processada nos termos do CPC de 1939, no qual o assunto é tratado nos artigos 655 a 674.

2.3. Relembre-se sempre a advertência dos estudiosos, no sentido de que a *“a dissolução não se confunde nem se iguala à liquidação de sociedade”* configurando *“fases distintas de um procedimento que tem por objetivo finalizar a vida social”*, como anota Arnaldo Wald.<sup>8</sup> Na realidade, há fases seqüenciais interligadas porém distintas, que configuram a dissolução, a liquidação e a final extinção, que é exatamente o que afirma Serpa Lopes<sup>9</sup> ao dizer que as duas primeiras *“representam duas fases distintas relativas à extinção da sociedade, embora interligadas por uma relação de causa e efeito”*. Mauro Rodrigues Penteado<sup>10</sup> também fixa estes três momentos diversos porém interligados, ao dizer que *“a extinção... resulta, portanto, da conclusão do procedimento de liquidação, cuja instauração pressupõe a verificação de uma das causas dissolutórias ...”*.

2.4. Este tipo de liquidação, no entanto, presta-se apenas para os casos previstos na parte inicial do artigo 1044, pois a menção é expressa ao artigo 1033, dizendo o referido 1044 que *“a sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1033”*; o artigo faz um corte e diz que *“se empresária, também pela declaração da falência”*. Portanto, e embora não pudesse haver qualquer dúvida, a liquidação do artigo 1033 que se segue à dissolução da sociedade, não se aplica à sociedade empresária em caso de dissolução pela falência, pois a liquidação neste caso se fará de acordo com a lei de falências.

2.5. Observe-se que neste tipo de liquidação prevista no artigo 1033, que repita-se, não é a liquidação da lei de falências, existe específica previsão de extinção da sociedade no artigo 1109,

<sup>8</sup> Arnaldo Wald. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XIV. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 247.

<sup>9</sup> Miguel Maria Serpa Lopes. *Curso de Direito Civil*. Vol. 4. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969, p. 540.

<sup>10</sup> Mauro Rodrigues Penteado. *Dissolução e Liquidação de Sociedades*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 54.

segundo o qual depois de aprovadas as contas a liquidação está encerrada “e a sociedade se extingue”, com averbação da ata da assembléia no registro próprio. É de se insistir que, ainda assim e por isto mesmo, não se pode concluir que a sociedade empresária falida se extingue por força deste artigo 1109, vez que este artigo apenas diz respeito às dissoluções previstas na primeira parte do artigo 1044, ou seja, “sociedade”, enquanto a parte final do artigo é que fala em sociedade empresária falida, que se dissolve por força desta estipulação do Código Civil mas que se liquida não na forma do Código Civil e sim, na forma da LREF.

2.6. Ou seja, no caso de dissolução que não pela falência (art. 1044), segue-se a liquidação (art. 1033) que vai desaguar na extinção da sociedade, com baixa na Junta Comercial. Já no caso de sociedade empresária dissolvida pela falência (parte final do art. 1044) não se aplica a liquidação do artigo 1033 e sim, aplica-se a lei de falências. É portanto pela lei de falências que se deve pautar a liquidação, matéria sobre a qual não se estabelece qualquer discussão; no prosseguimento, o que se pretende perquirir é se, à semelhança do que ocorre para a liquidação não decorrente de falência, existe também para a liquidação decorrente de falência a subsequente extinção da sociedade. Mauro Rodrigues Penteadó<sup>11</sup> também deixa bem esclarecida esta distinção ao falar das diversas modalidades de liquidação: “a liquidação voluntária ou ordinária; ... a liquidação judicial; a liquidação concursal (falência) e a liquidação forçada ou coativa...”. Portanto, a extinção é fase subsequente à liquidação, esta subsequente à dissolução. É a esta questão – a falência sendo causa de dissolução e sendo forma de liquidação, leva a sociedade empresária à extinção? – que se quer responder.

2.7. Anote-se ainda que a dissolução da sociedade não tira dela sua personalidade jurídica; o que faz com que desapareça tal personalidade é a extinção da sociedade. Aliás, esta não é apenas afirmação doutrinária, pois o artigo 207 da Lei das S/A é taxativo ao estabelecer que “a companhia dissolvida conserva a personalidade jurídica, até a extinção, com o fim de proceder à liquidação”. No mesmo sentido, o artigo 51 do CC também determina que nos casos de dissolução da pessoa jurídica, sua personalidade “subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua”. Em consequência, o fato do artigo 1044 do CC estabelecer que a sociedade empresária se dissolve pela declaração de falência não se presta a solucionar a questão ora posta, sobre o desaparecimento ou a conservação da personalidade jurídica da sociedade empresária falida.

---

<sup>11</sup> Mauro Rodrigues Penteadó. *Dissolução e Liquidação de Sociedades*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 21.

**3 – DISSOLUÇÃO, LIQUIDAÇÃO E EXTINÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA À LUZ DA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR**

3.1. Não se poderia estabelecer qualquer discussão sobre o fato de a falência ser causa de dissolução da sociedade empresária. Neste sentido está não só pacificada a doutrina, como também há a clara e literal disposição do artigo 1044 do CC, segundo o qual a sociedade empresária dissolve-se pela falência, não havendo necessidade de aprofundamento deste ponto. Como já anotado acima, à dissolução segue-se a liquidação que, no caso de decreto de falência, processa-se de acordo com a Lei de Recuperação e Falências, a Lei 11.101/2005, funcionando nos autos ao invés de um liquidante, o administrador judicial, nomeado pelo juiz com as cautelas do artigo 21 e na forma do inciso IX do artigo 99. Entre as inúmeras atribuições do administrador judicial, o “síndico” da lei anterior, está a de *“praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores”*, conforme letra “i” do inciso III do artigo 22.

3.2. A falência está portanto claramente prevista na lei positiva como causa de dissolução da sociedade empresária (artigo 1044 do CC), com sua consequente liquidação para pagamento dos credores na medida da força da massa falida (artigo 22, III, “i” da LREF). A fase que naturalmente viria após a liquidação, seria a extinção da sociedade empresária e a consequente baixa de seu registro na Junta Comercial. No entanto, pesquisando-se toda a legislação incidente sobre a matéria, não é possível encontrar qualquer previsão que autorize a baixa na Junta Comercial ou mesmo previsão de extinção da sociedade empresária e de perda de sua personalidade jurídica pela falência. O artigo 159 da LREF não prevê a extinção da sociedade empresária, prevendo apenas sentença de extinção das obrigações. A partir do trânsito em julgado desta sentença, o falido não tem mais qualquer obrigação financeira a cumprir, não tem mais qualquer débito em aberto, vez que todas as obrigações deixam de existir por ocorrência de sua extinção (extinção das obrigações).

3.3. Aliás esta questão tem sido causa de certa perplexidade para as Juntas Comerciais de todas as unidades da Federação, pois justamente causa estranheza que se mantenha em aberto o registro da empresa falida, o que ocorre exatamente por não haver previsão de cancelamento do registro para a sociedade empresária falida. Com efeito, pesquisando-se as disposições que autorizam o cancelamento do registro da sociedade empresária, encontra-se o § 1º do artigo 60 da Lei 8.934/94, a lei que dispõe sobre registro público de empresas mercantis e atividades afins, segundo o qual a firma individual ou sociedade que não proceder a qualquer arquivamento no período de dez anos consecutivos será considerada inativa e terá seu registro cancelado pela Junta

Comercial. O artigo 7º do Decreto 1.800/96 estabelece que compete às Juntas executar o arquivamento dos atos relativos à extinção das empresas mercantis. O artigo 1109 do CC, já acima examinado, prevê a extinção da sociedade empresária após o encerramento da liquidação feita na forma do próprio CC (artigo 1102 e ss.).

3.4. Já o “Manual de Atos de Registro de Sociedade Limitada” expedido pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio, prevê, em seu item “3.2.25” o arquivamento decorrente de decisão judicial mas, como já visto, não há previsão legal que autorize o juiz da falência a mandar cancelar o registro da empresa falida. O capítulo 8 deste “Manual” trata especificamente de “distrato-dissolução-liquidação”, prevendo seu item “8.4.4” que a *“dissolução/extinção de sociedade expressamente determinada por decisão judicial, obedecerá ao nela contido, devendo a sentença ser arquivada na Junta Comercial”*. Este capítulo 8 nada fala sobre falência, havendo porém um específico, o capítulo 11, sob o título ainda antigo de “Concordata e Falência”. No item “11.2.1” está previsto que a situação destas sociedades empresárias será conhecida pela Junta *“mediante comunicação do Juízo competente”* completando ainda que *“Cabe à Junta Comercial efetuar a anotação pertinente (prontuário e cadastro), não podendo a empresa, após a anotação, cancelar o seu registro”*. O item “11.2.2” estabelece que a Junta anotará a *“extinção das obrigações/reabilitação”*, não havendo porém nenhuma previsão que autorize a Junta a cancelar o registro do falido. Enfim, não há disposição legal que autorize a baixa do registro da sociedade empresária falida na Junta Comercial.

#### **4 – A POSIÇÃO DA DOUTRINA**

4.1. A matéria é tratada doutrinariamente, embora não tenha merecido até o momento maior aprofundamento, o que se explica tendo em vista que, efetivamente, não há interesse comercial, empresarial, no sentido de voltar a exercer a mesma atividade com o registro e o nome já manchados indelevelmente pela falência decretada. Qualquer pessoa interessada em exercer atividade empresária certamente preferirá criar uma nova sociedade a partir do momento em que não houver mais qualquer impedimento legal, ao invés de tentar retomar o nome e o registro da falida. No entanto, também conforme já examinado, a par de se tratar de um ponto de interesse jurídico a ser solucionado, há conseqüências práticas decorrentes da necessidade do exercício de

qualquer atividade (v.g., ajuizar uma ação ou receber um bem, para ficar nos exemplos mais óbvios) depois de findo o processo falimentar de forma definitiva.

4.2. Maria Cristina Vidotte<sup>12</sup> não se estende sobre a matéria mas diz textualmente que após solucionada e superada a questão relativa à inabilitação, o devedor recupera sua capacidade para praticar atos empresariais e *“deve requerer ordem judicial de inscrição da reabilitação nos registros, para retomar suas atividades empresariais”*. Também sem descer a detalhes na questão, José da Silva Pacheco<sup>13</sup> relembra que quando do decreto de falência, tal situação é anotada no registro da sociedade empresária, de tal maneira que o art. 102 prevê que, ao findar o período da inabilitação deve ser feito o cancelamento daquela anotação, afirmando que *“findo o período de inabilitação, o falido deve ficar liberado no Registro Público da Empresa”*. Luis Augusto Roux Azevedo<sup>14</sup> entende que a simples extinção das obrigações por sentença na forma do art.159 *“levanta as limitações a que se encontrava subordinado por conta da falência, no âmbito empresarial”*, parecendo entender não ser sequer necessário o fim do período de inabilitação, como previsto no § único do art. 102.

4.3. Inúmeros autores examinam com menor detalhamento ou mesmo passam ao largo da matéria ora sob discussão. Sérgio Campinho enfrenta diretamente a questão e faz uma distinção curiosa quando comenta o artigo 102, ao separar a situação da sociedade empresária falida e do sócio de responsabilidade ilimitada, também considerado falido por força do que determina o artigo 81. Diz Campinho<sup>15</sup> que ao fim do período da inabilitação, este sócio de responsabilidade ilimitada pode pleitear sua reabilitação podendo, em conseqüência, reingressar no exercício da atividade empresarial. Entende entretanto, que tal possibilidade existe apenas para este tipo de sócio como pessoa natural, aduzindo que *“o benefício, contudo, não ampara a sociedade falida, eis que, pela falência, tem-se sua dissolução, que desencadeia o processo de sua liquidação e final extinção com o encerramento da falência e conseqüente cancelamento de seu registro na Junta Comercial”*. Portanto, para o autor a falência é causa de dissolução, liquidação e extinção da

<sup>12</sup> Maria Cristina Vidotte. *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*, coordenação de Newton de Lucca e Adalberto Simão Fº. 1ª ed. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 457.

<sup>13</sup> José da Silva Pacheco. *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 259.

<sup>14</sup> Luis Augusto Roux Azevedo. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, coord. de Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 521.

<sup>15</sup> Sérgio Campinho. *Falência e Recuperação de Empresa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 311

sociedade empresária, que perde sua personalidade jurídica e tem o seu registro na Junta Comercial cancelado.

4.4. Outro autor que examina com mais detalhamento o tema e que entende de forma diversa do acima é Fábio Ulhoa Coelho, que relembra que a dissolução decorrente da falência ou de outra situação, pode ser interrompida e revertida, afirmação com a qual não há discordância. Prossegue dizendo que a declaração judicial de extinção das obrigações na falência configura uma forma de interrupção da dissolução da sociedade. Conclui seu pensamento, dizendo <sup>16</sup> qu<sup>17</sup>e após *“encerrado o processo, podem os antigos sócios reabilitar a sociedade empresária falida, revertendo os efeitos dissolutórios da falência, com o objetivo de fazê-la retornar à exploração da atividade”*. Adverte porém o autor, no que está correto, que é raríssima tal situação, por se tratar de possibilidade sem interesse por qualquer ângulo pelo qual se analise a possibilidade. Com efeito, como aliás já acima anotado, em princípio é mesmo absolutamente desinteressante que o empresário pretenda se valer, para reinício de sua atividade, de um nome “queimado” pelo processo falimentar, ou seja, reviver uma sociedade que certamente será sempre lembrada pelos problemas pelos quais passou e pelas obrigações que deixou de cumprir. É que, embora a falência não traga mais ínsita a carga de infâmia que historicamente sempre portou em tempos passados, ainda assim ainda continua sendo vista, no mínimo, como uma situação na qual o empresário deixou de cumprir as obrigações assumidas.

4.5. Waldo Fázio Jr. <sup>18</sup> alinha-se ao mesmo tipo de entendimento de que não há extinção da pessoa jurídica pela falência, afirmando que a extinção das obrigações na falência libera a sociedade empresária falida, como se houvesse uma verdadeira “ressurreição” da personalidade jurídica. Diz que depois do trânsito em julgado da sentença de extinção das obrigações, não há mais restrições ao falido, posicionando-se de forma clara e objetiva ante a questão; apenas seria de se acrescentar que tal efeito dependeria não só do trânsito em julgado da sentença de extinção, como também da anotação de que está findo o período de inabilitação, atentando-se ao § único do artigo 102 e ao § 1º do artigo 181. Tanto Écio Perin Jr. <sup>19</sup> quanto Celso Marcelo de Oliveira <sup>20</sup> também entendem desta forma, o primeiro dizendo que depois de pagos todos os credores e *“reabilitado o*

---

<sup>16</sup> Fábio Ulhoa Coelho. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 286.

<sup>18</sup> Waldo Fazzio Júnior. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 357.

<sup>19</sup> Écio Perin Jr. *Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Método, 2005, p. 210.

<sup>20</sup> Celso Marcelo de Oliveira. *Comentários à nova Lei de Falências*. São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 562.

*falido ... pode ... restabelecer sua atividade econômica*”; o segundo aduzindo que o falido pode reiniciar sua atividade empresarial após cessado o estado de falência.

4.6. Em sua recente obra, embora examinando mais especificamente a matéria atinente à responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima, Marcelo Vieira von Adamek<sup>21</sup>, ressalta que ao final da falência, caso ainda haja bens sobejando após o pagamento de todos os credores, o administrador judicial não poderá entregar tais bens diretamente aos sócios da falida, pois em tal caso estará promovendo dissolução irregular da sociedade, podendo responder pessoalmente por tal ato. Diz que *“em caso de encerramento da falência ou de pagamento de todo o passivo da falida, os resultados da ação social falimentar deverão ser atribuídos à (antiga) sociedade falida (LRF, art. 153), que não se extingue automaticamente pela falência; a falência é apenas causa de sua dissolução...”* completando que enquanto não houver liquidação *“até lá, persiste a sua personalidade jurídica”*.

## 5 – A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

5.1.- Como já acima anotado e na forma do correto entendimento de vários autores que examinaram a matéria, efetivamente é difícil imaginar-se que as pessoas físicas titulares da sociedade falida tenham interesse econômico ou comercial, no sentido de retomar a atividade empresarial valendo-se da mesma sociedade cujo nome já foi indelevelmente marcado pelo decreto de falência e pelo normalmente longo decurso de tempo de procedimento falimentar. Claro que tal retomada só seria possível após se chegar ao trânsito em julgado da sentença de extinção das obrigações e, resolvidas as questões penais, possa finalmente anotar-se na Junta Comercial que já está findo o prazo de inabilitação, como preconiza o parágrafo único do artigo 102 da LREF. Como é intuitivo, em tal momento a sociedade já estará marcada indelevelmente pela falência, mesmo considerando-se o entendimento atual no sentido de que o decreto de falência não induz necessariamente culpa ou dolo do empresário, tratando-se de mera contingência da vida empresarial. Ainda assim, embora já afastada a marca infamante que permitia afirmar *“falit sunt fraudatores”*, ainda assim salta à vista a ausência de interesse de natureza comercial na exploração de um nome comercial já tisonado desta forma pela quebra.

---

<sup>21</sup> Marcelo Vieira von Adamek. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 384.

5.2. No entanto, embora tudo isto seja verdade, ainda assim não se caminha para poder afirmar que a matéria estaria apenas no campo cerebrino, sem aplicação prática. Ao contrário, além de inúmeras outras situações que podem ocorrer, o que tem sucedido com relativa frequência no meio jurídico é o surgimento da necessidade de se ajuizar ação (pela sociedade empresária falida ou contra ela) após encerrada a falência. Se a sociedade empresária tiver desaparecido, tiver perdido sua personalidade jurídica após o encerramento da falência, é de se perguntar quem ajuizará a ação ou contra quem esta será ajuizada, quando surgir a necessidade de tanto.

5.3. Sérgio Seiji Shimura<sup>22</sup> tenta responder a esta indagação, sugerindo um exemplo prático, no qual alguém tenha interesse em anular um título de crédito emitido por sociedade empresária falida, falência já finda. Logo no início de seu artigo, o autor questiona sobre contra quem deve a ação ser dirigida: *“Contra a massa falida, representada pelo síndico? Contra a massa falida, representada pelos ex-sócios? Contra os ex-sócios exclusivamente?”*. Entende que a falência não é causa de extinção da sociedade empresária e afirma que o fato da personalidade jurídica *“ficar, de certa forma, desligada da sociedade”*, não a extingue. Ao final de seu artigo, propõe a solução, dizendo que *“em ação movida contra pessoa jurídica, cuja falência já tenha se encerrado, a citação há de ser feita na pessoa de seus representantes legais, à época da decretação da quebra”* pois a decretação da falência não extingue a personalidade jurídica, por tratar-se de procedimento que se desenvolve por etapas, *“quais sejam, liquidação, rateio entre os credores, partilha de bens residuais entre os sócios falidos e, por fim, inscrição do ato no Registro de Comércio”*. O autor não chega a examinar o que ocorreria se se tratasse de necessidade de ajuizamento da ação por parte desta sociedade empresária, mas provavelmente responderia que o pólo ativo seria ocupado igualmente pela sociedade representada por seus representantes à época da decretação da falência.

5.4. Há um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, decidindo o REsp 902.814-RS, em 19.11.2009, no qual a Relatora sorteada Ministra Eliana Calmon ficou vencida, sendo o voto redigido então pelo Relator designado Ministro Castro Meira, acompanhado pelos demais componentes da Segunda Turma, Ministros Mauro Campbel Marques, Humberto Martins e Herman Benjamin. O exame central do julgado diz respeito à possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra os sócios cujos nomes constem da CDA, a certidão da dívida ativa, matéria extremamente interessante mas que foge do aspecto ora objeto de exame. Sucede que para decidir

---

<sup>22</sup> Sérgio Seiji Shimura. *Revista de Processo* nº 65. Ano 17, Janeiro/Março de 1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 227.

este ponto, o julgado incursiona na questão da permanência ou cessação da personalidade jurídica da sociedade empresária, após encerrado definitivamente o processo falimentar. Certamente por ser outro o tema central do julgamento, o V. Acórdão não se aprofundou na distinção entre dissolução, liquidação e extinção da sociedade; ainda assim, em diversas passagens afirma que a falência é causa de extinção da sociedade. Examinando-se o julgado, consta no voto vencido: “... temos uma empresa que entrou em regime de falência e se extinguiu” ou “a extinção por falência equivale à normal extinção” ou ainda “... a empresa se extingue por falência, depois de exaurido o seu patrimônio”. Do voto vencedor, extraem-se algumas passagens, que dizem: “... o desfazimento da empresa por falência é meio normal de extinção da pessoa jurídica” ou o “ fato de ter sido a empresa extinta por falência” . É de se reiterar que o julgado trata, como tema central, de matéria de natureza tributária, o que indica que não houve maior aprofundamento sobre o aspecto objeto do presente estudo, tanto que na ementa consta “...ainda que regular a dissolução da pessoa jurídica por falência...” . No entanto, por se originar do STJ, não se pode obviar sua importância, mesmo a partir do exame de matérias correlatas à principal; no mínimo, fica expresso um entendimento subjacente, no sentido de que a falência extingue a sociedade empresária.

5.5. Este entendimento aliás vem expressamente consignado na ementa do Agravo de Instrumento nº 298.828-4/3, julgado em 13.5.2004, Relator o Desembargador Percival Nogueira do Tribunal de Justiça de São Paulo, da qual consta: “A quebra não extingue imediatamente a personalidade jurídica da empresa, mas só lhe tira os poderes de administração e representação, dando-se a mencionada extinção apenas depois de encerrado o processo falimentar, com o arquivamento do ato no Registro de Comércio”.

5.6. Há um julgado na Apelação Cível nº 555.048-4/6-00, de 28.5.2008, da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o Desembargador Romeu Ricupero, que contou com os votos favoráveis dos Desembargadores Boris Kauffmann e Elliot Akel, que abaixo será examinado e que, a nosso ver, faz a mais correta análise deste ponto ora em discussão. Para que a leitura seja desde logo dirigida e portanto possa trazer a mais direta inteligência e o melhor aproveitamento, é recomendável desde logo transcrever a ementa, de forma integral: “Falência – Sentença de encerramento – Pretensão de extinção da personalidade jurídica da sociedade falida – Inadmissibilidade – Mesmo depois de encerrado o processo, podem os antigos sócios reabilitar a sociedade empresária, revertendo os efeitos dissolutórios da falência, com o objetivo de fazê-la retornar à exploração da atividade – Em suma,

*sociedade falida que, mesmo depois de encerrada sua falência, pode requerer a extinção de suas obrigações e voltar a comerciar – Apelação não provida*”. Como se vê, o julgado, muito bem fundamentado, entende que a falência, mesmo depois de encerrada, não é causa de extinção da personalidade jurídica da sociedade empresária, que pode ser reabilitada e voltar, normalmente, a exercer atividade empresarial como fazia antes do decreto falimentar.

5.7. É caso paradigmático, no qual o Ministério Público pediu que na sentença de encerramento de falência constasse também que estava sendo declarada a extinção da personalidade jurídica da sociedade empresária falida, o que não foi atendido pelo juiz da falência, ponto que gerou a interposição de recurso de apelação. Com detalhada e aprofundada fundamentação, o julgado traz à colação farta lição doutrinária, para concluir negando provimento ao recurso e afirmando, em seu último item que “ ... a lei especial de falências e recuperações (Lei 11.101/05) e a Lei 8.934/94 não possuem qualquer dispositivo no sentido de que tal sentença (sentença de encerramento) deva também extinguir a personalidade jurídica da sociedade falida, visto que, mesmo depois de encerrada a falência, a sociedade empresária falida pode requerer e obter a extinção de suas obrigações e, com isso, retomar a exploração da atividade”.

## CONCLUSÕES

O artigo 1044 do CC estabelece que a sociedade dissolve-se de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no artigo 1033; já este artigo 1033 prevê os casos de dissolução, enquanto o artigo 1102 determina a nomeação de liquidante em caso de sociedade dissolvida; finalmente, o artigo 1109 reza que, encerrada a liquidação, a sociedade se extingue, com averbação no registro próprio. No entanto, este caminho de direito processual e material que deságua na extinção da sociedade, aplica-se apenas aos casos de dissolução previstos no artigo 1033.

Para o caso de dissolução previsto na parte final do artigo 1044 do CC., “*pela declaração de falência*”, não se aplicam os artigos do CC acima lembrados, pois a liquidação que se segue à dissolução pela falência seguirá as regras da Lei 11.101, a Lei de Recuperação e Falências, na qual não há qualquer previsão de extinção após a liquidação.

A previsão do parágrafo único do artigo 102, no sentido de que poderá ser anotado no registro do falido, na Junta Comercial, o fim do período de inabilitação, indica que após este momento a sociedade empresária continuará tendo existência jurídica; não fosse assim, a utilidade

desta anotação seria nenhuma, o que frustraria a regra secular da hermenêutica jurídica, segundo a qual a lei não prevê atos inúteis;

O artigo 153 da LREF estabelece que após “*pagos todos os credores, o saldo, se houver, será entregue ao falido*”. O pagamento é apenas uma das formas de extinção das obrigações, entre as várias previstas no artigo 158 da LREF; ora, se pagos todos os credores, o falido ainda deve permanecer com sua personalidade jurídica preservada, tanto que vai receber valores, não haveria razão, até porque não há previsão na lei, para que em qualquer das outras situações de extinção das obrigações, viesse a desaparecer tal personalidade.

A conclusão é portanto no sentido de que a falência é causa de dissolução e forma de liquidação da sociedade empresária, que porém não se extingue após a finalização do processo falimentar e conserva sua personalidade jurídica intacta, podendo voltar normalmente à sua atividade empresarial, com o mesmo registro na Junta Comercial.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Luis Augusto Roux. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, coord. de Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.  
COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova Lei de Falências*”. São Paulo: Thomson IOB, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PENTEADO, Mauro R odrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PERIN JR., Écio. *Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Método, 2005.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. Vol. 4. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Revista de Processo nº 65*. Ano 17, Janeiro/Março de 1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

VIDOTTE, Maria Cristina. *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*, coordenação de Newton de Lucca e Adalberto Simão Fº. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XIV. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

## A LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA E SEUS ABUSOS AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO DEVEDOR

Aluer Baptista Freire Júnior<sup>1</sup>  
Rodrigo Almeida de Magalhães<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo realiza um estudo da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei nº 11.101/05), o qual trouxe uma nova visão ao instituto concursal, consagrando princípios como continuidade da empresa, manutenção da fonte produtora, do emprego e do trabalho. Todavia, não é pelo fato do devedor estar em uma situação de falência ou recuperação que certos princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como os princípios da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV) e da inviolabilidade de correspondência (artigo 5º, XII), devem ser afastados. Tal afirmação se observa na Lei nº 11.101/05, o primeiro, no artigo 40, quando veda a possibilidade de provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembléia-geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos, lembrando que a assembléia pode ser fundamental para aprovação de um plano de recuperação judicial. E, no segundo caso, quando o artigo 22, II, d, vem autorizar que o próprio administrador judicial abra correspondência de um empresário sem maiores formalidades e independentemente de autorização judicial. O principal objetivo é demonstrar a abusividade dos artigos acima destacados, bem como apontar possíveis soluções para que não se tenha violações a direitos fundamentais do devedor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Falência, Recuperação, Constituição, Princípios, Inviolabilidade.

**ABSTRACT:** *This paper makes a study of the Law of Corporate Recovery and Bankruptcy (Law nº 11.101/05), which brought a new vision to institute of insolvency, enshrining principles such as business continuity, maintain the production source, of employment and occupation. However, it is not because the debtor be in bankruptcy or rehabilitation that certain fundamental principles established in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 as the principles of not away the jurisdiction (article 5º, XXXV) and the inviolability of correspondence (article 5º, XII), must be rejected. This assertion can be seen in Law nº 11.101/05, the first, article 40, when precludes the possibility of providing first, anticipatory or precautionary nature of the effects of protection for the suspension or postponement of the general meeting of creditors on account of pendency of discussion about the existence, quantification or classification of claims, noting that the assembly may be critical for approval of a plan of bankruptcy. And in the second case, when the article 22, II, d, has been authorize the trustee himself open mail from a businessman without much formality and whether judicial authorization. The main objective is to demonstrate the abuse of the articles posted above, as well as identifying possible solutions that do not have violations of fundamental rights of the debtor.*

**KEYWORDS:** Bankruptcy, Recovery, Constitution, Principles, Inviolability.

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela PUC/MG, professor da Fadileste, advogado.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito pela PUC/MG, professor da PUC/MG e UFMG.

## INTRODUÇÃO

O direito desde a antiguidade busca a promover a convivência harmônica da sociedade. Uma forma dessa promoção é assegurar o mínimo de privacidade para que aqueles que convivem em coletividade interajam socialmente ou economicamente com outrem.

O sistema jurídico ao longo dos tempos passa por grandes transformações, atualmente, se verifica o aparecimento de um Estado Social em detrimento do Estado Liberal no qual a atuação do ente Estatal era mínima, todavia ocorre uma mudança de paradigmas onde o coletivo prevalece sobre o individual e a leis em sua totalidade procuram alcançar um sentido social interpretando-as de acordo com os princípios constitucionais.

Mesmo estando sob a égide de um Estado Social, deve-se ter em mente que certos direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República de 1988 (como a Inviolabilidade de Correspondência, artigo 5º, inciso XII e Inafastabilidade de apreciação pelo poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito artigo 5º, inciso XXXV) devem ser assegurados ao máximo, excepcionando-os somente em casos de extrema necessidade e utilizando grande cautela ao se permitir possíveis violações.

Entretanto, quando se analisa a norma do artigo 22, inciso III, alínea d e do artigo 40 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência se verifica o contrário, ou seja, um total desrespeito a norma constitucional. No primeiro artigo citado, se observa a permissão para que o administrador judicial abra e receba correspondência dirigida ao falido entregando a ele o que não for interesse ao procedimento da falência. Cabe ressaltar que não se observa qualquer tipo obrigatoriedade de análise pelo magistrado, bem como, o empresário pode ter que adotar o nome empresarial na modalidade de firma, ou seja, de acordo com o artigo 1156 do Código Civil de 2002, essa modalidade de nome empresarial é constituída pelo nome completo ou abreviado do empresário podendo aditar o gênero da atividade, lembrando que até mesmo a sociedade no caso de ser limitada pode adotar esse tipo de nome empresarial<sup>3</sup>. Nesta situação é que reside um grande problema, vez que pode acontecer que correspondências que sejam endereçadas a pessoa física do empresário e tenham como endereço o ponto comercial venham ser recebidas e abertas pelo administrador judicial, pois a Lei de Recuperação de Empresas e Falência não exige grandes formalidades para a quebra desse sigilo. Dessa forma o administrador judicial estaria violando o

---

<sup>3</sup> Artigo 1158 “Pode a sociedade limitada adotar a firma ou denominação, integradas pela palavra final “limitada” ou a sua abreviatura”. (CAHALI, 2009, p. 374)

preceito constitucional da inviolabilidade de correspondência e praticando até mesmo um tipo penal<sup>4</sup>.

No segundo caso, o artigo 40 da Lei 11.101/05 veda a concessão de liminar de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela para suspender ou adiar uma assembléia-geral de credores, quando o motivo for a discussão sobre a existência, quantificação ou classificação do crédito daquele que pleiteia a medida. Tal suspensão ou adiamento pode ter fundamental importância em uma recuperação judicial quando ocorrer objeção ao plano, pois o juiz deverá convocar a assembléia para deliberar sobre o plano proposto pelo devedor, logo poderia o credor ser prejudicado em seus direitos ou um falso credor prejudicar os demais, tal possibilidade de prejuízo se estende ao devedor vez que seu plano teria chances de não ser aprovado por credor que às vezes nem mesmo poderia ser considerado como tal.

É de ressaltar a importância da recuperação judicial na atualidade, pois com a possibilidade de continuação da empresa o mercado permanece aquecido e a sociedade mantém seu desenvolvimento.

Por tudo que fora exposto, pretende-se, ao final do trabalho, defender uma maior formalidade para a quebra de sigilo de correspondência demonstrando que o artigo da Lei de Recuperação de Empresas e Falência não estaria de acordo com princípio constitucional da inviolabilidade de correspondência, bem como a possibilidade do juiz deferir liminar observando assim o princípio do direito de ação e evitando que a assembléia-geral de credores passe por qualquer tipo de situação que gere prejuízo tanto a direito dos credores quanto ao devedor.

## 1. FALÊNCIA

Desde a antiguidade a palavra falência lembrava uma forma de falsear, enganar o credor, “a expressão falência, do verbo latino fallere, tinha, pois, um sentido pejorativo, para significar falsear, faltar...” (ALMEIDA, 2009, p.16).

Os franceses utilizavam a expressão *banque em route* definindo a falência criminosa, neste caso, era costume dos credores quebrarem a banca em que o falido exibia suas mercadorias. Os portugueses empregavam a palavra quebra para definir a falência, por isso surge no meio social brasileiro à palavra quebrado como forma de se referir a uma pessoa pobre e arruinada.

---

<sup>4</sup> Artigo 151 do Código Penal: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.”

Atualmente, não se pode pensar em falência como no passado, num aspecto negativo, pois o instituto assume uma função social, não se pode sempre rotular o devedor como um fraudador, mas se deve pensar em um sujeito que por inúmeras situações pode se encontrar em um estado de insolvência e, na maioria das vezes, sem culpa de sua parte.

### 1.1 Causas Determinantes da Falência

O Código Comercial de 1850 adotava como critério para caracterizar a falência a cessação de pagamento.

Conforme critério acatado em sua parte III (art.797), que cuidava das quebras, a falência caracterizava-se pela cessação de pagamentos a qual traduzia pelo desequilíbrio econômico confessado pela incapacidade de pagar. (FRANCO e SZTANJ, 2008, p.11)

O mesmo pensamento seguia a doutrina francesa:

Determinadas legislações, como a francesa, por exemplo, fixa-se no critério da cessão de pagamento para a caracterização da falência do devedor, pouco importando esteja ele *in solvere* - o devedor que não paga deve ser declarado falido. (ALMEIDA, 2009, p.24).

Da mesma forma tem-se o direito português, espanhol, italiano e alemão:

No Direito português, no espanhol e no italiano quando consideram em situação de insolvência, o devedor incapaz de cumprir com a obrigação vencida no seu vencimento (art.3º do CIRE; e 2,2 da Lei espanhola nº 23/2003 e 5º da lei nº 5/2006); no alemão quando elege a iliquidez como uma das causas da insolvência (art.18,1, do InsO)...” (FRANCO E SZTANJ, 2008, p.88).

Todavia na atual Lei de Falência e Recuperação de Empresas para que fique caracterizado o estado falimentar não basta simplesmente que ocorra uma impontualidade no pagamento, mas também que esteja presente a insolvência, sendo que o “*estado patrimonial do devedor que possui o ativo inferior ao passivo é denominado insolvência econômica ou insolvabilidade.*” (COELHO, 2010, p.251).

Fabio Ulhoa Coelho defende ainda que não é a insolvência econômica que poderia levar a um estado falimentar mas a insolvência jurídica.

Para se decretar a falência da sociedade empresária, é irrelevante a “insolvência econômica”, caracterizada pela insuficiência do ativo para a solvência do passivo. Exige a lei a “insolvência jurídica”, que se caracteriza no direito falimentar brasileiro pela impontualidade injustificada (LF, art. 94 I), pela execução frustrada (art. 94, II) ou pela prática de ato de falência. (COELHO, 2010, p. 251).

Apesar dos comentários expostos, para que se possa falar em falência, deve o interprete da norma não analisar somente a impontualidade no pagamento de obrigação, mas se a empresa encontra-se insolvente economicamente, ou seja, se o seu passivo esta maior que o ativo, mesmo assim fazendo uma análise criteriosa a respeito da possibilidade de recuperação dessa empresa, somente concluindo pelo contrário deveria reconhecer a falência.

Passa-se a uma análise de cada causa que pode ser determinante para decretação de falência do devedor, uma vez que a insolvência poderá se caracterizar no caso de impontualidade injustificada, execução frustrada e nos atos falimentares.

Antes porém, cabe ressaltar que a atual Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei nº 11.101/05) em seu artigo primeiro prescreve que a falência cabe somente ao empresário individual ou sociedade empresária. *“Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.”* (CAHALI, 2009, p.1469).

### 1.1.1 Impontualidade Injustificada

O artigo 94, inciso I da Lei 11.101/05 dispõe:

Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência. (CAHALI, 2009, p. 1496)

Tem-se então uma das primeiras hipótese para requerer a falência, que neste caso ainda é de fato e não de direito, a qual ocorrerá somente após o decreto de falência. Alguns pontos do artigo merecem destaque, primeiramente o pedido de falência só poderá ser feito após o

vencimento, pois a lei menciona aquele que não paga “no vencimento”; a obrigação deve também ser líquida:

“Considera-se líquida a obrigação certa quanto a sua existência e determinada quanto ao seu objeto. Deve também ser uma obrigação certa quanto ao valor devido, quanto à coisa devida (normalmente em falência, a dívida é em dinheiro) e quanto à quantidade devida.” (BEZERRA FILHO, 2009, p.216)

A impontualidade no pagamento ainda não se pode dar por relevante razão de direito, vez que afasta o pedido de quebra. Para embasar o pedido falimentar pela impontualidade injustificada, o protesto de título ou títulos executivos é obrigatório formando prova do não pagamento no vencimento da obrigação nele consignada (não servindo para resguardar direito de regresso contra certos coobrigados no título) por isso, certos títulos que não reclamam o protesto como cheque e sentença judicial, devem ser protestados. O artigo 94, § 3º da Lei 11.101/05 confirma o que fora mencionado:

“Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.” (CAHALI, 2009, p. 1497)

A norma em estudo estabelece um valor mínimo do título para instruir o pedido de falência, ou seja, 40 salários mínimos na data do pedido da falência, lembrando esse valor “*é o que consta no título, sem qualquer acréscimo, seja de correção juros ou custas, e o valor do salário mínimo a ser considerado é o existente no momento do ajuizamento do feito.*” (BEZERRA FILHO, 2009, p.218).

Quanto a determinação de valores para caracterizar a falência pode-se observar que o sistema italiano também determina valores “*o Direito italiano, na sua norma do art. 15 da Lei nº 5/2006 exclui a possibilidade de acatamento do pedido quando o montante for inferior a trinta mil euros.*” (FRANCO E SZTANJ, 2008, p.88).

Se o credor possui um título devidamente protestado, mas o valor não supera quarenta salários mínimos na data do pedido, pode utilizar-se do permissivo legal previsto no artigo 94, § 1º

o qual dispõe, “credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do caput deste artigo.” (CAHALI, 2009, p.1496).

Tal possibilidade que em primeiro momento é benéfica aos credores, pode se tornar perigosa, pois se devedor em sede de contestação conseguir desconstituir o valor de algum crédito que diminua o valor em menos de quarenta salários mínimos, obstará o seguimento do procedimento falimentar, “neste caso, embora haja credor a falência não poderá ser decretada, pois o pedido então terá sido feito com base em crédito existente, porém de valor inferior ao mínimo previsto legalmente.” (BEZZERA FILHO, 2009, p.222). Assim, restaria aos credores (mas não com o valor exigido por lei) a possibilidade de executar o título e caso seja frustrada a execução ingressar o pedido falimentar, o que será analisado no próximo item.

### 1.1.2 Execução Frustrada

Outra hipótese de pedido falimentar está em uma execução frustrada por parte do devedor, assim prevista no artigo 94, II da Lei 11.101/05, “executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal<sup>5</sup>”. (CAHALI, 2009, p.1496).

Nesta hipótese legal também se faz necessário que o título esteja vencido, porém não há exigência de um valor específico, um valor mínimo:

“Esse requisito a lei estabeleceu apenas para a hipótese de falência por impontualidade injustificada. Desse modo se o credor executou duplicata de valor inferior a 40 salários mínimos, essa circunstância não impede que, vindo a se configurar a execução frustrada, seja pedida e decretada a falência do devedor.” (COELHO, 2010, p. 255).

O protesto, nesta hipótese, também não é necessário, e se o juiz, em que se processa a execução, não for competente para conhecer do pedido falimentar o credor deverá pedir uma certidão atestando a falta de pagamento, depósito ou nomeação de bens a penhora e instruir o pedido falimentar no juízo competente com este documento. Se o juiz, em que se processa a

---

<sup>5</sup> A insolvência se presume, pois se o devedor não nomeou bens à penhora, não pagou e bem depositou (tríplice omissão) no prazo legal é sinal que provavelmente não dispõe de meios sequer para garantir uma execução.

execução, for competente para conhecer do pedido falimentar, pode o credor requerer a citação para fins falimentares nos próprios autos da execução.

Importante ressaltar que o artigo 94, inciso II se refere apenas em casos de execução por quantia líquida.

### 1.1.3 Atos de Falência

Os atos de falência estão previstos no artigo 94, inciso III e alíneas da Lei de recuperação de empresas e falência e se diferem dos incisos anteriores, pois a lei não adota o critério da impontualidade, vez que determinados atos podem diminuir totalmente o ativo do devedor, assim a urgência do ato não coaduna com a espera para vencimento da obrigação. O artigo 94, inciso III assim elenca os denominados atos falimentares:

Será decretada a falência do devedor que:

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
- g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. (CAHALI, 2009, p. 1496-1497)

A parte final do inciso III merece críticas:

“Houve um lapso do legislador, pois as situações previstas nas letras a) a g) não podem fazer parte do plano de recuperação judicial pois são atos ‘ruinosos e fraudulentos’ (letra a) com ‘objetivo de fraudar credores’ (letra

b) atos simulados e/ou para prejudicar terceiros (letra c a e), abandono de estabelecimento (letra f) ou o próprio descumprimento do plano de recuperação (letra g).” (BEZERRA FILHO, 2009, p.220).

Em primeira análise parece que caso o devedor preveja no plano de recuperação judicial poderia praticar tais atos, o que é inimaginável. Desta forma, a última parte do inciso III poderia ser retirada da norma falimentar sem qualquer prejuízo.

Na primeira alínea do inciso III, deve-se lembrar que a liquidação que se refere ao artigo “*não se confunde com as periódicas liquidações levadas a efeito pelos empresários, normalmente objetivando livrar-se da mercadoria...*”, mas “*é a liquidação precipitada a preços vis, com sensíveis prejuízos, petenteando-se o ânimo de fraudar credores.*” (ALMEIDA, 2009, p.37).

A segunda alínea elenca atos no qual o devedor venha tentar fraudar os credores ou retardar pagamento através de um negócio simulado o qual tem sua definição atrelada ao artigo 167, § 1º, incisos I, II e III, do Código Civil de 2002<sup>6</sup>. Quanto a venda de todo o ativo ou parte dele, só constituirá em motivo determinante de falência se traduzir intuito de ocultar, desviar bens e fraudar credores. Na alínea c, para não configurar o tipo legal pode ser assim interpretada, se a alienação foi notificada aos credores do falido e a venda conta com o consentimento expresso ou tácito (decorso de trinta dias após notificação) ou mesmo vendendo sem o consentimento dos credores sobraram bens suficientes para solver o passivo.

Quanto a alínea d, deve ser observado o intuito de fraudar juntamente com o conceito anteriormente citado de negócio simulado, lembrando que o conceito de estabelecimento esta previsto no artigo 1.142 do Código Civil. “*Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.*” (CAHALI, 2009, p.371).

Na alínea e, o comentário de Amador Paes é de grande valia. “*A garantia que se refere a legislação é a real, a créditos que anteriormente não se cercaram de tal reforço, assegurando tal garantia a um credor que dela não gozou está o empresário favorecendo-o.*” (ALMEIDA, 2009, p.42).

---

<sup>6</sup> “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.” (CAHALI, 2009, p. 252)

A alínea f trata da hipótese de abandono do estabelecimento, deixando-o sem administrador, sem recursos suficientes para adimplir os credores, essa ausência deve ser dolosa.

A última hipótese, alínea g, estabelece que se descumprido o plano de recuperação judicial assumido haverá sua convalidação em falência.

## 1.2 Defesas do Devedor

Após ser devidamente citado, o devedor terá um prazo de 10 dias para defender-se, conforme artigo 98, caput, da lei falimentar, “*citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias.*”<sup>7</sup> (CAHALI, 2009, p.1498).

Neste prazo, a lei exemplifica as possibilidades de defesa para o empresário prevista no artigo 96 da lei 11.101/05.<sup>8</sup>

A falência requerida com base no art. 94, inciso I do **caput**, desta Lei, não será decretada se o requerido provar:

I – falsidade de título;

II – prescrição;

III – nulidade de obrigação ou de título;

IV – pagamento da dívida;

V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título;

VI – vício em protesto ou em seu instrumento;

VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei;

VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado.

<sup>7</sup> Lembrando que dentro do prazo de contestação poderá o devedor pleitear sua recuperação judicial (artigo 95 da lei falimentar), sendo que para requerer a recuperação neste caso o pedido de falência deverá ter sido embasado nas hipóteses legais do artigo 94 incisos I e II (impontualidade injustificada e execução frustrada) vez que não seria crível aceitar uma recuperação de quem pratica atos falimentares. Destaca-se ainda que o pedido de recuperação não pode ser cumulado com a contestação de mérito.

<sup>8</sup> “No direito português o art. 30, CIRE cuida da oposição ao devedor, a qual deve ser apresentada da mesma forma que no Direito brasileiro dentro do prazo de 10 dias. No Direito espanhol nos termos do art. 15 da lei nº23/2003, o prazo para apresentação da defesa é de 5 dias a contar da citação, para o conhecimento do pedido e de seus termos. Já no Direito italiano a lei menciona somente a apresentação de memoriais dentro de um prazo mínimo de 7 dias antes da realização da audiência de julgamento, a par da solicitação das diligências que forem julgadas necessárias e juntadas de documentos (art.15) quaisquer manifestações, somente após a sentença de falência conforme decorre do disposto no art.18 da lei nº 5/2006.” (FRANCO E SZTANJ, 2008, p.106).

§ 1º Não será decretada a falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo nem do espólio após 1 (um) ano da morte do devedor.

§ 2º As defesas previstas nos incisos I a VI do caput deste artigo não obstam a decretação de falência se, ao final, restarem obrigações não atingidas pelas defesas em montante que supere o limite previsto naquele dispositivo. (CAHALI, 2009, p. 1497-1498)

Não precisaria o legislador em um dispositivo legal ter enumerado situações de defesa que afastariam o pedido falimentar, vez que a enumeração do artigo 96 não é exaustiva, mas exemplificativa, o que se comprova pela leitura do inciso V *“qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título”*.

Lembrando que a defesa prevista nos incisos I ao VI deve atingir o pedido ao ponto que diminua o valor de 40 salários mínimos (artigo 94, inciso I da lei 11.101/05), pois mesmo se o juiz entender pela não legitimidade do valor da inicial de um dos pedidos e ainda restarem outros em quantidade que supere os quarenta salários mínimos a falência será decretada, é o que demonstra o § 2º do artigo 96.

Como matéria de defesa pode-se mencionar o depósito elisivo previsto no artigo 98, parágrafo único da lei 11.101/05:

**“Nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor.”** (CAHALI, 2009, p. 1498)

*“Elisivo, do verbo elidir, significa eliminar suprimir”* (ALMEIDA, 2009, p.82). Assim, uma vez apresentando o depósito elisivo não mais se pode falar em falência, *“o depósito do quantum afasta esta presunção demonstrando a solvabilidade do devedor. Por isto se fala em “elisão”. A pretensão é afastada elidindo-se a falência.”* (FRANCO E SZTANJ, 2008, p.105).

Para o depósito ser aceito é imprescindível que ao valor do crédito seja acrescido correção monetária, os juros e honorários advocatícios, sendo que somente o pedido de falência com base nos incisos I e II do artigo 94 da lei 11.101/05 legitima a possibilidade do depósito elisivo, pois o inciso III do artigo acima citado elenca hipóteses de atos falimentares os quais caracterizam uma ameaça a esfera subjetiva de terceiros credores pela suspeita de insolvência.

Dessa forma pode-se resumir a defesa do devedor uma vez citado em: a) efetuar o depósito elisivo e contestar; b) efetuar o depósito elisivo e não contestar e c) contestar. No primeiro caso, em virtude do depósito afasta-se a possibilidade do juiz em apreciar o pedido falimentar, o qual passará analisar a legitimidade do crédito; no segundo caso, apresentado somente o depósito sem defesa é de se concluir que o devedor na verdade está confessando a dívida, não restando outra ação para o magistrado se não chamar o credor para levantar o valor ora depositado e, na última hipótese, tem-se somente a defesa sem o depósito uma verdadeira temeridade, pois se a matéria do devedor trazida para análise judicial não for aceita a falência consequentemente será decretada.

## 2. RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial de empresas na atualidade assume papel de destaque, permitindo que empresas que passem por uma crise econômica venham se recuperar, se tal crise mostra-se insuperável a falência inevitavelmente será decretada.

O próprio artigo 47 de Lei de Recuperação de Empresas e Falência, no capítulo que se destina a recuperação judicial elenca verdadeiros princípios da norma em comento que devem ser seguidos tanto ao se pensar em recuperação judicial quanto em falência.

“A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” (CAHALI, 2009, p.1482)

A norma menciona o termo “manutenção da fonte produtora”, ou seja, permitir a continuidade empresarial tanto quanto possível; “o emprego dos trabalhadores” vez que a empresa em funcionamento mantém o pleno emprego, bem como beneficia o próprio mercado, pois com a parcela de ajuda desses trabalhadores o capital circula fazendo que outras empresas venham lucrar, logo gerando lucro, e assim mais empregos e tributos. Têm-se ainda os “interesses dos credores”, disposição de caráter fundamental, os credores têm direito de receber aquilo que lhe fora contratado, por isso tanto na recuperação quanto na falência seus interesses devem ser preservados para que não gere uma insegurança jurídica. A “preservação da empresa”, a “função

social” e o “estímulo à atividade econômica” também são de fundamental importância, sendo que a preservação da empresa está em posição de destaque, pois com a preservação da empresa ter-se-ia a possibilidade de cumprimento da função social e o estímulo à atividade econômica.

## 2.1 Procedimento da Recuperação Judicial

Fazendo uma síntese do procedimento de recuperação judicial<sup>9</sup>, observa-se que esta pode ser requerida pelo empresário individual ou sociedade empresária que exerça atividade empresarial há mais de dois anos e que atenda cumulativamente os requisitos do artigo 48<sup>10</sup> da Lei de Recuperação de Empresas e Falências. A recuperação judicial não poderá abranger a totalidade dos créditos do empresário, pois a norma legal estabelece duas restrições previstas no artigo 48, § 3º e § 4º<sup>11</sup>.

Desta forma cabe ao empresário providenciar a petição inicial de recuperação judicial, a qual deverá conter os requisitos estabelecidos pelo artigo 282 do Código de Processo Civil e artigo 51 da Lei 11.101/05:

A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

<sup>9</sup> Esta parte do estudo não pretende analisar todas nuances da recuperação judicial, mas somente estabelecer de forma sucinta momentos específicos da recuperação judicial até que se chegue a assembleia geral de credores.

<sup>10</sup> Artigo 48 “Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.” (CAHALI, 2009, p.1482).

<sup>11</sup> “§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei” (CAHALI, 2009,p.1482).

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial.

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. (CAHALI, 2009, p.1484).

Cabe ressaltar a importância para o tema proposto, neste estudo, o inciso III que prevê a relação de credores apresentada pelo devedor que dará a possibilidade de formar a assembléia-geral de credores.

Apresentada a petição inicial o magistrado verifica se documentação esta em conformidade com a lei, assim sendo defere o processamento da recuperação judicial e no mesmo ato, segundo o artigo 52 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder

- Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;
- III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;
- IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;
- V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento. (CAHALI, 2009, p.1485).

Lembrando que no momento que se defere o processamento não se está abrindo possibilidade de cumprimento da recuperação, mas tem-se uma fixação temporal para que o devedor apresente o plano de recuperação judicial em 60 dias da publicação da decisão que defere este processamento<sup>12</sup>.

O plano de recuperação judicial deve atender os requisitos estabelecidos pelo artigo 52:

- I– discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo.
- II – demonstração de sua viabilidade econômica.
- III– laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. (CAHALI, 2009, p.1485-1486)

Após essa fase inicial, o magistrado recebe o plano de recuperação judicial e abre prazo para que qualquer credor manifeste sua objeção ao plano de recuperação, existindo objeção o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre a aprovação ou não, do referido plano<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Artigo 53 “O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência...”(CAHALI, 2009, p.1486).

<sup>13</sup> Artigo 55 “Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei. Parágrafo único. Caso, na data da publicação da relação de que trata o **caput** deste artigo, não tenha sido publicado o aviso previsto no art. 53, parágrafo único, desta Lei, contar-se-á da publicação deste o prazo para as objeções. Artigo 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.” (CAHALI, 2009, p. 1486-1487).

Caso o plano de recuperação seja rejeitado pela assembléia e desde que não estejam presentes os requisitos do artigo 58 § 1º<sup>14</sup> e incisos, a falência será decretada, segundo artigo 56, § 4º “rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência”.

### 3. ASSEMBLÉIA-GERAL DE CREDORES

A assembléia-geral de credores pode ser definida como “*órgão colegiado e deliberativo responsável pela manifestação do interesse ou vontade predominantes entre os que titularizam crédito perante a sociedade empresária...*” (COELHO, 2010, p.392). Ou ainda como “*órgão deliberativo, no qual podem manifestar-se os credores, convocando e instalando na forma da lei e que tem por função examinar, debater e decidir sobre matérias de sua atribuição exclusiva discriminada no art. 35, I e II da LRE.*” (LOBO, 2005, p.86).

O poder da assembléia-geral não é decisório, não substitui o poder jurisdicional, é órgão tanto da falência, quanto da recuperação judicial, sendo que no artigo 35 inciso I e II da lei 11.101/05<sup>15</sup> elenca matéria diga-se, não exaustiva, em que a assembléia tem competência para deliberar.

---

<sup>14</sup> Artigo 58. “Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes.

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas.

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.” (CAHALI, 2009, p.1487).

<sup>15</sup> “A assembleia geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I – na recuperação judicial:

- a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
- b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
- c) vetado
- d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei;
- e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;
- f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;

II – na falência:

- a) vetado
- b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;

Quanto a competência para convocação:

“É exclusiva do magistrado, embora tanto o administrador judicial (art.22, I, g, LRE) quanto o comitê de credores (art. 27, I, e, LRE) e , ainda, credores representando 25% (vinte e cinco por cento) do total dos créditos de uma determinada classe (art.36§2º, LRE) possam requerer ao juiz sua instalação.” (FRANCO E SZTANJ, 2008, p.80).

Em princípio, pode-se afirmar que a assembléia-geral é presidida pelo administrador judicial, o qual designa um secretário entre os credores presentes, porém matéria que venha tratar do afastamento do administrador ou que haja incompatibilidade deste a assembléia deve ser presidida pelo credor presente que seja titular do maior crédito.<sup>16</sup>

A assembléia instalar-se-á em primeira convocação com a presença de credores titulares de mais da metade do crédito de cada classe computado pelo valor, mas caso não seja possível alcançar tal marca tem-se uma segunda convocação que considerará qualquer número, devendo o credor assinar a lista de presença a qual é encerrada no momento da instalação da assembléia. Pode o credor ser representado nos moldes do artigo 37 § 4º; 5º e 6º I da lei 11.101/05.<sup>17</sup> Do ocorrido na assembléia, deverá ser lavrado uma ata a qual conterá o nome dos presentes e a assinatura do presidente, devedor e de 2 (dois) membros de cada classe votante, entregando-a ao juiz juntamente com a lista de presença em 48 horas (artigo 37 § 7º da lei 11.101/05).

- 
- c) a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 desta Lei;  
d) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.” (CAHALI, 2009, p. 1497)

<sup>16</sup> Artigo 37 § 1º e 2º da lei 11.101/05.

<sup>17</sup>Artigo 37 “§ 4º O credor poderá ser representado na assembleia geral por mandatário ou representante legal, desde que entregue ao administrador judicial, até 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento hábil que comprove seus poderes ou a indicação das folhas dos autos do processo em que se encontre o documento.

§ 5º Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembleia.

§ 6º Para exercer a prerrogativa prevista no § 5º deste artigo, o sindicato deverá:

I – apresentar ao administrador judicial, até 10 (dez) dias antes da assembleia, a relação dos associados que pretende representar, e o trabalhador que conste da relação de mais de um sindicato deverá esclarecer, até 24 (vinte e quatro) horas antes da assembleia, qual sindicato o representa, sob pena de não ser representado em assembleia por nenhum deles.” (CAHALI, 2009, p. 1480)

As pessoas que terão direito a voto estão definidas no artigo 39 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência<sup>18</sup>, e a sua composição por classes obedece ao disposto no artigo 41 incisos e parágrafos:

A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho.

II – titulares de créditos com garantia real.

III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

§ 1º Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam com a classe prevista no inciso I do caput deste artigo com o total de seu crédito, independentemente do valor.

§ 2º Os titulares de créditos com garantia real votam com a classe prevista no inciso II do caput deste artigo até o limite do valor do bem gravado e com a classe prevista no inciso III do caput deste artigo pelo restante do valor de seu crédito. (CAHALI, 2009, p. 1481)

Todavia pode acontecer que antes da realização da assembléia-geral de credores já exista discussão a cerca de existência, quantificação ou qualificação de determinado crédito pertencente a um credor que poderia modificar totalmente a decisão sobre determinado tema, pois de acordo com artigo 42 da lei falimentar:

“Considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia geral, exceto nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial nos termos da alínea *a* do inciso I do caput do art. 35 desta Lei, a composição do Comitê de Credores ou forma alternativa de realização do ativo nos termos do art. 145 desta Lei.” (CAHALI, 2009, p. 1481)

---

<sup>18</sup>“Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do caput, 99, inciso III do caput, ou 105, inciso II do caput, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembleia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.

§ 1º Não terão direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação os titulares de créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei.” (CAHALI, 2009, p. 1480)

Conclui-se que pelo bom andamento do procedimento falimentar e da recuperação judicial, o credor que tenha seu crédito sendo objeto de discussão judicial, poderia valer-se de liminar para suspender ou adiar a pauta do dia na assembléia de credores até que a legitimidade de seu crédito seja atestada judicialmente, uma vez que o seu voto pode ser considerado fundamental, tanto para deliberações que diga respeito à falência, quanto pela própria continuidade da empresa na assembléia de recuperação judicial. Mas o que acontece é o inverso uma vez que o artigo 40 da Lei 11.101/05 dispõe:

“Não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembleia geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos.” (CAHALI, 2009, p. 1339)

Observa-se que o artigo supracitado atenta contra o direito do credor e pode até mesmo ser considerado inconstitucional por desrespeitar o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

#### **4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 40 DA LEI FALIMENTAR EM VIRTUDE DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL**

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pelo artigo 5º, inciso XXXV *“a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”* (CAHALI, 2009, p. 27)

Este princípio demonstra que não pode um instrumento legal, impedir que o cidadão faça valer seu direito de acionar o poder judiciário com intuito de afastar uma lesão ou ameaça a seu direito. Cabe destacar que nem sempre foi assim, pois no período de 1968 fora editado o AI 5 que em seu artigo 11 excluía de qualquer apreciação judicial atos praticados de acordo com o próprio Ato Institucional e seus Atos Complementares. Mas, *“o período de exceção do estado de direito passou e o país voltou a normalidade institucional, com o advento da CF de 1988, que não mais permite qualquer tipo de ofensa à garantia do direito de ação.”* (NERY JÚNIOR, 2002, p.100).

Demonstra a Constituição da República de 1988 que não cabe mais qualquer tipo de exclusão a direito de ação, seja consubstanciado em uma ameaça ou uma efetiva lesão, a lei não pode de maneira alguma excluir o cidadão ao acesso judicial, mesmo no que tange a medidas cautelares ou antecipatórias.

Segundo Gilmar Mendes:

“A Constituição não exige que essa lesão ou ameaça seja proveniente do Poder Público, o que permite concluir que estão abrangidas tanto as decorrentes de ação ou omissão de organizações públicas como aquelas originadas de conflitos privados. Ressalte-se que não se afirma a proteção judicial efetiva apenas em face de lesão efetiva, mas também qualquer lesão potencial ou ameaça de direito. Assim a proteção judicial efetiva abrange também as medidas cautelares ou antecipatórias à proteção do direito.” (MENDES, 2009, p.540).

Alexandre de Moraes comenta sobre o tema:

“O poder judiciário desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio base que rege a jurisdição...” (MORAES, 2002, p.103).

Lembrando que a titularidade do direito a proteção judicial está tanto para as pessoas naturais quanto para as pessoas jurídicas *“até mesmo as pessoas jurídicas de direito público interno ou as pessoas jurídicas de direito público estrangeiras gozam do direito de proteção judicial efetiva contra lesão ou ameaça de lesão a direito.”* (MENDES, 2009, p.553).

O artigo 40 da lei 11.101/05 trata de matéria relacionada a assembleia-geral de credores, vedando a possibilidade de liminar seja de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos de tutela, para suspender a assembleia em virtude de discussão sobre existência, quantificação ou classificação de crédito.

“Não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembleia geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos.” (CAHALI, 2009, p. 1481).

É importante destacar que a disposição prevista neste artigo pode prejudicar o direito do credor no procedimento falimentar ou inviabilizar uma recuperação judicial: imagine um credor com garantia real que seja titular de 90 % (noventa por cento) do crédito total da classe e esse quantum representaria a maioria do valor total dos créditos presentes na assembleia, credor

devidamente habilitado<sup>19</sup>, mas tal crédito em 80% (oitenta por cento) do valor está sendo objeto de discussão judicial (lembrando que de acordo com o artigo 38 da lei falimentar o voto na assembléia de credores é proporcional ao valor de seu crédito). Dessa forma, participando da assembléia, terá o voto reduzido até que se apure judicialmente o montante, podendo ter uma proposta que seja contra seu interesse aprovada ou ver rejeitada uma proposta que lhe beneficiaria.

Com certeza tal credor será prejudicado, pois mesmo sabendo da legitimidade de seu crédito não teria meios de adiar ou suspender certas votações na assembléia, vez que o próprio artigo 40 da lei 11.101/05 veda essa possibilidade, uma afronta ao princípio constitucional do direito de ação, o qual de forma contrária demonstra que a lei não excluirá de apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito.

Nelson Nery Júnior leciona sobre o assunto:

“Isto ocorre causuisticamente no direito brasileiro, com a edição de medida provisória ou mesmo de leis que restringem ou proíbem a concessão de liminar, o mais das vezes contra o poder público. Essas normas têm de ser interpretadas conforme a Constituição. Se forem instrumentos impedientes de o jurisdicionado obter a tutela jurisdicional adequada, estarão em desconformidade com a Constituição e o juiz deverá ignorá-las, concedendo liminar independentemente de a norma legal proibir essa concessão.” (NERY JUNIOR, 2002, p.100).

Percebe-se claramente que o artigo está em desconformidade com o princípio elencado pela Constituição da República, no caso concreto deve o juiz admitir a liminar de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos de tutela, pois o direito do credor que tem seu crédito discutido na quantidade, existência ou classificação pode ser prejudicado na assembléia geral de credores, configurando assim uma lesão potencial a seu direito, logo se tem uma verdadeira ameaça. Não é crível aceitar que a própria lei impeça o cidadão de ter uma ameaça a seu direito afastada, pois se assim fosse a instabilidade jurídica estaria instalada.

---

<sup>19</sup> Artigo 39 da lei falimentar “Terão direito a voto na assembleia geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do caput, 99, inciso III do caput, ou 105, inciso II do caput, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembleia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.” (CAHALI, 2009, p. 1480)

Pode-se argumentar pela possibilidade do credor anular a assembléia utilizando-se do dispositivo legal do artigo 39, § 3<sup>o</sup> da lei 11.101/05, porém isso somente retardaria o procedimento falimentar e geraria mais custos com uma possível convocação da assembléia para deliberar novamente sobre a mesma matéria a qual causará prejuízos a determinado credor.

Também cabe mencionar 17, § único, como forma de solucionar o problema:

Da decisão judicial sobre a impugnação caberá agravo.

Parágrafo único. Recebido o agravo, o relator poderá conceder efeito suspensivo à decisão que reconhece o crédito ou determinar a inscrição ou modificação do seu valor ou classificação no quadro-geral de credores, para fins de exercício de direito de voto em assembléia-geral. (CAHALI, 2009, p.1472).

Todavia o prejuízo ao credor ainda é facilmente verificável, pois o artigo 17 necessita de uma decisão judicial, a qual muitas vezes não atenderia a urgência que uma recuperação judicial ou que uma deliberação na falência reclamaria, logo o credor ficaria sem participar da assembléia. Destaca-se ainda o fato de que a norma em comento menciona que recebido o agravo o relator poderá conceder efeito suspensivo a decisão judicial, não dando caráter de obrigatoriedade, ficando ao arbítrio do relator, o qual pode entender a não aplicabilidade desse efeito no caso concreto, levando assim um prejuízo ao direito do credor e do devedor, pois se observa possibilidade de inviabilizar uma recuperação judicial ou importantes votações na falência, vez que o voto daquele credor cujo crédito se discute poderia ser considerado fundamental para uma aprovação ou rejeição da pauta do dia.

Então, mesmo existindo a regra do artigo 40 da lei 11.101/2005, deve o juiz ao receber um pedido de credor para suspensão da assembléia-geral de credores em virtude de uma possível

---

<sup>20</sup> Artigo 39 da Lei Falimentar: “§ 2<sup>o</sup> As deliberações da assembléia-geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos.

§ 3<sup>o</sup> No caso de posterior invalidação de deliberação da assembléia, ficam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos comprovados causados por dolo ou culpa.”

Pode-se observar que, em primeiro momento, o parágrafo segundo viria excluir a possibilidade de invalidação da assembléia geral em virtude de decisão judicial, um absurdo, pois se teria uma positividade para possíveis ilícitos, todavia o legislador se retrata no parágrafo terceiro e abre essa possibilidade de invalidação resguardando o direito de terceiros de boa-fé e condenando em perdas e danos os agentes que atuaram com culpa ou dolo causando prejuízo.

Manuel Justino comenta sobre o assunto: “Certamente se a deliberação trouxe prejuízos e se foi fruto de manipulação ou resultado de voto de pessoas com crédito simulado, será invalidada, tento é assim que o § 3<sup>o</sup>, logo em seguida, estabelece regras para o caso de invalidação da decisão da assembléia.” (BEZERRA FILHO, 2009, p.114).

discussão acerca da existência de seu crédito, da qualificação ou quantificação de provimento liminar, baseando sua decisão pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição.

“Ao assumir o direito como um sistema de princípios historicamente interpretáveis, o nosso juiz herói, exatamente porque mortal, vai se esforçar para construir uma decisão que não seja simplesmente aceita pelas partes afetadas por seu veredicto. Isso porque Hércules não quer fazer acreditar que sua decisão seja válida em razão de sua mera autoridade de juiz.

[...]

Assim, avança Hércules na crença de que lhe será possível alcançar a partir dos princípios jurídicos, interpretáveis à luz do sentido do Direito, qual seja, o igual reconhecimento de liberdades a todos, a resposta que seja adequada, correta, pois, àquele caso.

[...]

Hércules se esforçou para construir uma solução que fosse não meramente aceita pelas partes daquele processo, mas sim argumentativamente sustentável a qualquer cidadão daquela comunidade jurídica [...].” (CHAMON JÚNIOR, 2008, p.153-154).

Atuando dessa maneira, tanto o direito de credores quanto o procedimento falimentar estarão sendo resguardados, bem como se terá uma decisão argumentativamente sustentável a luz de princípios constitucionais.

## 5. ADMINISTRADOR JUDICIAL

O administrador judicial é nomeado no decreto de falência, sendo este uma importante figura para o procedimento falimentar, como também na recuperação judicial, todavia neste trabalho interessa suas funções na falência, pois na recuperação judicial a empresa continua em pleno funcionamento, via de regra, com o próprio devedor à frente dos negócios.

O administrador é nomeado pelo juiz, não cabendo ao Ministério Público qualquer tipo de manifestação, a Lei nº 11.101/05 elenca a figura de alguns profissionais que preferencialmente deveriam assumir o cargo, mas como dito, preferencialmente, abrindo possibilidade para que outros venham desempenhar essa função, estando assim previsto no artigo 21:

Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz. (CAHALI, 2009, p.1474).

O § único permite que o administrador judicial nomeado seja pessoa jurídica, entretanto deve destacar qual profissional irá representá-la, não podendo substituir o agente sem autorização judicial.

No direito estrangeiro tem-se diferentes orientações para nomeação do administrador judicial.

“No direito italiano, somente profissionais como advogados, doutores, contadores, comercialistas, profissionais liberais ou sociedades de profissionais liberais, desde que delas tenham participado advogados comercialistas ou contadores e ainda aqueles que tenham exercido atividade de administração em sociedades por ações.

No direito português, originalmente, tem-se por primeiro um administrador judicial provisório (art. 32, I CIRE) cuja escolha é feita pelo Juízo dentre os membros de uma lista oficial de administradores da insolvência.” (FRANCO E SZTANJ, 2008, p.57-58).

O administrador é um auxiliar do juiz, sendo que suas funções são fiscalizadas pelo magistrado, Comitê de Credores, além dos agentes previstos por lei, como o conselho fiscal.<sup>21</sup>

O administrador judicial, de acordo com a Lei nº 11.101/05, tem funções tanto na falência quanto na recuperação judicial, sendo que uma específica interessa a este trabalho, ou seja, o permissivo legal que autoriza o administrador judicial na falência abrir correspondências do devedor.

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

III – na falência:

a)...

<sup>21</sup> Artigo 22 da lei falimentar: “Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe.” (CAHALI, 2009, p.1474).

- b)...
- c)...
- d) receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa. (CAHALI, 2009, p.1475).

A norma falimentar permite que o administrador judicial abra correspondência alheia podendo em muitas situações ser considerado um desrespeito ao princípio constitucional da inviolabilidade de correspondência.

## **6. A INVIOLABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA NA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA**

A Lei Falimentar autoriza o administrador judicial receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, sendo que tal ato afronta diretamente o direito constitucionalmente assegurado a todos, ou seja, a inviolabilidade de correspondência, a qual é também tipificada como crime pela legislação penal pátria.

A Constituição da República em seu artigo 5º, inciso XII prescreve:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (CAHALI, 2009, p.24).

Pelo preceito constitucional acima elencado, percebe-se que a Carta Magna prega o sigilo de correspondência que, em primeiro momento, seria inviolável, somente quanto ao sigilo das comunicações telefônicas ter-se-ia possibilidade de violação, mesmo assim por ordem judicial, na forma da lei e para assegurar a investigação e instrução penal. Não se verifica tal possibilidade quanto ao sigilo de correspondência, muito embora o Supremo Tribunal Federal:

“Decidiu o STF pela possibilidade excepcional de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, entendendo que a “inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas<sup>22</sup>.” (MORAES, 2002, p.84).

<sup>22</sup> STF- 1ª T. HC nº 70.814-5/SP, Rel. Min, Celso de Mello, Diário da Justiça I, 24 jun.1994, p.16.650- RT 709\*418.

No direito estrangeiro, a inviolabilidade também é assegurada.

“Igualmente, o art. 15 da Constituição italiana prevê a liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicações são invioláveis. Sua limitação pode ocorrer somente por determinação da autoridade judiciária, mantidas as garantias estabelecidas por lei.” (MORAES, 2002, p.84-85).

Percebe-se que a violação de correspondência além de ser um desrespeito a norma constitucional é também um ato considerado ilícito pela norma penal, de acordo com o artigo 151: *“Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.”*

Interessante notar o vocábulo devassar:

“Devassar significa penetrar e descobrir conteúdo de algo é ter vista do que esta vedado. Não significa necessariamente, embora seja usual, abri-la, podendo violar seu conteúdo por outros métodos, até singelos, como colocar a missiva contra luz.” (NUCCI, 2003, p.497).

Correspondência seria qualquer meio capaz de transmitir o pensamento como carta, cartão postal, bilhete e até mesmo por meio eletrônico, como seria o caso do e-mail.

O tipo penal ainda destaca como figura fundamental a palavra indevidamente, quando não for autorizado pelo destinatário ou não tiver previsão legal.

Luiz Regis Prado considera que a expressão indevidamente é:

“Elemento normativo com referência específica à possível concorrência de uma causa de justificação. Assim, o consentimento prévio- expresso ou tácito- de quem de direito ou a abertura realizada nas hipóteses legalmente permitidas excluem a tipicidade a ilicitude da conduta. Admite-se, por exemplo, a devassa da correspondência feita pelo mandatário, nos limites do mandato; pelo administrador judicial em relação as correspondências comerciais endereçadas ao falido...” (PRADO, 2006, p.499).

Nota-se que o autor acima destacado coloca como permissivo legal a devassa de correspondências feitas pelo administrador judicial no que tange as correspondências comerciais, afastando a tipicidade do artigo 151. Todavia, pode-se verificar alguns problemas no qual o administrador poderia ferir tanto o princípio constitucional quanto se enquadrar no tipo penal

comentado. Sabe-se que a legitimidade passiva da falência abarca o empresário individual e a sociedade empresária, ainda cabe destacar que tanto o primeiro quanto a segunda, dependendo do tipo societário adotado, podem ter o nome empresarial na modalidade firma.

A modalidade firma é composta pelo nome da pessoa física do empresário,

“Em termos de estrutura, a firma tem por base necessariamente um nome civil, seja do próprio empresário individual, seja de sócio da sociedade empresária. Se *Antonio da Silva* dedica-se ao comércio de antiguidades ele deverá inscrever como firma seu nome civil por extenso (Antonio da Silva) ou abreviado (A. Silva, Silva) acompanhado ou não de menção do ramo de atividade. Se ele contrata uma sociedade limitada com Benedito Costa, a firma social será formada pelo nome deles por extenso ou abreviado (Silva & Costa Ltda., A. Silva & B. Costa Ltda).” (COELHO, 2010, p.183).

Assim, pode uma correspondência pessoal do empresário, que não tenha nenhum conteúdo interessante ao procedimento falimentar e cujo endereço seja o mesmo do ponto comercial, ser aberta indevidamente pelo administrador judicial, vez que estará como destinatário da correspondência o nome da pessoa física, logo haverá um desrespeito ao princípio constitucionalmente assegurado da inviolabilidade de correspondência e tal atitude configurará o crime previsto pela norma penal, vez que, dificilmente, conseguirá o administrador judicial provar a não intenção em devassar o conteúdo do documento. A norma falimentar é falha, vez que permite que conteúdos pessoais possam ser devassados pelo administrador judicial.

Cabe também destacar que a inviolabilidade constitucionalmente prevista vem para assegurar a investigação criminal ou instrução processual penal, logo a norma falimentar como verdadeiro processo de execução coletiva estaria contra os ditames constitucionais, principalmente pelo fato que a norma não exige ordem judicial, dando poderes ao próprio administrador judicial para violar a correspondência do devedor. Aponta-se como solução para que o administrador judicial não venha se enquadrar no tipo penal ou desrespeitar a norma constitucional, que a violação de toda a correspondência seja precedida de autorização judicial e que o devedor seja intimado a comparecer no momento da abertura da correspondência cujo endereço seja o ponto comercial, ajudando o administrador judicial a separar o que for particular e aquilo de interesse ao procedimento falimentar, conforme a Lei Falimentar anterior<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Artigo 63, II do Decreto-Lei 7.661/1945: Cumprir ao síndico, além de outros deveres que a presente lei lhe impõe:

Pode-se até argumentar que o bem da coletividade, no caso os credores, superaria o direito de inviolabilidade do devedor, entretanto nos moldes que a norma falimentar permite a violação sem autorização judicial e a não presença do devedor, estar-se-ia modificando os preceitos constitucionais de forma oblíqua e desrespeitando uma garantia considerada fundamental.

## CONCLUSÃO

Durante os estudos demonstrou-se que tanto a Recuperação Judicial, quanto a Falência são institutos de suma importância na atualidade, tanto para o credor quanto para o devedor, sendo inclusive peça fundamental para que o mercado não venha sofrer grandes abalos.

Destaca-se também que a Assembléia-Geral de Credores é órgão que delibera sobre certas questões que podem ser fundamentais para o procedimento falimentar, principalmente no caso de uma Recuperação Judicial, tendo inclusive o poder de rejeitar o plano. Lembrando que a Lei 11.101/05 não permite apreciação do poder judiciário de medida cautelar ou antecipatória para adiar assembleia-geral em razão de possível discussão a cerca de existência quantificação e qualificação de crédito, o que pode significar a perda do direito de um possível devedor recuperando, pois os votos são proporcionais ao valor do crédito.

Também fora apresentada a figura do administrador judicial, um importante auxiliar do juiz em praticamente todos os procedimentos previstos pela Lei 11.101/05, inclusive, na falência, a própria lei autoriza o administrador judicial a abrir a correspondência do devedor separando o que não for de interesse da massa. Mas o problema se apresenta quando o empresário adota modalidade de firma podendo haver confusão entre a correspondência da pessoa física do devedor e do empresário, levando assim o administrador judicial a praticar possível violação de correspondência a qual é criminalmente punível.

Assim deve-se observar que, embora o devedor ingresse em um estado de insolvência ou pré-insolvência, seus direitos e garantias fundamentais não podem ser afastados, como no caso de possível afastabilidade do poder judiciário em virtude de invalidação de assembleia-geral quando o motivos seja discussão sobre existência, quantificação ou classificação do crédito, bem como, na

---

II- receber a correspondência dirigida ao falido, abri-la em presença deste ou de pessoa por ele designada, fazendo entrega daquela que se não referir a assunto de interesse da massa;

hipótese do administrador judicial quando viola correspondência do devedor, sem grandes formalidades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEZZERA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências**: comentada. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAHALI, Yussef Said (Org.). **Código civil; Código de processo civil; Código comercial; Legislação civil; Processual civil e empresarial; Constituição Federal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1932 p. (RT mini códigos).

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Chamon. **Teoria da Argumentação Jurídica**: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. vol. 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de Direito Comercial**, v.14. São Paulo: Saraiva, 1965.

FRANCO, Vera Helena de Mello, SZTAJN, Raquel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**. In: ABRÃO, Carlos Henrique, TOLEDO, Paulo Salles.(Coord). São Paulo: Saraiva, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas, v. 4. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4 ed. ver. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina e jurisprudência selecionada: 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

## REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE CIDADANIA E OS DIREITOS SOCIAIS

Narlon Gutierre Nogueira<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O Conceito de Cidadania e os Direitos Sociais. 2. A Constitucionalização dos Direitos Sociais e sua Afirmação no Âmbito do Direito Internacional. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** Este artigo analisa a relação entre os direitos sociais e a cidadania, tendo como ponto de partida os principais aspectos do conceito de cidadania formulado por T. H. Marshall, as posições de alguns autores que o sucederam, bem como sua relação com o desenvolvimento da cidadania na realidade brasileira. Em seguida, é apresentada uma evolução histórica do processo de constitucionalização dos direitos sociais e de sua afirmação no âmbito do direito internacional. Conclui-se que a efetivação dos direitos sociais deve ser vista como um instrumento de fortalecimento da cidadania.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cidadania. Direitos Sociais. Constitucionalismo.

**ABSTRACT:** *This article analyzes the relationship between social rights and citizenship, taking as its starting point the main aspects of citizenship formulated by T. H. Marshall, the positions of some authors who succeeded him, and their relation with the development of citizenship in the Brazilian reality. Then, we present a historical evolution of the process of constitutionalization of social rights and its claim under international law. It is concluded that the enforcement of social rights should be seen as an instrument of strengthening citizenship.*

**KEYWORDS:** *Citizenship. Social Rights. Constitutionalism.*

### INTRODUÇÃO

Coube ao sociólogo britânico T. H. Marshall, no final da primeira metade do século XX, desenvolver um estudo sobre a cidadania que se tornou balizador de todos os estudos que o sucederam relacionados ao tema. Marshall dividiu o conceito de cidadania em diferentes elementos e os vinculou a grupos de direitos, relacionando-os aos períodos históricos de evolução da cidadania na sociedade inglesa. Na atualidade, o conceito moderno e liberal de cidadania dado por T. H. Marshall mantém a sua relevância, porém exige ser revisto e ampliado, para adequar-se à complexidade e diversidade dos elementos sociais e culturais que se entrelaçam ao conceito de cidadania na sociedade contemporânea.

Neste artigo enfatizam-se os direitos sociais, seu processo de afirmação nos textos constitucionais e nos instrumentos do direito internacional ao longo do século XX, e o modo como

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, em exercício no Ministério da Previdência Social.

eles se relacionam ao desenvolvimento da cidadania. Verifica-se que tais direitos assumiram no Brasil um caráter peculiar, desenvolvendo-se em tempo e modo bem diversos daqueles observados por T. H. Marshall na Inglaterra.

## 1. O CONCEITO DE CIDADANIA E OS DIREITOS SOCIAIS

Em conferência proferida na Universidade de Cambridge, no ano de 1949, o sociólogo britânico Thomas Humphrey Marshall discorreu a respeito do conceito de cidadania, de sua relação com a estratificação da sociedade em classes sociais e seu impacto sobre a desigualdade social<sup>2</sup>. Essa exposição tornou-se clássica, não apenas para a Sociologia, mas também para o conhecimento jurídico, constituindo-se em referencial paradigmático enquanto processo evolutivo de fases históricas dos direitos no Ocidente<sup>3</sup>, e é invariavelmente analisada e referenciada pelos autores que se dedicam ao estudo da cidadania e da evolução dos direitos, ainda que com o objetivo de criticá-la ou apontar as suas limitações na atualidade.

Marshall dividiu o conceito de cidadania em três partes: o elemento civil, composto pelos direitos necessários à liberdade individual; o elemento político, entendido como o direito a participar no exercício do poder político; e o elemento social, como o direito a um mínimo de bem-estar econômico e à participação na herança social. Analisando a evolução da cidadania na Inglaterra, ele atribuiu o período de formação da vida de cada um desses grupos de direitos a um século diferente (direitos civis no século XVIII, direitos políticos no século XIX e direitos sociais no século XX), embora reconhecendo existir um entrelaçamento entre eles.

A consolidação dos direitos civis, durante o século XVIII, é caracterizada pela adição gradativa de novos direitos ao *status* já existente da liberdade, que pertencia a todos os membros adultos da comunidade inglesa (de forma plena para os homens, e restrita para as mulheres). Já a história dos direitos políticos difere não apenas no seu tempo, o século XIX, mas também no seu caráter, pois não consistia na criação de novos direitos para a ampliação do conteúdo de um *status* já existente, mas sim na extensão de antigos direitos a novos setores da população, ou seja, a

<sup>2</sup> MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 57-114.

<sup>3</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 5.

ampliação do direito à participação no sistema político a um maior número de indivíduos. Finalmente, no século XX, as aspirações por uma maior igualdade social e econômica possibilitaram incorporar os direitos sociais ao *status* da cidadania.

Na sociedade feudal, as relações entre os indivíduos eram reguladas de forma localizada, em cada cidade medieval, sem que existisse um código uniforme de direitos e deveres dos indivíduos e o *status* era a marca distintiva de classe e a medida de desigualdade entre nobres e plebeus, livres e servos. Com a transição do feudalismo para o capitalismo, ocorre a evolução da cidadania, caracterizada por um duplo processo: fusão geográfica (surgimento dos Estados nacionais) e separação funcional (diferenciação dos direitos civis, políticos e sociais). A cidadania passa a ser então um *status* concedido a todos que são membros de uma comunidade e que se tornam iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*.

Diante da aparente contradição entre o fato de que a cidadania é uma medida efetiva de igualdade, um enriquecimento do *status* e um aumento do número daqueles a quem é conferido o *status*, ao passo que a classe social é um sistema de desigualdade, e de que o crescimento da cidadania coincide com o período histórico de desenvolvimento do capitalismo, que é o sistema não de igualdade, mas de desigualdade, Marshall questiona: “Como é possível que estes dois princípios opostos possam crescer e florescer, lado a lado, no mesmo solo? O que fez com que eles se reconciliassem e se tornassem, ao menos por algum tempo, aliados ao invés de antagonistas?”<sup>4</sup>

O autor verifica que a igualdade implícita no conceito de cidadania era incompatível com o sistema de classes existente no feudalismo medieval. Porém, ela permite que surja uma nova separação entre as classes sociais, não mais fundada nas leis e costumes da sociedade medieval, mas na combinação de fatores relacionados com as instituições da propriedade, da educação e da estrutura da economia nacional. Substitui-se uma desigualdade absoluta, excessiva e rígida, por uma desigualdade relativa, não muito profunda e tolerada pela sociedade, que permite a formação de novos laços entre homens livres que se relacionam em comunidade, por meio de direitos e deveres razoavelmente flexíveis. Afirma então:

“Começando do ponto no qual todos os homens eram livres, em teoria, capazes de gozar de direitos, a cidadania se desenvolveu pelo enriquecimento do conjunto de direitos de que eram capazes de gozar. Mas

---

<sup>4</sup> MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 76.

esses direitos não estavam em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista; eram, ao contrário, necessários para a manutenção daquela determinada forma de desigualdade.

[...] o contrato moderno é essencialmente um acordo entre homens que são livres e iguais em *status*, embora não necessariamente em poder. O *status* não foi eliminado do sistema social. O *status* diferencial, associado com classe, função e família, foi substituído pelo único *status* uniforme de cidadania que ofereceu o fundamento da igualdade sobre a qual a estrutura da desigualdade foi edificada.

[...] esse *status* era, sem dúvida, um auxílio, e não uma ameaça, ao capitalismo e à economia de livre mercado, porque este *status* era dominado pelos direitos civis que conferem a capacidade legal de lutar pelos objetos que o indivíduo gostaria de possuir, mas não garantem a posse de nenhum deles.”<sup>5</sup>

Portanto, os direitos civis se harmonizavam plenamente com o capitalismo, pois reconheciam a liberdade e igualdade formais e outorgavam aos indivíduos uma personalidade jurídica que os habilitava a estabelecerem contratos entre si. Porém, se os direitos políticos, pela ampliação da participação popular, e os direitos sociais, na busca pela redução das desigualdades econômicas, podiam representar uma ameaça potencial ao capitalismo, não chegavam a ser com ele incompatíveis, uma vez que o sistema podia perfeitamente absorvê-los pela via das concessões.

Liszt Vieira relaciona algumas das críticas feitas por diferentes autores à concepção de cidadania de Marshall<sup>6</sup>: alinhar-se a uma cidadania conservadora e passiva, concedida pelo Estado, em contraposição a uma cidadania revolucionária e ativa, moldada por instituições autônomas; vinculação a coletividades nacionais e não aos direitos humanos universais; visão evolucionista, etnocentrista e apolítica; colocação dos direitos civis em primeiro plano, sem se reconhecer que foram precedidos de uma ação política; e há até mesmo aqueles, embora poucos, que ainda discordem da inclusão dos direitos sociais no conceito de cidadania.

Marilena Chauí formula um conceito de cidadania que ressalta os aspectos dinâmico e participativo de seu processo de conquista e contrapõe a cidadania passiva e vertical (concedida pelo Estado ao cidadão) à cidadania ativa e horizontal (fruto da ação dos cidadãos na sociedade):

<sup>5</sup> MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 79-80.

<sup>6</sup> VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. São Paulo: Record, 1997. p. 23-24.

“A cidadania, definida pelos princípios da democracia, constitui-se na criação de espaços sociais de luta (movimentos sociais) e na definição de instituições permanentes para a expressão política (partidos, órgãos públicos), significando necessariamente conquista e consolidação social e política. A cidadania passiva, outorgada pelo Estado, se diferencia da cidadania ativa, na qual o cidadão, portador de direitos e deveres, é essencialmente criador de direitos para abrir novos espaços de participação política.”<sup>7</sup>

Em abordagem semelhante, Ana Maria D’Ávila Lopes<sup>8</sup> destaca que o grande erro da concepção de Marshall foi ter conceituado a cidadania como um *status*, ou seja, um estado perene concedido ao sujeito como titular de direitos, favorecendo uma visão estática e individualista da cidadania, que foi amplamente aceita pela sociedade ocidental na segunda metade do século XX. Nessa cidadania, moderna e liberal, o dever de participação política do cidadão fica enfraquecido e reduzido à forma simplista, voluntária e periódica do sufrágio eleitoral, o que facilita a propagação da injustiça e desigualdade. Muito diversa era a visão republicana de cidadania dos gregos, fundada na idéia de solidariedade e compromisso, na qual o cidadão deveria não apenas respeitar as leis, mas ser útil a sua comunidade.

Ao analisar as relações entre regulação (princípios do Estado, do mercado e da comunidade) e emancipação (dimensões da racionalização e secularização da vida coletiva), e entre subjetividade e cidadania, marcos do projeto da modernidade, o sociólogo português Boaventura de Souza Santos<sup>9</sup> considera como característica do capitalismo organizado, segundo período do capitalismo nos países centrais, a passagem da cidadania cívica e política (direitos civis e políticos) para a cidadania social, marcada pela conquista de significativos direitos sociais pelas classes trabalhadoras, no domínio das relações de trabalho, da segurança social, da saúde, da educação e da habitação.

Para Boaventura, a análise de Marshall tem o mérito de articular cidadania e classe social e as conseqüências das relações tensionais entre cidadania e capitalismo. Enquanto no período do

<sup>7</sup> CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia*. São Paulo: Moderna, 1984. Apud VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. São Paulo: Record, 1997. p. 40.

<sup>8</sup> LOPES, Ana Maria d’Ávila. A cidadania na constituição federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21-34.

<sup>9</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Subjetividade, cidadania e emancipação. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice - O social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 235-280.

capitalismo liberal, a cidadania civil e política não colidiu com o princípio do mercado e possibilitou o seu desenvolvimento hipertrofiado, no período do capitalismo organizado, a cidadania social possibilitou que fossem atendidos interesses dos trabalhadores, colidindo com o princípio de mercado e conduzindo a uma relação mais equilibrada entre o princípio do Estado e o princípio do mercado.

Entretanto, as lutas operárias pela cidadania social se deram no marco da democracia liberal e por isso a obrigação política horizontal do princípio da comunidade só foi eficaz na medida em que se submeteu à obrigação política vertical entre cidadão e Estado. Esse processo significou a integração política das classes trabalhadoras no Estado capitalista e o aprofundamento da regulação em detrimento da emancipação, permitindo ao capitalismo se transformar para, ao final do processo, resultar em um modelo ainda mais hegemônico.

José Casalta Nabais formula outra definição de cidadania: “A cidadania pode ser definida como a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros ativos e passivos de um Estado-nação, são titulares ou destinatários de um determinado número de direitos e deveres universais e, por conseguinte, detentores de um específico nível de igualdade.”<sup>10</sup>

Verifica-se que nessa definição o autor identifica três elementos constitutivos da cidadania: 1) a titularidade de um determinado número de direitos e deveres numa sociedade específica; 2) o pertencimento a uma comunidade política, normalmente o Estado, vinculada à idéia de nacionalidade; 3) a possibilidade de contribuir para a vida pública dessa comunidade através da participação.

Porém, ele reconhece que ao lado dessa noção de cidadania, a que se pode chamar de cidadania-padrão ou cidadania-base, juntam-se outras, uma vez que a cidadania comporta desdobramentos verticais, que permitem falar em graus ou níveis superiores e inferiores de cidadania (sobrecidadania ou subcidadania), e desdobramentos horizontais, relativos a diferentes dimensões da cidadania (por exemplo, cidadania pessoal, política e social).

Engin Isin e Bryan Turner afirmam, na introdução ao *Manual de Estudos da Cidadania*<sup>11</sup>, a necessidade de se considerar novas dimensões diferenciadas para a cidadania, uma vez que a cidadania liberal moderna, nascida como garantia de certos direitos e obrigações pelo Estado-nação

<sup>10</sup> NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 119.

<sup>11</sup> ISIN, Engin F.; TURNER, Bryan F. Citizenship studies: an introduction. In: ISIN, Engin F.; TURNER, Bryan F. (Org.). *Handbook of citizenship studies*. London: Sage Publications, 2002. p.1-10.

aos indivíduos sob sua autoridade, mostra-se cada vez mais inadequada para os tempos atuais. O conceito moderno de cidadania como um *status* sob a autoridade do Estado tem sido questionado e ampliado, passando a incluir as batalhas políticas e sociais por reconhecimento e redistribuição como instâncias do direito de reivindicação e da cidadania.

Nos vários artigos que compõem o *Manual de Estudos da Cidadania*, os pesquisadores demonstram que novas dimensões da cidadania se fazem presentes na era contemporânea, muitas delas não relacionadas ou pouco ligadas à questão da divisão da sociedade em classes. Podem ser mencionados os aspectos da cidadania religiosa, ambiental, cultural, multicultural, sexual e cosmopolita. Não se trata, porém, de abandonar ou refutar as proposições que foram formuladas por Marshall, mas de complementá-las naquilo em que se mostrem insuficientes para a compreensão dos desafios que se colocam diante da cidadania contemporânea.

Nessa mesma obra, Thomas Janoski e Brian Gran<sup>12</sup>, após examinarem a natureza e a extensão dos direitos políticos e legais em vários países e a forma como ocorre o surgimento e a transformação desses direitos ao longo da história, apresentam as seguintes conclusões:

- a) No século XXI as bases políticas da cidadania serão mais questionadas do que no século passado, pois as teorias de cidadania expandiram-se da relação cidadão-Estado em direção a tudo que os cidadãos podem fazer para mudar as circunstâncias existentes, quer haja ou não o envolvimento do Estado.
- b) A abordagem de Marshall, focada nos interesses dos grupos e na criação de direitos de cidadania pelo Estado, tendo por consequência direitos universalistas mais sensíveis às diferenças (por meio de direitos contingentes e compensatórios), foi útil para o avanço dos direitos e a proteção de muitos cidadãos contra os abusos da sociedade civil e do Estado.
- c) Por outro lado, as abordagens culturais enfocam a identidade e estão muito mais preocupadas com a formação e a operação de movimentos sociais, e, saltando um nível, com a globalização e a sociedade civil internacional.
- d) O desafio para as teorias da cidadania não se encontra numa escolha excludente entre os direitos individuais ou de grupos, mas na sua integração em um sistema de direitos legítimos, a partir da complementaridade entre a abordagem de Marshall (direitos da cidadania conectados ao Estado, na esfera pública) e as teorias recentes (direitos da cidadania fundados na sociedade civil,

---

<sup>12</sup> JANOSKI, Thomas; GRAN, Brian. Political citizenship: foundations of rights. In: ISIN, Engin F.; TURNER, Bryan F. (Org.). *Handbook of citizenship studies*. London: Sage Publications, 2002. p. 13-52.

na esfera privada). Os pontos fortes de cada abordagem esbarram nas fraquezas da outra, e, com um maior desenvolvimento, ambas podem ser combinadas de forma fértil, para promover uma explicação abrangente, integradora das esferas pública e privada, cujo resultado seja uma base mais forte dos direitos e obrigações de cidadania.

Maurice Roche<sup>13</sup> apresenta um estudo sobre os efeitos que as mudanças no capitalismo mundial, durante as últimas décadas, ocasionaram sobre a cidadania social oferecida pelo Estado de Bem-Estar Social (welfare state), concluindo que:

a) A análise de Marshall continua sendo uma importante referência no estudo dos direitos sociais e sobre a forma como eles são implementados, por meio de sistemas de proteção social e políticas públicas, apesar das mudanças ocorridas no contexto social nos últimos anos e à crescente relevância e impacto da globalização

b) A análise de Marshall pressupõe a existência de um “sistema nacional funcionalista”, dotado de base tributária e ações de recursos humanos suficientes para a provisão dos direitos, dentro de um contexto no qual o Estado atua para regular a economia capitalista e institucionalizar sua capacidade de inovação e crescimento.

c) Os direitos sociais, como componentes da cidadania, devem ser estudados dentro do contexto sócio-histórico e normativo dos Estados e permitem resolver ou minimizar os riscos a que os indivíduos estão sujeitos nas sociedades capitalistas modernas, relacionados à pobreza, desigualdade e exclusão social, proporcionando renda necessária à manutenção, acesso ao emprego, aos serviços de saúde e à habitação. Dessa forma, proporcionam integração e estabilidade social, o que resulta também em melhoria do desempenho no mercado de trabalho e maior eficiência econômica, o que favorece o próprio capitalismo.

d) Embora os direitos sociais sejam mais bem interpretados como instrumentos que dão substância para a autonomia individual, fortalecendo o exercício dos direitos civis e políticos, não se pode negar que houve momentos nos quais eles foram utilizados para reprimir a cidadania plena, com a subtração de direitos civis e políticos, como ocorreu nas sociedades fascistas e comunistas da primeira metade do século XX.

e) Um dos grandes desafios atualmente enfrentado pelos sistemas de provisão dos direitos sociais decorre da globalização, pois esta tende a gerar desemprego, com o duplo mal de aumentar o custo

---

<sup>13</sup> ROCHE, Maurice. Social citizenship: grounds of social change. In: ISIN, Engin F.; TURNER, Bryan F. (Org.). *Handbook of citizenship studies*. London: Sage Publications, 2002. p. 69-86.

de manutenção da proteção social e reduzir a base tributária que a financia. Além disso, a globalização impulsiona forças que desestabilizam o poder de coesão dos Estados nacionais e estimula uma competição muitas vezes predatória entre eles. A partir desse contexto, será de fundamental importância que as organizações internacionais auxiliem os Estados nacionais na sua capacidade de inovação econômica, social, política e institucional, para a proteção social das “vítimas da globalização”.

Finalmente, há um importante aspecto a ser considerado, ao se analisar o processo de desenvolvimento e expansão do conceito de cidadania, dado por Marshall: o modelo histórico por ele adotado foi o britânico, que de certa forma aproxima-se de alguns países europeus e dos Estados Unidos, porém muito diverge dos países de desenvolvimento tardio, como é o caso do Brasil.

José Murilo de Carvalho afirma que no Brasil não se desenvolveu a cidadania política, mas sim uma “*estadania*”<sup>14</sup>, na qual a conquista de direitos decorria sempre de alianças e concessões recebidas do Estado, contribuindo para a formação de uma espécie de “*cidadão em negativo*”<sup>15</sup>. Mais adiante, o autor apresenta as seguintes considerações sobre o desenvolvimento dos direitos de cidadania:

“A cronologia e a lógica da seqüência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em períodos de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito ao voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da seqüência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo.”<sup>16</sup>

Desta forma, enquanto na Inglaterra os direitos civis, políticos e sociais, nessa ordem, foram se desenvolvendo gradualmente nos séculos XVIII, XIX e XX, no Brasil a cidadania começa a se consolidar apenas no século XX, mais precisamente a partir da década de 1930, e tendo como

<sup>14</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. p. 61.

<sup>15</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. p. 75.

<sup>16</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. p. 219.

ponto de partida os direitos sociais, para somente depois se desenvolverem os direitos políticos e os direitos civis. Isso nos remete à lembrança de que a cidadania não é estática, mas dinâmica, conformada ao contexto histórico em que se desenrola e ao povo que a conduz.

Não há de causar espanto, porém deve ser visto como natural que a evolução dos direitos ligados à cidadania brasileira tenha ocorrido em momento e ordem absolutamente diversos do que se deu com a cidadania inglesa. Senão, vejamos:

a) Segundo Marshall, na Inglaterra do século XVII todos os homens eram livres e os direitos civis surgiram como adição de direitos a um *status* já existente. No Brasil, por sua vez, duzentos anos depois a escravidão ainda se fazia presente, só deixando de existir no final do século XIX, o que curiosamente foi influenciado pelas pressões dos próprios ingleses, motivados por seus interesses econômicos.

b) Enquanto a Inglaterra dos séculos XVII a XIX estava na vanguarda do capitalismo mundial, em pleno processo de Revolução Industrial e como potência que exercia o seu domínio colonial em várias partes do mundo, o Brasil se encontrava no extremo oposto, possuindo uma economia agrícola e extrativista voltada para a exportação e permanecendo como colônia portuguesa até o início do século XIX.

c) A Revolução Liberal inglesa, que deu início ao processo de reconhecimento dos direitos civis, ocorreu no final do século XVII, cerca de cem anos antes das célebres Revoluções Americana e Francesa. No Brasil a revolução nunca chegou a ocorrer, tendo se privilegiado sempre na história de nosso país a via da composição, cujo mérito é evitar os dolorosos efeitos colaterais dos processos de ruptura, porém com a consequência de retardar transformações econômicas e sociais mais profundas.

Portanto, a posição de destaque no capitalismo central permitiu aos ingleses desenvolverem um determinado processo de conquista dos direitos de cidadania, no seu ritmo e na sua época, ao passo que a posição brasileira como mero partícipe do capitalismo periférico ditou outra realidade.

Em outro ponto de sua obra, José Murilo de Carvalho assim analisa os efeitos que a concessão dos direitos sociais tiveram sobre o nosso modelo de cidadania:

“O populismo, no Brasil, na Argentina, ou no Peru, implicava uma relação ambígua entre os cidadãos e o governo. Era avanço na cidadania, na medida

em que trazia as massas para a política. Mas, em contrapartida, colocava os cidadãos em posição de dependência perante os líderes, aos quais votavam lealdade pessoal pelos benefícios que eles de fato ou supostamente lhes tinham distribuído. A antecipação dos direitos sociais fazia com que os direitos não fossem vistos como tais, como independentes da ação do governo, mas como um favor em troca do qual se deviam gratidão e lealdade. A cidadania que daí resultava era passiva e receptora antes que ativa e reivindicadora.”<sup>17</sup>

Uma leitura equivocada desse texto pode conduzir à interpretação de que a concessão dos direitos sociais tenha sido em si um mal. Tal interpretação muito favoreceria aos que defendem o Estado mínimo, que se limita a garantir a liberdade contratual e a igualdade formal, pois poderiam alegar que os direitos sociais geram uma dependência do indivíduo em relação ao poder estatal e por isso atuam como limitadores no processo de concretização de uma cidadania autônoma e plena.

Essa, porém, não parece ser a conclusão correta. Não foi a concessão dos direitos sociais que gerou dependência e passividade, uma vez que a origem de tais características remonta ao período colonial, e, portanto, elas se desenvolveram em momento anterior da história de formação do povo brasileiro, resultando na estrutura hierarquizada e verticalizada das relações sociais.

## **2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA AFIRMAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL**

O período que vai dos séculos XVI ao XVIII é marcado por profundas transformações, que assinalaram a passagem da Idade Média para a Idade Moderna: sedimentação do capitalismo como modelo econômico predominante; transição do sistema feudal para os Estados nacionais; ascensão da burguesia como classe dominante, em substituição à nobreza; grande avanço científico, tecnológico e artístico do período renascentista; filosofia iluminista e humanismo.

O Absolutismo, fundado no “Direito Divino” e na separação rígida entre os estamentos sociais (nobreza, clero e povo) impedia o avanço capitalista, pois não permitia à burguesia ter

---

<sup>17</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. p. 126.

acesso à liberdade negocial e à equiparação aos privilégios de tratamento que eram concedidos à nobreza. A alteração do estatuto político, social, econômico e jurídico do mundo ocidental foi consolidada pelas revoluções liberais: a Inglesa, no século XVII e a Americana e Francesa, no século XVIII<sup>18</sup>.

A análise das revoluções liberais mostra que elas se desenvolveram com características bem diversas entre si<sup>19</sup>:

a) Na Inglaterra, a aliança entre as classes dominantes - a alta burguesia e a nobreza anglicana liberal - possibilitou que as classes populares fossem mobilizadas, sem que se perdesse o controle sobre elas, resultando na passagem relativamente tranquila do regime absolutista para uma monarquia constitucional, na Revolução Gloriosa de 1688.

b) A Guerra de Independência dos Estados Unidos não objetivava a transformação da estrutura econômico-social existente, mas sim a preservação de certos princípios de que as colônias americanas já dispunham e sentiram estarem sob a ameaça da metrópole, tais como a liberdade individual, as garantias pessoais e a relativa autonomia política local, conduzindo à Declaração de Independência de 1776.

c) Na França, por sua vez, não se buscava a mera substituição de um governo por outro, mas sim abolir a forma antiga de sociedade, transformar de modo completo e pela raiz a ordem social, a hierarquia entre as classes sociais, mudar as estruturas políticas e econômicas, redistribuir a propriedade, renovar a moral, os costumes e os valores. Por essa razão, a Revolução Francesa de 1789 foi a mais conturbada, a mais sangrenta e a que maior influência exerceu no mundo.

Entretanto, essas três revoluções possuem um traço em comum: a burguesia, que já se tornara dominante na esfera das relações econômicas, passa a exercer também o domínio político sobre a sociedade. A ascensão da burguesia e a consolidação do capitalismo exigem o estabelecimento de uma nova ordem jurídica, cujo fundamento é dado pela filosofia política iluminista e pela filosofia do direito moderna, cujas perspectivas são o individualismo, o contratualismo e o patrimonialismo. Os direitos naturais passam a ser reconhecidos como universais, baseados na razão, e oponíveis pelo indivíduo contra o Estado e a sociedade. Privilegiam-se a liberdade negocial, a igualdade formal perante a lei (isonomia), a propriedade

<sup>18</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2006. p. 38.

<sup>19</sup> TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2. ed. Peirópolis: São Paulo, 2002. p. 27-103.

privada, a segurança e a estabilidade das relações jurídicas<sup>20</sup>. O homem é considerado como dotado de uma personalidade jurídica e capaz para a titularidade de direitos públicos subjetivos. O Estado centraliza a produção das normas jurídicas e torna-se a sua fonte legitimadora por excelência e o Direito (ciência jurídica) assume o papel de uma categoria de regulação social fundada na racionalização normativa técnico-formalista<sup>21</sup>.

São então aprovadas, nos séculos XVII e XVIII, as primeiras declarações de direitos (Inglaterra: Petition of Right - 1628; Habeas Corpus Act - 1679; Bill of Rights - 1689; Estados Unidos: Declaração de Direitos da Virgínia - 1776; França: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - 1789) e as primeiras Constituições escritas do Estado Moderno Liberal (a Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada na Convenção da Filadélfia, de 1787, e alterada pelas emendas de 1791, e a Constituição Francesa de 1791, substituída pelas Constituições de 1793 e 1795).

José Joaquim Gomes Canotilho conceitua Constituição moderna como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”<sup>22</sup>. O constitucionalismo moderno ou liberal, iniciado pela Constituição Americana de 1787 e pela Constituição Francesa de 1791, foi reproduzido em todas as Constituições surgidas em diferentes países ao longo do século XIX, e trouxe como algumas de suas principais contribuições<sup>23</sup>: ordenações escritas e formais, dotadas de coercibilidade, instrumentalidade e segurança jurídica; distinção entre o poder constituinte originário, o poder constituinte derivado e os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário); alterações no texto constitucional submetidas a processo legislativo cerimonioso; supremacia material e formal das Constituições; surgimento do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos; limitação das funções estatais; princípio da separação dos poderes; responsabilização dos agentes públicos; tutela dos direitos e garantias fundamentais, obrigando o Estado; princípio da força normativa das Constituições, dirigindo a ação do Estado.

<sup>20</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2006. p. 39-48.

<sup>21</sup> WOLKMER, Antonio Carlos, Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 2.

<sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1999. p. 48.

<sup>23</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 18-20.

O século XIX assistiu a um notável crescimento econômico, proporcionado pela Revolução Industrial, com contínuo aumento da capacidade produtiva e grande expansão dos centros urbanos. Porém, a sociedade industrial não trouxe melhoria de vida para a grande maioria da população; pelo contrário, a classe trabalhadora permaneceu empobrecida e submetida a um regime de severa exploração. As garantias individuais e as liberdades negativas previstas nas Declarações de Direitos e nas Constituições liberais estavam voltadas apenas para limitar a opressão política, mas não levavam em consideração a opressão econômica, agora exercida pela burguesia<sup>24</sup>.

Marx, cujas obras, escritas em conjunto com Engels, inspiraram os movimentos operários e as revoltas populares da segunda metade do século XIX, que irão desaguar na Revolução Russa de 1917 e na implantação do primeiro Estado Socialista, fez a crítica da questão dos direitos do homem sob a lógica liberal e individualista, separados dos direitos do cidadão, da seguinte forma:

“Registremos, antes de mais nada, o fato de que os chamados direitos humanos, os *droits de l’homme*, ao contrário dos *droits du citoyen*, nada mais são do que direitos do membro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade. (...) Já se demonstrou como o reconhecimento dos direitos humanos pelo Estado moderno tem o mesmo sentido que o reconhecimento da escravidão pelo Estado antigo. Com efeito, assim como o Estado antigo tinha por fundamento natural a escravidão, o Estado moderno tem por base natural a sociedade burguesa e o homem da sociedade burguesa, isto é, o homem independente, ligado ao homem somente pelo vínculo do interesse particular e da necessidade natural inconsciente, tanto a própria como a alheia. O Estado moderno reconhece esta sua base natural, enquanto tal, nos direitos gerais do homem. Todavia, ele não é seu criador. Sendo como é, produto da sociedade burguesa, impelida por seu próprio desenvolvimento além dos velhos vínculos políticos, ele mesmo reconhece, por sua vez, seu lugar de nascimento e sua própria base mediante a proclamação dos direitos humanos.”<sup>25</sup>

<sup>24</sup> ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 30.

<sup>25</sup> MARX, Karl. *A sagrada família*. São Paulo: Boitempo, 2003. Apud MASCARO, Alysson Leandro, *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2006. p. 123-124.

Em janeiro de 1918, os revolucionários russos proclamaram a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, que se constitui em um contraponto proletário à Declaração burguesa de 1789, com o abandono da perspectiva individualista do homem abstrato em prol do homem concreto que vive em sociedade e a substituição do ideal de neutralidade social do Estado pela sua ação em favor dos explorados e oprimidos, contra o poder econômico e político dos exploradores. Essa Declaração foi incorporada ao texto da Constituição da República Socialista Federativa Soviética da Rússia, de julho de 1918, cuja ênfase estava centrada na igualdade, suprimindo qualquer referência aos direitos e garantias individuais<sup>26</sup>.

Nas primeiras décadas do século XX surgiu o constitucionalismo social, também denominado contemporâneo, que veio se contrapor ao constitucionalismo liberal do século anterior e passou a incorporar nas Constituições os direitos sociais. Os textos constitucionais tornam-se mais amplos, analíticos e extensos, os temas constitucionais são alargados e não mais se ocupam apenas da ordenação e delimitação do poder político e da garantia dos direitos civis e políticos, mas também do detalhamento dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A primeira expressão do constitucionalismo social se concretizou com a Constituição do México de 1917, também fruto de uma revolução que se estendeu por vários anos, e que sistematizou um conjunto de direitos sociais, tais como educação, reforma agrária e um extenso rol de direitos dos trabalhadores, neles incluído o seguro social para os eventos decorrentes de invalidez, velhice, morte, enfermidade e maternidade.

O segundo expoente veio da Alemanha, derrotada na Primeira Guerra Mundial, submetida ao Tratado de Versalhes e pressionada pelo movimento operário socialista. Em agosto de 1919 foi promulgada a Constituição da República de Weimar, que buscava a conciliação das contradições sociais e inspirou várias outras Constituições posteriores, numa tentativa social-democrata de afastar o fantasma da revolução socialista mediante concessões aos trabalhadores, preservando o capitalismo. Embora mais tímida, do ponto de vista social, do que a Constituição mexicana, a Constituição de Weimar inscreveu entre os direitos fundamentais do cidadão importantes direitos relacionados à vida social e econômica, voltados a assegurar uma existência conforme a dignidade humana<sup>27</sup>, renunciando o surgimento do chamado Estado Social de Direito.

<sup>26</sup> TRINDADE, José Damião de Lima, *História social dos direitos humanos*. 2. ed. Peirópolis: São Paulo, 2002. p. 155-159.

<sup>27</sup> TRINDADE, José Damião de Lima, *História social dos direitos humanos*. 2. ed. Peirópolis: São Paulo, 2002. p. 160-163.

Contudo, em menos de duas décadas viu-se que nenhuma dessas três nações conseguiu concretizar o conjunto de direitos civis, políticos e sociais: a revolução proletária na União Soviética perdeu-se no domínio da burocracia estatal e no regime totalitário stalinista; a revolução mexicana esgotou-se sem nenhum avanço significativo na implementação dos direitos previstos na Constituição de 1917; a Alemanha foi seduzida pelo nacional-socialismo e permitiu a ascensão de Hitler ao poder, pondo fim à República de Weimar. Em seguida, o mundo mergulhou na Segunda Guerra Mundial, um dos períodos mais negros da história humana.

Terminada a guerra, era necessário dar uma resposta ao genocídio, aos horrores e atrocidades praticados durante o nazismo, o que possibilitou o desenho de um esforço de reconstrução dos direitos humanos, em oposição à sua anterior ruptura, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea<sup>28</sup>, e o estabelecimento de um contraponto à doutrina da soberania nacional absoluta e à exacerbação do positivismo jurídico. A partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, Hannah Arendt destaca que o primeiro direito humano, o cerne da cidadania, é o “direito a ter direitos”<sup>29</sup>. A mesma autora destaca o caráter de historicidade desses direitos, ao afirmar que “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”<sup>30</sup>.

Norberto Bobbio afirma que muitas etapas foram percorridas na história da progressiva afirmação dos direitos do homem, para que de aspiração filosófica ideal passassem a ser considerados direitos públicos subjetivos: a *constitucionalização*, pela inclusão nas declarações de direitos das Constituições liberais; a *extensão progressiva*, iniciando pelos direitos civis (Estado liberal), passando ao reconhecimento dos direitos políticos (Estado democrático e liberal), até a introdução dos direitos sociais (Estado democrático e social); a *universalização*, tendo como ponto de partida a Declaração Universal dos Direitos do Homem; e a *especificação* dos direitos, que considera as exigências específicas de proteção de cada ser humano<sup>31</sup>. Portanto, os direitos

---

<sup>28</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 235.

<sup>29</sup> LAFER, Celso. Os direitos humanos como construção da igualdade. A cidadania como o direito a ter direitos. In: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 153-154.

<sup>30</sup> ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo. São Paulo: Documentário, 1979. Apud PIOVESAN, Flávia, Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 234.

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. Direitos do homem. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política. A filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 481-482; 485-486.

humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais<sup>32</sup>.

Após a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT, ocorrida em 1919, passaram a ser adotadas várias Convenções voltadas à promoção de parâmetros internacionais de proteção das condições de trabalho. Porém, foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que se estabeleceu a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela sua universalidade (devem ser estendidos a todo ser humano, pois a condição de pessoa é o único requisito para a dignidade e a titularidade dos direitos) e indivisibilidade (a garantia dos direitos civis e políticos não pode ser separada da observância dos direitos sociais, econômicos e culturais)<sup>33</sup>.

Ainda assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos constituía uma espécie de recomendação moral da Organização das Nações Unidas - ONU, sendo necessário criar instrumentos jurídicos que tornassem a observância dos direitos nela previstos obrigatória e vinculante no âmbito do direito internacional. Esse processo teve início em 1949 e foi marcado por forte discussão entre os países liberais (liderados pelos Estados Unidos), defensores de que apenas os direitos civis e políticos poderiam ser exigidos, e os países socialistas (liderados pela União Soviética), que enfatizavam os direitos sociais. A divergência acabou resultando na cisão entre dois documentos, cuja aprovação ocorreu em 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - PIDCP e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC<sup>34</sup>.

A partir daí, novo debate se estabeleceu, uma vez que o artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC estabelece que os direitos nele previstos devem ser assegurados “progressivamente” pelos Estados-Partes. Porém, embora os Estados liberais tenham pretendido em razão disso uma separação dos direitos humanos em duas categorias com diferentes graus de importância e exigibilidade, vários documentos internacionais

---

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia, Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 238.

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia, Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 236.

<sup>34</sup> Referidos pactos entraram em vigor com o depósito do 35º instrumento de ratificação: o PIDESC em 03.01.1976 e o PIDCP em 23.03.1976. No Brasil, o PIDESC e o PIDCP entraram em vigor no dia 24 de abril de 1992, após a sua aprovação pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 226/1991), o depósito da Carta de Adesão junto ao Secretário-Geral da ONU e a ratificação pelo Presidente da República (Decretos nº 591/1992 e 592/1992).

posteriores rechaçaram essa posição. Assim, na Conferência Internacional de Direitos Humanos de 1968, proclamou-se que (item 13 da Proclamação de Teerã):

“Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social.”

Igualmente, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993 (item 5 da Declaração e Programa de Ação de Viena):

“Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.”

Conforme afirma Flávia Piovesan, em face da indivisibilidade dos direitos humanos, deve ser afastada a noção (ideológica e não jurídico-científica) de que a classe dos direitos civis e políticos merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto a classe dos direitos sociais, econômicos e culturais não merece qualquer observância<sup>35</sup>. Igualmente, é falsa a visão de que apenas os direitos sociais demandam prestações positivas, exigindo o emprego de recursos humanos e materiais, pois o mesmo se dá com grande parte dos direitos civis e políticos, que não se resumem a uma postura de omissão do poder estatal, citando-se como exemplo os custos envolvidos com os aparatos judicial e de segurança para proteção dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade e com a manutenção do sistema eleitoral<sup>36</sup>.

A autora reconhece os obstáculos que a proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais enfrenta no mundo contemporâneo, marcado pelos processos de globalização

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia, Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 240.

<sup>36</sup> PIOVESAN, Flávia, Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 245.

econômica, integração regional e internacionalização dos direitos humanos, destacando os seguintes desafios para a sua efetivação: a) consolidar, fortalecer e ampliar o processo de afirmação dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos humanos; b) criar políticas específicas para a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais mediante a especificação de sujeitos de direitos; c) assegurar a participação da sociedade civil no processo de elaboração dos relatórios previstos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; d) assegurar a visita de relatores especiais sobre temas afetos aos direitos econômicos, sociais e culturais; e) adotar um Protocolo Facultativo ao Pacto, que introduza o sistema de petição e fomenta a elaboração de indicadores técnico-científicos para avaliar o cumprimento e observância desses direitos; f) incorporar a agenda social de direitos humanos nas organizações e instituições econômicas regionais e globais<sup>37</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao discorrer sobre a crise do Estado Social de Direito e a crise dos direitos fundamentais, aponta como seus reflexos a intensificação do processo de exclusão da cidadania, a redução ou supressão de direitos sociais prestacionais básicos e a ausência ou precariedade de instrumentos jurídicos para a manutenção do equilíbrio social. Destaca, porém, que embora essa crise se manifeste de forma mais aguda em relação aos direitos sociais, ela atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos, como vida, liberdade, igualdade, integridade física, propriedade e intimidade. A crise dos direitos fundamentais deixa de ser apenas uma crise de eficácia e efetividade e torna-se uma crise na esfera de reconhecimento e identidade, pois tais direitos passam a ser vistos pela massa de excluídos como “privilégios” de alguns<sup>38</sup>.

Norberto Bobbio afirma que “a democracia tem por fundamento o reconhecimento dos direitos de liberdade e como natural complemento o reconhecimento dos direitos sociais”<sup>39</sup>, os quais conceitua como:

“[...] o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm, não como indivíduos isolados,

<sup>37</sup> PIOVESAN, Flávia, Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 249-261.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 1, abr. 2001, p. 7-9.

<sup>39</sup> BOBBIO, Norberto, Direitos do homem. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política. A filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 502.

uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem, e não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos.”<sup>40</sup>

Diante do problema colocado pela relação entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, sobre sua suposta incompatibilidade, a necessidade de sacrifício de uns em função de outros ou a prioridade entre eles, Bobbio assim se posiciona:

“A minha resposta, uma resposta pessoal, inspira-se no ideal de uma superação da antítese entre o liberalismo, que prioriza os direitos de liberdade, e o socialismo, que antepõe os direitos sociais. Faço esta afirmação porque considero que o reconhecimento de alguns direitos sociais fundamentais seja o pressuposto ou a precondição para um efetivo exercício dos direitos de liberdade. O indivíduo instruído é mais livre do que um inculto; um indivíduo que tem trabalho é mais livre do que um desempregado; um homem são é mais livre do que um enfermo.”<sup>41</sup>

É inegável que na segunda metade do século XX houve significativo avanço no reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, seja pela sua positivação nas Constituições de grande parte dos países, seja pela inclusão nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Entretanto, não se pode deixar de registrar a seguinte ressalva, feita por José Damião de Lima Trindade<sup>42</sup>:

“Contudo, configura-se uma situação em que, entre dispor formalmente de instrumentos jurídicos para a proteção dos direitos humanos e efetivamente levá-los à prática, medeia um abismo que se alarga. Se, no plano jurídico, a antiga contradição entre a liberdade (individualista) e a demanda de igualdade real encontrou caminhos para ser conceitualmente superada, é fácil constatar que nem mesmo no plano jurídico essa “superação” foi incorporada - basta olhar para compêndios de doutrina que insistem em qualificar boa parte dos direitos sociais como meramente “programática” (não exigíveis, não acionáveis judicialmente), ou para as normas legais que os tratam efetivamente dessa maneira ou, ainda, para os tribunais que, com poucas exceções, acatam esse entendimento. Não é sem motivos que aquela contradição, malgrado superada conceitualmente, persiste com

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto, Direitos do homem. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política. A filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 501.

<sup>41</sup> BOBBIO, Norberto, Direitos do homem. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política. A filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 508.

<sup>42</sup> TRINDADE, José Damião de Lima, *História social dos direitos humanos*. 2. ed. Peirópolis: São Paulo, 2002. p. 194-195.

tanta força no interior do próprio direito: é que ela não foi ainda superada no terreno mais palpável e mais sensível da vida. Aquela contradição persiste na sociedade. A solução jurídico-conceitual concebida não corresponde à sua efetividade social. O problema não reside no conceito, mas na realidade. À medida que a contradição não for superada na própria sociedade em que vivem as pessoas reais, será preciso atentar com cuidado se aquela fórmula conceitual unificadora, aquiescida hoje por praticamente todos os Estados, não se converterá em novo estratagema de ilusão social. Isso já aconteceu no passado, não chegaria a ser propriamente novo. Mais do que o direito posto, decisiva é a dinâmica das relações sociais que o engendra e lhe imprime eficácia ou o conserva inerte.”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos de Marshall tiveram o mérito de identificar e agrupar as categorias de direitos que deram corpo ao *status* de cidadania, demonstrando como tais direitos se desenvolveram desde o século XVIII até a primeira metade do século XX, analisando ainda de que forma a função igualitária dos direitos de cidadania se reflete nas sociedades estratificadas em classes sociais, naturalmente desiguais.

No entanto, abordagens mais recentes, como aquelas consolidadas no *Manual de Estudos da Cidadania*, organizado por Isin e Turner, destacam novas e mais complexas dimensões da cidadania (religiosa, ambiental, cultural, multicultural, sexual, cosmopolita, etc.), não subordinadas à questão da divisão da sociedade em classes ou à relação Estado-cidadão. Por essa razão, as proposições de Marshall devem ser atualizadas e complementadas pelas novas teorias, para que se obtenha uma melhor compreensão a respeito da cidadania contemporânea.

No que se refere ao desenvolvimento da cidadania no Brasil, como bem assinala José Murilo de Carvalho, os direitos civis, políticos e sociais se consolidaram em momento e de forma diversos do que se deu na Inglaterra, fato este ditado pelas realidades históricas absolutamente distintas existentes nos dois países.

Porém, não nos parece adequado atribuir, de forma exclusiva ou predominante, à concessão dos direitos sociais, iniciada no Brasil a partir das décadas de 1920 e 1930, o demérito pelo desenvolvimento de uma cidadania passiva e verticalizada (dependente do Estado), em contraposição a uma cidadania ativa e horizontalizada (conquistada pela sociedade civil). Ainda que

os direitos sociais tenham sido em muitos momentos utilizados pelo Estado como mecanismo de cooptação política, assumir essa posição significaria aceitar que o processo de reconhecimento de tais direitos resultou de mera doação estatal, negando a importância das pressões sociais, notadamente as exercidas pelos trabalhadores.

Sendo assim, entendemos que a efetivação dos direitos sociais, amparada em um quadro institucional que afaste ou iniba o clientelismo e o favorecimento pessoal, terá um importante papel para o fortalecimento da cidadania no Brasil. Na medida em que mais e mais brasileiros forem retirados da pobreza e passarem a ter acesso a direitos básicos, tais como comer, vestir, morar, trabalhar e estudar, maior aptidão e independência eles terão para uma compreensão crítica da realidade que os cerca e para participarem ativamente da construção de uma verdadeira democracia, que assegure a justiça econômica e social.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. Direitos do homem. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política. A filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia*. São Paulo: Moderna, 1984.

ISIN, Engin F.; TURNER, Bryan F. (Org.). *Handbook of citizenship studies*. London: Sage Publications, 2002.

LAFER, Celso. Os direitos humanos como construção da igualdade. A cidadania como o direito a ter direitos. In: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LOPES, Ana Maria d'Ávila. A cidadania na constituição federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2000.

\_\_\_\_\_. *A sagrada família*. São Paulo: Boitempo, 2003.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2006.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. Subjectividade, cidadania e emancipação. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice - O social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2. ed. Peirópolis: São Paulo, 2002.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. São Paulo: Record, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo, Saraiva, 2003.

## NOVOS INSTRUMENTOS DE FINANCIAMENTO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL: O *FORFAITING*.

L. Miguel Pestana de Vasconcelos\*

**SUMÁRIO:** 1. *Introdução*; 2. *O forfaiting no comércio internacional*; 2.1. *Origem. Interesses subjacentes*; 2.2. *O iter negocial*; 2.3. *A estrutura da operação*; 2.4. *o objeto*; 2.5. *A qualificação do contrato*; 2.6. *Distinção de figuras próximas*; 2.6.1. *O factoring internacional*; 2.6.2. *O desconto*; 2.6.3. *A titularização/securitização (securitization)*; 3. *O forfaiting interno*; 3.1. *O regime*, 3.2. *Distinção das figuras próximas*; 3.2.1. *O desconto*; 3.2.2. *O contrato de factoring sem recurso e com adiantamento*; 3.2.2.1. *Poderão os factores estruturar o factoring de forma idêntica à do forfaiting interno?*

**RESUMO:** O comércio internacional está permanentemente a desenvolver novos instrumentos de financiamento e garantia. Neste artigo analisa-se um desses novos contratos: o *forfaiting*. Começa por se narrar o seu desenvolvimento histórico, explica-se quais são os interesses económicos que lhe subjazem, expõe-se seu regime, distingue-se das figuras próximas, procedendo-se depois à sua qualificação. Na segunda parte, analisamos a adaptação deste contrato do comércio internacional para o comércio interno onde funciona como instrumento de refinanciamento. Vemos, por fim, se ele pode ser utilizado para estruturar o *factoring*.

**PALAVRAS-CHAVE:** comércio internacional, *forfaiting*, *factoring*.

**ABSTRACT:** *New financial and security contracts are constantly being created in the international trade. In this article analyses one of these new contracts: forfaiting. It starts with its historic development, then explains the underlying main economic interests, sets forth its regime, distinguishes it from similar contracts and then proceeds to qualify it. The second part of the article deals with the adaptation of the contract from international to national trade, where it is used as a refinancing device.*

**KEYWORDS:** *international trade, forfaiting, factoring.*

### 1. *Introdução*<sup>1</sup>

O *forfaiting* ou *forfaitização*<sup>2</sup> é um contrato pelo qual um comerciante transmite definitivamente a um ente financeiro os seus créditos a prazo, em regra incorporados em títulos (letras e, em particular, *livrança (Portugal)/nota promissória (Brasil)*), emergentes dos contratos

---

\* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

<sup>1</sup> Uma versão inicial deste artigo foi publicada em *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques* (coordenação dos Professores Doutores Ruy de Albuquerque e António Menezes Cordeiro), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Alameda: Coimbra, 2007, pp. 537-570.

<sup>2</sup> Referimo-nos em texto à designação em língua inglesa da figura. A sua raiz reside no termo francês *à forfait*, por sua vez ligado, como se verá melhor de seguida, ao desconto *à forfait* (cfr. G. PANZARINI, *Forfaiting: la funzione specie nel mercato internazionale, le tecniche, la qualificazione*, cit., p. 770). Por isso, em França é denominado *forfaitage* e na Alemanha, seguindo um procedimento semelhante ao dos ingleses, *Forfaitierung* [em Itália, de forma próxima, M. PITTALIS (*Forfaiting*, cit., p. 1418) refere-se à *forfeitizzazione* (embora não a use) - mas, p. ex., G. PANZARINI (*ob. ult. cit.*) opta por não traduzir, recorrendo ao vocábulo em inglês]. A denominação em português desta figura poderia passar [como refere A. MENEZES CORDEIRO, *Da cessão financeira (factoring)*, Lex, Lisboa, 1994, pp. 21-23, a propósito do *factoring*], ou por um aportuguesamento do termo inglês (ou francês), ou pela criação de uma designação nova. Não vemos facilmente, no entanto, qual o nome mais adequado para esta figura. Poderia pensar-se em *venda financeira*, atendendo ao facto de, como se verá, o seu núcleo ser composto por um contrato deste tipo e desempenhar uma clara função financeira. Contudo, correr-se-ia facilmente o risco de confusão com outras modalidades de vendas que também desempenhem funções financeiras. Restaria pois a primeira via, propondo-se neste caso o termo *forfaitização*.

(em geral, de venda ou de prestação de serviços) celebrados com terceiros, recebendo como contraprestação uma quantia pecuniária. Obtém dessa forma liquidez imediata, ao mesmo tempo que transfere para o adquirente os riscos do crédito<sup>3</sup>.

Nesta definição inicial, e conseqüentemente bastante ampla, inclui-se, quer o *forfaiting* internacional (matriz desta figura), que tem por objeto títulos de crédito e em que os custos serão transferidos para o comprador, quer a adaptação interna deste contrato, cujo objeto são créditos ordinários (mesmo a curto prazo) frequentemente sem resultarem de contratos de venda ou prestação de serviços.

Em qualquer caso, o que aqui se pretende (*rectius*, visto o negócio do prisma do transmitente e, portanto, o que ele pretende) é uma monetarização que seja definitiva dos créditos pecuniários a prazo. Este último aspeto implica a transferência para o ente financeiro do conjunto de riscos ligados aos créditos transmitidos: de incumprimento e de insolvência do devedor, mas também de câmbio, de variação da taxa de juro, políticos, etc..

O *forfaiting* insere-se pois, atendendo à primeira vertente referida, no seio de uma categoria mais ampla de contratos que permitem a um ente que seja titular de créditos pecuniários a prazo monetarizá-los, ou seja, transformá-los em liquidez, como acontece com o desconto, o factoring

<sup>3</sup> Quanto ao *forfaiting*, em geral, ver: FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN, *Rechtsprobleme des Factoring und des Forfait von Exportforderungen*, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1977, pp. 80, ss.; CHARLES J. GMÜR, *Excurs: Forfaitierung - Exportfinanzierung für Investitionsgüter*, in *Factoring-Handbuch* (de K. F. HAGENMÜLLER / H. J. SOMMER), Fritz Knapp Verlag: Frankfurt am Main, 1982, pp. 207, ss.; KLAUS J. HOPT / PETER O. MÜLBERT, *Kreditrecht, Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht*, J Schweitzer Verlag, Walter de Gruyter: Berlim, 1989, Vorbem zu § § 607 ff, pp. 324, ss.; MICHAEL MARTINEK, *Das Forfaitierungsgeschäft*, in *Bankrechts-Handbuch* de SCHIMANSKY / BUNTE / LWOWSKI, *Band 2*, C. H. Beck.: Munique, 1997, § 103, pp. 2645, ss.; idem, *Moderne Vertragstypen, Band I: Leasing und Factoring*, C. H. Beck: Munique, 1991, pp. 241-242; ROLF A. SCHÜTZE, *Forfaitierungs-Vertrag*, in *Münchener Vertragshandbuch, Band 3, Wirtschaftsrecht, 1. Halbband*, 4.ª ed., C. H. Beck: Munique, 1998, II. 6, pp. 283, ss.; G. B. CASTELUCCI, *Le differenze tra il factoring e il forfaiting*, in *Il factoring* (de ROBERTO RUOZI e GIAN GUIDO OLIVA), 24 Ore: Milão, 1981, pp. 51, ss.; GIOVANNI PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Giuffrè: Milão, 1984, pp. 611, ss.; idem, *Forfaiting: la funzione specie nel mercato internazionale, le tecniche, la qualificazione*, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1993, I, pp. 769, ss.; GIORGIO FOSSATI / ALBERTO PORRO, *Il factoring, aspetti economici, finanziari e giuridici*, Giuffrè: Milão, 1985, pp. 36-37; MARGHERITA PITTALIS, *Forfaiting, Contratto e Impresa*, 1992, pp. 1418, ss.; idem, *Forfaiting*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* (dirigido por FRANCESCO GALGANO), tomo primeiro, Utet: Turim, 1995, pp. 555, ss.; LUISA VIGONE, *Contratti atipici*, 2.ª ed., Cose & Come: Milão, 1998, pp. 117, ss.; CHRISTIAN GALVADA / JEAN STOUFFLET, *Droit bancaire*, 5.ª ed., Litec: Paris, 2002, pp. 413-414; IAN GUILD / RHODRI HARRIS, *Forfaiting. An alternative approach to export trade finance*, Universe books: Nova Iorque, 1986; ROY GOODE, *Commercial law*, 2.ª ed., Penguin: Londres, 1995, p. 1026; ROSS CRANSTON, *Principles of banking law*, Clarendon press: Oxford, 1997, pp. 412, ss.; DUTREY GUANTE, in *Derecho del comercio internacional* (editado por JOSE CARLOS FERNANDEZ ROZAS), Eurolex: Madrid, 1996, p. 388. Entre nós: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra, p. 630; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, Almedina: Coimbra, 2005, pp. 514-515; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira (factoring)*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Studia iuridica*, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora: Coimbra, 1999, pp. 60, ss.. Da ótica financeira, JOSÉ M. BRAZ DA SILVA, *Os novos instrumentos financeiros*, 2.ª ed., Texto editora: Lisboa, 1991, pp. 19, ss..

(sempre que a cessão do crédito seja acompanhada por um adiantamento), e agora, recentemente, entre nós, a titularização ou securitização/*securitization* (melhor dizendo, o negócio que tem como efeito a cessão de créditos para titularização)<sup>4</sup>.

Em todos estes contratos, um sujeito transmite, a título diverso (venda, dação em função do cumprimento), os créditos pecuniários a prazo de que é titular sobre um terceiro (a quem em regra concedeu crédito, o que gera a necessidade de refinanciamento) em troca de um preço ou de um adiantamento que os substituem patrimonialmente (de forma definitiva ou não). Isto é, substitui-se dinheiro futuro por dinheiro presente.

Dentro desta categoria negocial podemos depois distinguir aqueles contratos (ou certas modalidades destes contratos) que permitem também (isto é, juntamente com a monetarização) a transferência para o adquirente dos créditos ou dos títulos do risco de incumprimento ou de insolvência do devedor, daqueles em que tal não sucede (como no *factoring* em que a cessão dos créditos se realize com recurso). No primeiro caso, assegura-se uma monetarização mais eficiente dos créditos ou títulos de crédito, que, tendo graus diferentes, nalguns casos poderá mesmo ser perfeita<sup>5</sup>, como acontece nesta figura ou na securitização/*securitization*. Dessa forma, o montante líquido passa a ocupar definitivamente o lugar dos créditos pecuniários a prazo no balanço do transmitente.

Deste conjunto de figuras, a menos conhecida entre nós é o *forfaiting*, que, para mais, se aproxima bastante, nalgumas das suas modalidades, da *factoring* (*factoring*) e do desconto. Visa-se assim, neste pequeno estudo, uma abordagem inicial do *forfaiting* com objetivo de estabelecer em bases mais firmes a sua identidade e autonomia neste quadro contratual. Ou, se se preferir, nesta série de tipos perspectivada, como se disse, sob o prisma da monetarização dos créditos<sup>6</sup>.

Em particular, porque se este contrato nasceu e é principalmente celebrado no campo do comércio internacional, tendo por objeto letras ou livranças/notas promissórias<sup>7</sup>, a verdade é que, como referimos, começa a ser adaptado também a nível exclusivamente interno onde incide sobre

<sup>4</sup> Trata-se evidentemente de uma enumeração não exaustiva. Poderíamos aqui incluir outros contratos típicos ou atípicos, como aqueles que constituem os negócios base das cessões de créditos em garantia.

<sup>5</sup> Nas palavras de G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, cit., p. 613.

<sup>6</sup> Quanto à série de tipos e sua importância, ver KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa (tradução de José Lamago de *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1989), pp. 572, ss.. Entre nós, no âmbito dos contratos de distribuição, as importantes considerações de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito comercial. Contratos de distribuição comercial*, Almedina: Coimbra, 2002, pp. 73-74 e nota 143.

<sup>7</sup> Sobres estas, ver WILGES BRUSCATO, *Manual de direito empresarial brasileiro*, Saraiva: S. Paulo, 2011, pp. 464-467.

simples créditos pecuniários, mesmo a curto prazo,<sup>8</sup> tornando mais difícil a sua distinção do desconto e, em particular, de algumas modalidades da *factoring*.

## 2. O *forfaiting* no comércio internacional.

### 2.1. Origem. Interesses subjacentes

O *forfaiting* desenvolveu-se no pós-segunda guerra mundial<sup>9</sup>, quando foi praticado pela primeira vez por entes financeiros de Zurique como forma de financiar o fornecimento de grão por parte dos Estados Unidos aos países da (então) Europa de Leste. Este negócio passou depois a ser utilizado também nas relações mercantis com os países da Ásia, África e América Latina<sup>10</sup>, onde adquiriu forte implantação, tendo acompanhado de uma forma natural o incremento do comércio em termos globais, em particular depois dos anos oitenta do século passado<sup>11</sup>.

O seu desenvolvimento está ligado a duas ordens de razões.

Em primeiro lugar, a contraparte do vendedor ou do prestador de serviços exige para a celebração do negócio um prazo alargado para cumprir (muitas vezes com os rendimentos que vão sendo gerados com os bens que adquire).

<sup>8</sup> Na Alemanha distingue-se (M. MARTINEK, *Das Forfaitierungsgeschäft*, cit., p. 2646) a este propósito entre o *forfaiting* em sentido amplo e em sentido estrito. O primeiro engloba a aquisição de um crédito sem direito de regresso (*regreßlosen*), respondendo o alienante só pela existência e exigibilidade do crédito (*Bestand und Einredefreiheit*). Aqui inclui-se, quer a aquisição de simples créditos (em particular aqueles emergentes de contratos de locação financeira), quer de títulos de crédito (livrança (Portugal)/nota promissória (Brasil)s ou, eventualmente, letras). Em sentido estrito, diz somente respeito à transmissão nestes termos de um crédito de um exportador sobre um importador resultante de uma venda ou prestação de serviços internacional (*Exportforderung*). Separa-se também o *forfaiting* verdadeiro ou próprio (*echtes*) do *forfaiting* falso ou impróprio (*unechtes*) em que o *forfaiter* se reserva o direito de regresso sobre a outra parte, no caso de não obter a cobrança do crédito transmitido. Cfr. K. J. HOPT / P. O. MÜLBERT, *Kreditrecht, Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht*, cit., Vorbem zu § § 607 ff, cit., p. 324; R. A. SCHÜTZE, *Forfaitierungs-Vertrag*, cit., p. 287.

<sup>9</sup> Em rigor, um negócio semelhante existia já no fim do século XIX e início do século XX, ligado à grande expansão que o comércio mundial teve nesse período de tempo (em que se viveu uma autêntica e primeira “globalização”). Foi o forte decréscimo das trocas internacionais no período entre guerras, em particular depois, durante a depressão, aspeto potenciado pelas medidas protecionistas adotadas pelos diferentes Estados nos anos trinta, que quase o fez desaparecer. O período de crescimento económico, e mais uma vez de expansão do comércio entre os Estados, a seguir à segunda guerra mundial, mas em particular desde os anos sessenta e setenta do século passado, geraram a sua configuração hodierna. Cfr. G. PANZARINI, *Forfaiting: la funzione specie nel mercato internazionale, le tecniche, la qualificazione*, cit., p. 770.

<sup>10</sup> Cfr. M. PITTALIS, *Forfaiting*, cit., p. 1420. Papel pioneiro no desenvolvimento deste contrato teve a *Finanz A.G. Zürich*. Da Suíça, o *forfaiting* expandiu-se rapidamente às outras principais praças financeiras da Europa, com relevo para Londres, onde em 1974 foi fundada a *Finanz A.G. London*, controlada pela sociedade suíça. Cfr. M. PITTALIS, *Forfaiting*, cit., p. 1420; G. FOSSATI / A. PORRO, *Il factoring, aspetti economici, finanziari e giuridici*, cit., p. 36.

<sup>11</sup> Cfr. G. PANZARINI, *Forfaiting: la funzione specie nel mercato internazionale, le tecniche, la qualificazione*, cit., p. 772.

Como esta dilação consiste na prestação de crédito pelo vendedor ou prestador de serviços que este não está em condições de conceder, o negócio estaria prejudicado se o exportador não pudesse recorrer a um *forfaiter* que permitisse estabelecer o *package* financeiro.

Por outro lado, a celebração de um contrato de venda ou prestação de serviços com um sujeito de um outro Estado que se conheça mal e que pretende para mais a concessão de crédito comporta riscos elevados. Desde logo, o risco de não cumprimento e da insolvência da outra parte, mas também o risco cambiário, o risco da variação da taxa de juro (uma vez que se concede crédito) assim como de ocorrências no Estado do importador (guerra, revolução, etc.) que impeçam os pagamentos (o chamado risco do país)<sup>12</sup>.

O recurso ao *forfaiting* permite ao exportador conceder à outra parte o crédito<sup>13</sup> de que ela carece ao mesmo tempo que transmite para outrem (o *forfaiter*) os referidos riscos. De tal forma que se pode dizer que desta maneira se consegue transformar uma venda ou prestação de serviços com pagamento a prazo de risco elevado em dinheiro imediato.

O mecanismo utilizado consiste na subscrição pelo importador de livranças /notas promissórias (*promissory note, pagaré, Solawechsel, billet à ordre*), ou no aceite de letras (*Bill of exchange, Tratte*), sendo as livranças/notas promissórias mais vulgares como veremos, com vencimentos semestrais, calculando-se cada uma delas por forma a integrarem parte do preço e os juros do crédito concedido (à taxa fixada pelo *forfaiter* para aquela operação - se pretender, como será o caso, transferir todos os custos do crédito concedido para o importador), e sendo a sua obrigação avalizada por um banco de elevada solidez. De seguida, os títulos de crédito serão na sua totalidade transmitidos sem recurso (*sans recours, without recourse*)<sup>14</sup> em bloco ao *forfaiter* pelo preço acordado, o que permite ao exportador obter a sua imediata monetarização, sem que o ente financeiro o possa demandar na eventualidade de não conseguir obter o pagamento do importador.

## 2.2. O *iter* negocial

Um exportador que tenha iniciado negociações com vista à celebração de um contrato com um importador que lhe solicite, ou seja provável que o venha a fazer, um médio/longo prazo para

<sup>12</sup> Cfr. C. GALVADA / J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, cit., p. 414.

<sup>13</sup> Em geral por um período de 3 a 5 anos, cfr. J. M. BRAZ DA SILVA, *Os novos instrumentos financeiros*, cit., p. 20.

<sup>14</sup> A denominada *Angstklausel* na doutrina alemã, cfr. R. A. SCHÜTZE, *Forfaitierungs-Vertrag*, cit., II. 6, p. 289.

cumprir, procurará criar condições para que possa apresentar à outra parte uma proposta que permita satisfazer esse pedido. Aliás, as condições financeiras em termos de prazo no que toca à aquisição (o *package* financeiro) serão por vezes determinantes para a opção por uma ou outra proposta contratual por parte do adquirente.

Nessa medida, o exportador, dentre outros mecanismos contratuais que lhe permitam obter resultados semelhantes, em parte, como no seguro de créditos, ou no todo, como o *factoring* internacional (que, no entanto, para além de outras diferenças que serão depois analisadas, tem por objeto créditos a curto prazo) recorrerá ao *forfaiter* para que este, tendo por base os dados do negócio, o cliente e o seu país de origem, possa estabelecer uma oferta de preço de venda.

Para a fixação desse valor terá que se determinar uma taxa de juro, calculada tendo em conta um conjunto de elementos, como o prazo do crédito concedido, os diversos riscos da aquisição “sem recurso” dos créditos, a garantia a ser prestada<sup>15</sup>, outros custos e a margem de lucro do *forfaiter*. Será articulando essa taxa com o montante do valor pelo qual o exportador se propõe realizar a venda ou prestação de serviços à outra parte, mais o período de tempo necessário para se proceder ao pagamento (pelo importador) da totalidade da quantia, que se determina o custo da operação e o montante a descontar ao valor nominal dos créditos transferidos. Sabendo este valor, o alienante ou prestador de serviços poderá adicioná-lo ao preço de venda, transferindo esse montante (o custo do crédito a conceder e também o da assunção do risco) para este sujeito<sup>16</sup>.

A proposta do *forfaiter* é eficaz durante um determinado período de tempo comunicado ao exportador: é o *option period*. Com a aceitação deste último, entra-se no *commitment period*<sup>17-18</sup>. Entre a data do acordo e a efetiva transmissão dos títulos ao *forfaiter* pelo montante acordado, estes terão de ser sacados pelo exportador e aceites pela outra parte (sendo letras), ou subscritos por esta (tratando-se de livranças/notas promissórias), sendo aí inscritas as somas e os prazos de vencimento acordados com o ente financeiro. Adicionalmente, a obrigação cambiária do

<sup>15</sup> Ver sobre a garantia, *infra* em texto.

<sup>16</sup> Tecnicamente, os custos da operação são transferidos para o comprador através de um multiplicador denominado *sale price multiplier*, como informa J. M. BRAZ DA SILVA, *Os novos instrumentos financeiros*, cit., p. 24. Ver também para o cálculo do montante de cada um dos títulos de forma a incluir a amortização e o juro, desenvolvidamente, I. GUILD / R. HARRIS, *Forfaiting. An alternative approach to export trade finance*, cit., pp. 51, ss..

<sup>17</sup> Cfr. M. PITTALIS, *Forfaiting*, cit., pp. 1424-1425; I. GUILD / R. HARRIS, *Forfaiting. An alternative approach to export trade finance*, cit., p. 24.

<sup>18</sup> Há lugar a uma comissão de imobilização, ou *commitment fee*, quando há um desfasamento temporal entre a aceitação da oferta do *forfaiter* e a entrega dos títulos e respetivo pagamento do preço, o que se compreende, uma vez que o *forfaiter* não poderá utilizar esses fundos nesse período. Cfr. I. GUILD / R. HARRIS, *Forfaiting. An alternative approach to export trade finance*, cit., p. 48.

importador terá que ser avalizada por um banco de reconhecida solidez internacional ou então terá que ser prestada uma garantia autónoma à primeira solicitação. Este aspeto é da maior relevância para limitar o risco do *forfaiter* e permitir a fácil circulação dos títulos.

Depois de enviados os documentos relativos à transação internacional, e em seguida à expedição das mercadorias, os títulos serão transmitidos ao *forfaiter* que depois de proceder à sua verificação, em particular das assinaturas, pagará o preço acordado<sup>19</sup>.

O *forfaiter* poderá posteriormente procurar refinar-se, nomeadamente transacionando os títulos no mercado secundário (*secondary à forfait market*), hipótese em que estaremos perante um *forfaiter* inicial e um *forfaiter* secundário<sup>20</sup>.

### 2.3. A estrutura da operação

Esta operação parece-nos poder ser estruturada através de duas formas básicas. Em primeiro lugar, recorrendo a uma estrutura dual: o *forfaiter* e o exportador celebram um contrato-promessa pelo qual o primeiro se obriga a adquirir em certas condições, depois de verificados os documentos que a outra parte tem que lhe entregar relativamente à transação, bem como as assinaturas e conteúdo dos títulos, essas mesmas letras ou livranças pelo preço acordado. A proposta do *forfaiter* dirá respeito simplesmente à celebração do referido contrato-promessa. O contrato de *forfaiting* em si será o contrato definitivo de aquisição dos títulos.

Podem também as partes adotar uma estrutura unitária, celebrando um único contrato (o contrato de *forfaiting*) que tenha por objeto as letras ou livranças/notas promissórias como bens futuros.<sup>21</sup>

Trata-se, convém sublinhar, de modelos a que as partes podem recorrer para melhor alcançar os interesses, ao abrigo da liberdade contratual. Não se pode retirar da natureza

<sup>19</sup> Por vezes o exportador só se dirigirá ao *forfaiter* depois de já ter celebrado o negócio com a outra parte, solicitando uma proposta contratual de *forfaiting* dos créditos daí emergentes.

<sup>20</sup> Cfr. I. GUILD / R. HARRIS, *Forfaiting. An alternative approach to export trade finance*, cit., pp. 5, ss.; R. CRANSTON, *Principles of banking law*, cit., p. 418; ROY GOODE, *Commercial law*, cit., p. 1026.

Há *forfaiters* que se especializaram na aquisição e revenda de títulos no “mercado secundário”, enquanto outros, ao invés, atuam fundamentalmente no “mercado primário”. Acrescente-se só que estes títulos são por vezes adquiridos por pessoas singulares que procuram desta forma realizar um bom investimento. Cfr. I. GUILD / R. HARRIS, *Forfaiting. An alternative approach to export trade finance*, cit., p. 6.

<sup>21</sup> Tratando-se o contrato de *forfaiting* fundamentalmente de uma venda, como se verá *infra*, este contrato consiste numa venda de bens futuros, ao passo que na estrutura dual estaremos perante um contrato-promessa de venda, e o contrato definitivo é um contrato de compra e venda dos títulos (letras ou livranças/notas promissórias).

económica da operação (embora este aspeto tenha relevância em sede de interpretação negocial) uma estrutura considerada mais conveniente. Cabe às partes, claro está, dentro dos limites da lei, elegerem-na. Convém não esquecer, por fim, que estes contratos serão na grande maioria dos casos celebrados mediante o recurso a cláusulas contratuais gerais.

#### 2.4. O objeto

A transação incide sobre títulos de crédito, letras ou livranças/notas promissórias (embora possa ter também por objeto, de uma forma mais rara no âmbito internacional, simples créditos). A dívida decorrente do contrato entre o exportador e o importador está repartida num conjunto de prestações com vencimento semestral, sendo cada uma delas composta por parte do preço de venda<sup>22</sup> e pelos juros acordados com o *forfaiter*. Por força da convenção executiva entre as partes, o primeiro saca sobre este último (sacado) à sua ordem um conjunto de letras onde se incorporam esses créditos. O importador procederá ao aceite. Igualmente, como veremos até de uma forma mais frequente, são criadas livranças/notas promissórias (também por força da convenção executiva, tendo em conta a relação fundamental - o contrato de compra e venda ou de prestação de serviços, onde em regra até se integrará) com os valores dos créditos referidos.

A finalidade da contração da obrigação cambiária pelo importador, que resulta, como se disse, da convenção executiva, é a de (em função de) pagamento sem conduzir a qualquer novação das obrigações emergentes do contrato.<sup>23</sup> O crédito original mantém-se não sendo depois cedido ao *forfaiter*,<sup>24</sup> a quem é somente endossada a letra ou a livrança/nota promissória. O cumprimento pelo importador na data do vencimento dos créditos cartulares conduz também à extinção desse crédito decorrente do contrato de compra e venda ou de prestação de serviços internacional.

<sup>22</sup> Por vezes, as partes acordam o pagamento inicial (a pronto) de uma parte do preço de venda (10%, 15%, 20%). Nessa eventualidade, o valor a que nos referimos em texto, evidentemente, é aquele relativo ao montante a ser pago a prazo.

<sup>23</sup> Sobre este ponto em geral, ver: TULLIO ASCARELLI, *Teoria geral dos títulos de créditos* (tradução de Nicolau Nazo), Livraria académica – Saraiva: São Paulo, 1943, pp. 117, ss.; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial, vol. III, Letra de câmbio* (com a colaboração de Paulo M. Sendim, J. M. Sampaio Cabral, António A. Caeiro e M. Ângela Coelho), Universidade de Coimbra: Coimbra, 1975, pp. 46-49; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial, vol. III, títulos de crédito*, Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 1992, pp. 235-236; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito comercial. Títulos de crédito*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Lisboa, 1988/1989, pp. 34, ss..

<sup>24</sup> Quanto à razão pela qual os *forfaiters* não pretendem a transmissão deste créditos, ver R. A. SCHÜTZE, *Forfaitierungs-Vertrag*, cit., II, 6, pp. 289-290.

As obrigações cambiárias do importador são depois avalizadas por um banco de reputada credibilidade internacional do país do importador ou então, alternativamente, será acordada com esse banco uma garantia autónoma à primeira solicitação<sup>25</sup> da obrigação do referido importador a favor do *forfaiter*. Os títulos são depois endossados ao *forfaiter*, a quem são entregues.

A razão do recurso a letras ou livranças/notas promissórias é simples. Em primeiro lugar, há uma razoável uniformização do seu regime decorrente da convenção de Genebra de 7 de Junho de 1930. Depois, atendendo ao carácter autónomo<sup>26</sup> do direito cartular, o *forfaiter*, a quem eles são endossados, não estará sujeito a que lhe sejam opostos os meios de defesa decorrentes da relação base ou de provisão entre o exportador e o importador, como sucederia se estivéssemos perante uma simples cessão de créditos (art. 585.º do Código Civil Português).

Os títulos são transferidos de forma definitiva, de maneira a exonerar o exportador/endossante do conjunto de riscos referidos; por isso, a transmissão (à semelhança do desconto à *forfait*, que está na sua origem, mas do qual, como veremos, se distingue) é realizada sem recurso, pretendendo o exportador não garantir o pagamento do aceitante (nas letras) ou do promissário face ao *forfaiter* ou a quem este endosse o título.

Ora este resultado só pode ser obtido no caso das livrança/nota promissória, uma vez que na letra, de acordo com a disciplina da lei uniforme, qualquer cláusula escrita pela qual o sacador se exonere da garantia do pagamento considera-se não escrita (art. 9.º § 2 LULL). Como refere Ferrer Correia: a “obrigação cambiária do sacador no que respeita à garantia do pagamento é iniludível”<sup>27 28</sup>.

Para contrariar este efeito, o *forfaiter* através da convenção extra-cartular, ou seja, por cláusula integrada no contrato de *forfaiting*, obrigar-se-á a não exercer o direito de regresso face ao

<sup>25</sup> Quanto a esta, ver: MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA / ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação*, *Coletânea de Jurisprudência*, t. V, 1986, pp. 17, ss.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Garantia bancária autónoma*, *O Direito*, 1988, pp. 275, ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, cit., pp. 651, ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Garantia bancária à primeira solicitação: algumas questões*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume II, *Direito bancário* (estudos organizados pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes), Almedina: Coimbra, 2002, pp. 289, ss..

<sup>26</sup> Para este conceito, ver A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. III, *Letra de câmbio*, cit., pp. 67, ss. (que, na perspetiva deste Autor, exprime a mesma realidade que a literalidade e a abstração, encarada do prisma do portador, p. 69).

<sup>27</sup> A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. III, *Letra de câmbio*, cit., pp. 145-146.

<sup>28</sup> Mas já não é assim, p. ex., no Direito inglês em que tal exclusão é permitida pelo *Bills of exchange act* de 1882. Cfr. R. CRANSTON, *Principles of banking law*, cit., p. 419.

sacador/endossante<sup>29</sup>. Semelhante cláusula permite afeição o negócio à finalidade visada pelas partes neste ponto: a transmissão por inteiro dos riscos para o *forfaiter*. Contudo, sendo uma convenção extra-cartular, já não poderá ser oposta a um terceiro a quem o *forfaiter* endosse a letra (salvo no caso específico da última parte do art. 17.º LULL). O adquirente poderia pois, em caso de não pagamento, vir demandar o exportador/sacador, a quem restaria nesse caso somente a responsabilização do *forfaiter* (o primeiro *forfaiter*<sup>30</sup>), uma vez que do contrato de *forfaiting* decorre a sua isenção por este desse risco<sup>31</sup>.

Como se referiu, este obstáculo não existe já no caso das livranças/notas promissórias (às quais não se aplica o referido art. 9.º da LULL, art. 77.º LULL), podendo o beneficiário/endossante exonerar-se da garantia do pagamento (art. 15.º e 77.º LULL)<sup>32</sup>, através da cláusula sem recurso. Por isso, são estes os títulos mais utilizados no contrato de *forfaiting*.<sup>33</sup>

Quer estejamos perante letras, quer livranças/notas promissórias, embora os riscos referidos, ligados nomeadamente ao incumprimento ou insolvência do importador, se transfiram para o *forfaiter*, o exportador é sempre responsável pela existência e validade da obrigação cambiária do promitente ou aceitante<sup>34</sup>, o que não se verifica, p. ex., se a assinatura do obrigado cambiário tiver sido falsificada. Não se trata aqui de um risco corrido pelo *forfaiter*, à semelhança do que se passa na cessão no âmbito do *forfaiting* de um crédito ordinário em que o cedente tem que garantir a existência e exigibilidade do crédito que transmite<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, F. GRAF VON WESTPHALEN, *Rechtsprobleme des Factoring und des Forfait von Exportforderungen*, cit., p. 83; M. MARTINEK, *Das Forfaitierungsgeschäft*, cit., p. 2655 (*schuldrechtliche Haftungsfreistellung*).

<sup>30</sup> Daí que o *forfaiter* que pretenda transacionar o título deva incluir no acordo com o adquirente a obrigação deste não demandar o exportador/sacador em caso de incumprimento. M. MARTINEK (*Das Forfaitierungsgeschäft*, cit., p. 2655) aponta que segundo a jurisprudência mais recente do BGH a propósito do *forfaiting* não é necessária uma cláusula específica nesse sentido (a hipótese é a da transacção de uma letra endossada pelo exportador ao banco alienante em cumprimento de um contrato de *forfaiting*).

<sup>31</sup> Cfr. G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, cit., p. 615.

<sup>32</sup> O beneficiário da livrança (Portugal)/nota promissória (Brasil) pode mesmo ser o *forfaiter* e não o exportador que a endossa em seguida à instituição de crédito. Nesse caso, não havendo endosso, não existe igualmente a garantia do art. 15.º (art. 77.º LULL). Cfr. M. MARTINEK, *Das Forfaitierungsgeschäft*, cit., p. 2655.

<sup>33</sup> Cfr. G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, cit., p. 615.

<sup>34</sup> É doutrina praticamente unânime. Cfr. F. GRAF VON WESTPHALEN, *Rechtsprobleme des Factoring und des Forfait von Exportforderungen*, cit., p. 83; G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, cit., p. 615; M. PITTALIS, *Forfaiting*, cit., p. 1425. As assinaturas são, como referimos, verificadas pelo *forfaiter* ou terceiro, em geral o banco do exportador. Cfr. I. GUILD / R. HARRIS, *Forfaiting. An alternative approach to export trade finance*, cit., p. 26.

<sup>35</sup> Nos termos do art. 587.º n.º 1. Disposição que, juntamente com a do art. 426.º relativa à cessão da posição contratual, consiste, como aponta CARLOS MOTA PINTO (*Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, reimpressão, pp. 462), numa simples consagração dos “princípios gerais de responsabilidade dos alienantes pela existência do objeto alienado”. A sua formulação explícita nessas disposições visou tornar no número 2 de ambas as normas “bem assente” que o cedente não garante o cumprimento (*ob. últ. cit.*, p. 464).

Refira-se só, por fim, que a garantia prestada pelo banco do país do importador dá uma grande consistência económica a estes títulos permitindo em grande medida ao *forfaiter* transferir a parte mais significativa dos riscos que assume para uma terceira entidade. Esta, sendo uma instituição de crédito do país do importador, para prestar uma garantia, em especial uma garantia particularmente sólida, como sucede com o aval e, *maxime*, a garantia autónoma à primeira solicitação, terá que confiar fundamentadamente nas condições patrimoniais e de idoneidade do devedor para cumprir. Este ponto tem relevo na compreensão global da operação, em particular no que toca à facilidade de “mobilização” destes títulos por parte do *forfaiter* para obter um lucro (com a diferença de preços) e um refinanciamento.

## 2.5. A qualificação do contrato

A generalidade da doutrina<sup>36</sup> qualifica o contrato de *forfaiting* como uma venda dos títulos de crédito. Posição isolada a este propósito é a de C.-W. Canaris<sup>37</sup> que prefere qualificar este contrato como um mútuo acompanhado de uma dação em cumprimento (*Erfüllungs Statt*) dos títulos de crédito. Nessa medida extinguir-se-iam as obrigações decorrentes do contrato de mútuo celebrado com o *forfaiter*.

Entende este Autor que o que o *forfaiter* pretende não é a aquisição dos títulos, mas o lucro que retira do desconto em si, faltando desta forma a conjugação de interesses subjacente a uma compra e venda<sup>38</sup>.

É importante sublinhar que a posição deste Autor se refere ao desconto à *forfait* (embora denominado *Forfaitgeschäft*)<sup>39</sup> onde o adquirente dos títulos, ao contrário da outra modalidade de contrato de desconto, não pode exigir ao endossante o pagamento do crédito no caso de não pagamento pelo aceitante ou promitente, tratando-se assim de uma transferência definitiva dos títulos (e não potencialmente temporária, como no desconto sem ser à *forfait*). Todavia, ao

<sup>36</sup> Cfr. G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, cit., p. 617; M. PITTALIS, *Forfaiting*, cit., p. 1143, p. 1147; F. GRAF VON WESTPHALEN, *Rechtsprobleme des Factoring und des Forfait von Exportforderungen*, cit., p. 82; C. J. GMÜR, *Excurs: Forfaitierung - Exportfinanzierung für Investitionsgüter*, cit., p. 208; K. J. HOPT / P. O. MÜLBERT, *Kreditrecht, Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht*, cit., Vorbem zu § § 607 ff, p. 325; M. MARTINEK, *Das Forfaitierungsgeschäft*, cit., p. 2652; R. A. SCHÜTZE, *Forfaitierungs-Vertrag*, cit., II. 6, p. 288; R. CRANSTON, *Principles of banking law*, cit., pp. 419-420.

<sup>37</sup> CLAUD-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Walter de Gruyter: Berlim, Nova Iorque, 1975, pp. 851-852.

<sup>38</sup> C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, cit., p. 852.

<sup>39</sup> O tratamento deste ponto na verdade vem inserido no âmbito do contrato de desconto (*Diskontgeschäft*) como uma modalidade particular deste (*Sonderformen des Diskontgeschäfts*).

contrário do *forfaiting*, tal como está aqui a ser construído, com a sua configuração regular no comércio internacional, quem suporta os custos do financiamento (e mesmo dos riscos) é descontário e não o obrigado cambiário (aceitante ou promitente).

Este último aspeto torna muito difícil sustentar que estejamos aqui perante um empréstimo do *forfaiter* ao exportador. Atendendo exclusivamente aos interesses económicos envolvidos, o financiamento é de forma indireta dirigido ao importador que tem que suportar o seu custo. O que se obtém pelo cálculo do valor das letras ou livranças/notas promissórias e dos respetivos prazos de vencimento. Integram-se aí parte do capital (correspondente ao valor entregue pelo *forfaiter* ao exportador e que corresponderá ao preço de venda a pronto) e os juros.

Na perspetiva do exportador, ele pretende trocar os títulos por uma determinada quantia pecuniária que corresponda ao valor da venda a pronto; não pretende que lhe seja concedido crédito, mas recorrer a um mecanismo que lhe permita conceder crédito ao importador sem ter que suportar esse custo, além de transferir para outrem os riscos de uma venda a prazo.

A construção do mútuo com dação em cumprimento seria, como se vê, bastante artificial e não corresponde nem aos interesses subjacentes nem ao que as partes pretendem: a troca dos títulos, que constituem um bem em si, por um preço.

Nada obsta, perspetivando agora o negócio pelo prisma do *forfaiter*, como o faz na sua argumentação Canaris, a que o lucro, que é evidentemente o que a instituição de crédito pretende, seja obtido, como acontecerá com frequência, pela revenda dos mesmos títulos a um terceiro. Efetivamente, ele não quererá os títulos, como muitas vezes um comprador, em particular se for um comerciante, não quererá o objeto da compra para permanecer no seu património (o direito sobre o mesmo) a título definitivo, mas o mero lucro resultante da revenda. Esta finalidade é perfeitamente compatível com o esquema da venda, sendo mesmo o elemento caracterizador (compra de bens para revenda e a venda de bens adquiridos com intuito de revenda) da compra e da venda comerciais (art. 463.º do Código Comercial Português)<sup>40, 41</sup>.

Contudo, mesmo que os custos sejam suportados pelo vendedor/endossante e não pelo importador, o que significa que estaremos mesmo face a um desconto *à forfait*,<sup>42</sup> ainda assim não

<sup>40</sup> Sobre esta, ver: A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial*, 1.º volume, Almedina: Coimbra, 2001, pp. 617, ss., p. 618; P. ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial), contratos*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra, 2003 (reimpressão), pp. 99-100.

<sup>41</sup> Art. 463.º n.º 2 e n.º 3 para os títulos.

<sup>42</sup> Quanto a este, ver *infra*.

nos parece claro que as partes pretendam um empréstimo articulado com uma dação em pagamento dos títulos. Nesta hipótese não se poderia dizer que o empréstimo é artificial, uma vez que, efetivamente, ao receber de imediato (com a dedução do desconto propriamente dito) uma quantia que só viria a receber no futuro com o vencimento, o descontário está a obter um crédito e paga por ele um custo que se traduz essencialmente nos juros incluídos no desconto. E se nos ficássemos por aqui, como acontece nas outras modalidades de desconto, seria até a perspetiva correta.

Porém, a verdade é que neste contrato o que está em jogo não é só a concessão de crédito ao descontário (aspeto indiscutível), mas igualmente a transferência para o descontante dos diversos riscos relacionados com o crédito, em particular o de insolvência do importador. O negócio desempenha aqui também uma função de garantia. Ora tal é obtido através da aquisição dos títulos sem recurso, o que permite esse resultado prático.

Por outro lado, o adquirente dos títulos calcula a sua contraprestação (que depois desconta no valor nominal dos títulos para se determinar desta forma o efetivo montante a ser entregue) atendendo aos riscos que assume e que estão relacionados não só com o incumprimento ou insolvência/falência do aceitante ou promitente, mas também com as variações da taxa de juros e de câmbio (quando o título estiver expresso em moeda com curso legal apenas no estrangeiro). Neste contexto, desempenha um papel relevante a garantia autónoma ou aval prestado pelo banco do importador, uma vez que contribui para afastar alguns dos riscos assumidos.

Nessa medida, o título não é um mero instrumento para a obtenção de um eventual montante emprestado à outra parte e dos juros correspondentes, como acontece no vulgar desconto, mas torna-se, e é perspetivado pelas partes, como um valor em si que o descontante poderá depois negociar (e cujo valor de mercado variará, atendendo ao maior ou menor risco de incumprimento ou de insolvência do devedor, ao prestador da garantia, e também os riscos de taxa de juros e, eventualmente, de câmbio).

Deste modo, pretendendo as partes uma troca definitiva de um bem por um preço, estaremos perante um compra e venda que pode ter, como no desconto *à forfait*, finalidade indireta de crédito e de garantia<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Como acontece em diversas modalidades da compra e venda, como a venda a prestações com reserva de propriedade e entrega da coisa e da venda a retro. Sobre estas, ver MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido. Do Direito civil ao Direito bancário, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, IV, 2007, pp. 221, ss.

Podemos então concluir que as partes no *forfaiting* pretendem efetivamente a troca dos títulos por um preço, que corresponderá ao valor de venda a pronto das mercadorias. Os títulos representam um valor em si, diverso do valor nominal do crédito neles incorporado, e que variará em função de um conjunto de factores (dentro dos quais se conta, como se disse, a garantia prestada e quem a presta).

## 2.6. Distinção de figuras próximas

### 2.6.1. O *factoring* internacional

O *factoring* internacional<sup>44</sup> desempenha, ou pode, pelo menos potencialmente, desempenhar, funções de garantia e financiamento semelhantes às desempenhadas pela figura em análise, tendo por objeto a cessão de créditos do facturizado (isto é, a contraparte do factor) sobre um terceiro resultantes de um contrato internacional de venda ou de prestação de serviços<sup>45</sup>.

Em particular, no que consiste numa afinidade bastante relevante, permite ao vendedor (ou prestador de serviços) num contrato internacional não exigir o pagamento imediato à outra parte, concedendo-lhe um prazo para cumprir (e nessa medida esta última beneficia de crédito),

---

<sup>44</sup> Sobre esta, ver: MARIA HELENA BRITO, *O factoring e a convenção do Unidroit*, Cosmos: Lisboa, 1998; MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *O contrato de cessão financeira (factoring) no comércio internacional*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Faculdade de Direito da Universidade do Porto / Faculdade de Economia da Universidade do Porto: Coimbra Editora, 2003, pp. 403, ss.; GERHARD STOPPOK, *Der Factoring-Vertrag*, in *Factoring-Handbuch* (de K. F. HAGENMÜLLER / H. J. SOMMER), Fritz Knapp Verlag: Frankfurt a. M., 1982, pp. 107-108; M. MARTINEK/*Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 652-704*, 13.ª ed., Sellier - de Gruyter: Berlim, 1995, § 675, pp. 495-496; KLAUS RABSTEIN, *Factoring-Vertrag*, in *Münchener Vertragshandbuch*, vol. III, *Wirtschaftsrecht*, 1. Halbband, 4.ª ed., C. H. Beck: Munique, 1998, II. 5, p. 272; MAURO BUSSANI / PAOLO CENDON, *I contratti nuovi, casi e materiali di dottrina e giurisprudenza - leasing, factoring, franchising*, Giuffrè: Milão, 1989, pp. 256, ss., pp. 296, ss.; GIORGIO DE NOVA, *Nuovi contratti*, Utet: Turim, 1990, pp. 103, ss.; JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES, *El contrato de factoring*, Tecno:, Madrid, 1990, pp. 228, ss.; ROYSTON M. GOODE, *The legal aspects of international factoring*, in *Factoring-Handbuch* (de K. F. HAGENMÜLLER / H. J. SOMMER), Fritz Knapp Verlag: Frankfurt a. M., 1982, pp. 165, ss..

<sup>45</sup> Quanto à cessão financeira internacional haverá que ter em conta a Convenção do Unidroit, conhecida como Convenção de Otava. Sobre esta ver: MARIA HELENA BRITO, *O factoring e a convenção do Unidroit*, cit., pp. 39, ss.; M. PESTANA DE VASCONCELOS, *O contrato de cessão financeira (factoring) no comércio internacional*, cit., pp. 428, ss.; FRANCO FERRARI, *L'ambito di applicazione internazionale della convenzione di Ottawa sul "factoring" internazionale*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, pp. 195, ss.; MARÍA DE LA SIERRA FLORES DOÑA, *El contrato de factoring internacional y su regulación en el Tratado Internacional Unidroit*, in *El contrato de factoring* (coordenado por Rafael García Villaverde), Mc Graw Hill: Madrid, 1999, pp. 157, ss..

obtendo ele próprio, no todo ou em parte, um pagamento a pronto, ao passo que transfere para a instituição de crédito os riscos corridos.

Trata-se, no entanto, apesar das similitudes em termos de objeto e de interesses económicos que permite alcançar, de uma figura diversa, e em certa medida, complementar do *forfaiting*.

O *factoring* permite realizar um financiamento de curto prazo ao facturizado, através da concessão de um adiantamento calculado sobre o valor nominal de um crédito pecuniário a curto prazo que este cede ao factor. Igualmente, o ente financeiro poderá assegurar o cumprimento ou a solvência do devedor cedido, ao passo que realiza a cobrança do crédito e presta igualmente serviços de consultadoria comercial à outra parte.

Ponto central do contrato é a cessão de créditos a curto prazo decorrentes de contratos internacionais de venda ou de prestação de serviços. Apesar de a regulamentação legal do contrato ser bastante escassa (estamos perante um contrato legalmente atípico<sup>46</sup>, embora socialmente típico), este elemento - a cessão de créditos a curto prazo - é exigido pela lei portuguesa para estarmos face a um contrato de *factoring* (art. 2.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 171/95, de 18/7 da lei portuguesa sobre o *factoring*).

Este aspeto permite desde logo separar ambos os contratos: o *factoring* tem como objeto a transmissão de créditos a curto prazo, enquanto o *forfaiting* incide sobre títulos de crédito (em geral, um conjunto de títulos de crédito com vencimentos semestrais) que incorporam créditos a médio e longo prazo.

Em segundo lugar, a transmissão de créditos no seio do *factoring* não consiste numa operação isolada. Com efeito, através do contrato inicial entre factor e facturizado (o contrato de *factoring* em si), o facturizado cede (os créditos futuros) ou obriga-se a ceder (por negócio posterior entre as partes logo que o facturizado adquirir o direito) um conjunto de créditos sobre devedores (ou potenciais devedores) negocialmente determinados (respetivamente, na estrutura unitária e na estrutura dual).

O *forfaiting* geralmente consiste num simples contrato isolado (embora se possa inserir numa relação corrente de negócios<sup>47</sup> com o *forfaiter*, em geral, um banco). Ainda, o contrato de

<sup>46</sup> Ver sobre este ponto *infra* nota 78.

<sup>47</sup> Quanto a esta, ver: JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina: Coimbra, 1989, pp. 55, ss., pp. 514, ss.; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e*

*factoring*, seja ele um contrato quadro ou um contrato pelo qual se opera a cessão global de créditos futuros (e, eventualmente, presentes), tem um conteúdo mais amplo e complexo, decorrendo daí também o dever de o ente financeiro prestar consultadoria comercial e de gerir e cobrar os créditos cedidos<sup>48</sup>. O que não acontece no *forfaiting*.

Em terceiro lugar, a estrutura contratual da operação de *factoring* é mais complexa (embora não o seja do prisma do facturizado), uma vez que implica a celebração do contrato de *factoring* em si, seguido do contrato de segundo grau entre as partes pela qual se opera a transmissão do crédito (estamos a referir-nos à estrutura dual, que, como se disse, é aquela corrente entre nós; se se tratasse de uma estrutura unitária, este segundo negócio não existiria), ao qual se junta o negócio de cessão desse direito *inter factores*<sup>49</sup> (ou seja, do factor do exportador, a quem o crédito é inicialmente transmitido, ao factor do Estado do importador, ente que irá realizar a cobrança).

A estrutura do *forfaiting* é mais simples. Assenta tão-só no contrato inicial pelo qual o *forfaiter* se obriga a adquirir (e a outra parte a transmitir) os títulos de crédito (se estivermos perante uma estrutura dual, porque, como apontámos, poderão as partes simplesmente optar por uma estrutura unitária) seguido do contrato definitivo. Claro está, como também foi referido, que os títulos poderão ser revendidos no mercado secundário, sendo assim a um segundo *forfaiter* a quem o pagamento no vencimento deverá ser realizado. Trata-se, porém, de um aspeto eventual e que não caracteriza a operação de *forfaiting* em si. Decorre, tão só, de os títulos, como se disse, serem bens transacionáveis.<sup>50</sup>

Em quarto lugar, o crédito transmitido ao *forfaiter* estará assegurado por uma garantia prestada por um terceiro do país do importador (aval ou garantia autónoma à primeira solicitação), de conhecida reputação e solidez internacional. É dessa forma que o *forfaiter* se protege de um eventual incumprimento ou insolvência de um devedor que ele não conhece. No *factoring*, o crédito cedido, em princípio, não estará garantido. A proteção do factor reside aqui, essencialmente, no recurso a um segundo factor do Estado do devedor que o conhece e está em

---

*responsabilidade civil*, Almedina: Coimbra, 2004, pp. 574, ss.; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, *Introdução, da constituição das obrigações*, 4.ª ed., Almedina: Coimbra, 2005, p. 342.

<sup>48</sup> Se estivermos perante uma estrutura dual, ou seja de um contrato-quadro seguido de contratos de segundo grau pelos quais (entre outros efeitos) se opera a transferência do crédito (que é a estrutura corrente entre nós), o dever de cobrar e gerir o crédito decorre já deste negócio subsequente e não do contrato inicial. Este, porém, fixa o regime e impõe às partes o dever (*rectius*, os deveres) de concluírem estes contratos.

<sup>49</sup> As relações entre os factores (do exportador e do Estado do importador) estão reguladas pelo *inter factors agreement*.

<sup>50</sup> Em ambos os casos, subjacente está o contrato de venda ou de prestação de serviços internacional.

boa posição para determinar o risco do crédito que assume face ao primeiro. Efetivamente, a aceitação de um crédito sem recurso está dependente no âmbito internacional da aprovação desse crédito pelo factor do Estado do importador, uma vez que é ele que vai assumir o risco.

Em quinto lugar, os custos do financiamento e da garantia são suportados por sujeitos diversos. No *forfaiting*, pelo importador; no *factoring*, pelo exportador/factorizado. Com efeito, o custo do financiamento recairá, em princípio, sobre o importador, através da sua adição pela outra parte ao preço das mercadorias, enquanto no *factoring* quem paga os juros e a comissão de garantia (e de cobrança) é o factorizado e não o devedor cedido.<sup>51</sup> Por outro lado, os riscos decorrentes da venda com espera de preço são totalmente transferidos para o *forfaiter*, o que não se verifica necessariamente na *factoring*<sup>52</sup>.

Há ainda outras distinções a operar entre estes contratos, em particular no que toca ao contrato de *factoring* de segundo grau sem recurso e com adiantamento, pelo qual opera a função de financiamento e garantia, e o contrato de *forfaiting* que tenha por objecto créditos ordinários. Como, quanto a este último negócio, a transmissão deste tipo de direitos é característica do *forfaiting* interno e não internacional, deixamos a análise desse aspecto para depois. No que diz respeito às vertentes internacionais destes contratos, parece-nos que as distinções operadas são já suficientes.

### 2.6.2. O desconto

O desconto bancário<sup>53</sup> é um contrato pelo qual um sujeito transmite a outro um crédito pecuniário com vencimento a prazo<sup>54</sup> (que estando incorporado num título de crédito como uma

<sup>51</sup> Embora o factorizado não esteja, evidentemente, impedido de fazer repercutir os maiores custos da operação na contraprestação do seu cliente. Por outro lado, como já foi também referido, os custos no *forfaiting* poderão ser suportados pelo exportador, caso em que estaremos face a um verdadeiro desconto à *forfait*.

<sup>52</sup> A garantia do factor, evidentemente, pode ser mais ou menos extensa. Depende sempre do acordado e também do estabelecido nos acordos *inter factors*. Daí que a aproximação ao *forfaiting* possa ser neste ponto maior ou menor (quando o factor limitar o âmbito da sua garantia, como acontece aliás, a nível interno).

<sup>53</sup> Sobre este, ver: FERNANDO OLAVO, *Desconto bancário*, Lisboa, 1955, *passim*; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial, vol. II, títulos de créditos*, cit., pp. 161, ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, cit., pp. 591, ss.; CARLOS OLAVO, *O contrato de desconto bancário*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, volume II, Direito bancário (estudos organizados pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes), Almedina: Coimbra, 2002, *passim*; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Direito bancário material*, Quid Juris: Lisboa, 2004, pp. 314, ss.; L. MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, cit., pp. 491, ss.; MICHELE SPINELLI / GIULIO GENTILE, *Diritto bancario*, 2.ª ed., Cedam: Pádua, 1991, pp. 219, ss.; GIACOMO MOLLE / LUIGI DESIDERIO, *Manuale bancario e dell'intermediazione finanziaria*, 6.ª ed., Giuffrè: Milão, 2000, pp. 187, ss.; GIUSEPPE FERRI, *Diritto commerciale* (com C. ANGELICI e G. B. FERRI), 11.ª ed., Utet: Turim, 2001, pp. 935, ss.; MANUEL

letra ou uma livrança/nota promissória implica o endosso, em regra em branco), recebendo em contrapartida o valor nominal desse crédito descontado dos juros contados desde a data da entrega da quantia até ao seu vencimento assim como das comissões<sup>55</sup>. Se o devedor cedido ou aceitante (letras), ou ainda o promitente (livranças/notas promissórias), não cumprir, o descontante exigirá da outra parte o valor nominal do crédito. Quem adianta os fundos é o descontante, e a outra parte é o descontário<sup>56</sup>. Trata-se de um contrato nominado incluído entre as operações de banco (art. 362.º do Código Comercial Português)<sup>57</sup>, socialmente típico<sup>58</sup>.

Este contrato, quando se tratar do desconto de letras ou livranças/notas promissórias, tem dois pontos relevantes em comum com a figura em análise: endosso das letras ou livranças/notas promissórias e ser um instrumento de transformação dos créditos (incorporados em ambos os casos em títulos, mas também, em qualquer das hipóteses, podendo tratar-se de créditos ordinários) em liquidez imediata.

Consistem, no entanto, em figuras bem diversas, como já à pouco fizemos ressaltar. Em relação ao tipo normal do desconto, o *forfaiting* tem uma diferença óbvia. O *forfaiter* corre o risco do incumprimento ou da insolvência do importador não podendo exigir o pagamento ao endossante no caso de não cumprimento pelo devedor. A transferência é realizada sem recurso. A monetarização do crédito é assim aqui perfeita, ao contrário do que se verifica no desconto em que se obtém meramente uma monetarização temporária, sujeita ao pagamento do devedor do crédito transmitido.

Por isso, o contrato de desconto terá uma natureza diferente da do *forfaiting*. Com efeito, pesem embora posições diversas de alguma doutrina italiana<sup>59</sup> e da generalidade da doutrina

---

DE BROSETA PONT / FERNANDO MARTINEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil, vol. II, Contratos mercantiles, derecho de los títulos-valores, derecho concursal*, Tecnos: Madrid, 2003, pp. 239, ss.; C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, cit., pp. 832, ss.; K. J. HOPT / P. O. MÜLBERT, *Kreditrecht, Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht*, cit., Vorbem zu § 607 ff, p. 307, ss..

<sup>54</sup> Admitindo que o desconto incida sobre créditos já vencidos, L. MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, cit., p. 500.

<sup>55</sup> Segundo aponta CARLOS OLAVO (*O contrato de desconto bancário*, cit., p. 431), no que diz respeito ao desconto cambiário, o “juro à taxa estabelecida calcula-se sobre o valor nominal de cada letra a descontar, na prática bancária portuguesa, pelo tempo que decorre desde a data em que a importância líquida abonada é creditada ou posta à disposição do cliente até ao último dia que a lei faculta para o pagamento da letra.” O método adotado é desta forma o do “desconto por fora ou comercial”.

<sup>56</sup> Assim, FERNANDO OLAVO, *Desconto bancário*, cit., pp. 10-11.

<sup>57</sup> Tem um muito escasso regime legal (art. 3.º n.º 2 e art. 5.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 344/78, de 17/11).

<sup>58</sup> CARLOS OLAVO, *O contrato de desconto bancário*, cit., p. 429.

<sup>59</sup> P. ex., G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, cit., pp. 415, ss.. Trata-se, porém, de uma corrente doutrinal minoritária, cfr. M. SPINELLI / G. GENTILE, *Diritto bancario*, cit., pp. 221, ss.

alemã<sup>60</sup>, este será um contrato misto de mútuo com uma dação em função do cumprimento<sup>61</sup>, enquanto no *forfaiting* se estará, conforme se viu, face a uma venda de títulos de crédito.

Ainda, no caso do *forfaiting*, conforme está aqui a ser construído, os custos do financiamento e do risco assumido correm por conta do importador, enquanto nesta hipótese o valor do desconto a efetuar ao valor nominal do crédito é, em princípio, um custo do descontário.

Todavia, é possível, de uma forma só em parte paralela ao que acontece no *forfaiting*, que o montante inscrito na letra compreenda também o valor do desconto de forma a que o descontário receba o valor líquido, sendo os juros suportados pelo aceitante<sup>62</sup>. De todo o modo, no desconto, mesmo neste caso, ao contrário do *forfaiting*, o descontário só suporta os custos do financiamento e não da transferência do risco, que não se verifica.

Por outro lado, por vezes o desconto não será uma operação isolada, como o *forfaiting*, mas trata-se de um negócio de mobilização de uma abertura de crédito, eventualmente em conta corrente, acordada entre as partes.

Claro está que sempre que recair sobre o descontário o custo integral da assunção dos riscos por parte do descontante e do crédito por ele concedido, estaremos já perante o desconto à *forfait*.<sup>63</sup> E nesse ponto há uma identificação entre os dois contratos. As diferenças, porém, entre o *forfaiting* em que seja o exportador a assumir os custos da transferência do risco e da monetarização dos créditos e o desconto à *forfait* residem então só no conjunto de atos ou negócios prévios à venda dos títulos (que é o contrato de *forfaiting* em si), bem como o acordar dos valores e prazos de vencimento dos mesmos e na existência, necessária no caso do *forfaiting*, de

<sup>60</sup> Na Alemanha a tese da compra é a dominante na doutrina e na jurisprudência (cfr. K. J. HOPT / P. O. MÜLBERT, *Kreditrecht, Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht*, cit., Vorbem zu § § 607 ff, p. 309). Posição minoritária é a de C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, cit., pp. 852-853.

<sup>61</sup> Entre nós: FERNANDO OLAVO, *Desconto bancário*, cit., p. 232, pp. 239, ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, cit. pp. 592-593, J. CALVÃO DA SILVA, *Direito bancário*, cit., p. 362; L. MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, cit., p. 505.

<sup>62</sup> Ou então por o descontante por acordo com o aceitante lhe cobrar a ele o valor do desconto, entregando por inteiro o valor nominal do crédito ao descontário. Ambas as hipóteses são referidas por FERNANDO OLAVO, *Desconto bancário*, cit., p. 81. Ainda, poderá o devedor que aceitar uma letra, por forma a esta ser descontada junto de um banco, obrigar-se face ao descontário, através de convenção extra-cartular, a pagar essa quantia, correndo nessa medida o referido custo por sua conta. Assim, p. ex., se as partes num contrato de compra e venda acordarem uma prorrogação do prazo para o devedor cumprir, mas necessitando o credor dessa quantia de imediato (portanto sem pretender conceder mais crédito), poderá acordar com o primeiro na emissão de uma letra, sacada sobre este e à sua ordem por forma a proceder ao desconto bancário. O devedor/aceitante compromete-se igualmente perante o credor a pagar o montante do desconto.

<sup>63</sup> Ver, sobre este, FERNANDO OLAVO, *Desconto bancário*, cit., pp. 97, ss.; CARLOS OLAVO, *O contrato de desconto bancário*, cit., pp. 460-461. Estes Autores sublinham a sua diferença “essencial” do “tipo corrente” do contrato de desconto.

uma garantia da obrigação do subscritor ou aceitante. O que pode ou não verificar-se no (simples) desconto *à forfait*.

### 2.6.3. A titularização/securitização (*securitization*)

A titularização, tradução na lei portuguesa de *securitization*, consiste, *grosso modu*, numa operação complexa que conduz à emissão de valores mobiliários “na base de direitos de crédito”<sup>64</sup> pecuniários cedidos para esse efeito a determinados cessionários, estando em Portugal regulada pelo Dec.-Lei n.º 453/99, de 5/11<sup>65-66</sup>.

Do prisma do cedente<sup>67</sup>, trata-se de uma forma de transformar em liquidez esses bens do seu ativo, transferindo também para terceiro todos os riscos a eles ligados através de uma venda<sup>68</sup> (negócio base da cessão) de créditos<sup>69</sup>. Nessa medida é uma forma de monetarização perfeita dos direitos alienados<sup>70</sup>.

São estes dois últimos pontos que a titularização tem em comum com o *forfaiting*: a venda como contrato base e o carácter perfeito da monetarização dos créditos<sup>71</sup>. Poderia ainda acrescentar-se que, embora as letras e livranças/notas promissórias não sejam valores mobiliários, elas são suscetíveis de negociação posterior e que se verifica no *forfaiting* um *external credit enhancement*, através da garantia prestada por terceiro, o que também pode suceder na

<sup>64</sup> PAULO CÂMARA, *A operação de titularização*, in *Titularização de créditos*, Instituto de direito bancário: Lisboa, 2000, p. 77.

<sup>65</sup> Depois alterada.

<sup>66</sup> Sobre esta, em Portugal, ver: DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A titularização de créditos. Bases gerais*, in *Titularização de créditos*, Instituto de direito bancário: Lisboa, 2000, pp. 9, ss.; DIOGO LEITE DE CAMPOS / MANUEL MONTEIRO, *Titularização de créditos, anotações ao decreto-lei n.º 453/99, de 5/11*, Almedina: Coimbra, 2001; J. CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação de créditos, securitization*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra, 2005; L. MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, cit., pp. 540, ss.; PAULO CÂMARA, *A operação de titularização*, cit., pp. 65, ss.; CARLOS COSTA PINA, *Instituições e mercados financeiros*, Almedina: Coimbra, 2005, pp. 426, ss..

<sup>67</sup> Que a lei portuguesa tipifica (art. 2.º do Dec.-Lei n.º 453/99, de 5/11), assim como os cessionários (art. 3.º do Dec.-Lei n.º 453/99, de 5/11).

<sup>68</sup> J. CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação de créditos, securitization*, cit., pp. 37, ss..

<sup>69</sup> Quanto aos requisitos para que os créditos possam ser objecto de cessão para titularização - art.º 4.º do Dec.-Lei n.º 453/99, de 5/11.

<sup>70</sup> Sendo um banco o cedente, como será o mais comum, a instituição de crédito além de transferir para terceiros os riscos do incumprimento e obter liquidez imediata, conforme se refere em texto, regista melhorias no seu balanço, diminui o montante de provisões e fundos próprios necessários, e obtém igualmente ganhos de natureza fiscal. Como aponta, C. COSTA PINA, *Instituições e mercados financeiros*, cit., p. 427.

<sup>71</sup> Há aqui subjacente também a concessão de crédito a terceiro devedor. A transmissão do crédito ao cessionário ou ao *forfaiter* faz-se juntamente com o crédito aos juros, que no *forfaiting* estarão já incluídos no montante dos créditos cartulares.

titularização<sup>72</sup> - art. 4.º n.º 7 do Dec.-Lei n.º 453/99, de 5/11-, com o correspondente reforço do valor económico do bem.

Todavia, as semelhanças ficam-se por aqui. A titularização é uma operação muito complexa com um regime legal pormenorizado, tendo por objeto a cessão de uma massa de créditos ordinários (e não títulos de crédito) que conduz à emissão de valores mobiliários assentes nesses direitos<sup>73, 74</sup>. O *forfaiting*, como se tem sublinhado, é uma operação isolada de transação de letras ou livranças/notas promissórias emitidos em virtude de um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços internacional (relação fundamental).

### 3. O *forfaiting* interno

Conforme se começou por referir, o *forfaiting* foi uma operação que se desenvolveu no seio do comércio internacional, motivado em grande parte pelas especificidades deste. Nesse quadro, o contrato tem principalmente por objeto (embora não só) letras e, sobretudo, pelas razões apontadas, livranças/notas promissórias.

Recentemente, na Alemanha<sup>75</sup>, o *forfaiting* (ou *Forfaitierung*) tem sido utilizado no âmbito estritamente interno, tendo por objeto créditos ordinários e não garantidos nas relações entre os bancos e as sociedades de locação financeira. Efetivamente, estas cedem a estes últimos os seus créditos às rendas (e ao valor residual) emergentes dos contratos de locação financeira celebrados, libertando dessa forma o balanço desses créditos que são substituídos por liquidez. Obtém dessa forma fundos que utilizam para a prossecução da sua atividade. Trata-se pois de uma forma de refinanciamento acompanhada da cessão de ativos (que vão emergindo da sua atividade) e dos riscos a ele ligados. Igualmente, permite ao cedente concentrar-se no seu *core business*, transferindo para outrem a cobrança dos créditos que adquire<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Quanto às formas de *external credit enhancement* na titularização, ver J. CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação de créditos, securitization*, cit., pp. 90, ss..

<sup>73</sup> Os créditos funcionam como “ativo subjacente” dos valores mobiliários emitidos “ou simplesmente como elemento conformador do respetivo conteúdo patrimonial.” C. COSTA PINA, *Instituições e mercados financeiros*, cit., p. 426.

<sup>74</sup> Repare-se que embora em ambos os casos o *forfaiter* ou o cedente não corra o risco do incumprimento ou da insolvência que transfere, no *forfaiting*, quem o corre é o *forfaiter*, enquanto na titularização serão já os adquirentes do valores mobiliários.

<sup>75</sup> Cfr. F. GRAF VON WESTPHALEN, *Der Leasingvertrag*, 5.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt: Colónia, 1998, pp. 757, ss.; M. MARTINEK, *Das Forfaitierungsgeschäft*, cit., pp. 2658, ss.; R. A. SCHÜTZE, *Forfaitierungs-Vertrag*, cit., II. 6, p. 288.

<sup>76</sup> Como se refere em texto, esta adaptação do *forfaiting* no âmbito interno verificou-se na Alemanha como forma de refinar as sociedades de locação financeira.

Desta exposição decorre que funcional e mesmo estruturalmente este desenho do *forfaiting*, que tem por objeto uma cessão de créditos ordinários, por forma a propiciar dessa forma liquidez ao cedente e a transferir para a outra parte os riscos, se aproxima muito do desconto de créditos ordinários e, em especial, da factoring na modalidade de cessão sem recurso e com adiantamento, ou seja, quando o factor antecipa parte do valor nominal do crédito cedido, garante o cumprimento por parte do devedor e realiza a sua cobrança.

De seguida procuraremos traçar (abreviadamente) o regime desta modalidade de *forfaiting*, para, depois, a procurarmos distinguir do desconto e, em particular, como se disse, do *factoring*.<sup>77</sup> Só dessa forma se poderá alcançar o objetivo inicialmente traçado de firmar a identidade e autonomia desta figura (quando efetivamente ela exista) no particular quadro contratual em que a estamos a inserir.

### 3.1. O regime

A cessão de créditos constitui um efeito de um negócio base que pode ter uma natureza bastante diversa. O conteúdo global do negócio pela qual se opera a transferência desse direito resulta assim da articulação das disposições da cessão de créditos com as desse particular negócio, neste caso, uma compra.

Na realidade, as partes pretendem aqui a troca do crédito ou créditos por um preço, que está dependente da avaliação que o *forfaiter* faça desses direitos. Para tal terá que ter em conta, dentre outros elementos, a data do seu vencimento, o risco de incumprimento ou de insolvência do devedor cedido e os custos relativos à sua cobrança. Neste contexto, importa não esquecer que o crédito cedido não está garantido, como sucede, conforme foi referido, na versão internacional deste negócio. O cedente ao ajustar com a outra parte o preço a receber pela transferência dos direitos terá que avaliar o custo de um refinanciamento alternativo, da passagem para outrem, de

---

<sup>77</sup> Sendo comum uma certa confusão entre as duas figuras quando o contrato tenha por objecto a cessão de créditos ordinários. Cfr. G. PANZARINI, *Forfaiting: la funzione specie nel mercato internazionale, le tecniche, la qualificazione*, cit., p. 774 (“l’operazione di *forfaiting* è tavola visibile anche nell’ambito del *factoring*, vale a dire in alcune delle clausole delle convenzioni di *factoring*, italiane o straniere, ove è scritto che il factor può acquistare i crediti senza riserva verso il cliente, o se vuolsi *pro soluto*; è naturale che in questo caso il *forfaiting* riguarda quasi sempre crediti domestici a breve o a media scadenza.”); M. MARTINEK, *Das Forfaitierungsgeschäft*, cit., p. 2659 (“Die begrifflichen Unschärfen sind in der Praxis beträchtlich.”).

forma integral, dos referidos riscos, bem como da poupança nas despesas de administração e cobrança dos créditos<sup>78</sup>.

A compra e venda do crédito pecuniário mostra-se apta do prisma do alienante a desempenhar este papel de obtenção de liquidez e garantia. Por um lado, através do preço calculado tendo presente o valor económico do direito, obtém a sua substituição no seu património por fundos de que necessita para prosseguir, e mesmo ampliar, a sua atividade; por outro, a transferência definitiva do crédito para a esfera do adquirente leva a que este passe a correr os particulares riscos ligados à titularidade deste bem. Na verdade, o cedente garante ao cessionário a existência e a exigibilidade do crédito, mas já não a solvência (ou o cumprimento) do devedor cedido, exceto se a tanto expressamente se tiver obrigado, o que não é aqui o caso (art. 587.º ns. 1 e 2 do Código Civil Português).

Os fins visados pelas partes poderiam ter sido alcançados através de um negócio, ou um conjunto de negócios, de crédito e garantia sem se operar a transferência dos créditos. Contudo, não foi esse o instrumento escolhido pelas partes, tendo estas considerado a compra e venda como mais apta para o resultado que pretendem alcançar.

Cedido o crédito, este passa de imediato para a esfera do cessionário, sendo no entanto a transferência ineficaz em relação ao devedor cedido enquanto a cessão não lhe tiver sido notificada, ele não a tenha aceite, ou não tenha, simplesmente, tido conhecimento desta (art. 583.º ns. 1 e 2 do Código Civil Português). Na eventualidade de o transmitente operar uma dupla transmissão do mesmo direito, rege o critério do art. 584.º do Código Civil Português, prevalecendo a cessão que primeiro tenha sido notificada ou aceite pelo devedor cedido (art. 584.º do Código Civil Português). Com o crédito transmitem-se, em princípio, igualmente as garantias e os acessórios desse direito, a não ser que sejam inseparáveis da pessoa do cedente (art. 582.º n.º 1 do Código Civil Português).

O alienante garante a existência e a exigibilidade do crédito cedido no termos aplicáveis ao contrato de compra e venda, seu negócio base (art. 587.º n.º 1 do Código Civil Português). Já não garante a solvência do devedor cedido (art. 587.º n.º 2 do Código Civil Português). Esse é um risco, como se disse, transferido para o comprador/cessionário e tido em conta, entre outros factores, na fixação do preço.

---

<sup>78</sup> Haverá que ter presente também as vantagens de natureza fiscal que para o cedente resultam deste negócio. Sublinhando que o referido ponto foi determinante para a implantação do *forfaiting* no âmbito interno na Alemanha, M. MARTINEK, *Das Forfaitierungsgeschäft*, cit., pp. 2658-2659.

Tratando-se de uma venda, não há, dada a natureza do objeto negociado, qualquer dever de entrega do bem [art. 879.º al. b) do Código Civil Português], embora tenham que ser entregues os documentos probatórios do crédito (art. 882.º ns. 2 e 3, e art. 586.º do Código Civil Português). O direito sobre este (o documento probatório do crédito) constitui, de acordo com Menezes Leitão, “um específico direito acessório do direito de crédito”<sup>79</sup>.

A principal debilidade da transferência de créditos ordinários, do prisma do adquirente, consiste na tutela do devedor cedido que, antes de lhe ser notificada (ou ele tenha aceite) a cessão, e desde que não tenha de outra forma tido conhecimento da mesma, pode cumprir liberatoriamente perante o cedente ou celebrar com ele qualquer negócio relativo ao crédito cedido (art. 583.º n.º 2 do Código Civil Português). Acresce que o devedor poderá ainda opor ao cessionário todos os meios de defesa que teria podido opor ao cedente, exceto os que provenham de facto posterior ao conhecimento da transferência do direito (art. 585.º do Código Civil Português)<sup>80</sup>.

Os primeiros aspetos, bem como o risco de uma segunda transferência do direito que venha a prevalecer ao ser em primeiro lugar notificada ou aceite pelo devedor cedido (art. 584.º do Código Civil Português), podem ser afastados por uma notificação atempada.

Mas o mesmo não se passa em relação a outros meios de defesa do devedor cedido, em particular a compensação, e aqueles ligados ao carácter sinalagmático do contrato constitutivo do crédito.

No que diz respeito à estrutura da operação de *forfaiting*, esta poderá ter por objecto um único crédito. Porém, de uma forma paralela ao que acontece com o *factoring*, poderá estruturar-se de forma dual, através da celebração de um contrato inicial seguido dos contratos de compra e venda dos créditos ou, eventualmente, incidir sobre a transmissão global de um conjunto de créditos presentes e futuros (cessão global).

Nesta última hipótese, estaremos perante um contrato de venda de bens presentes e futuros (art. 880.º do Código Civil Português). Neste contexto, é importante determinar, caso os referidos direitos venham a emergir de uma relação contratual duradoura já constituída, se,

<sup>79</sup> L. MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, cit., p. 358.

<sup>80</sup> Cfr. JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações*, vol. II, Almedina: Coimbra, 1990, pp. 501, ss.; JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1997, reimpressão, pp. 294, ss.; L. MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, cit., pp. 313, ss.; M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira (factoring)*, cit., pp. 280, ss..

existindo, as partes pretenderam de imediato a transmissão das próprias expectativas. Haveria desta forma uma cessão de créditos (presentes) acompanhada de uma transferência das expectativas de aquisição dos créditos futuros.

Em caso de declaração de insolvência/falência subsequente do vendedor do crédito, a titularidade do direito (venda de crédito presente) já se transmitiu para o comprador não fazendo desta forma parte da massa insolvente. Se o preço ainda não tiver sido pago, esse direito de crédito (ao preço) pertence à massa. O negócio não poderá, em princípio, ser atacado por via da resolução nos termos dos arts. 121.º (relativos à resolução incondicional) e 120.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - CIRE<sup>81</sup> (requisitos gerais da resolução), pelo menos quando o preço de compra corresponder ao valor de mercado do crédito cedido.

### **3.2. Distinção das figuras próximas**

#### **3.2.1. O desconto**

Este contrato pode ter por objeto créditos ordinários, cuja transferência é realizada em função do cumprimento. Daí que, se o devedor cedido não cumprir, o credor poderá exigir ao descontário o pagamento. Por isso, este contrato é simplesmente um negócio de liquidez, mas não de garantia (a não ser de forma indireta para o descontante, em virtude do reforço da sua posição creditória com a aquisição do direito sobre um terceiro). Não se trata de uma venda, mas de um mútuo com uma dação de um crédito em função do cumprimento. Este aspeto já foi visto aquando da análise do desconto de letras de câmbio.

Diferente é já a celebração de um desconto *à forfait* de um crédito ordinário, o que nos termos do regime da cessão destes direitos significa que o cedente garante tão só a existência e a exigibilidade do crédito, mas não a solvência ou o cumprimento do devedor cedido. Estamos perante uma compra de créditos, sendo também aqui, nos termos apontados, este contrato o núcleo do *forfaiting* interno.

#### **3.2.2. O contrato de *factoring* sem recurso e com adiantamento**

---

<sup>81</sup> Em termos gerais, trata-se do Código das Falências Português (embora se aplique também a pessoas singulares não comerciantes, sendo a noção genérica a de insolvência), inspirado na *Insolvenzordnung* alemã.

Os factores portugueses, assim como os italianos, optaram por estruturar o *factoring* de forma dual, recorrendo à celebração de um contrato-quadro (o contrato de *factoring* em si) seguido de contratos de segundo grau de natureza diversa entre si (cujo regime, bem como as obrigações de ambas as partes os concluírem, decorrem desse contrato inicial), os quais produzem entre outros efeitos as cessões dos créditos.

Sempre que este direito for cedido sem recurso e com adiantamento, celebra-se o contrato de *factoring* (de segundo grau) através da qual se concretiza a função de financiamento e de garantia que o *factoring* desempenha<sup>82 83</sup>.

Nos termos deste negócio, o factor, adquirente do crédito a curto prazo, adianta ao facturizado cerca de 80% do valor nominal do direito, presta a sua garantia (a denominada garantia “*factoring*”) de cumprimento do devedor cedido e terá que realizar a gestão e cobrança do referido direito. Se o devedor cedido cumprir, o factor entregará à outra parte o montante não adiantado do crédito cedido menos os juros (e comissões). Na eventualidade de não cumprimento, o factor, desde que funcione a garantia *factoring*<sup>84</sup>, fará também a entrega dessa quantia após ter decorrido um determinado período de mora previsto nas condições particulares do contrato-quadro. Se a

---

<sup>82</sup> Na caracterização em texto estamos a partir do tipo “jurídico-estrutural” (K. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, cit., pp. 568-571) do *factoring* em Portugal. Este, dada a escassa regulamentação legal existente (donde evidentemente se arranca), é apreendido com base nos modelos de contratos de cessão financeira existentes em Portugal (compostos quase integralmente por cláusulas contratuais gerais), que gozam de uma grande uniformidade, estabelecendo desta forma uma disciplina negocial.

É a referida uniformidade destes negócios, a sua enorme relevância na vida mercantil e o tratamento que lhes tem sido concedido pela doutrina e jurisprudência que permitem afirmar a sua tipicidade social. Quanto à tipicidade social, ver: MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, Almedina: Coimbra, 1990, pp. 166, ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina: Coimbra, 1995, pp. 59, ss.. Para a tipicidade social da cessão financeira: A. MENEZES CORDEIRO, *Da cessão financeira (factoring)*, Lex: Lisboa, 1984, p. 84; A. PINTO MONTEIRO / CAROLINA CUNHA, *Sobre o contrato de cessão financeira ou de “factoring”*, in Volume comemorativo do 75.º tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD): Coimbra, 2003, pp. 521-523.

<sup>83</sup> Não pode falar-se entre nós de uma tipicidade legal do *factoring*, no sentido da existência de um “tipo fechado” (para este, ver: MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, cit., p. 162; GIORGIO DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam Pádua, 1974, pp. 135, ss.) de cessão financeira, à semelhança do que acontece com os contratos regulados no Código Civil e mesmo outros como a locação financeira ou a agência. Todavia, poderá eventualmente falar-se de um tipo aberto, como fazem A. PINTO MONTEIRO / CAROLINA CUNHA, *Sobre o contrato de cessão financeira ou de “factoring”*, cit., p. 525 (estes Autores entendem que os dados legais permitem afirmar a existência entre nós de um tipo legal, “ainda que relativamente aberto, de contrato de *factoring*”).

<sup>84</sup> Destaque-se que os factores nas suas cláusulas contratuais gerais fixam um conjunto de circunstâncias que levam a que cesse a garantia de um crédito anteriormente prestada, passando a cessão a ser com recurso. Algumas dessas limitações são mesmo ilícitas. Ver, em pormenor sobre este ponto, M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira (factoring)*, cit., pp. 265-269.

garantia não funcionar e o devedor cedido não cumprir, o factor retransmite o direito ao facturizado e exige-lhe o pagamento da quantia antecipada, mais os juros<sup>85</sup>.

Como contrapartida das suas prestações, o factor tem direito a uma comissão pela cobrança, outra pela garantia e aos juros relativamente ao adiantamento.

A natureza deste contrato é discutida, entendendo a corrente doutrinária dominante na Alemanha (onde é denominado *echtes Factoring*, ou seja, *factoring* verdadeiro ou próprio) que se trata de uma venda de créditos<sup>86</sup>.

Não nos parece que seja o caso. Da interpretação dos contratos resulta que o crédito não é cedido ao factor como contrapartida de um preço, para o qual seria determinante o valor económico desse direito.

Tal como as partes desenharam o conteúdo deste contrato, resulta que não é fixado qualquer preço. O montante que o factor entrega à outra parte a pedido desta aquando da conclusão do contrato é um simples adiantamento ou antecipação percentualmente fixado sobre o valor nominal do crédito (soma por cuja disponibilidade o facturizado paga juros). Não varia com a maior ou menor extensão do prazo para o vencimento, nem com as eventuais garantias que acompanhem o direito. Não pode ser visto como o preço a pagar pelo crédito.

Se assim fosse, teria que se entrar evidentemente em linha de conta com a consistência económica do direito, o que não se faz. Na verdade, em vez de pagar seja o que for pela aquisição definitiva do direito, é ainda o factor que adquire um conjunto de créditos sobre a outra parte, corresponsivo das prestações realizadas: comissões de garantia e cobrança e juros. A ligação entre estas retribuições e as prestações realizadas pela instituição de crédito é extremamente clara em termos contratuais (juros/adiantamento, comissão de garantia/garantia e comissão de cobrança/gestão e cobrança).

---

<sup>85</sup> As comissões são, evidentemente, sempre devidas.

<sup>86</sup> Cfr., p. ex.: KLAUS BETTE, *Das Factoring-Geschäft, Praxis und Rechtsnatur in Deutschland im Vergleich zu anderen Formen der Forderungsfinanzierung*, Forkel-Verlag: Estugarda, Wiesbaden, 1973, p. 36; ROLF SERICK, *Rechtsprobleme des Factoring-Geschäftes*, *Der Betriebsberater*, 1976, pp. 428, ss.; UWE BLAUROCK, *Die Factoring-Zession*, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 1978, p. 341; M. MARTINEK, *Das Factoringgeschäft*, in *Bankrechts-Handbuch* de SCHIMANSKY / BUNTE / LWOWSKI, *Band 2*, cit., § 102, pp. 2587, ss.. Posição contrária, sustentando a “Darlehenstheorie”, C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, cit., pp. 856-857 (este Autor aproxima o *echtes Factoring* do desconto “à forfait”; se estamos em parte de acordo com a qualificação que faz do primeiro, já não podemos seguir este Autor, como foi sublinhado, no que toca à qualificação do desconto “à forfait”). Ver desenvolvidamente quanto à caracterização desta (*rectius*, destas) corrente(s), e sub-correntes, com apoio no BGH (a primeira), e sua crítica, com indicação bibliográfica, M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira (factoring)*, cit., pp. 413, ss..

O crédito é cedido para que o factor possa recorrer ao montante cobrado (evidentemente, se o devedor cedido cumprir) de forma a extinguir a obrigação da outra parte de restituição do adiantamento (bem como do pagamento dos juros). Estamos assim perante uma dação em função do cumprimento.

Se o devedor cedido não cumprir, a instituição de crédito não retransmite o direito ao cedente (como acontece na cessão com recurso e com adiantamento), cobrando-lhe a restituição e os juros (assim como as comissões), obrigações que não foram extintas (tratando-se, como se trata, de uma dação em função do cumprimento). Na verdade, o facturizado continua devedor da outra parte do montante adiantado e dos juros (bem como das comissões). Contudo, agora, uma vez que o devedor cedido não cumpriu e o factor garantiu esse cumprimento, a sua contraparte adquire um crédito no montante do crédito cedido. Da compensação desses créditos recíprocos, resulta o montante a entregar pela instituição de crédito ao facturizado.

Trata-se desta forma de um contrato misto de mútuo, mandato e fiança comerciais. Estamos perante uma estrutura contratual bastante complexa resultante da fusão de elementos desses contratos típicos.

Este negócio é muito semelhante, como se vê, ao *forfaiting*. Distingue-se dele essencialmente por dois aspetos<sup>87</sup>. Em primeiro lugar, por força da lei (art. 2.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 171/95, de 18/7 – lei portuguesa sobre o *factoring*), a *factoring* só pode ter por objeto créditos a curto prazo derivados da venda de produtos ou da prestação de serviços, nos mercados interno e externo, limitação que se não verifica no *forfaiting*. Depois, porque embora visando desempenhar funções económicas similares, as partes procedem a um diverso, embora muito próximo, arranjo de interesses, recorrendo a diferentes contratos base das transferências de créditos. Que aqui será já, de facto, ao contrário da modalidade de contrato de *factoring* em análise, uma compra de créditos<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Estamos a centrar a nossa análise somente no contrato de cessão financeira sem recurso e com antecipação, individualmente considerado, para o distinguirmos do *forfaiting*. Porém, a verdade é que não se deve perder de vista que este contrato consiste num negócio de execução do contrato-quadro de cessão financeira em si, projetando-o em grande parte funcionalmente. O conteúdo deste contrato inicial, como se referiu, não se limita a prever e impor a celebração de contratos de segundo grau, que podem ter natureza diversa entre si, mas dele decorre também, entre outros efeitos, a obrigação de prestar consultadoria comercial. Para além do mais, o *factoring* tem por objeto a cessão de uma massa de créditos do facturizado (vigora aqui o princípio da globalidade, embora circunscrita a um conjunto de devedores indicados em lista anexa ao contrato) e não um negócio isolado (que pode incidir sobre mais do que um crédito, note-se), como acontece no *forfaiting*.

<sup>88</sup> A qualificação depende sempre, claro, da interpretação do concreto contrato celebrado entre as partes. Na ausência destes, estamos, para este efeito, a transpor para o âmbito interno e no que respeita a créditos ordinários, a

Na realidade, aquando da cessão o *forfaiter* entrega à outra parte um montante que corresponde à avaliação que ele faz do valor económico desse direito. Para tal tem em conta a data do vencimento, a consistência económico-financeira e a honorabilidade do devedor cedido, assim como as eventuais garantias de que o crédito esteja dotado. Resulta daqui um determinado valor que oferece como preço. Dito por outras palavras: as partes perspetivam esses aspetos como elementos a ter em conta na fixação do preço, o que justifica ele seja inferior ao valor nominal, não havendo aqui contrapartidas de serviços prestados pelo adquirente. Em particular, o cessionário não presta qualquer garantia.

O lucro do ente financeiro residirá na diferença entre esse montante e aquele que venha a obter com a cobrança do crédito (ou eventualmente a sua retransmissão a outrem, o que, sendo créditos ordinários, será menos comum). A venda desempenha aqui mais uma vez, para o cedente, o papel de um negócio de liquidez e garantia.

Observe-se que na factoring (*rectius*, neste contrato de segundo grau de *factoring*) o cedente/faturizado só estará efetivamente tutelado se se verificar o circunstancialismo que desencadeia a atuação da garantia, enquanto no *forfaiting* o cedente depois de celebrado o contrato transfere o conjunto dos riscos definitivamente para o cessionário.

E este aspecto é sem dúvida importante porque os factores recorrendo a cláusulas contratuais gerais estabelecem um conjunto de casos em que não garantem o cumprimento da outra parte. Ora esta limitação da função de garantia, dada a troca definitiva do direito por dinheiro, não opera na venda/*forfaiting*. A monetarização do crédito é desta forma aqui perfeita<sup>89</sup>, o que pela razão apontada não sucede (*rectius*, sucede numa menor extensão) na referida modalidade de *factoring*.

### **3.2.2.1. Poderão os factores estruturar o *factoring* de forma idêntica à do *forfaiting* interno?**

---

configuração que este contrato tem na sua versão internacional. Isto é, estamos a adaptar a estes elementos (comércio interno, cessão de créditos ordinários) a matriz desta figura.

<sup>89</sup> Esta afirmação tem que ser entendida *cum grano salis* porque, estando nós face a uma cessão de créditos, haverá ainda que contar com uma eventual responsabilização do cedente, uma vez que este garante a exigibilidade do crédito (art. 587.º n.º 1 do Código Civil Português). Assim, p. ex., se este anular o contrato donde emerge o crédito ou der causa a que o devedor cedido o resolva, responderá face ao cessionário/comprador. A posição do cessionário adquirente poderá ser tutelada mediante o recurso a uma garantia. Na Alemanha, as partes no âmbito do *leasing* recorrem de forma paralela à transmissão em garantia do locatário financeiro ao cessionário/adquirente do bem dado em *leasing*. Cfr. MARTINEK, *Das Forfaitierungsgeschäft*, cit., p. 2660.

A análise anteriormente empreendida teve por base o tipo jurídico-estrutural da *factoring* em Portugal (mas vale, na essência, para Itália também). Este, como referimos, partindo da escassa regulamentação legal existente, decorre essencialmente da disciplina negocial que os modelos contratuais, dotados de uma grande uniformidade, elaborados pelos factores através do recurso na sua quase integralidade a cláusulas contratuais gerais, consagram.

É da atividade de interpretação negocial desses contratos que decorre a qualificação dos mesmos. Daí também a deste contrato de segundo grau pelo qual se projeta a função de financiamento, garantia e gestão e cobrança dos créditos.

Resta saber se as partes não poderiam com vista à prestação dos serviços acima apontados adotar um outro instrumento contratual, sem que deixemos de estar perante um contrato de *factoring* (de segundo grau).

Creemos que só não o poderiam fazer se o limitado regime legal do *factoring* o impedisse. O que não é o caso, havendo porém que ter presente a necessidade de estarmos face a créditos que revistam as características previstas no art. 2.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 171/95, de 18/7: serem créditos a curto prazo (i), e decorrerem da venda de produtos ou da prestação de serviços, nos mercados interno e externo (ii).

Desta forma, com esses limites (que excluem os créditos a médio e longo prazo, assim como aqueles, mesmo a curto prazo, que decorram de outros contratos que não da venda de produtos ou da prestação de serviços), nada obsta a que as partes, num desvio daquele que é o tipo negocialmente consagrado de *factoring* ente nós, optem pela venda dos créditos a curto prazo do cedente. Eventualmente até de uma massa de créditos a emergirem dos contratos a celebrar pelo cedente/vendedor com um conjunto de terceiros indicados no contrato.

Nesse caso não haveria qualquer adiantamento, mas simplesmente o preço de compra, pago imediatamente, determinado de acordo com o valor económico desse crédito. Para esse cálculo terá que se atender, entre outros elementos, ao tempo que medeia entre a venda e o vencimento e o risco corrido pelo adquirente.

Nesta hipótese, uma vez adquirido o crédito, os diversos riscos a ele ligados, conforme se apontou, passam para o cessionário, o que, conforme também foi apontado, não se verifica (transmissão integral do risco) na garantia prestada pelos factores que pode cessar em certos casos.

Dessa forma, tanto estaremos perante um contrato de *factoring* quando, conforme sucede na prática negocial, as partes, para a realização das funções de financiamento, garantia e cobrança, celebram um contrato misto de mútuo, fiança e mandato, como se optarem, desde que os créditos revistam as características apontadas, por uma venda de créditos<sup>90</sup>. Trata-se, no fundo, de importar para o *factoring* o mecanismo técnico do *forfaiting*.

Neste caso, então, o *forfaiting* (que tenha por objeto créditos a curto prazo decorrentes de contratos de venda de produtos ou da prestação de serviços) já não se distinguiria da *factoring*, sendo meramente uma modalidade de um negócio de segundo grau<sup>91</sup> desta.

A aproximação entre estes contratos que a adaptação do *forfaiting*, nascido, como se referiu, no seio do comércio internacional, ao âmbito interno gerou (em particular, o recurso à cessão de créditos ordinários e a curto prazo, mas também a ausência de garantia prestada por terceiro e a atribuição dos custos da liquidez e transferência do risco ao cedente) acaba por esbater as linhas de distinção entre estas figuras, de tal forma que, como se disse, por vezes, este *forfaiting*, ou melhor o *forfaiting* que revista estas características, se enquadra no *factoring* (embora se distinga do tipo negocial do contrato). Nos outros casos, de acordo com as linhas de distinção firmadas, tal não sucede, mantendo a sua autonomia.

Porto, março de 2012.

---

<sup>90</sup> Recorrendo a um outro instrumento jurídico para melhor alcançar os seus interesses. Ver, sobre este ponto, P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., p. 246.

<sup>91</sup> Se for adotada uma estrutura dual. Caso estejamos perante uma estrutura unitária será meramente uma outra modalidade de *factoring*.

## O OBJETO DO MODERNO DIREITO DE EMPRESA

Por Wilges Bruscato<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Conceito de Direito de Empresa. 2. Memória do Direito de Empresa. 3. Objeto do Moderno Direito de Empresa: Natureza Empresarial da Atividade Econômica. Conclusão. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente estudo demonstra que o traço da organização já não é suficiente para diferenciar as atividades econômicas de natureza empresarial daquelas de natureza não-empresarial. A definição do que tenha ou não caráter empresarial deve ser dada pelo critério legal, que, como regra, entende que toda atividade econômica tem natureza empresarial, excepcionando as de cunho intelectual e facultando opção às rurais. Assim, a definição da natureza da atividade econômica em empresarial ou não-empresarial está ligada ao objeto de exploração da atividade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Objeto do direito empresarial; natureza empresarial da atividade econômica; atividade empresarial.

**ABSTRACT:** *This study demonstrates that the trace of the organization is no longer sufficient to differentiate the economic activities of a business nature from those of non-business. The definition of what is business nature or not should be given by legal criteria, which, as a rule, understand that all economic activity is business nature, excepting the intellectual, and providing choice to rural ones. Thus, defining the nature of economic activity in non-business or business is connected to the object of activity exploration.*

**KEYWORDS:** *Object of business law, corporate nature of economic activity, business activity.*

### INTRODUÇÃO

O direito empresarial é um direito especial – devido as suas características e objeto – em oposição ao direito civil, chamado direito comum, de caráter geral<sup>2</sup>.

A unificação das obrigações pelo Código Civil ocasionou afirmações de que a autonomia do direito de empresa estaria irremediavelmente abalada, o que, por óbvio, não se sustentou.

Se pudéssemos utilizar uma expressão do vulgo popular para ilustrar o caso, diríamos: “*ado, ado, ado*, cada um no seu quadrado”. As funções do direito civil e do direito empresarial não se confundem. Aliás, isso nunca ocorreu. O surgimento do direito especial se deu, justamente, ante a

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela PUC-SP, Mestra em Direito pela UNIMEP, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUCCAMP, Professora Adjunta da PUC-MINAS, Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da PUC-MINAS, *campus* Poços de Caldas, Advogada.

<sup>2</sup> Nesse sentido: “O conjunto de normas que regula as pessoas, os bens e suas relações na ordem privada em geral compõe o que a doutrina denomina de direito civil. Assim o dizia o art. 1º do Código Civil de 1916, não reproduzido pelo atual, cujo conteúdo, porém, não se afasta desse enunciado. Trata-se de direito comum do povo, do direito relativo ao cidadão; a expressão advém do direito romano, onde era utilizado para identificar o direito destinado a regular a vida e as relações jurídicas do *cives*, do homem da cidade de Roma ou, mais precisamente, dos romanos (*jus proprium civium romanorum*). Sob essa perspectiva, o direito de empresa, objeto do Livro II da Parte Especial do Código Civil de 2002, antes denominado direito comercial, coloca-se diante do direito civil como um direito especial, isto é, como um direito que, em razão de certas particularidades, afasta-se do regramento geral para submeter algumas dessas pessoas (os empresários), bens e relações jurídicas ligados ao exercício de sua atividade (empresarial), a um regime peculiar e, portanto, diverso daquele que lhes seria normalmente aplicável.” GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 37.

impraticabilidade do direito comum frente aos conflitos entre mercadores e a necessidade do estabelecimento de regras mais ajustadas à atividade, dadas as suas características.

Desde o surgimento do direito empresarial, à época denominado mercantil, era preciso haver um critério de determinação das pessoas por ele alcançadas. Num primeiro momento, esse critério, de cunho subjetivo, era a matrícula na corporação de ofício: quem estava matriculado poderia invocar em seu favor as regras especiais e, do mesmo modo, tê-las aplicada contra si. Depois, com a extinção das corporações, adotou-se a teoria dos atos de comércio: quem praticasse de modo habitual qualquer ato definido legislativamente como de comércio estava compreendido na esfera do direito comercial. Atualmente, com a teoria da empresa vindo substituir a dos atos de comércio, costuma-se usar como critério o fato da organização da atividade para atribuir-lhe caráter empresarial ou não.

Porém, embora a organização fosse um traço diferenciador das atividades empresariais na década de 40 do século passado, quando surgiu a teoria da empresa, hoje, ela não serve mais para ser o divisor de águas entre o que tem natureza empresarial e o que não tem. Mas a diferenciação continua sendo importante, por exemplo, em caso de crise financeira: se a atividade em desequilíbrio tem natureza empresarial, seu titular pode socorrer-se dos instrumentos legais privativos dos empresários para resolver a situação, superando-a ou extinguindo a empresa. Se a atividade não é empresarial, não se poderá lançar mão de tais recursos.

Esse um dos exemplos da utilidade bem situar o objeto do direito de empresa, fixando quais atividades têm e quais não têm natureza empresarial, que é o objetivo desse estudo.

Passaremos por alguns aspectos da teoria geral do direito de empresa, que nos auxiliarão a definir a questão.

## 1- CONCEITO DE DIREITO DE EMPRESA

Embora os conceitos jurídicos sejam básicos para o estudo e a compreensão de seus objetos<sup>3</sup>, a moderna doutrina empresarialista não tem se ocupado da conceituação do direito de

<sup>3</sup> “(...) as *ferramentas* constituídas pelas categorias, conceitos, tipos e construções são indispensáveis para a segurança e certeza do Direito, desde que não esquecida, justamente, sua função instrumental, posto que não devem ser um fim em si mesmo, já que constituem meios para se entender e aplicar as normas jurídicas.” Grifo no original. BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 29.

empresa, a não ser de modo ocasional<sup>4</sup>. Talvez, isso seja motivado no empirismo que permeou o direito empresarial por muito tempo, já que se alimenta de sua “constante observação da realidade”<sup>5</sup>.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu alerta para a dificuldade da existência de um conceito unitário de direito mercantil, com valia universal, o que não o impede de defini-lo como *o sistema jurídico-normativo que disciplina de modo especial os atos de comércio e os comerciantes*<sup>6</sup>.

Para se elaborar um conceito deste ramo do direito, útil se faz verificar o que ensinava a memória do direito comercial, partindo da clássica noção de que o direito comercial é *o direito privado especial do comércio*, como registrado por Miguel J. A. Pupo Correia<sup>7</sup>. O mesmo autor, mais adiante, revela, no entanto, que tal definição tradicional, está, historicamente, ultrapassada e não corresponde à realidade dos sistemas modernos<sup>8</sup>, fato que aliás, já era apontado de maneira contundente por Jean Van Ryn, em 1954<sup>9</sup>.

Segundo esse pensador crítico, a própria expressão *comercial* como designativa desse ramo do direito está ultrapassada. Se era apropriada no passado, quando se ocupava, de maneira específica, dos direitos relativos ao comércio e aos comerciantes, agora se revela estreita e imperfeita, posto que seu objeto se amplia para ocupar-se da atividade econômica como um todo. “Se esse direito é chamado *comercial*, o é como recordação da época longínqua na qual a atividade econômica se reduzia praticamente ao tráfico de mercadorias, ao negócio, ao comércio, no sentido mais estrito.”<sup>10</sup> Daí seu conceito desse ramo especial do direito ser “o conjunto de regras jurídicas relativas à atividade do homem aplicada à produção, à apropriação, à circulação e ao consumo de

---

<sup>4</sup> “Direito comercial é a designação tradicional do ramo jurídico que tem por objeto os meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesse entre os exercentes de atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços de que necessitamos todos para viver. Note-se que não apenas as atividades especificamente *comerciais* (intermediação de mercadorias, no atacado ou varejo), mas também as *industriais, bancárias, securitárias, de prestação de serviços* e outras, estão sujeitas aos parâmetros (doutrinários, jurisprudenciais e legais) de superação de conflitos estudados pelo direito comercial. Talvez seu nome mais adequado, hoje em dia, fosse *direito empresarial*. Qualquer que seja a denominação, o direito comercial (mercantil, empresarial ou de negócios) é uma área especializada do conhecimento jurídico.” COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27, v. 1. Grifos no original.

<sup>5</sup> BULGARELLI, Waldírio, *Tratado...*, p. 29.

<sup>6</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 12-13.

<sup>7</sup> CORREIA, Miguel J. A. Pupo. *Direito Comercial*. 7. ed. Lisboa: Ediforum, 2001, p. 32, v. 1.

<sup>8</sup> *Idem, ibidem*, p. 33.

<sup>9</sup> VAN RYN, Jean. *Principes de Droit Commercial*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1954, *passim*, *apud* REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial. Atualizado por Rubens Edmundo Requião*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.7, v. 1.

<sup>10</sup> *Idem, ibidem*. Grifo no original.

riquezas” entendendo, de modo acertado, que o comércio é apenas um elo da cadeia constituída pela atividade econômica global.<sup>11</sup>

João Eunápio Borges conceituava o direito comercial como o “complexo de normas que regulam as relações derivadas das indústrias e atividades que a lei considera mercantis, assim como os direitos e obrigações das pessoas que profissionalmente as exercem.”<sup>12</sup> Da ideia desse autor é possível perceber um traço comum nos conceitos de direito comercial tradicional, que, no entanto, ainda continua a orientar pensadores atuais dessa área jurídica<sup>13</sup>. Esse traço comum pode ser encontrado no positivismo legal que dirige a elaboração dos conceitos.

A esse respeito, podem ser feitas considerações em dois sentidos.

Primeiro, que na conceituação do tradicional direito comercial, esse aspecto acaba por desatualizá-lo, já que tais conceitos se erigiram na vigência da teoria dos atos de comércio, baseando-se no rol legislativo das práticas, que foi, justamente, a razão da derrocada dessa teoria, encarregando-se a própria realidade econômica e social por trazer desarticulação a tais conceitos, hodiernamente.

Porém, como segunda consideração a respeito do caráter positivista como balizador da construção do conceito do ramo do direito em comento, como nos dias que correm a legislação abraça a teoria da empresa, inserindo um conceito aberto, a técnica da adoção da lei como norte da elaboração do conceito nos serve muito bem.

Assim, construindo um conceito normativo, tendo por base o artigo 966 do Código Civil<sup>14</sup>, seria satisfatório definir o *direito empresarial como o ramo do direito que regula as relações provenientes da atividade particular de produção e circulação de bens e serviços, exercida com habitualidade e com intuito de lucro, bem como as relações que lhes sejam conexas e derivadas*.

Fixar o conceito de direito empresarial desse modo atende aos requisitos da especificidade, amplitude e perenidade de que devem se revestir os conceitos, já que mesmo as mais criativas inovações de atividade econômica que venham a existir no futuro poderão estar contidas na *produção ou circulação de bens e serviços*.

---

<sup>11</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>12</sup> BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 13, v. 1.

<sup>13</sup> Principalmente, no sistema português em que ainda se discute se o direito comercial é comercial porque se refere ao comércio ou ao comerciante. Por todos, cf. CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, p. 22, v. 1.

<sup>14</sup> Art. 966 – Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

## 2- MEMÓRIA DO DIREITO DE EMPRESA

Embora seja possível encontrar referências a regras de cunho comercial desde a Antiguidade, em diversos povos, recordaremos aqui a partir do período mais fértil do direito empresarial, à época, mercantil<sup>15</sup>.

No século IX, já Idade Média<sup>16</sup>, com o domínio muçulmano nos mares, a Europa feudal se vê isolada e o comércio passa a ser feito internamente, em terra, para garantir sua segurança. Surgem as grandes feiras, nos burgos. Pode-se dizer que é a partir desse momento que o direito comercial começa a se formar. Datam desta época as corporações de mercadores. Esses profissionais criaram um direito ágil, vivo e sagaz em suas corporações, que foi o contraponto do direito romano-canônico, formal e solene, absoluto, até então<sup>17</sup>.

As Cruzadas, a partir do século XII, expedições militares de caráter religioso, feitas na Idade Média, para perseguir hereges, ajudaram a alargar os centros comerciais, já que seus participantes, além de lutarem, acabavam traficando mercadorias.

Este período, de fraco poder político central e forte impulso do comércio, foi fértil no aparecimento e aprimoramento de institutos importantes para o direito comercial, como: os títulos de crédito, os bancos, a falência aplicada de modo privativo aos devedores comerciantes, os contratos mercantis como transporte, comissão, representação e as sociedades, especialmente, nas cidades italianas, como Gênova, Florença, Milão e Veneza, mas não exclusivamente, como nos dá notícia Jorge Manuel Coutinho de Abreu<sup>18</sup>. Outras regiões contribuíram com a formação e desenvolvimento do direito comercial medieval, como a Catalunha e a França. Não se pode olvidar que o importante e complexo *Libro del Consolato del Mare*, que se difundiu amplamente por toda a Europa, com instrumentos que até hoje utilizamos, resultou da atividade da corporação mercantil marítima e do tribunal marítimo consular de Barcelona. E na Europa setentrional, merecem

<sup>15</sup> Para um histórico mais detalhado e preciso: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *op. cit.*, p. 42-55.

<sup>16</sup> A divisão clássica da história da humanidade em períodos, que leva em consideração apenas o ocidente, está assim fixada: A Pré-História é o período compreendido entre o aparecimento do homem na terra (aproximadamente, há 5 milhões de anos) e o surgimento da escrita, por volta de 3500 a.C.; a Idade Antiga é o período entre 3500 a.C. e o fim do Império Romano no ocidente, em 476 d.C.; a Idade Média vai do ano de 476 até o de 1453, com a queda de Constantinopla (fim do Império Romano no oriente); a Idade Moderna está situada entre 1453 e 1789, com a Revolução Francesa, a partir do quê se inicia a Idade Contemporânea.

<sup>17</sup> BULGARELLI, Waldírio, *Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 29.

<sup>18</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *op. cit.*, p. 4, v. 1.

destaque especial as feiras de Champagne e Lyon, centros de transição de mercadorias e dinheiro de toda a Europa ocidental<sup>19</sup>.

Também em terras alemãs houve grande intensificação do comércio nas costas do mar do Norte, onde foi constituída a *Hansa*, lideradas por Hamburgo e Lubeck, congregando mais de oitenta cidades mercantis, desde Bergen até os Países Baixos, cujo apogeu se deu no século XIV, monopolizando, por três séculos, o comércio exterior da Inglaterra<sup>20</sup>.

Naquele tempo, as regras comerciais - mais vantajosas que as do direito comum, porque mais específicas<sup>21</sup> - eram aplicadas somente ao fechado círculo das pessoas matriculadas nas corporações de mercadores, onde, como já exposto, as pendências eram solucionadas internamente, por cônsules eleitos, que utilizavam nas suas decisões os usos e costumes, a equidade e o contido em seus estatutos, sem grandes formalidades. Eram os chamados tribunais consulares, ancestrais dos Tribunais de Comércio.

Os cônsules acabavam por atuar, legislativamente, também, criando normas com seus julgados. Como estas normas eram mais ajustadas aos mercadores, era necessário estabelecer e determinar quem realmente era profissional do comércio. O critério utilizado era a matrícula na corporação. Se o indivíduo estava nela matriculado, poderia ter suas questões apreciadas conforme as regras especiais. É o chamado período subjetivo do direito comercial (séculos XII a XVIII). Esse foi, portanto, um direito de classe, o *jus mercatorum*: direito criado pelos mercadores para regular suas atividades profissionais e por eles aplicado<sup>22</sup>.

As corporações de ofício foram ganhando, desse modo, poder político, já que atuavam na esfera político-administrativa e judicial<sup>23</sup>, o que por óbvio, não interessava aos poderes soberanos da época, que para recuperar terreno, já na Idade Moderna, acabaram por editar normas de aplicação específica aos comerciantes e por criar uma jurisdição especializada para conhecer os conflitos que as corporações julgavam, o que as foi enfraquecendo.

---

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*. Cite-se, ainda, os *Roles d'Oleron*, da França, as *Consuetudines*, de Gênova, a *Capitulare Nauticum*, de Veneza e o *Constitutum Usus*, de Pisa. REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 11.

<sup>20</sup> *Idem, ibidem*, p. 10.

<sup>21</sup> "(...) mercadores [geraram] um direito 'especial' do comércio – contraposto ao direito 'comum' (romano-canônico) e aos vários direitos 'próprios' ou particulares, desajustados às novas realidades da vida econômico-mercantil." ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *op. cit.*, p. 2, v. 1.

<sup>22</sup> *Idem, ibidem*, p. 3.

<sup>23</sup> "Deve-se notar que os comerciantes, organizados em suas poderosas *ligas* e *corporações*, adquirem tal poderio político e militar que vão tornando autônomas as cidades mercantis a ponto de, em muitos casos, os estatutos de suas corporações se confundirem com os estatutos da própria cidade." REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 10.

O início da derrocada do período subjetivista do direito comercial se deu com a submissão ao julgamento pela jurisdição consular de qualquer ato comercial do mercador, mesmo que estranho ao seu ramo de negócio<sup>24</sup>. Além disso, passou-se a admitir que não comerciantes demandassem nos tribunais consulares. Rubens Requião anota ser esta fase chamada de *período eclético*<sup>25</sup>.

Mesmo com o enfraquecimento das corporações de ofício em França, no século XVI, que foram perdendo espaço de decisão para os tribunais de comércio do, ainda, incipiente Estado, os usos e costumes continuaram a ser aplicados na solução de conflitos atinentes aos comerciantes.

Quando as corporações se extinguíram, o direito comercial já estava, portanto, sedimentado. Sendo, contudo, um direito especial, deveria continuar a ter seu alcance limitado aos profissionais da área. Nesta fase, era perceptível que nem toda a atividade comercial era praticada por profissionais do comércio, já que alguns institutos originalmente comerciais tiveram seu uso generalizado, como a letra de câmbio, por exemplo. Como o critério subjetivo já não mais poderia ser utilizado – a matrícula nas corporações, posto que extintas –, surgiu a teoria dos atos de comércio, mais objetiva, atendendo ao princípio da igualdade, um dos característicos da Revolução Francesa.

Pela teoria dos atos de comércio, comerciante era aquele que praticava ato de comércio de maneira profissional. “Com ela, o direito comercial deixou de ser apenas o direito de uma certa categoria de profissionais, organizados em corporações próprias, para se tornar a disciplina de um conjunto de atos, que em princípio poderiam ser praticados por qualquer cidadão”<sup>26</sup>, mas, que quando praticados de modo profissional, mereciam tutela estatal especial.

Ela surgiu em 1807, com a entrada em vigor do *Code de Commerce*, de Napoleão, para abranger todos os que se dedicassem, profissionalmente, ao comércio, independentemente do fato de serem ou não matriculados como tal, criando sistemas diferentes para as atividades civis e as comerciais.

Assim, no século XVIII, após a grande expansão territorial do período colonialista, dos grandes descobrimentos e navegações, as corporações são abolidas e é estabelecido o liberalismo no trabalho e no comércio. O Estado chama para si a competência de conhecer e julgar as lides

<sup>24</sup> Despontavam já os “germes objetivistas” do direito comercial. ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *op. cit.*, p. 3, v. 1

<sup>25</sup> REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p.12, v. 1.

<sup>26</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 12, v. 1.

entre comerciantes, aplicando o direito comercial surgido nas corporações, através dos Tribunais de Comércio.

Com isso, um novo critério para determinar quem fossem os destinatários das normas comerciais teve que ser construído. Então, como visto, passa-se o foco aos *atos de comércio*, para se estenderem a todos os que praticassem os referidos atos de modo habitual. É o período objetivo dos atos de comércio (teoria dos atos de comércio), no qual floresceram legislações importantes, como o Código Comercial da França (1807) e suas derivações na Espanha (1829), Portugal (1833), Brasil (1850) e Itália (1865)<sup>27</sup>. A Alemanha e os países da *Common Law* não se perfilharam a ela.

O Código Comercial alemão de 1897 - ainda vigente, com modificações -, adotou a concepção subjetivista quando definiu como atos de comércio os “atos de um comerciante que pertencem à exploração da sua empresa comercial (art. 343)”<sup>28</sup>.

O Código Comercial brasileiro como derivação do Código Comercial francês, centrou sua regulamentação nos atos de comércio – embora não mencionasse essa expressão -, para delimitar a matéria de sua competência.

A redação do nosso Código Comercial foi iniciada em 1809 e concluída em 1834, ocupando um período de vinte e cinco anos, portanto, para ser promulgado apenas em 1850. No entanto, no mesmo ano de 1850 e no de 1851, outros regulamentos surgiram para aperfeiçoá-lo.

Entre eles, o regulamento 737, de 25 de novembro de 1850<sup>29</sup>, que listava os atos de comércio, para que se pudesse aplicar a legislação comercial aos que os praticassem.

O objetivo desse trecho do regulamento era suprir a lacuna deixada pelo código, quando previu que a legislação ali contida aplicava-se ao comerciante. Comerciante era todo aquele que fazia da mercancia profissão habitual, ou seja, aquele que praticasse atos de comércio, no qual

<sup>27</sup> DORIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo, 1998, p. 21, v.1.

<sup>28</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *op. cit.*, p. 10, v. 1. O Código francês também incluía a expressão empresa em seu artigo 632, para referir-se a certos tipos de negócio, como de manufatura, de comissão, de transporte, de fornecimento, de venda em leilão, dos espetáculos públicos, fazendo-o, porém, de maneira vinculada aos atos de comércio, no sentido de que se considerava empresa a repetição de atos de comércio em cadeia. REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 14.

<sup>29</sup> “Reg. 737, art. 19 – Considera-se mercancia:

§ 1º - A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar ou seu uso;

§ 2º - As operações de câmbio, banco e corretagem;

§ 3º - As empresas de fábrica, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;

§ 4º - Os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

§ 5º - A armação e expedição de navios.”

pudessem ser abrigados novos tipos de iniciativa econômica. A opção foi a listagem positivada, que entre nós, foi estabelecida no citado Regulamento 737.

Revogado o citado Regulamento em 1939, ele continuou, todavia, a ser a referência utilizada, até por falta de outra norma que viesse substituí-lo e preencher a lacuna. A lista do Regulamento 737 não é taxativa e há muitos outros atos que lhe podem ser acrescentados em virtude de *legislações* posteriores, como os atos referentes à sociedades anônimas, às operações com títulos da dívida pública ou quaisquer papéis de crédito do governo, às empresas de construção, aos transportes aéreos, aos atos praticados pelo representante comercial, à letra de câmbio, à nota promissória, à duplicata, ao cheque, à *warrant* e ao conhecimento de depósito, para citar alguns.

Mesmo com a extinção da jurisdição especial no Brasil em 1875, a caracterização do comerciante continuou sendo importante para a aplicação de dispositivos específicos, como as falências e as concordatas, a locação comercial, a validade probatória da escrituração comercial regular, pela jurisdição comum.

Contudo, como evidente, a atividade econômica é dinâmica e inovadora. O sistema de classificação de um ato como de comércio decorrendo da lei, ou seja, o caráter positivista, não conseguiu acompanhar as inovações surgidas ao longo do tempo.

Em razão das peculiaridades da atividade comercial, não é possível aos particulares aguardarem todo o extenso e demorado trâmite legislativo para o início do exercício de um novo tipo de iniciativa econômica.

Assim sendo, a teoria dos atos de comércio foi se tornando obsoleta para determinar a qualidade de comerciante.

O comércio tem sido uma das atividades humanas mais dinâmicas de que se tem notícia. Seus modos, costumes, legislação vão se modificando para acompanhar as inovações tecnológicas, as necessidades e os desejos da sociedade.

Como vimos de ver, a partir do momento em que os conflitos entre comerciantes passaram a ser resolvidos através de normas próprias, nas corporações de ofício, dando atendimento à peculiaridades da profissão, tornou-se forçoso restringir seu âmbito de aplicação tão-somente àqueles que atuassem profissionalmente como mercadores. Para este efeito, mercador era o membro matriculado na corporação de ofício dos mercadores. Esse o critério de aplicação da lei,

naquela época. Quando tal critério se tornou ineficiente, surgiu outro – a teoria dos atos de comércio – para substituí-lo. E a evolução social não se estancou por aí.

O comércio, no sentido jurídico, foi passando a não ser considerado, apenas, de modo estrito, ou seja, apenas como o ato de intermediar a compra e venda, entre produtor e consumidor, atacado e varejo.

Com o passar do tempo, foi-se evidenciando que o ato de comércio do modo exposto, é um conceito vago, de difícil precisão, já que não há um elemento de identidade entre os diversos atos<sup>30</sup>; somente uma lista dos mesmos.

Devido ao grande desenvolvimento da economia capitalista, que permitiu a produção em massa, o objeto do direito comercial foi se ampliando, tornando desatualizado o critério da teoria dos atos de comércio para a classificação da atividade econômica, exigindo que sua disciplina jurídica não mais se restringisse a regular a profissão de comerciante e os atos de comércio, a atividade comercial pura. Foi necessário que essa noção se ampliasse para tratar de toda atividade *empresarial*.

Do mesmo modo que a teoria dos atos de comércio veio substituir a matrícula nas corporações de ofício, quando aquela não se mostrou capaz de atender o dinamismo social, outro critério de caracterização do exercente da atividade econômica teve, portanto, que ser introduzido.

Este novo critério é denominado *teoria da empresa* e se consolidou na Itália, em 1942, com seu novo Código Civil, que unificou a regulamentação da atividade privada, naquele país<sup>31</sup>.

Teoria da empresa porque não considera a pessoa em si, nem seus atos isoladamente, mas a atividade organizada, profissional, estruturada, com intuito de lucro.

Modernamente, então, a tendência é que as regras do direito empresarial tenham por base o exercício profissional de uma atividade econômica de natureza empresarial, o que ocorre sempre através de uma empresa, seja individual ou coletiva. Por isso este período se denomina período subjetivo da empresa ou subjetivo moderno, em oposição ao período subjetivo corporativista, das corporações de ofício.

---

<sup>30</sup> Embora os esforços de Alfredo Rocco para determinar o conceito e classificar os atos de comércio, entrevendo critérios – intrínsecos, relativos à natureza e função econômica do ato, e extrínsecos, relativos à conexão existente entre atos intrinsecamente comerciais e outros atos que a eles se equiparariam – utilizados pela lei para fixar a comercialidade dos atos. In ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1931, p. 214-215.

<sup>31</sup> Como citado, a ideia de empresa já havia sido inserida no Código alemão de 1897, em seu artigo 343, onde, de modo precursor, constava uma definição aberta de ato de comércio, vinculada, no entanto, à *atividade*, o que oportunizou o deslocamento do objeto do direito comercial do ato isolado e da pessoa que o exercia, para fixá-lo na atividade, sobre o que se sedimentou o sistema italiano, anos depois.

Subjetivo porque é impossível separar a atividade de seu agente. Tanto assim que o Código Civil italiano, como salientado, bem como o nosso Código Civil, não conceituam a empresa, mas, o empresário.

Esse critério, com o assentamento genérico do que seja empresário e atividade empresarial, tem enormes chances de se projetar para um futuro longínquo, já que nele será possível abrigar as mais diversas e inovadoras iniciativas econômicas, conforme adiantamos acima, no comentário à definição atual de direito empresarial.

Mesmo antes da aprovação do Código Civil de 2002, o direito brasileiro, através da doutrina e da jurisprudência, vinha atualizando o direito comercial para aproximá-lo da teoria da empresa<sup>32</sup>. Este pensamento chegou a influenciar também, mais recentemente, alguns diplomas legais, como o Código de Defesa do Consumidor, artigo 3º, que igualou, na figura de fornecedor, qualquer empresa, mesmo que a atividade fosse civil. Bem assim, a lei de locação (lei nº 8.245/92) estendeu às indústrias e às sociedades civis com fins lucrativos o benefício da renovação compulsória que era reconhecido aos comerciantes (art. 51, § 4º).

### 3- OBJETO – NATUREZA EMPRESARIAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Sabe-se que, como mencionado, com o progresso da sociedade, o leque de atividades desenvolvidas pelo homem em busca de seu sustento, para atender aos interesses do consumidor, abriu-se, tremendamente, e a legislação, como vimos, foi alterada, acompanhando-se o direito italiano, para a adoção da *teoria da empresa*, que desfoca o objeto do direito de empresa dos atos de comércio, para fixá-lo na empresa, ou seja, no *conjunto dos atos* organizados e encadeados, praticados pelo comerciante ou empresário; na *atividade*.

O direito empresarial não se restringe mais, então, a regular a profissão de comerciante e os atos de comércio, a atividade comercial pura<sup>33</sup>. Ele se amplia, *naturalmente*, para tratar de toda

<sup>32</sup> Apenas a citada lei nº 8.934/94, do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, utilizou a expressão empresa em sua denominação, assim como a Constituição da República, promulgada em 1988, já utilizava a expressão (art. 171, 173, 175, § ún., 176, § 1º, 179, 222 e art. 44 do ADCT).

<sup>33</sup> A transposição do direito comercial para o direito empresarial nem sempre é encarada de modo sossegado, causando certa perplexidade a respeito de alguns aspectos, como exposto em: SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Fattispecie* Empresário no Código Civil de 2002. *Revista do Advogado*. . São Paulo: AASP, ano XXVIII, nº 96, p. 11-20, mar. 2008.

atividade empresarial, abrangendo também a indústria, os transportes, os seguros, os bancos, os serviços, o mercado mobiliário, os títulos de crédito, os contratos mercantis, o direito societário, o poder econômico, a locação empresarial, a propriedade industrial, as empresas em crise econômica etc.

Para fixar o objeto do moderno direito de empresa, tomamos por guia a própria legislação vigente, do mesmo modo que fizemos para construir o conceito da disciplina, ou seja, usando o caráter jurídico-positivista<sup>34</sup>.

Cabe, então, diferenciar a atividade empresarial da não-empresarial, pois não se deve mais falar em atividade *comercial* e atividade *civil*, depois do Código Civil de 2002, embora o próprio Código o faça.

Há, portanto, ocupações, que embora também tenham fins econômicos, não possuem caráter empresarial e é necessário delimitá-las.

Das atividades, ainda que econômicas, prestadas sem finalidade de *lucro* direcionado aos seus exercentes ou participantes, como as que vemos, normalmente, acontecer nas fundações, associações, entidades religiosas e partidos políticos, não nos ocuparemos, pois estão fora do nosso âmbito de interesse.

Pela recentidade da adoção da teoria da empresa entre nós, há muitos posicionamentos tentando definir quais atividades estariam sujeitas às normas empresariais, qual seria o traço diferenciador da qualidade de empresarial da atividade econômica.

O que diferencia as duas espécies de atividade não é o aspecto histórico, ou seja, é impreciso afirmar que o que era comercial, passa a ser empresarial; o que era civil, passa a ser simples ou não empresarial. A imprecisão desse posicionamento está em que nem tudo que era abarcado na classificação de atividade civil está contido na seara das sociedades simples (e, portanto, da atividade não-empresarial). O exemplo mais candente é a prestação de serviços, que se dava através de sociedade civil com fins lucrativos. Hoje, os serviços, segmento eloquente da atividade econômica no país – e por isso mesmo - têm natureza empresarial.

---

<sup>34</sup> “(...) se examine a *forma* pela qual a atividade econômica é desenvolvida, sendo a *organização* o elemento caracterizador das sociedades de natureza empresária. (...) constatada a dificuldade de, em determinados casos, definir-se a natureza da sociedade ( haja vista a inexistência de critério objetivo) (...)” BOTREL, Sérgio. Institutos Complementares do Direito Empresarial, p. 284. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). *Direito Societário na Atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 279-300. Grifos no original. Diferentemente do que pensam outros autores, entendemos que a lei oferece, sim, critério bastante seguro, prático e objetivo a ser seguido para o deslinde da questão.

O fato de o empresário valer-se ou não de agentes auxiliares também não pode ser traço diferenciador, porque o próprio Código, quando excetua, no parágrafo único do artigo 966, o caráter empresarial da atividade, menciona que ela pode ser prestada *com o concurso de auxiliares* ou colaboradores.

O tamanho do negócio empresarial também não se presta a ser o divisor de águas da questão, pois a própria lei inclui *entre os empresários* aquele de atividade e faturamento reduzidos (denominado pequeno empresário), para conferir-lhe *tratamento favorecido* quanto à inscrição e efeitos dela decorrentes, mas não para lhes retirar a condição de empresário. Portanto, não haveria coerência lógica nesta posição.

Em nosso entendimento, também o traço da *organização*, embora apontada, em uníssono, por eruditos contemporâneos do direito de empresa, amparados em autorizada doutrina internacional<sup>35</sup>, não é o que melhor representaria, ao menos *de modo categórico*, a distinção, porque mesmo a atividade simples (não empresarial) requer ordem no seu desenvolvimento, ou seja, os atos, os bens e as práticas devem ser arrançados e dispostos de forma determinada e adequada à finalidade a que se destinam, caso contrário, a prestação da atividade está fadada ao insucesso.

Se organizar é dispor, arranjar, de modo metódico e ordenado, as partes de um todo para que atenda à função a que se destina, mesmo aquele cuja atividade não se encaixa na definição de atividade empresarial, deve manter *práticas estabelecidas e pré-ordenadas* para que sua atividade se avie e chegue a resultado econômico positivo.

Importante lembrar que a lei número 4.137/62, que tratava da repressão ao abuso do poder econômico (substituída pela lei n. 8884/94), foi a única entre nós que se ocupou de definir empresa. E sua definição, *que se baseava na organização*, incluía tanto as iniciativas civis, quanto as mercantis, evidenciando que o *fator da organização é comum a ambas* e, portanto, não pode servir como elemento diferenciador<sup>36</sup>. A organização é um adjetivo da atividade prestada, mas não é a atividade. A organização como centro da empresa é um conceito afeito à economia e à sociologia, mas, não basta para a definição jurídica de empresa. Mesmo as atividades de cunho não-empresarial desenvolvem-se por meio de uma organização estável.

<sup>35</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *A Fattispecie...*, p. 12; COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 18, v.1; SZTAJN, Rachel, *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 127-135.

<sup>36</sup> Lei 4.137/62, artigo 6º - Considera-se empresa toda organização *de natureza civil ou mercantil* destinada à, exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos.

Afigura-se-nos pleonástica a expressão “atividade econômica organizada”, vez que a organização é indissociável da noção de “econômica”<sup>37</sup>. A definição de econômico abarca a ideia de tudo aquilo que é relativo à *economia*, à atividade produtiva ou ao *sistema* produtivo, à capacidade de gerar lucros, também integrando tal noção o controle de despesas, a parcimônia nos gastos, o favorecimento na contenção de despesas ou aquilo que seja lucrativo, vantajoso. A economia, por sua vez, é vista como a *ciência* que trata dos fenômenos relativos a produção, distribuição e consumo de bens, ou seja, a *teoria* econômica, que se ocupa do *sistema produtivo* de um país ou região, da arte de bem administrar, da *organização dos diversos elementos de um todo*. Como conceber-se que algo se ocupa de um sistema sem que haja organização? Seria um paradoxo conceitual. Como chegar ao lucro, sem organização? O resultado econômico positivo não ocorre por acaso; é *perseguido*, é consequência de ações intencionalmente praticadas e, portanto, organizadas. Assim é que o adjetivo *organizada* para a atividade econômica se nos afigura como uma redundância de termos, empregada nesse caso de modo legítimo, para dar mais força e clareza à expressão e à ideia que ela representa.<sup>38</sup>

Não nos parece apropriado encarar-se o fator da organização mencionado como uma *grande estruturação* em torno da prestação da atividade, posto, que se assim fosse, muitas iniciativas de natureza genuinamente empresarial deixariam de sê-lo por não atingir o *porte* de uma *organização*, não ostentar um *grande complexo* de bens e práticas. Desse modo, nesse particular, o ponto de diferença estaria, na verdade, no tamanho da iniciativa e não no fato de ser organizada ou não. E, como dito acima, a lei não exclui o caráter empresarial das pequenas iniciativas: ao contrário, prescreve-lhes tratamento apropriado.

Por outro lado, ainda em relação ao fator da organização, é forçoso reconhecer que há atividades de natureza não-empresarial que podem tomar grande vulto, tornando-se verdadeiras *organizações*, sem se descaracterizar.

---

<sup>37</sup> Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1. ed.. 14. impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s.d., p. 497-498 e 1.101.

<sup>38</sup> Observe-se o modo como Gladson Mamede discorre sobre a organização: “A empresa é, aqui, a atividade econômica, o tráfico negocial que implica operações que se estruturam e se repetem para atender ao mercado, produzindo ou circulando bens e/ou serviços, fruto de uma coordenação que organiza bens, pessoas e atos numa verdadeira engenharia negocial. No entanto, há organizações de todos os matizes e com lógicas diversas, atendendo a múltiplos pontos de vista e metas, condições e propostas, sendo de todo útil lembrar que a organização do passado pode ser tida como desorganização do presente e vice-versa. Não cabe ao jurista questionar a organização havida, para, assim, afirmar ou não a existência de uma empresa.” MAMEDE, Gladson. *Direito Empresarial Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 28, v. 1.

E, por derradeiro, é preciso lembrar que, historicamente, o estabelecimento comercial sempre foi considerado como complexo *organizado* de bens, muito antes de se identificar a organização como traço diferenciador das atividades, quando diversas delas, que hoje são consideradas empresariais, não estavam sob a égide do direito comercial. Portanto, contrariando o pensamento corrente, não consideramos a organização como o que determina a qualidade empresarial de uma atividade.

E há uma razão para isso.

É que, como mencionado, preferimos tomar a própria lei como norma qualificadora da fixação da natureza empresarial da atividade. Essa opção se faz em razão da segurança e simplicidade, já que *não é necessário adicionar nenhuma complexidade* a tal critério<sup>39</sup>.

Caminheemos alguns passos:

a) Quando o artigo 966 do Código Civil conceitua o empresário – de onde podemos inferir um conceito de empresa -, menciona que “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente *atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços.*” Daí, que toda atividade econômica organizada que produza ou faça circular bens ou serviços detém o caráter jurídico de empresa.

Repita-se: a *regra* é, então, que toda e qualquer atividade econômica exercida tem caráter empresarial. Porém, para a fixação jurídica da natureza empresarial das atividades, tal constatação ainda não é suficiente.

É que o legislador usou a técnica da exclusão para determinar a questão. Ou seja, no *caput* do artigo 966 firmou, genericamente, a regra, mas, que é complementada pelo parágrafo único do dispositivo.

Percebe-se, claramente, o natural alargamento do direito de empresa em razão da diversificação econômica, para abranger atividades que não estavam sob sua égide.

Como bem situa Miguel J. A. Pupo Correia<sup>40</sup>:

---

<sup>39</sup> Segundo o princípio científico da *Navalha de Occam*, quando há várias soluções possíveis para um mesmo problema, a maior probabilidade de acerto está na mais simples: De todas as hipóteses possíveis para se atingir a solução de um problema, a que tem mais probabilidade de ser a verdadeira é a mais simples. A menos que seja necessário, não introduza complexidades ou suposições em um argumento. Não só o resultado será menos elegante e convincente, como também terá menos probabilidade de estar correto. *Pluralitas non est ponenda sine neccsitate* – A pluralidade não deve ser posta sem necessidade. Adaptado da Máxima da Navalha de Occam. Willian de Occam, *Quodlibeta*, Livro V, 1324. A NAVALHA DE OCCAM. Sociedade da Terra Redonda. Disponível em: <http://www.str.com.br/ca/laminaoccam.htm>. Acesso em: 19 fev.2004.

<sup>40</sup> CORREIA, Miguel J. A. Pupo, *op. cit.*, p. 34.

“A inclusão destas actividades no âmbito do direito comercial obedece a um certo conjunto de necessidades específicas, enquadradas numa visão sistemática, num determinado espírito: o direito comercial é enformado por uma concepção essencial [dos seus princípios].

E foi porque estas necessidades e interesses, que começaram por ser sentidas pelos comerciantes, passaram a outros sectores da economia, é que também se alargou a outras actividades, para além do comércio (em sentido económico estrito), o âmbito disciplinador do direito comercial.

Aliás, tais necessidades e interesses têm o condão de imprimir características próprias ao direito comercial (...).”

b) Retomando, no texto do parágrafo único do artigo 966 é que reside, na verdade, a diferenciação buscada: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual (...)”. Por exclusão, então, chegamos à perseguida distinção entre o que seja atividade de natureza empresarial – objeto, portanto, do ramo de direito sobre o qual nos debruçamos – e não-empresarial.

Assim, mesmo que a atividade seja *econômica, organizada e produza ou circule bens ou serviços*, se for de caráter intelectual, não será alcançada pelo direito de empresa.

Vai disto, as atividades intelectuais, quer sejam científicas, literárias ou artísticas não são alcançadas pelo direito de empresa. A razão disso, longe de atender “apenas a uma tradição antiga de privilégio concedido aos profissionais (...) liberais”<sup>41</sup> é que os resultados dessas atividades, ainda que produzam bens ou prestem serviços, são fruto de um esforço criador, originário da própria mente do autor ou autores, ou seja, as atividades de natureza científica, literária ou artística não têm caráter empresarial, porque, embora possam produzir ou circular bens ou serviços e reverter o proveito disso em favor de seus exercentes, esse resultado decorre da atividade criadora que nasce de habilidades intelectuais pessoais. Os resultados de tais atividades, ainda que muito próximos entre si, não serão idênticos, não são passíveis da *massificação*. Tais atividades, pelas peculiaridades que se busca com seus resultados finais, exigem de seus praticantes uma dedicação individualizada: o médico aos seus pacientes, o engenheiro aos seus projetos, o advogado aos seus processos, o músico às suas composições, o pintor aos seus quadros, o escritor às suas obras etc.

---

<sup>41</sup> Esta é a posição de MATTOS NETO, Antônio José, O Empresário à Luz do Novo Código Civil. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXIII, nº 71, p. 07-14, ago. 2003, p. 11, com respaldo em GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1983, p. 413.

c) No entanto, o mesmo dispositivo faz uma ressalva, ao seu final: se a atividade intelectual for praticada como *elemento de empresa*, passará a ter caráter empresarial, com todas as consequências que disso advém<sup>42</sup>.

Então, importante compreender a noção do que venha a ser elemento de empresa.

Os dirigentes da atividade empresarial buscam coordenar uma série de fatores e variáveis para obter o lucro, para aviar seu estabelecimento empresarial. Para isso, lançam mão dos mais variados meios e expedientes.

Por óbvio, o profissional intelectual tem o mesmo objetivo e se vale, igualmente, dos mais variados recursos, para captar, legitimamente, sua clientela. Quando os meios que utiliza estão circunscritos ao necessário para exercício de sua profissão intelectual, a característica da não-empresariabilidade está preservada.

Porém, se o profissional intelectual adiciona meios facultativos ou não essenciais para a exploração de sua atividade, agregando elementos excepcionais, torna a atividade elemento de empresa. Ou seja, enquanto mantém a atividade intelectual como foco principal e as variações como acessórias, não tem caráter empresarial. Mas, se, no afã de incrementar seus resultados econômicos, agrega tantos diferenciais não essenciais à prestação da atividade, de modo a tornar a própria atividade um elemento (ainda que importante) do conjunto das práticas oferecidas aos clientes, transforma sua atividade em empresarial.

Desse modo, desde que a atividade seja prestada de modo puro, sem se agregar a outras, ainda que conexas, *não constitui elemento de empresa* e está além das fronteiras do direito empresarial. Então, a atividade intelectual *constitui elemento de empresa* quando vem acompanhada daquilo que não seja inerente a ela.

Assim, para exercer a profissão intelectual, de natureza científica, de médico veterinário não é necessário que se mantenha uma farmácia de medicamentos destinados a animais, nem um salão de beleza com banho e tosa, nem um ambiente *pet shop*; o engenheiro civil pode exercer sua profissão intelectual sem, no entanto, precisar empreitar as obras que projeta; o médico cirurgião plástico não precisa oferecer em sua clínica, produtos de beleza ou serviços adicionais de estética; o escritor pode exercer sua profissão sem editar ou publicar obras de outros escritores; o pintor pode exercer sua profissão sem comercializar telas, pincéis, tintas; o advogado pode exercer sua

---

<sup>42</sup> Carvalho de Mendonça já alertava para a *vis attractiva* do direito comercial. MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 468, v. 3.

profissão sem se dedicar à administração imobiliária e aí por diante. Mas se assim fizerem, estão tornando sua atividade intelectual elemento de empresa, descaracterizando-a.

d) Derradeiramente, também por ressalva legislativa contida no artigo 971 do Código Civil, a atividade rural, por opção<sup>43</sup>, pode manter-se à margem do direito mercantil, salvo se constituir, igualmente, elemento de empresa.

Sobre a atividade rural é preciso lembrar que ela foi, por muitos anos, ao longo da história do país, o centro da economia. O plantio e a colheita, a ordenha, a criação de gado de corte, o extrativismo, sustentam, ainda, um grande número de famílias, em regime de subsistência, mesmo após o êxodo rural iniciado no final da década de cinquenta, quando a migração para os centros urbanos foi maciça, em busca de melhores condições de vida, como moradia, saneamento, melhor remuneração e reconhecimento de direitos trabalhistas, educação *etc.*

Como observado, o empresário rural pode optar por desenvolver sua atividade como produtor rural (singularmente ou em sociedade simples) ou em moldes empresariais. Sendo sua escolha atuar como empresa, mesmo que pequeno produtor rural, deverá providenciar sua inscrição no Registro de Empresas e, em decorrência, se sujeitará a todas as formalidades e obrigações dos empresários, podendo-se, igualmente, beneficiar-se de adequações legislativas, como, p.e., a recuperação de empresas. É que a diversificação de atividades no campo deu surgimento às agro-empresas e agro-indústrias, estas, sim, abrangidas pelo direito empresarial. Sucede, muitas vezes, o próprio mercado exigir que o produtor rural passe à condição de empresário, mas, nas condições de prestação da atividade rural de pequena envergadura ou, até, de subsistência, os desdobramentos da atividade como empresarial, a inviabilizariam. Daí, a faculdade que a lei lhe atribui no artigo 971 do Código Civil.

O empresário rural que se inscrever no Registro de Empresas e o pequeno empresário terão tratamento diferenciado, favorecido e simplificado quanto à inscrição e seus efeitos.

Pequeno empresário, nos termos do projeto do Código Civil, era aquele cuja atividade tivesse natureza artesanal, com predominância do trabalho próprio e dos familiares, cujo capital empregado era de pequena monta, bem como sua renda bruta anual; ou seja, considerava-se a exiguidade da empresa exercida. Porém, na atualidade, sua caracterização se dá nos termos da Lei

---

<sup>43</sup> Código Civil, artigo 971 – O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Complementar 123/07 – Estatuto Nacional da Micro e Pequena Empresa, artigo 68: considera-se pequeno empresário para efeito de aplicação dos artigos 970 e 1.179 do Código Civil, aquele que tenha declarado regularmente sua condição de microempresário e que aufera renda bruta anual não superior a trinta e seis mil reais, denominado microempreendedor individual.

Ante a diferenciação do que seja atividade empresarial e não-empresarial, hoje, interessam ao direito empresarial a produção e transformação de quaisquer tipos de bens, o comércio interno e exterior, o comércio de coisas corpóreas e incorpóreas, o comércio eletrônico, de valores, de riscos, a circulação de produtos, por via aérea, rodoviária, ferroviária, de cabotagem, marítima, o comércio fixo e o ambulante, a prestação de serviços, as negociações societárias, entre um vasto campo de assuntos.

## CONCLUSÃO

No momento em que se erigiu a teoria da empresa, é justificável admitir-se que as atividades não-empresariais se desenvolviam de modo precário, sem maiores estruturas e pouca organização. Daí, naquele momento, o traço da organização como diferenciador da atividade empresarial da não-empresarial tenha sido apropriado e útil.

Na atualidade, no entanto, quando as atividades econômicas de natureza não-empresarial se aperfeiçoam, consumindo maiores somas de investimentos, importante especialização, envolvendo, por vezes, diversas pessoas em equipes profissionais multidisciplinares, quando a tendência à organização coletiva de tais iniciativas é evidente; quando os profissionais se valem claramente de campanhas e estratégias de *marketing*, utilizando-se de diversos recursos tradicionalmente empresariais para aviar sua atividade, deixou de ser.

Não é necessário procurar muito para encontrar, por exemplo, escritórios de advocacia de grande porte, cuja operacionalidade interna é empresarial: possuem unidades nos maiores centros financeiros e políticos, ligações em rede com escritórios estrangeiros, elevado número de profissionais de áreas distintas, emprego de tecnologia e meios de comunicação de última geração, bibliotecas bem abastecidas, estrutura organizacional, cuidado plano de divulgação de seus serviços e diferenciais.

E a ninguém ocorre lhes atribuir caráter empresarial. Isso, porque, embora haja toda uma acurada *organização* envolvida na prestação da atividade de advocacia, ela não perde seu caráter

intelectual, de atenção individualizada a cada caso. Embora haja práticas genéricas estabelecidas na condução dos casos, não é possível massificar o resultado. Essas organizações chegam a ser impessoais, na medida em que aquele ou aqueles que dão nome ao escritório não se ocupam pessoalmente de cada caso e nem de todos os pormenores de um mesmo caso.

O mesmo se dá com clínicas médicas, grandes escritórios de engenharia e arquitetura, entre outras especialidades.

O antigo profissional liberal, trabalhador solitário, que necessitava de poucos recursos para o desempenho de seu mister é figura em extinção.

Por isso, agora, em razão da evolução da atividade econômica, que não só se diversificou, mas se ampliou e especializou tremendamente, a organização nas atividades não-empresariais deixa de ser *acidental*. Talvez seja o caso, até, de começarmos a amadurecer a possibilidade de estender a tais *organizações* algumas das especialidades legais aplicáveis ao empresário. Aliás, entre nós, a Lei Complementar 123/2006 já o fez, quando estendeu o sistema de benefícios das micro e pequenas *empresas* às sociedades simples, no *caput* de seu artigo 3º.

De outra banca, na realidade de mais de noventa por cento de micro e pequenas empresas e da admissão legal do empreendedor individual, o nanoempresário, não é difícil encontrar-se atividades de natureza sabidamente empresarial que, devido a exiguidade de sua empresa, ostentem organização precária, o que não lhes retira a índole empresarial.

Desse modo, fica demonstrado que a organização não é mais o traço diferencial na questão. Essa diferenciação na atualidade se liga ao objeto de exploração econômica, por determinação legal. Regra geral, toda atividade econômica tem caráter empresarial. Fica de fora apenas o que a lei excepcionou: a atividade intelectual, ainda que produza ou circule bens e serviços profissionalmente. E à atividade rural se oferece a faculdade de optar como quer desenvolver-se.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A NAVALHA DE OCCAM. *Sociedade da Terra Redonda*. Disponível em: <http://www.str.com.br/ca/laminaoccam.htm>. Acesso em: 19 fev.2004.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v 1.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução por Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, v. 35, n. 104, p. 109-126, out/dez 1996.  
BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. V. 1. (ver o que acham a respeito)

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. V. 1.

BOTREL, Sérgio. Institutos Complementares do Direito Empresarial. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). *Direito Societário na Atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 279-300.

BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 1.

COELHO, José Gabriel Pinto. *Lições de Direito Comercial*. 3. ed. Lisboa: [s.n.], 1957.

COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, ano XXII (nova série), n. 50, p. 57-74, abr/jun.1983.

\_\_\_\_\_. *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 1.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Unificação do Direito Privado e Direito Empresarial: Um Simples Exercício*. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). *Direito Societário na Atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1-14.

CORREIA, António de Arruda Ferrer. *Lições de Direito Comercial*. Coimbra: Editora do Autor, 1973. v. 2.

CORREIA, Miguel J. A. Pupo. *Direito Comercial*. 7. ed. Lisboa: Ediforum, 2001.

DORIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo, 1998. V. 1.

FARIA, Guiomar Estrella. Considerações Sobre o Direito Comercial e o Novo Código Civil Brasileiro. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXIII, nº 71, p. 44-52, ago. 2003.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Atlas, 2000.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1966. V. 1.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa, Empresário e Estabelecimento. A Disciplina das Sociedades. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXIII, nº 71, p. 15-25, ago. 2003.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *A Teoria da Empresa no Novo Direito de Empresa*. Jus Navigandi. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>. (23.06.2003).

\_\_\_\_\_. *Direito de Empresa no Código Civil de 2002*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LOBO, Jorge. *A Empresa: Novo Instituto Jurídico*. <http://www.femperj.org.br/artigos/comerc/com05.htm>. (31.10.03).

MACHADO, Daniel Carneiro. *O Novo Código Civil Brasileiro e a Teoria da Empresa*. Revista Jurídica Consulex. Brasília, n. 128, p. 31-33, 15mai2002.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. V. 1.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 1.

MATTOS NETO, Antonio José de. O Empresário à Luz do Novo Código Civil. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXIII, nº 71, p. 07-14, ago. 2003.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 3.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PASSOS, Fernando. *Direito Empresarial no Novo Código Civil*. Arquivos Jurídicos do Centro Universitário Capital. São Paulo: Quartier Latin, p. 67-97, 2003.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord). *Direito Empresarial à Luz do Novo Código Civil*. São Paulo: Secta, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial. Atualizado por Rubens Edmundo Requião*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V.1.

ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A Visão Jurídica da Empresa na Realidade Brasileira Atual. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XXXIX, p. 95-101, jul./set. 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A Fattispecie Empresário no Código Civil de 2002. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXVIII, nº 96, p. 11-20, mar. 2008.

SILVA, Bruno Mattos e. *Curso Elementar de Direito Comercial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SZTAJN, Rachel. *Teoria da Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. *A Teoria da Empresa: o Novo Direito Comercial*. Jus Navigandi.  
<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2899>. (23.06.2003).

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1.

# **PARTICIPAÇÃO DISCENTE**

## A INICIAÇÃO CIENTÍFICA NA PESQUISA JURÍDICA

Elaine Cristina da Silva Ruellas<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Iniciação Científica – Uma modalidade de pesquisa acadêmica. 2. O ponto de partida. 3. Elaboração do projeto de pesquisa. 4. Incentivos à pesquisa. 5. A pesquisa jurídica. 6. Elaboração do texto científico. 7. Atenção às normas padrão. 8. O rigor documental na pesquisa científica. 9. Mãos à obra - científica. Conclusão. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** Tendo em vista que a iniciação científica promove o desenvolvimento de competências e habilidades inerentes ao processo de produção de conhecimento, o presente artigo pontua a finalidade desta para a pesquisa jurídica e para tanto demonstra os meios para realizá-la. Ademais, a relevância deste estudo assenta-se no fato de a iniciação científica possibilitar o trabalho pedagógico de interação entre teoria e prática.

**PALAVRAS-CHAVES:** Iniciação Científica; Pesquisa Jurídica; Projeto de Pesquisa; Pesquisador

**ABSTRACT:** *Having in mind that the scientific initiation promotes the development of competences and abilities which are inherent in the knowledge production process, the following article points out its purpose for the legal research and therefore shows the means to accomplish it. Moreover, the relevance of this study is based on the fact that scientific initiation allows the interactive pedagogical work between theory and practice.*

**KEYWORDS:** *Scientific Initiation; Legal Research; Research Project; Researcher.*

### INTRODUÇÃO

A dicotomia ensino-pesquisa torna eficaz o processo educacional em sua dinâmica formativa. Nesse sentido, o ensino jurídico é interdependente do ciclo de inovação em pesquisa.

Atualmente, no Brasil, a pesquisa jurídica tem se desenvolvido na direção de romper com os saberes dogmáticos, de adaptar-se às condições sócio-econômico-culturais e implementar metodologias específicas no campo do Direito, o qual enseja alternativas próprias, adequadas ao tratamento de seu objeto peculiar.

Os alunos da graduação em Direito se viram mais próximos da pesquisa quando da obrigatoriedade da apresentação dos trabalhos de conclusão de curso, época em que necessitam aprender questões metodológicas básicas e elaborar textos científicos. A partir de então, a grade curricular das instituições se adequaram a nova demanda de maneira a preparar os discentes para lidar no campo da pesquisa.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Pós-Graduada em Direito Público e em Docência do Ensino Superior pela PUCMG.

Há nos corredores universitários vários casos de alunos com dificuldade em redigir trabalhos acadêmicos, que desconhecem as normas técnicas, que necessitam de orientação metodológica, etc., todavia, é nesse ambiente que os mesmos precisam ser instruídos.

É evidente que assim como existe aquele que possui aptidão para ser pesquisador e tem o intuito de seguir a carreira acadêmica, também existe o que não possui, entretanto, é inequívoco que o preparo científico será capaz de desenvolver e aprimorar em ambos, qualidades diferenciadas de qualquer profissional.

Para aqueles à espera de uma oportunidade; em meados do curso, quando já se possui algum conhecimento geral, têm-se preferências sobre determinadas áreas/temas, há contato com o corpo docente, (...) inicie! Inicie a caminhada científica!

## 1. INICIAÇÃO CIENTÍFICA - UMA MODALIDADE DE PESQUISA ACADÊMICA

Complexa a tarefa de estabelecer um único conceito para “iniciação científica” posto que esta envolve diversos elementos. Definições como: atividade de pesquisa, instrumento de pesquisa, programa de pesquisa, dentre outras são comumente observadas. Entretanto opta-se pelo conceito de iniciação científica enquanto uma modalidade de pesquisa acadêmica destinada a alunos de graduação.

De acordo com o CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico)<sup>2</sup>, a finalidade da iniciação científica é *“despertar vocação científica e incentivar talentos potenciais entre estudantes de graduação universitária, mediante participação em projeto de pesquisa, orientados por pesquisador qualificado”*.

Conforme o próprio nome prescreve – iniciação – os alunos envolvidos nesta modalidade de pesquisa são inexperientes no que tange aos trabalhos científicos. Daí, a importância do papel do professor orientador, responsável por acompanhar e auxiliar o aluno no desenvolvimento da pesquisa. Nessa linha, a iniciação científica propiciará a construção do suporte teórico e metodológico.

---

<sup>2</sup> CNPq. Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Anexo II da RN-017/2006. Retirado do site: [http://www.cnpq.br/normas/rn\\_06\\_017\\_anexo2.htm](http://www.cnpq.br/normas/rn_06_017_anexo2.htm). Acesso em 18 de fevereiro de 2012.

As atividades que envolvem a iniciação científica vão desde a escrita acadêmica até a divulgação de resultados, perpassa pela organização de idéias, de observações e/ou experiências, de referenciais teóricos, etc., e culmina em resultados até mesmo divergentes do esperado.

## 2. O PONTO DE PARTIDA

Preliminarmente é necessário que o aluno tenha familiaridade com o tema e que este lhe apeteça a pesquisar, pois um longo tempo lhe será despendido e dificuldades surgirão. Outro fator a ser lembrado ainda com relação ao tema é sua repercussão, notoriedade, originalidade. Nesse sentido, Danhke<sup>3</sup> destaca, *“as boas idéias de pesquisa não são necessariamente novas, mas sim inovadoras”*. Por isso opte por algo que incomode, intrigue, excite, (...), com certeza produzirá efeitos, ainda que pessoais.

Por vezes tem-se um tema amplo e paira a incerteza sobre o quê exatamente se deseja pesquisar. Para esses momentos Perrotta<sup>4</sup> aconselha: *“não há, de fato, nenhum crime em não saber, até porque ninguém chega a saber tudo, o objeto é sempre inesgotável, por isso é necessário, antes de mais nada, delimitar o tema do que se pretende enunciar.”*

Definido o tema da pesquisa cabe ao aluno procurar um professor capacitado para orientá-lo. O tema auxiliará na escolha, pois, normalmente o orientador será aquele que leciona a disciplina cuja matéria está inserido o objeto da pesquisa. Ciente da redundância: ao professor orientador cabe apenas *orientar*, e como é importante aproveitar tal orientação, pois são estas as oportunidades de aprender e tirar as dúvidas, haverá momentos em que estes não estarão lá!

## 3. ELABORAÇÃO DO PROJETO DE PESQUISA

Pode-se dizer que a inserção prática do graduando no âmbito da pesquisa se inicia com a elaboração do projeto de pesquisa, instrumento este, capaz de desenvolver e aprimorar qualidades

<sup>3</sup> DANHKE, G. L. Investigación y comunicaci3n. 1986. *Apud* SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Pilar Baptista. **Metodologia de Pesquisa**. 3.ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2066. p. 27.

<sup>4</sup> PERROTTA, Cláudia. **Um texto pra chamar de seu: Preliminares sobre a produç3o do texto acadêmico**. São Paulo: Martins Fontes., 2004. p. 68-69.

desejadas em um profissional de nível superior, bem como para estimular e iniciar a formação de um pesquisador.

Para desenvolver um projeto de pesquisa é necessário atender a determinados requisitos teórico-metodológicos, os quais devem ser observados com atenção e rigor.

Embora cada instituição possua um padrão de projeto de pesquisa, existem elementos há serem considerados essenciais: *tema, problema, objetivos, justificativa, metodologia, cronograma e bibliografia*. Há instituições que consideram o estado da arte ou revisão de literatura um elemento obrigatório do projeto, todavia entende-se que as citações bibliográficas que fundamentam o mesmo não necessitam estar aglomeradas em um único tópico, mas possam ser trazidas dispersas em interação com os outros elementos textuais.

A princípio, o tema refere-se, de modo geral, ao assunto, ao objeto da pesquisa. De acordo com Bruscatto<sup>5</sup>, o auxílio de um orientador pode contribuir pra a delimitação do tema caso este seja amplo demais.

Na problematização questiona-se determinado(s) aspecto(s) do tema. Segundo Sampieri, Collado e Lucio<sup>6</sup>, *“formular o problema não é nada além de aperfeiçoar e estruturar mais formalmente a idéia de pesquisa”* e complementam, *“os elementos para formular um problema são três e estão relacionados entre si: os objetivos que se pretendem alcançar, as questões de pesquisa e a justificativa do estudo”*.

O tópico dos objetivos deve trazer a apresentação do objetivo geral, ou seja, *“definir uma meta para o trabalho como um todo”*; como também trazer os objetivos específicos, aqueles *“voltados ao atendimento de questões mais particulares da pesquisa”*<sup>7</sup>.

Na justificativa explicar-se-á a importância do objeto de pesquisa escolhido bem como os principais utilizadores e beneficiários dos resultados da mesma. Deve-se sistematizar as vantagens e dificuldades da pesquisa correlacionadas aos resultados esperados. Ademais, sendo fato, interessante demonstrar neste tópico o interesse de dar continuidade ao estudo do tema em trabalhos futuros (monografia, dissertação, etc.).

<sup>5</sup> BRUSCATO, Wilges Ariana. **Monografia jurídica: Manual técnico de elaboração**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 19.

<sup>6</sup> SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Pilar Baptista. **Metodologia de Pesquisa**. 3.ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2066. p. 34-35.

<sup>7</sup> MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155.

A metodologia refere-se à escolha justificada da estratégia de pesquisa e dos métodos e procedimentos a serem adotados no desenvolvimento, na análise e na interpretação dos dados obtidos.

Quanto ao cronograma, Mezzaroba e Monteiro<sup>8</sup> orientam: *“planeje tudo com senso de realidade (...) o tempo passa rápido, especialmente quando não o desejamos.”* O planejamento deve indicar a previsão do começo e do fim da pesquisa, bem como organizar as datas de todas as atividades-meio de forma *“rigorosamente planejada e executável”*.

Na bibliografia deve constar todo o material bibliográfico consultado para elaboração do projeto de pesquisa, redigido e elencado de acordo com a norma NBR 6023 da ABNT.

Cumprе ressaltar que as pesquisas jurídicas que envolvam *“seres humanos de forma direta ou indireta, em sua totalidade ou partes dele, incluindo o manejo de informações ou materiais”*<sup>9</sup>, como por exemplo, pesquisas de campo, análises de casos, etc., devem atender às exigências da Resolução 196/96, do Ministério da Saúde, assim, preliminarmente, o projeto deve ser submetido ao comitê de ética em pesquisa da instituição.

Embora a princípio pareça complexo, todo esse processo teórico-metodológico desempenha o papel de construir o pesquisador ao despertar e direcionar as múltiplas capacidades esperadas desse perfil, dentre elas, o tratamento de informações (identificar, selecionar, ler, compreender, analisar, interpretar, ordenar e sistematizar), a prática do questionamento, da elaboração e construção de conhecimento.

#### 4. INCENTIVOS À PESQUISA

Diante da salutar importância da pesquisa para o desenvolvimento do país, o Brasil tem, de forma crescente, investido neste campo. Bolsas anuais de incentivo à pesquisa são oferecidas a alunos que têm seus projetos aprovados. Em nível federal, a principal agência financiadora de projetos de iniciação científica é o CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), através do PIBIC (Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica). Em nível

---

<sup>8</sup> *Idem, ibidem.* p. 161.

<sup>9</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional da Saúde. Resolução 196/96. **Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas envolvendo Seres Humanos.** Brasília:MS.

estadual, a FAPEMIG (Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais), é a agência de fomento ao desenvolvimento científico e tecnológico do estado.

Ademais, cada instituição tem um programa de incentivo à iniciação científica e para submeter um projeto, o aluno deve ficar atento ao calendário daquela em que está matriculado. Há duas formas de obter apoio à iniciação científica. A primeira delas é a inscrição quando da abertura do edital do PROBIC (Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica), destinado a projetos de pesquisa de autoria de um ou dois alunos sob orientação de um professor com experiência comprovada no tema e outra, através do FIP (Fundo de Incentivo à Pesquisa), destinado a projetos de autoria de professores cuja inclusão de bolsistas de iniciação científica na equipe é obrigatória. Em ambos os casos, desempenho acadêmico, compromisso, responsabilidade, interesse e currículo são critérios para obtenção da bolsa.

Embora o apoio financeiro seja um fator que contribua para o bom desenvolvimento da pesquisa, há que se ressaltar a sua função de “incentivo”. A bolsa de iniciação científica precisa ser vislumbrada como algo além de remuneração pelo trabalho de pesquisa, tampouco pode ser considerada seu objetivo/motivo.

A importância da pesquisa está em implementar um processo que se inicia na produção de novos conhecimentos, perpassa pela aplicação destes e encerra-se na melhoria da realidade política, econômica, social e cultural.

## 5. A PESQUISA JURÍDICA

No que se refere à educação superior, a pesquisa de modo geral é tratada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)<sup>10</sup> da seguinte forma:

“Art. 43 – A educação superior tem por finalidade:  
(...) III – incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive; (...)”

<sup>10</sup> BRASIL. Ministério da Educação e do Desporto. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional** (Lei nº. 9.394/97). Brasília: MEC.

Diante disso, verifica-se dentre os objetivos da educação superior a promoção de pesquisas e investigações científicas em que, cada instituição, no seu regimento e projetos pedagógicos de seus respectivos cursos deve estabelecer explicitamente, os meios de realização destas.

A Resolução CNE/CES n.º 9/2004 trata das diretrizes curriculares dos cursos de graduação em Direito, onde se verifica o perfil esperado dos acadêmicos:

“Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania”.

A referida Resolução traz ainda as habilidades e competências a serem desenvolvidas com os estudantes de Direito.

“Art. 4º. O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências:

- I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;
- II - interpretação e aplicação do Direito;
- III - pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;
- IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
- V - correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;
- VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;
- VII - julgamento e tomada de decisões; e,
- VIII - domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito”.

No tocante a *praxis* da pesquisa jurídica, cronologicamente constata-se que esta se habituou ao desenvolvimento de um conhecimento do direito de índole predominantemente regulatória. Ademais, reproduziu o paradigma cognitivo unidisciplinar, promotor do isolamento e

distanciamento do direito em relação à realidade predominante no ensino jurídico moldado pela tradição juspositivista.

Entretanto, a pesquisa jurídica não é mera compilação do conhecimento adquirido por seu autor, mas envolve necessariamente a criação de soluções novas a serem incorporadas à doutrina nacional. Oportuna é a lição de Celso Albuquerque Mello<sup>11</sup>:

“a meu ver existem duas categorias de juristas: os criadores de novas teorias e os sistematizadores que tentam classificar e aprofundar o trabalho dos primeiros. Contudo, em países atrasados como o Brasil, há ainda espaço para uma categoria, cujos integrantes não podem ser denominados juristas, que são os ‘divulgadores de Direito’. Ela existe devido à ausência de bibliotecas públicas, o preço elevado dos livros estrangeiros, bem como a existência de uma minoria de estudantes capacitados para a leitura em língua estrangeira.”

Contudo, após a Constituição de 1988 as pesquisas no campo do Direito têm-se atualizado diante da realidade multifacetada dos problemas contemporâneos. Tratando-se de uma ciência social aplicada é de se esperar que esta se adéqüe ao contexto atual movida pelos compromissos de coerência com os fundamentos da nova ordem político-social e de aplicabilidade dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a pesquisa jurídica, tem se comprometido com os problemas sociais, dedicado aos instrumentos e técnicas usualmente aplicados na atividade investigatória; nos dizeres de Miracy Gustin<sup>12</sup>, *“encontra-se cada vez mais marcada pela velocidade, intensidade e profundidade de suas mudanças”*.

## 6. ELABORAÇÃO DO TEXTO CIENTÍFICO

Conforme dissemos outrora, as atividades que envolvem a iniciação científica vão desde a escrita acadêmica até a divulgação de resultados, logo, segundo Yoshida<sup>13</sup>, a redação é fundamental para a apresentação do trabalho executado. A redação nada mais é do que um

<sup>11</sup> MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 38.

<sup>12</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(RE)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 12.

<sup>13</sup> YOSHIDA, Winston Bonetti. A redação científica. **Revista J Vasc Bras**. v. 5, n. 4. p. 245-246. 2006. Retirado do site: <http://www.scielo.br/pdf/jvb/v5n4/v5n4a02.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2012.

relatório sobre o projeto desenvolvido. Ela precisa ser simples, clara, precisa e concisa. Ao aplicar um estilo pessoal ao texto, o autor precisa atentar-se para não contaminá-lo com excesso de rebuscamento e erudição.

A redação científica traz em seu corpo idéias veiculadas, por isso, ao escrever um trabalho científico é imprescindível a leitura acerca do assunto. Após verificados os aspectos enunciados, é interessante efetuar uma leitura dinâmica para se obter uma visão global do texto.

Posteriormente, recomenda-se a releitura específica das partes de interesse para realização do trabalho, para tanto se faz essencial o uso de dicionário com o intuito de esclarecer o significado das palavras ou expressões desconhecidas, bem como para conferência. Deve-se procurar interpretar corretamente as idéias do autor, evitando distorcer a idéia original.

A redação é uma forma de comunicação escrita disponibilizada ao leitor interessado em ter acesso ao conteúdo de determinada área do conhecimento. Por isso, ao redigir um trabalho científico é necessário considerar o perfil do leitor para adequar a redação de maneira a torná-la compreensível.

Diante disso, há que se destacar os aspectos imprescindíveis à inteligibilidade de uma redação.

A *clareza* e a *precisão* minimizam as possibilidades de ocorrência de dúvidas quanto à interpretação do texto científico. Ressalta-se que a utilização da linguagem escrita difere da linguagem falada, portanto, a primeira deve ser *formal*, nesse sentido, essencial a observância às regras ortográficas e gramaticais.

A redação deve ainda, obedecer a uma *ordem lógica* de pensamento, cautela é essencial para evitar excessos de verbalismo, prolixidade, adjetivação, bem como argumentações de cunho emotivo, “frases feitas” ou terminologia técnica em excessos. Deve-se ainda evitar expressões vulgares, gírias e trocadilhos.

A *objetividade* é verificada pelo uso de palavras, expressões e idéias adequadas à transmissão do pensamento do escritor e possibilita a efetiva compreensão do leitor. Quanto à forma, a linguagem do texto científico deve ser impessoal. Nesse sentido Perrota<sup>14</sup> salienta,

---

<sup>14</sup> PERROTTA, Cláudia. **Um texto pra chamar de seu: Preliminares sobre a produção do texto acadêmico**. São Paulo: Martins Fontes., 2004. p. 25.

“se a opção do pesquisador for seguir estritamente o que ainda é considerado como linguagem científica, entre outros aspectos, deve observar, na redação final, a impessoalidade e a objetividade. A primeira pode ser conseguida com o uso da voz passiva – foi observado, foi realizado – ou da terceira pessoa do singular com o pronome “se”, ou de expressões tais como *o presente estudo/trabalho, a presente pesquisa/dissertação*”.

Devem-se utilizar parágrafos e períodos curtos que facilitem a leitura e a torne agradável. As citações são trazidas ao longo do texto, devidamente referenciadas, de maneira a fundamentar e enriquecer o trabalho.

O objetivo a ser atingido deve fazer-se presente ao longo do texto científico, ainda que intrinsecamente, para assim, evitar a perda de foco pelo leitor. Dessa forma a introdução, o desenvolvimento e a conclusão devem estar interligados e o texto deve apresentar coerência entre as partes, não evidenciando contradições.

Para o desenvolvimento da escrita científica, a utilização de recursos da informática tende a facilitar o trabalho, cujos erros eventualmente cometidos podem ser de fácil percepção e correção, o arquivamento dos dados se dá de forma simples e compacta, a formatação textual sucede de maneira automática, dentre tantas outras ferramentas disponíveis.

Entretanto, o processo de elaboração do texto científico é singular, independentemente do meio utilizado (manual ou através do uso do computador), este decorre da persecução sistemática de etapas (introdução, desenvolvimento e conclusão).

## 7. ATENÇÃO ÀS NORMAS PADRÃO

De acordo com Bruscato<sup>15</sup>, *“o esforço de uma pesquisa e da redação de uma monografia, de uma dissertação ou de uma tese, pode ser posto a perder se o trabalho não se adequar aos padrões (...)”*.

As normas para os trabalhos acadêmicos são estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), órgão responsável pela normalização técnica no país. Essa associação é uma instituição privada, sem fins lucrativos. Portanto, as normas para os trabalhos acadêmicos são facultativas, pois não são documentos públicos e, sim, privados, e como tal, são protegidos por

<sup>15</sup> BRUSCATO, Wilges Ariana. **Monografia jurídica: Manual técnico de elaboração**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 63.

direitos autorais. As normas da ABNT para trabalhos acadêmicos são vendidas pela própria associação.

Fica a critério de cada instituição adotar ou não as normas da ABNT como padrão para a produção acadêmica. Segundo a ABNT, o estabelecimento de normas a serem utilizadas nas produções acadêmicas brasileiras tem como principais objetivos ordenar e padronizar os trabalhos acadêmicos, instituindo uma linguagem uniforme. A sigla ABNT NBR significa Norma Brasileira aprovada pela ABNT.

As normas estabelecidas para os trabalhos acadêmicos são as seguintes<sup>16</sup>:

- NBR 14724. Esta norma especifica os princípios gerais para a elaboração de trabalhos acadêmicos (teses, dissertações e outros), visando sua apresentação à instituição (banca, comissão examinadora de professores, especialistas designados e/ou outros).
- NBR 6022. Esta norma estabelece um sistema para apresentação dos elementos que constituem o artigo em publicação de periódico científico impresso.
- NBR 15287. Esta norma especifica os princípios gerais para a elaboração de projetos de pesquisa.
- NBR 6023. Esta norma estabelece os elementos a serem incluídos em referências.
- NBR 10520. Esta norma especifica as características exigíveis para apresentação de citações em documentos.
- NBR 6028. Esta norma estabelece os requisitos para redação e apresentação de resumos.
- NBR 6027. Esta norma estabelece os requisitos para apresentação de sumário de documentos que exijam visão de conjunto e facilidade de localização das seções e outras partes.
- NBR 6024. Esta norma estabelece um sistema de numeração progressiva das seções de documentos escritos, de modo a expor numa seqüência lógica o inter-relacionamento da matéria e a permitir sua localização.

As normas da ABNT podem ser consultadas em bibliotecas, ou adquiridas no próprio site da Associação. Nas instituições que adotam as normas, esses documentos são disponibilizados aos alunos, respeitados os direitos autorais da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

---

<sup>16</sup> Normas padrão para trabalhos acadêmicos. Retiradas do site: <http://www.abntcatalogo.com.br/>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2012.

## 8. O RIGOR DOCUMENTAL NA PESQUISA CIENTÍFICA

Segundo Ludke e André<sup>17</sup>, para realizar uma pesquisa é preciso promover um confronto entre os dados, as evidências, as informações coletadas sobre determinado assunto e o conhecimento teórico acumulado a respeito dele. Trata-se de construir uma porção do saber. Esse conhecimento não é fruto somente da curiosidade, da inquietação, da inteligência e da atividade investigativa do pesquisador, mas também da *continuação do que foi elaborado e sistematizado pelos que já trabalharam o assunto anteriormente*.

Richardson<sup>18</sup> complementa que a análise de conteúdo deve ser *eficaz, rigorosa e precisa*. Trata-se de compreender um discurso, extrair os conteúdos de interesse e creditá-los ao autor. Deve basear-se em teorias relevantes que sirvam de marco de explicação para as descobertas do pesquisador, que, por conseguinte terá suas idéias referendadas.

Referência<sup>19</sup> é o *“conjunto padronizado de elementos descritivos, retirados de um documento, que permite sua identificação individual”* no todo ou em parte, impressos ou registrados em diversos tipos de suporte.

A partir da leitura da documentação existente sobre o assunto estudado, para dar ênfase a certos aspectos abordados, o pesquisador utiliza-se de citações ou pontos de vista de outros pesquisadores ao longo do texto, ou em notas de rodapé, sinalizando a *“menção de uma informação extraída de outra fonte”*<sup>20</sup>.

Segundo Cervo<sup>21</sup>, *“deve-se sempre indicar, com método e precisão, toda documentação que serve de base para a pesquisa, assim como idéias e sugestões alheias inseridas no trabalho”*.

## 9. MÃOS À OBRA - CIENTÍFICA

<sup>17</sup> LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E.D.A. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**. São Paulo: EPU, 1986. p. 61.

<sup>18</sup> RICHARDSON, Robert Jarry. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.117.

<sup>19</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023. **Informação e documentações: referências: elaboração**. Rio de Janeiro, 2002b. p. 1.

<sup>20</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10520: **Informação e documentação: apresentação de citações em documentos**. Rio de Janeiro, 2002c. p.1.

<sup>21</sup> CERVO, Arnaldo Luis; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. São Paulo: Makson Books, 1978. p. 97.

Conforme preceitua o CNPq, a proposta da iniciação científica é “*despertar vocação científica*”. Qual a sua vocação?

Sugere-se rascunhar os temas de interesse independente de ordem, sentido ou lógica, a regra é: *o que lhe motiva a pesquisar?* Definido o tema da pesquisa por-se-á a verificar a viabilidade de pesquisar tal objeto quanto à disponibilidade de material bibliográfico, tempo, questões financeiras, etc.. Findo esta parte, inadiável dialogar com os professores da área relacionada ao tema e verificar quanto ao interesse e possibilidade de orientação.

Tema e orientador definidos passa-se a elaboração do projeto de pesquisa. Este será submetido à avaliação e sendo aprovado iniciar-se-á a pesquisa propriamente dita. Cada instituição possui um sistema de monitoramento de pesquisa, mas geralmente os alunos devem apresentar relatórios sobre as atividades que estão a desenvolver. Ao final da pesquisa apresentam-se os resultados e o trabalho pode, inclusive, ser exposto em seminários.

Uma dica: interessante ter sempre à mão, um livro atualizado sobre metodologia de pesquisa, embora algumas regras metodológicas sejam automatizadas com o uso contínuo, este é essencial para consulta.

## CONCLUSÃO

A iniciação científica revela-se essencial ao trabalho pedagógico de interação entre teoria e prática, pois propicia a análise das práticas vigentes e conseqüentemente, gera conhecimento capaz de melhorá-las ou modificá-las. Promove o desenvolvimento de competências e habilidades inerentes ao processo de produção de conhecimento, o que vai além do aprendizado sobre elaboração de trabalhos acadêmicos.

Além disso, a pesquisa, na área do Direito, abrange diversas dimensões, incluindo necessariamente a pesquisa técnico-profissional, o que não se resume a simples leitura e compilação de manuais, legislações e jurisprudências. A pesquisa jurídica é uma pesquisa pragmática, com finalidades determinadas. Trata-se de uma pesquisa argumentativa, cujo fundamento não se limita à confirmação de hipóteses, mas na busca de argumentos que sustentem aquelas a serem utilizadas e defendidas.

Por fim e mais importante, a pesquisa jurídica está vinculada ao contexto social, compromissada com a sociedade em tornar efetiva a nova ordem constitucional e, nesse sentido, a iniciação científica é o primeiro passo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). NBR 10520: **Informação e documentação: apresentação de citações em documentos**. Rio de Janeiro, 2002c.

\_\_\_\_\_. NBR 6023. **Informação e documentações: referências: elaboração**. Rio de Janeiro, 2002b.

\_\_\_\_\_. Normas padrão para trabalhos acadêmicos. Site: <http://www.abntcatalogo.com.br/>.

BRASIL. Ministério da Educação e do Desporto. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional** (Lei nº. 9.394/97). Brasília: MEC.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Conselho Nacional da Saúde. Resolução 196/96. **Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas envolvendo Seres Humanos**. Brasília: MS.

BRUSCATO, Wilges Ariana. **Monografia jurídica: Manual técnico de elaboração**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CERVO, Arnaldo Luis; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. São Paulo: Makson Books, 1978.

CNPq. Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Anexo II da RN-017/2006. Retirado do site: [http://www.cnpq.br/normas/rn\\_06\\_017\\_anexo2.htm](http://www.cnpq.br/normas/rn_06_017_anexo2.htm). Acesso em 18 de fevereiro de 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(RE)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E.D.A. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**. São Paulo: EPU, 1986.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PERROTTA, Cláudia. **Um texto pra chamar de seu: Preliminares sobre a produção do texto acadêmico**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RICHARDSON, Robert Jarry. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Pilar Baptista. **Metodologia de Pesquisa**. 3.ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2066.

YOSHIDA, Winston Bonetti. A redação científica. **Revista J Vasc Bras**. v. 5, n. 4. p. 245-246. 2006. Retirado do site: <http://www.scielo.br/pdf/jvb/v5n4/v5n4a02.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2012.

## DESAPOSENTAÇÃO: PONTOS RELEVANTES E TENDÊNCIAS

Bruna Mozzaquatro Bosso<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** NOÇÕES INTRODUTÓRIAS. 1. DESAPOSENTAÇÃO. 1.1. Âmbito de Aplicação. 1.2. Da ausência de legislação específica. 1.3 Garantias Constitucionais. 1.4. Renunciabilidade 1.5. Procedimento. 1.6. Valores recebidos no benefício de origem. 1.7. Tendências. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

**RESUMO:** O Sistema Previdenciário Brasileiro, grande receptor de críticas quanto ao seu modo de funcionamento e quanto a falta de atualidade nos seus preceitos, acaba sendo objeto de estudo doutrinário e jurisprudencial. Mesmo com as reformas da previdência nada ocorrerá em relação àqueles que mesmo aposentados continuam exercendo atividade remunerada vinculada a um dos Regimes Previdenciários e conseqüentemente vertendo contribuições a esses sistemas.

O dilema de toda a sistemática está no fato de que o valor dado como contribuição não gera os mesmos benefícios que os percebidos pelos segurados comuns, sendo ambos equivalentes. Diante dessa realidade, a doutrina idealizou a desaposentação, que será apresentada a seguir, com seu conceito, aplicação e tendências.

**PALAVRAS CHAVE:** Previdência Social – Regime Geral da Previdência Social – Desaposentação.

**ABSTRACT:** *The Brazilian General Social Security System, great receiver of critical how much to its way of functioning and how much the lack of the present time in its rules, finishes being object of doctrinal and jurisprudential study. Exactly with the reforms of the providence nothing it occurs in relation to that exactly pensioners continue exerting remunerated activity entailed to one of the Security System and consequently shedding contributions to these systems. The quandary of all systematics is in the fact of that the given value as contribution does not generate the same benefits that the perceived ones for the common insured, being both equivalents. Ahead of this reality, the doctrine idealized the desaposentação, that will be presented to follow, with its concept, application and trends.*

**KEYWORDS:** *Social welfare - General Regimen of the Social welfare.*

### NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

As mudanças no nosso ordenamento são, muitas vezes, determinadas por fenômenos sociais, acontecimentos recorrentes do nosso cotidiano que acabam despertando nos aplicadores do direito o desejo de adequar a nova situação, para que esta seja abarcada por nosso aparato legislativo.

Imbuído desse espírito, busca-se solucionar entraves sociais, que não pareceram relevantes ou sequer existiam quando da publicação da lei “omissa”, através da atividade dos magistrados e dos doutrinadores, que criam novas figuras jurídicas. Nesse meio surge a desaposentação, diante da seguinte realidade, o poder aquisitivo do brasileiro diminui consideravelmente quando opta por aposentar-se. Fato este que, forçosamente, determina seu retorno ao mercado de trabalho, com o intuito de complementação da renda familiar.

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, *campus* Poços de Caldas, Advogada.

E mesmo recebendo o benefício da aposentadoria, vê-se obrigado a contribuir como qualquer outro segurado ao Regime Previdenciário ao qual se encontra vinculado, no entanto fica impossibilitado de receber a contraprestação comum àqueles.

## 1. DESAPOSENTAÇÃO

Figura relativamente nova em nosso ordenamento, visto que fora utilizado o neologismo em 1987, por Wladimir Novaes Martinez, mas que já possui seu conceito bem desenvolvido pela doutrina, como a possibilidade de renúncia da aposentadoria com o propósito de aproveitar o tempo de contribuição para aquisição de melhor benefício, seja no mesmo Regime Previdenciário ou em outro, vislumbrando sempre o aumento do valor recebido pelo aposentado.

Partindo desse conceito adentraremos nos temas mais polêmicos que envolvem a desaposentação, com o fito de apresentá-los conforme a doutrina específica sobre o tema.

### 1.1 Âmbito de aplicação

No que tange a aplicação dessa criação doutrinária, Fábio Zambitte Ibrahim se manifesta da seguinte forma,

“A questão da desaposentação é de especial interesse ao RGPS, até pela elevada quantidade de segurados. Todavia, os conceitos abordados são igualmente aplicáveis aos Regimes Próprios de Previdência Social, na medida em que propiciem a servidores públicos obtenção de incrementos em seus benefícios.”<sup>2</sup>

Nota-se que a desaposentação tem sua aplicação verificada em várias situações, podendo ser apontada grande vantagem, principalmente: nos casos de aposentadoria proporcional, quando o segurado continua trabalhando e vertendo contribuições ao regime previdenciário, buscando utilizar o tempo computado na concessão do benefício original para a implementação dos requisitos para a aposentadoria integral, além de minimizar os efeitos do fator previdenciário sobre o benefício e nas situações em que o aposentado pelo RGPS ingressa no serviço público,

---

<sup>2</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação, o caminho para uma melhor aposentadoria**, 5.ed. Niterói; Impetus, 2011, p. 10.

submetendo-se a RPPS, onde, em princípio, conquistaria benefício mais vantajoso, em razão do teto do RPPS ser superior àquele fixado para o RGPS.

Entretanto, importante apontar que a situação mais recorrente envolve o RGPS, posto que engloba a maior parte dos trabalhadores. Nesses casos, o segurado geralmente se aposenta por tempo de contribuição e continua trabalhando, muitas vezes na mesma empresa, vertendo contribuições para o regime de origem. Esse tempo agregado posteriormente poderá, caso seja requerida a desaposentação, aumentar o valor de benefício recebido pelo aposentado.

Ademais, a prática nos tem mostrado que a aplicação da desaposentação varia conforme os casos concretos, se mostrando versátil e apta a auxiliar boa parte dos segurados que podem obter um benefício mais vantajoso.

## 1.2 Da ausência de legislação específica

Com essa premissa, da inexistência de lei específica sobre o tema, temos as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais que comungam quanto a desnecessidade de novas leis para a aplicação da figura da desaposentação, sendo que as normas e os princípios já existentes se mostram suficientes para o cabimento da desaposentação.

Nesse sentido podemos utilizar o princípio da legalidade, que garante aos particulares fazerem tudo aquilo que a lei não veda, enquanto a Administração Pública poderá/deverá fazer estritamente o que a lei determinar. Maria Sylvia Zanella di Pietro traz o seguinte esclarecimento, “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.”<sup>3</sup>

“O Princípio da Legalidade, na mesma medida em que consiste em uma prerrogativa do Poder Público, impondo os ditames legais aos administrados, traduz-se em evidente restrição, pois a Administração Pública somente poderá impor as restrições que estejam efetivamente previstas em lei. [...] A vedação no sentido da impossibilidade da desaposentação é que deveria constar em lei. A sua autorização é presumida, desde que não sejam violados outros preceitos legais ou constitucionais. No caso, não se vislumbra qualquer empecilho expresso no ordenamento jurídico pátrio.”<sup>4</sup>

<sup>3</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.68.

<sup>4</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Desaposentação..., p. 67-68.

E assim, novamente utilizando do Direito Administrativo, através de outro trecho da obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro, temos que uma das formas de extinção do ato administrativo se dá pela renúncia, extinguindo-se “os efeitos do ato porque o próprio beneficiário abriu mão de uma vantagem de que desfrutava.”<sup>5</sup>

De outro lado, conspurcando o entendimento correto desse princípio, a Administração Pública, utiliza do argumento de que deveria constar expressamente a hipótese do desfazimento da aposentadoria, como ocorre em alguns RPPS, só que a seguinte comparação se mostra indevida por tentar igualar a desaposentação a reversão, figura totalmente diferente da criada pela doutrina. “Na desaposentação, ao contrário da reversão, não se busca uma permissão para o retorno à atividade, mas sim a possibilidade de obter novo benefício mais vantajoso, no mesmo ou em outro regime previdenciário.”<sup>6</sup>

De importante comento o art. 18, parágrafo 2º da Lei 8.213/91, que traz em seu corpo a imposição para o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que permanecer em atividade sujeita ao Regime, ou a ele retornar, dizendo que este não fará jus à prestação alguma da Previdência Social, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. Sobre tal disposição Fábio Zambitte Ibrahim discorre,

“Ora, tal previsão, em momento algum, determina que tais contribuições em nada poderiam favorecer o segurado – muito pelo contrário – já que dispõe que visam ao custeio da Seguridade Social, em particular a Previdência Social. Se o modelo previdenciário brasileiro privilegia o cálculo atuarial, em necessário cotejo com a justiça social, pode, perfeitamente, produzir incremento no benefício já obtido, mediante acréscimo de novo tempo de contribuição. Não se trata de acumulação de benefícios, mas mero recálculo do que se recebia. Essa é a finalidade da desaposentação – suprir a omissão legislativa sobre o tema [...]”<sup>7</sup>

Neste diapasão Wladimir Novaes Martinez conclui que:

“A desaposentação dispensa autorização legal que, aliás, inexistente, provavelmente porque ninguém havia cogitado disso, não porque o legislador a vede. Se não há proibição, deve-se entender, por ser moralmente justa,

<sup>5</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *op. cit.*, p.226.

<sup>6</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação...*, p. 68.

<sup>7</sup> *Idem, ibidem*, p. 71.

que há permissão e esta é daquelas, como outras, que dispensam expressa determinação normativa.”<sup>8</sup>

Por fim, Fábio Zambitte Ibrahim<sup>9</sup> relembra que a lei utilizada para a aposentadoria é aquela vigente no tempo do requerimento e, com a hipótese da desaposentação, segue-se o mesmo padrão, não podendo ter como referência lei revogada.

“Por outro lado, se a nova legislação é de fato mais benéfica, surge um problema de outra ordem. Poderia o segurado demandar a desaposentação não para inserir novo tempo contributivo, mas sim para jubilar-se de acordo com a previsão mais benéfica vigente. Como se sabe, no Direito Previdenciário, há a tendência correta nos Tribunais em aplicar a lógica do *tempus regit actum*, ou seja, o segurado deve jubilar-se de acordo com a legislação vigente no momento do requerimento de seu benefício, não podendo desfazê-la a seu bel-prazer sempre que nova lei mais favorável for criada, porque haveria evidente descompasso atuarial e financeiro, além de obstáculo insuperável para a melhoria das regras previdenciárias, pois todo o passado deveria ser revisto. Evidentemente, em situações de extrema violação à isonomia, poderia tal premissa ser superada, mas isso seria a exceção e não a regra.”<sup>10</sup>

### 1.3 Garantias Constitucionais

O maior embaraço jurídico apontado em qualquer discussão que circunde o tema desaposentação pode ser observada na questão do ato jurídico perfeito. Preceito trazido pelo inciso XXXVI do art. 5º da CFRB, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” que deve ser interpretado às luzes do seu *caput* que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

“Sem embargo, segundo regra comezinha de hermenêutica jurídica, todo inciso e parágrafo deve ser interpretado de acordo com o *caput* do artigo, o qual traz disposição geral sobre o assunto normatizado. Por isso injustificável a irreversibilidade absoluta do ato jurídico perfeito em favor do segurado, pois a própria Constituição assegura o direito à liberdade, inclusive de trabalho. Naturalmente, insere-se no contexto do direito ao trabalho a

<sup>8</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**, 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 56.

<sup>9</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Desaposentação..., p. 41-42.

<sup>10</sup> *Idem, ibidem.*

prerrogativa dos benefícios sociais, incluindo a previdência. Certamente, o mandamento constitucional não deve ser entendido de modo irrestrito, pois inexistente norma absoluta. Se nem o direito à vida é absoluto, já que se admite a pena de morte em caso de guerra, não há motivo para a definitividade alegada ao ato jurídico perfeito. Na verdade, até mesmo o direito adquirido, usualmente materializado por um ato jurídico perfeito, pode plenamente ser revertido desde que em favor do segurado.”<sup>11</sup>

Podemos sorver a idéia de que a completude do ato concessório da aposentadoria assume características de ato jurídico perfeito, se tornando, *a priori*, imutável. “O ato jurídico perfeito resulta muitas vezes na concretização de algum direito, seja pelo desejo das partes interessadas, seja por força de lei. Daí a salvaguarda do ato jurídico perfeito e acabado, pois evidentemente é meio indireto de proteção ao próprio direito adquirido.”<sup>12</sup>

Mesmo sendo clara a idéia de que o instituto do ato jurídico perfeito torna possível a convivência em sociedade, por representar a segurança nas relações sociais, seja entre particulares ou frente a Administração Pública, não podemos pensar tal princípio de forma absoluta, nos cegando para as situações cotidianas.

O ato jurídico perfeito tem sua ocorrência observada frente a uma situação, uma circunstância específica, que encaminhou àquela opção. Todavia, sabe-se que as situações podem ser alteradas, mesmo a revelia do interessado, o que cria a possibilidade de implementação de um novo ato jurídico.

Concorda com tal idéia Fábio Zambitte Ibrahim:

“Sem embargo da necessária garantia ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, não podem tais prerrogativas constitucionais compor impedimentos ao livre exercício do direito. A normatização constitucional visa, com tais preceitos, assegurar que direitos não sejam violados, e não limitar a fruição dos mesmos. O entendimento contrário viola frontalmente o que se busca na Lei Maior. Segurança jurídica, de modo algum, significa a imutabilidade das relações sobre as quais há a incidência da norma jurídica, mas, sim a garantia da preservação do direito, o qual pode ser objeto de renúncia por parte de seu titular em prol de situação mais benéfica.”<sup>13</sup>

A defesa cega da imutabilidade do ato jurídico perfeito, nos faz perceber que a Administração Pública e seus defensores, buscam distorcer a *mens legis* do constituinte ao elencar

---

<sup>11</sup> *Idem, ibidem, p. 40.*

<sup>12</sup> *Idem, ibidem, p. 48.*

<sup>13</sup> *Idem, ibidem, p. 49.*

no rol do art. 5º da CRFB a defesa do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada, transmutando um direito individual num empecilho para o próprio exercício dos direitos garantidos pela Carta Magna.

Importante salientar que a intenção do instituto do ato jurídico perfeito já se mostra suficiente para comprovar a admissibilidade da desaposentação, posto que, por se tratar de garantia destinada a proteção do particular, não poderá ser entendida de modo diverso, sendo que as discussões sobre sua mutabilidade acabam como secundárias diante de tal preceito.

Ademais, indispensável ressaltar que,

“Nunca é demais repetir: as garantias do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada visam assegurar a própria razão de ser do direito, que é a pacificação social, por meio da permanente intencionalidade do valor da Justiça, e, justamente em razão deste componente valorativo, não devem tais prerrogativas transmutar-se em impedimentos insuperáveis à consecução de determinado propósito, em detrimento da coletividade. Como se vê, o entendimento da Carta Magna presume a análise teleológica de seus dispositivos, sendo a mera aplicação literal das regras constitucionais algo demasiadamente incompleto, pois o preceito legal nunca reproduzirá com perfeição a norma jurídica, a qual somente será alcançada com as ferramentas fornecidas pela hermenêutica jurídica. Interpretar-se uma garantia constitucional em contrariedade àqueles que seriam os beneficiários de tal garantia é evidente equívoco.”<sup>14</sup>

A pacificação social, como abordada no trecho acima, deve ser o objetivo principal do Estado Democrático de Direito, tendo na legislação um meio de garantir o seu alcance. Conquanto, a partir do momento em que não se prestar para essa função, criando conflitos ao invés de saná-los, a legislação bem como, nos limites expostos, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, deverão ser revisados ou inutilizada por impedirem que o Direito cumpra sua função.

Para Wladimir Novaes Martinez<sup>15</sup>, os preceitos constitucionais em questão foram criados em defesa do próprio homem em face do Estado, para que fosse mantida a tranquilidade, o conforto e a segurança jurídica, por isso, se a gerenciadora do seguro concedeu o benefício na forma adequada, este ato não poderia ser desfeito.

<sup>14</sup> *Idem, ibidem, p. 51-52.*

<sup>15</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op. cit.*, p. 120.

“O argumento, entretanto, não procede. Se a concessão fosse absoluta, caso o procedimento burocrático atribuísse validade, propriedade e substância ao ato jurídico que nasceria do deferimento, talvez se pudesse alegar os postulados do ato jurídico perfeito, mas nem isso é possível. Não podendo criar a prestação, resta ao devedor da obrigação apenas formalizar o seu despacho administrativo, declará-lo existente e propiciar o seu exercício. Nada mais do que isso. Prova disso é que, quando o legislador quis impor a aposentação, fê-lo expressamente. No caso em tela, o ato jurídico perfeito é uma proteção do cidadão e não do órgão gestor. Nessas exatas condições, os responsáveis pela seguradora não poderão ser penalizados por atender a pretensão do indivíduo de se desaposentar. [...] Compondo o patrimônio jurídico do indivíduo, uma segurança sua, o ato jurídico perfeito não pode ser argüido, contra ele, petrificando condição gessadora de um direito maior, que é o de legitimamente melhorar de vida. Por ser produto dessa proteção constitucional, a Administração Pública não poderá *ex officio* desfazer a aposentação. Porém, o indivíduo que teve e tem o poder de requerer deve ter o direito de desfazer o pedido.”<sup>16</sup>

#### 1.4 Renunciabilidade

A renúncia, em sentido amplo, esta sempre presente no nosso cotidiano, pelo simples fato de não aceitarmos todas as propostas disponíveis, por escolhermos um produto em detrimento de outro, enfim, tais acontecimentos são inerentes ao ser humano. Voltando novamente para o âmbito previdenciário, segundo Wladimir Novaes Martinez<sup>17</sup>, a desaposentação é um ato administrativo vinculado complexo, que envolve iniciativa da pessoa física e de pessoas jurídicas, todavia, quem inicia esse processo é o particular que abdica de um direito próprio, o recebimento do benefício previdenciário. “O autor requer a renúncia, porque ato unilateral, mas quem a efetiva formalmente é o requerido; enquanto o órgão gestor não a constituir, não existe a renúncia. Seu efeito é *ex tunc*, desde um determinado instante.”<sup>18</sup>

“A renúncia não põe fim ao direito à prestação, apenas suspende o seu exercício como direito. Ela continuará produzindo efeitos jurídicos (que é exatamente o que deseja o titular), entre os quais o seu arrependimento. Não se pode ajuizar que a renúncia destrói esse direito, apenas suspende o seu exercício; quando desaposentado, porta o tempo de serviço para outro regime e o direito a esse tempo está integralizado na CTC.”<sup>19</sup>

<sup>16</sup> *Idem, ibidem, p. 121.*

<sup>17</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>18</sup> *Idem, ibidem, p. 43.*

<sup>19</sup> *Idem, ibidem.*

Urge salientar alguns requisitos anteriores a aceitação da renúncia, como a existência de sujeito capaz, ou seja, o renunciante deve estar apto para realizar as atividades da vida civil antes de declarar sua renúncia ou, esta deverá ser realizada por aqueles legitimados, por exemplo, curador ou mandatário.

“Em face das enormes conseqüências que advêm da desistência de uma prestação previdenciária, geralmente responsável pela manutenção da pessoa humana, o procedimento exige certa estrutura técnica e o processo apresenta características ressaltáveis, muitas das quais bastante evidentes. Uma característica comum a muitos institutos jurídicos previdenciários é a titulariedade. Somente quem detém o direito à aposentadoria pode dela desistir. O gesto é espontâneo e ninguém será forçado a ele. Ainda que seja qualquer, terá de haver uma motivação.”<sup>20</sup>

Com efeito, cabe ressaltar a importância de ser observada a motivação no caso concreto, para que se evitem possíveis danos a terceiros.

“Também é rejeitada a idéia de causar dano a terceiros (deixar de pagar pensão alimentícia para os alimentandos) ou às Instituições. A motivação será pessoalmente nobre e expressada quando do pedido. Dessa forma, se a deliberada intenção do aposentado é desaposentar para nada receber e, dessa forma, não pagar pensão alimentícia à ex-esposa, é descabida a desaposentação. Solução viável será o órgão gestor continuar retendo o valor desse ônus civil e repassar para o regime instituidor apenas a diferença, sem que assim o interessado consiga deixar de cumprir o seu dever para com os dependentes.”<sup>21</sup>

Partilhando novamente das idéias de Wladimir Novaes Martinez, terminamos esse sub-capítulo,

“Estranhar um pedido de renúncia é não estar bem informado da jurisprudência; na desaposentação, impõe-se a participação da Administração Pública, sem a qual não é possível a desconstituição do ato jurídico. De regra, quem requer uma renúncia pretende aproveitar o tempo de serviço em regime instituidor, implicando em vários atos internos do regime de origem.”<sup>22</sup>

## 1.5 Procedimento

<sup>20</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op. cit.*, p. 45.

<sup>21</sup> *Idem, ibidem*, p. 60.

<sup>22</sup> *Idem, ibidem*, p. 119-120.

Para que possamos falar no procedimento que envolve o requerimento da desaposentação, devemos nos remeter a noções discorridas anteriormente. Das quais chegamos ao seguinte cenário, temos um aposentado que, através de declaração unilateral, expressou seu desejo de renunciar a percepção dos valores correspondentes ao benefício previdenciário, visando computar o tempo de contribuição para obtenção de nova aposentadoria, mais vantajosa. Logo, com tal cenário podemos estabelecer claramente os sujeitos dessa relação jurídica, de um lado temos o aposentado e de outro o órgão gestor do regime ao qual o aposentado se vincula.

Devemos, primeiramente, nos lembrar da existência da via administrativa, cujo esgotamento tem sido considerado desnecessário pela jurisprudência, o que constatamos através da Súmula 9º do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que determina que, em matéria previdenciária, não se faz necessário o prévio exaurimento da via administrativa, como requisito para ajuizamento da ação. E, ainda, temos o entendimento do STJ no mesmo sentido: “Ação Previdenciária. Prévio requerimento administrativo. Desnecessidade. Esferas independentes. Jurisprudência consolidada no âmbito do STJ. Agravo regimental improvido.”<sup>23</sup>

Todavia, devemos apontar que existem divergência quanto ao tema na doutrina,

“Na verdade, o segurado que solicita o benefício por via judicial, sem sequer manifestar seu desejo perante o INSS, seria carecedor do direito de ação, já que inexistente o interesse de agir, devido à ausência de conflito de interesses. Não haveria, de pronto, a necessidade do reconhecimento de um direito ignorado por outrem. Por outro lado, a simples demonstração de solicitação administrativa, sem resposta em tempo razoável, indica a aparente recusa do INSS em fornecer a prestação que se acredita devida, justificando a ação. Não necessita o beneficiário transitar por todas as instancias administrativas.”<sup>24</sup>

Independente disso, tem-se a necessidade de se estabelecer as regras quanto a competência,

“Como regra, é correto afirmar que a competência para o julgamento de lides relativas à desaposentação é privativa da Justiça Federal (art. 109, inc. I, CRFB/88). Deverá figurar, no pólo passivo, o Instituto Nacional do Seguro

<sup>23</sup> Superior Tribunal de Justiça. Consulta. Processos. REsp. 900.906/PR. Relator: Ministro Nilson Naves, Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2941090&sReg=200602471185&sData=20070409&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2941090&sReg=200602471185&sData=20070409&sTipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 20 abr. 2011.

<sup>24</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Desaposentação..., p. 83.

Social, caso o benefício a ser desfeito seja do RGPS, que é a hipótese mais comum. Se a desaposentação é de servidor, a fixação da competência irá depender do ente federativo a que está vinculado. Se servidor estadual ou municipal, a ação será apresentada no juízo estadual, enquanto o servidor federal na Justiça Federal, tendo sempre a unidade federada respectiva no pólo passivo.”<sup>25</sup>

Cumpra mencionar ainda que, “da mesma forma, a desaposentação pode ser requerida frente aos Juizados Especiais Federais, com competência na esfera cível, para processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal de até o valor de 60 salários-mínimos, e executar as suas sentenças (art. 3º da Lei n. 10.259/01)”<sup>26</sup>

A forma de postulação mais comum tem sido a ação ordinária de desaposentação, que necessitaria das seguintes comprovações: “Ainda que pequeno o ônus, impõe-se alguma prova a ser produzida nos autos: a) concessão regular da aposentadoria; b) sua manutenção e c) a intenção do postulante. Por se tratar de instituto em formação, releva a necessidade de o autor juntar pareceres de especialistas, artigos doutrinários e jurisprudência hodierna.”<sup>27</sup>

Com efeito, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, é possível que o juiz, havendo requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida com o pedido inaugural, desde que haja prova inequívoca e que se convença da verossimilhança da alegação.

“Embora tenhamos diversos tipos das chamadas tutelas de emergência, a tutela antecipada com fulcro no art. 273, I, do CPC é a que melhor atende às demandas dos segurados da Previdência Social, pois reúne os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Não obstante, nada impede a obtenção desta na hipótese do inciso II, em razão “do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, quando, por exemplo, a autarquia previdenciária posterga judicialmente o reconhecimento do direito do segurado (como na desaposentação) sem razão aparente. Não procede aplicar-se às lides previdenciárias o decidido na ADC n. 04/DF, pois entende o próprio STF que a vedação prevista na Lei n. 9.494/97 não se estende às ações previdenciárias (Pet (ARg) 2.693-PE, Rel. Min. Marco Aurélio, 28/5/2003 e Verbete 729 da Súmula do Tribunal). Assim, nada impede a concessão de tutela antecipada em lide previdenciária, mesmo nos Juizados Especiais.”<sup>28</sup>

<sup>25</sup> *Idem, ibidem*, p. 81-82.

<sup>26</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>27</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op. cit.*, p. 131

<sup>28</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação...*, p. 84.

Wladimir Novaes Martinez lembra que, “em algum momento, se a pessoa se der conta de que não lhe convém a nova aposentação ou ela será impossível, a primeira prestação estará disponível e poderá ser restabelecida a contar da data da manifestação.”<sup>29</sup>

### **1.6 Valores recebidos no benefício de origem**

Superadas as questões anteriores, adentramos no tema mais polêmico ao se tratar da desaposentação, a restituição ou não dos valores percebidos quando da vigência da aposentadoria. Tamanha dificuldade se justifica tanto pela complexidade que envolve o sistema previdenciário brasileiro, quanto pela onerosidade de se calcular o valor que deverá ser restituído.

“À evidência, a mensuração do que seria devolvido, nos casos em que se imponha esse ônus, levará em conta a multiplicidade de situações de cada segurado: a) tipo do benefício antes deferido e mantido; b) tempo de contribuição anterior a concessão com o total do capital presumidamente acumulado; c) montante da renda mensal inicial e subseqüentes reajustamentos anuais; d) duração do período de manutenção da prestação; e) total das mensalidades recebidas; f) expectativa de vida do segurado; g) critérios do regime instituidor (valor da nova renda inicial etc.). [...] A variedade de regimes e modalidades de contribuição conforme o tipo de segurado impossibilitam aferir-se o *quantum* necessário, especialmente na falta de regulamentação legal, a ponto de impor a definição legal. [...] Em suma: cada caso e somente uma norma regulamentadora indicará um padrão que possa ser útil.”<sup>30</sup>

Frise-se que os cálculos somente serão realizados por matemático, tendo em vista a dificuldade de ser confeccionado, por envolver, necessariamente, os fatores indicados acima e, ainda, manter a atuaridade financeira. “O próprio matemático terá de se cingir não ao que for necessário para que o regime instituidor possa pagar o benefício, mas também não causar desequilíbrio no regime de origem com a renúncia do segurado; ele tem de pensar nos dois planos de benefícios.”<sup>31</sup>

<sup>29</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op. cit.*, p. 62.

<sup>30</sup> *Idem, ibidem*, p. 109-110.

<sup>31</sup> *Idem, ibidem*, p. 113.

No entendimento de Wladimir Novaes Martinez <sup>32</sup> podemos dividir as opiniões em cinco correntes: a) nenhuma devolução, fundamentada na idéia de que ao se retirar do regime de origem, este não deverá verter benefício por toda a vida do aposentado; b) devolução integral, sem levar em conta quaisquer fatores subjetivos ou objetivos; c) devolução parcial, devendo observar certos parâmetros como o montante contribuído e o valor já recebido; d) valor sentenciado, posição adotada por certos magistrados que entendem ser devida a devolução, todavia não indicam o valor preciso nem critérios para tal; e) restituição do necessário, restabelecer o *status quo ante*, observando-se os parâmetros atuariais, sendo que o próprio doutrinador se enquadra nessa última corrente.

Abordando outro modo de pensar temos Marina Vasquez Duarte, citada por Fábio Zambitte Ibrahim, que leciona:

“Com a desaposentação e a reincorporação do tempo de serviço antes utilizado, a autarquia seria duplamente onerada se não tivesse de volta os valores antes recebidos, já que terá de conceder nova aposentadoria mais adiante, ou terá que expedir certidão de tempo de contribuição para que o segurado aproveite o período em outro regime previdenciário. Com a expedição da certidão de tempo de contribuição, a Autarquia Previdenciária terá de compensar financeiramente o órgão que concederá a nova aposentadoria, nos termos dos arts. 94 da Lei 8.213/91 e 4º da Lei 9.796, de 05/05/199.

[...]

O mais justo é conferir efeito *ex tunc* à desaposentação e fazer retornar o *status quo ante*, devendo o segurado restituir o recebido do órgão gestor durante todo o período que esteve beneficiado. Este novo ato que será deflagrado pela manifestação de vontade do segurado deve ter por consequência a eliminação de todo e qualquer ato que o primeiro ato possa ter causado para a parte contrária, no caso o INSS.” <sup>33</sup>

Em sentido contrário se manifesta Fábio Zambitte Ibrahim <sup>34</sup>, que ressalta a importância de ser analisada a devolução dos valores recebidos nas duas formas de desaposentação separadamente, a primeira no mesmo regime e a segunda quando da averbação do tempo de um regime para aposentadoria em outro.

<sup>32</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>33</sup> DUARTE, Marina Vasquez. **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, *apud* IBRAHIM, Fábio Zambitte. Desaposentação..., p. 61.

<sup>34</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Desaposentação..., p. 63.

“No primeiro caso, ou seja, da desaposentação no mesmo regime, não há que se falar em restituição de valores percebidos, pois o benefício da aposentadoria, quando originalmente concedido, tinha o intuito de permanecer no restante da vida do segurado. Se este deixa de receber as prestações vindouras, estaria, em verdade, favorecendo o regime previdenciário. Naturalmente, como visa benefício posterior, somente agregará ao cálculo o tempo de contribuição obtido *a posteriori*, sem invalidar o passado. A desaposentação não se confunde com a anulação de ato concessivo do benefício, cabendo tão somente sua eficácia *ex nunc*. A exigência da restituição de valores recebidos dentro do mesmo regime previdenciário implica obrigação desarrazoada, pois se assemelha ao tratamento dado em caso de ilegalidade na obtenção da prestação previdenciária. A desaposentação em mesmo regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado. Não faz o menor sentido determinar a restituição de valores fruídos no passado.”<sup>35</sup>

Prosseguindo na interpretação dada por Fábio Zambitte Ibrahim<sup>36</sup>, em meio a uma análise perfunctória quanto a segunda forma de desaposentação, transferindo o tempo de um regime para uma nova aposentadoria em outro regime, podemos perceber possíveis celeumas se o sistema de arrecadação utilizado pelo regime de origem for o de capitalização individual, que varia conforme o nível contributivo e o tempo de acumulação.

“Ressalta-se, ainda, que as reservas acumuladas pelo segurado foram dimensionadas com o intuito de sustentá-lo durante o restante de sua vida, período certamente abreviado já pelo tempo que permaneceu jubilado pelo regime de origem, restando de óbvia conclusão que o regime previdenciário destino terá de arcar, naturalmente, com menor período de tempo, em razão da menor expectativa de vida do segurado. Em razão de tais premissas, além do evidente caráter alimentar do benefício previdenciário, não se deve falar em restituição de valores recebidos no caso de desaposentação, sendo tal desconto somente admissível em regimes de capitalização individual pura, o que inexistente no sistema previdenciário público brasileiro, seja no RGPS ou em regimes próprios de previdência. [...] Em verdade, a restituição dos valores recebidos pelo segurado é usualmente apresentada como mais um subterfúgio dos que recusam a admitir a desaposentação, sendo mera tentativa de dissipar as pretensões dos segurados interessados no instituto ora desenvolvido.”<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> *Idem, ibidem, p. 64.*

<sup>36</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>37</sup> *Idem, ibidem, p 66 e 68.*

### 1.7 Tendências

Desde que se acenou com a possibilidade da desaposentação, muitas ações objetivando a percepção de benefício mais vantajoso foram ajuizadas. Destas, a maioria obteve resposta favorável quanto a possibilidade de nova aposentadoria, considerando o tempo de contribuição anteriormente adquirido no mesmo ou em outro regime. Tendo como base de tais decisões a idéia de que as garantias constitucionais, como o ato jurídico perfeito, devem ser utilizadas em favor do aposentado, aumentando o acesso deste aos seus direitos (como o de receber o melhor benefício possível), não como um obstáculo para tal implemento.

Nesse sentido podemos utilizar partes do parecer da Procuradora do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, Elvira Samara Pereira de Oliveira (PN TC 03/00):

“Diga-se mais: o instituto do ato jurídico perfeito, inscrito no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna Federal, implica em garantia do particular contra a tirania estatal, nunca em motivo para serem sonogados seus direitos. Destarte, resulta cristalino que os defensores da irrenunciabilidade vêm dando exegese distorcida e equivocada ao tema, posto que estão a interpretar às avessas a norma constitucional, transformando garantia individual em óbice legal.”<sup>38</sup>

No que se refere a renúncia temos o entendimento de que,

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO MONTANTE RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR. COMPENSAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS PREVIDENCIÁRIOS.

1. Tratando-se a aposentadoria de um direito patrimonial, de caráter disponível, é passível de renúncia.”<sup>39</sup>

Firmando tal entendimento temos reiteradas decisões do STJ nesse mesmo sentido,

<sup>38</sup> TCE. **Parecer PN TC 03/00**. Disponível em: < <http://www.tce.pb.gov.br/consultas/cons03-00.htm>>. Acesso em: 3 jan. 2011.

<sup>39</sup> Tribunal Regional Federal 4ª Região. Consulta Processual Unificada. APELREEX 8373. Relator: Desembargador Federal Celso Kipper. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=REQUERIMENTO+EXPRESSO+DA+PARTE+AUTORA&s=jurisprudencia>> Acesso em: 20 abr. 2011.

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia de benefício previdenciário, no caso, a aposentadoria, por ser este um direito patrimonial disponível. 2. O tempo de serviço que foi utilizado para a concessão da aposentadoria pode ser novamente contado e aproveitado para fins de concessão de uma posterior aposentadoria, num outro cargo ou regime previdenciário. 3. Recurso provido.”<sup>40</sup>

Conquanto, o tema mais polêmico em relação a desaposentação, conforme discorrido no item 2.7, encontra divergência nos Tribunais, ora favoráveis a restituição do valor recebido quando da aposentadoria, visando o equilíbrio atuarial, ora desfavoráveis a devolução, baseando-se no ato jurídico perfeito que vigorava na constância da aposentadoria e, ainda, no caráter alimentar de tal benefício.

Favorável a restituição temos o seguinte trecho de jurisprudência, para elucidar os argumentos utilizados, *mutatis mutandis*:

“[...] Mister a restituição dos valores recebidos a título do benefício previdenciário, em se pretendendo utilizar o tempo de serviço na atividade privada para obtenção de aposentadoria estatutária. Não se restituir os valores recebidos a título de aposentadoria implicaria em carrear prejuízos ao INSS, pois a compensação financeira se operaria sobre parte do seguro já transferido ao segurado.”<sup>41</sup>

E nesse sentido, temos a pacificação do STJ firmada na desnecessidade da devolução dos valores recebidos, na seguinte decisão:

“PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. 1. A renúncia à aposentadoria, para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não importa em devolução dos valores percebidos, "pois enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime

<sup>40</sup> Superior Tribunal de Justiça. Consulta. Processos. REsp. 14.624/RS, Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Disponível em: <[http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RMS\\_14624\\_RS\\_30.06.2005.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RMS_14624_RS_30.06.2005.pdf)> Acesso em : 20 abr. 2011.

<sup>41</sup> Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Outras Informações. Diário Eletrônico. AG 182848, Relator: Juiz Galvão Miranda, Disponível em: <<http://diarios-oficiais.com.br/diarios-dos-tribunais-regionais-federais-trf/3-regiao-judiciais-interior-sp-e-ms-trf3-judiiimssp/2011-04-14/38119-pg.327>> Acesso em: 20 abr. 2011.

geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos”<sup>42</sup>

Há que se falar nos projetos de lei que intentam a regulamentação da desaposentação e, ainda, poderão “acabar com a teimosia estatal em reconhecer um evidente direito dos beneficiários da Previdência Social brasileira.”<sup>43</sup>

“Há o PL n. 3900/1997, de autoria do deputado Arnaldo Faria de Sá – PPB/SP, apresentado em 20/11/1997, o qual foi apensado ao PL n. 2286/96 visando alterar a Lei n. 6.226, de 14 de julho de 1975, que dispõe sobre a contagem recíproca de tempo de serviço público federal e de atividade privada, para efeito de aposentadoria, concedendo a possibilidade de renúncia à aposentadoria por tempo de serviço, podendo ser computado para outra aposentadoria de maior valor, o tempo servido de base para a concessão da mesma. [...] Já visando ao Regime Geral da Previdência Social, o projeto de Lei n. 7.145/02 de autoria do Deputado Federal Inaldo Leitão, altera a Lei n. 8.213/91, no art. 54, inserindo a possibilidade genérica da desaposentação. Tais projetos encontram-se em tramitação no Congresso Nacional.”<sup>44</sup>

Mas segundo o entendimento de Fábio Zambitte Ibrahim<sup>45</sup>, tais projetos importam a conscientização quanto a relevância da matéria, mas não são suficientes para alcançar a amplitude da desaposentação, acabando por limitar sua aplicabilidade.

Por derradeiro, temos em andamento o primeiro caso de desaposentação no STF, com o RE extr. n. 381367, o qual questiona a constitucionalidade do art. 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91, “§ 2º. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social—RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.”

No caso o aposentado pelo RGPS, pleiteia novo cálculo de proventos, acrescentando o tempo do regresso, usando como o argumento de que esse dispositivo afronta o art. 201, parágrafo 11 da CFRB, “§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao

<sup>42</sup> Superior Tribunal de Justiça. Consulta. Processos. REsp. 692628/DF. Relator: Ministro Nilson Naves, Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1950463&sReg=2](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1950463&sReg=2)> Acesso em: 8 jun 2011.

<sup>43</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Desaposentação..., p. 90.

<sup>44</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>45</sup> *Idem, ibidem.*

salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.”

O relator desse recurso, Ministro Marco Aurélio, proveu o recurso e baseou-se na premissa de que o aposentado, ao regressar ao trabalho é obrigado a contribuir a Previdência Social, sem que seja dada a possibilidade de receber a contra-prestação. Assinalou, ainda, que tal situação abala a feição sinalagmática e comutativa decorrente da contribuição. Registrou, por fim, que essa conclusão não resultaria na necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do parágrafo segundo do art. 18 da Lei 8.213/91, mas de lhe emprestar alcance consentâneo com a Constituição, ou seja, no sentido de afastar a duplicidade de benefício, porém não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita.<sup>46</sup>

Com isso podemos traçar o perfil que vem se formando ao redor da desaposentação, sendo possível afirmar que, em breve, sua aceitação será plena e incorporada ao direito brasileiro, como uma saída inevitável para sanar alguns dos defeitos percebidos na atividade da Previdência Social.

## CONCLUSÃO

O retorno dos aposentados ao mercado de trabalho, na maioria das vezes, dá-se por necessidade de implementar os ganhos mensais, pelo fato de muitos assumirem papel indispensável na fonte de renda familiar, já que esta cai visivelmente quando da aposentadoria.

E em conseqüente, analisando profundamente a questão, é inegável que a situação exposta é fruto da própria omissão do Estado, quanto a prestação de um sistema previdenciário sólido e eficaz, que acaba obrigando esse retorno, posto que não se presta a garantir um envelhecimento digno àqueles que já deram sua contribuição à economia nacional.

Esses aposentados que deveriam ter sua dedicação voltada a outros ramos da sociedade, como, por exemplo, no auxílio ao desenvolvimento de tarefas sociais baseadas no conhecimento que adquiriram ao longo da vida, são praticamente obrigados a se lançar no mercado de trabalho, novamente. Reforça esse sentir, o fato de continuarem a contribuir, devido a compulsoriedade, ao

---

<sup>46</sup> STF. Publicações. Informativo Semanal. Pesquisa Livre. “Desaposentação” e Benefícios Previdenciários – 1 e 2. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo600.htm>> Acesso em: 2 junho 2011.

sistema previdenciário sem a possibilidade de receber a contra-prestação lógica de tal ônus financeiro.

Diante da experiência trazida através do direito comparado, temos que o sistema previdenciário brasileiro, na sua atual configuração, mostra-se falho diante do objetivo para o qual fora criado, tornando inevitável o trabalho da doutrina para que, dentro dos limites legais, possa traçar rumos para o exercício dos direitos garantidos infra e constitucionalmente. A experiência internacional deverá servir de parâmetro para uma futura alteração, que mantenha o regime previdenciário sustentável e inteligível.

Dentro desse cenário, a utilização da desaposentação é indispensável para atualizar a lógica previdenciária adotada em nosso território, visto a licitude do trabalho mesmo após a aposentadoria e, ainda, o caráter solidário, contributivo, compulsório dos regimes básicos.

Quando nos deparamos com os argumentos utilizados contra a desaposentação, percebemos que estes se limitam a tratar este tema como o futuro causador da desestabilidade da previdência, todavia, é sabido que há tempos o sistema previdenciário vem dando sinais de sua fragilidade. Além de que, o Estado como administrador da Previdência Social brasileira, não pode transferir o ônus da sua má administração para o contribuinte, parte mais fraca dessa relação. Este parâmetro mais uma vez evidencia a gritante necessidade de ajuste no sistema previdenciário atual.

A privação ao recebimento da contra-prestação devida implica em afronta a idéia basilar da prestação sinalagmática, na qual se funde a Previdência Social, deixando de ser um ônus seguido de bônus (contribuir para receber o benefício previdenciário), para se tornar numa contribuição sem qualquer retorno, salvo a percepção de salário-família e a reabilitação profissional.

Com efeito, a desaposentação significa a possibilidade do aposentado renunciar a percepção do benefício da aposentadoria, em vistas de computar o tempo de contribuição aderido ao seu patrimônio para a concessão de novo benefício, no mesmo ou em outro regime, desde que resulte num valor superior ao recebido quando da primeira aposentação. Logo, o tempo sobressalente trabalhado pelo aposentado poderá representar uma nova renda mensal inicial superior, diminuindo também o impacto negativo do fator previdenciário, situações que indicam um resultado favorável ao aposentado.

Contudo, diante das diversas possibilidades de aplicação da desaposentação, levando em conta a existência de regimes distintos, deverá ser observada a aplicabilidade em cada caso

concreto. Sem nos olvidarmos quanto aos possíveis pontos negativos que uma demanda judicial pode acarretar, como o desgaste emocional, amparado na demora das resoluções judiciais, exceto nos casos de deferimento da antecipação de tutela.

Somado a isso, devemos nos atentar a obrigação de custear os valores judiciais, salvo se o requerente estiver amparado pela Assistência Judiciária Gratuita.

Superados os possíveis pontos negativos temos explicitado, através de entendimento jurisprudencial, a grande aceitação da desaposentação, não restando divergência quanto a possibilidade de se renunciar a aposentadoria, em se tratando de direito patrimonial, logo disponível ao seu titular, restando controvérsias somente quanto a devolução dos valores recebidos enquanto perdurou a aposentadoria. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, acreditando na desnecessidade de devolução dos valores, por estarem vinculados a um ato jurídico perfeito válido a época da sua prestação, além do caráter alimentar do benefício.

Cabe dizer que, o aposentado assumirá os riscos de uma eventual decisão contrária, tendo em vista a necessidade de atingir, através de Recurso Especial, o STJ, se adequando a todos os requisitos de admissibilidade exigida para tal.

E a sinalização do STF mostra-se favorável a aceitação da desaposentação, deixando prevalecer o benefício do aposentado, o sujeito mais fraco dessa relação, tanto o é que a maior parte dos princípios vigentes no direito previdenciário são em favor deste, assim como aquele que permite que o contribuinte receba o melhor benefício possível, sendo seu encargo a escolha dessa data.

Por derradeiro, concluímos que quando for dada a devida importância àqueles que trabalharam para construção da sociedade (cumprindo sua função social), fornecendo condições plenas e dignas para seu envelhecimento com qualidade, veremos reais modificações no Estado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação, o caminho para uma melhor aposentadoria**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

STF. Publicações. Informativo Semanal. Pesquisa Livre. “Desaposentação” e Benefícios Previdenciários – 1 e 2. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo600.htm>> Acesso em: 2 junho 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Consulta. Processos. REsp. 900.906/PR. Relator: Ministro Nilson Naves, Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2941090&sReg=200602471185&sData=20070409&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2941090&sReg=200602471185&sData=20070409&sTipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 20 abr. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Consulta. Processos. REsp. 14.624/RS, Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Disponível em: <[http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RMS\\_14624\\_RS\\_30.06.2005.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RMS_14624_RS_30.06.2005.pdf)> Acesso em : 20 abr. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Consulta. Processos. REsp. 692628/DF. Relator: Ministro Nilson Naves, Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1950463&sReg=2](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1950463&sReg=2)> Acesso em: 8 jun 2011.

TCE. Parecer PN TC 03/00. Disponível em:< <http://www.tce.pb.gov.br/consultas/cons03-00.htm>>. Acesso em: 3 jan. 2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Outras Informações. Diário Eletrônico. AG 182848, Relator: Juiz Galvão Miranda, Disponível em: <<http://diarios-oficiais.com.br/diarios-dos-tribunais-regionais-federais-trf/3-regiao-judiciais-i-interior-sp-e-ms-trf3-judimssp/2011-04-14/38119-pg.327>> Acesso em: 20 abr. 2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO. Consulta Processual Unificada. APELREEX 8373. Relator: Desembargador Federal Celso Kipper. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=REQUERIMENTO+EXPRESSO+DA+PARTE+AUTORA&s=jurisprudencia>> Acesso em: 20 abr. 2011.

**A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DEVIDA PELO PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA COM EMPREGADOS E O PRECEDENTE GERADO PELA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 363.852/MG**

Raphaela Goulart Nacácio e Silva<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. O PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA. 1.1. O produtor rural contribuinte Individual; 1.2. Da sub-rogação. 2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA PELO PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA COM EMPREGADOS. 2.1. Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento; 2.2. Princípio da isonomia; 2.3. Princípio da equidade na forma de participação e custeio; 2.4. Princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbana e rural; 2.5. Princípio da preexistência da fonte de custeio; 2.6. Princípio da diversidade da base de financiamento. 3. DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 363.852/MG. 3.1. Necessidade de lei complementar para instituição da contribuição; 3.2. Bis in idem com relação a Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS; 3.3. Ofensa ao princípio da isonomia, insculpido no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal. 4. REFLEXOS GERADOS COM O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 363.852/MG. 4.1. Do efeito *ex tunc*; 4.2. Do efeito repristinatório; 4.3. Da restituição dos valores pagos com base na norma declarada inconstitucional. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

**RESUMO:** Este artigo tem como escopo a análise do Recurso Extraordinário nº 363.852/MG, onde, em sede de controle difuso, o Supremo Tribunal Federal votou pela inconstitucionalidade da contribuição devida pelo produtor rural pessoa física, que, atualmente, corresponde à alíquota de 2,3% incidente sobre a receita bruta auferida com a comercialização da produção rural.

Com respaldo na legislação vigente, todos os argumentos utilizados pelo Ministro Relator Marco Aurélio ao fundamentar o seu posicionamento a favor da inconstitucionalidade foram contestados, demonstrando, assim, que não existe *bis in idem*, porque o contribuinte individual não é considerado pessoa jurídica para o imposto de renda; não há necessidade de lei complementar, porque a Lei 10.256/01 adequou o artigo 25 da Lei nº 8.212/91 à Emenda Constitucional nº 20/98 e, por fim, não viola o princípio da isonomia, porque a contribuição devida tem caráter substitutivo.

**PALAVRAS CHAVE:** Produtor rural pessoa física com empregados – Contribuição incidente sobre a receita bruta auferida com a comercialização da produção rural – Recurso Extraordinário nº 363.852/MG.

**ABSTRACT :** *This article has the objective analysis of the Extraordinary Appeal No. 363.852/MG where, based on fuzzy control, the Supreme Court voted for the unconstitutionality of the contribution payable by the individual farmer, which currently corresponds to a rate of 2.3 % on the gross revenues from the sale of rural production.*

*Relying on current legislation, all the arguments used by the Minister Rapporteur Marcus Aurelius to substantiate its position in favor of constitutionality were challenged, thereby demonstrating that there is no bis in idem, because the individual taxpayer is not considered a legal entity for tax income, there is no need for supplemental law, because Law 10.256/01 conformed to Article 25 of*

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Campus Poços de Caldas. Especializanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - Uniderp.

*Law No. 8.212/91 to Constitutional Amendment 20/98 and, finally, does not violate the principle of equality, because the contribution is due substitutive nature.*

**KEYWORDS:** *Rural Producer with individual employees - Contribution levied on the gross revenues from the sale of rural production - Extraordinary Appeal No. 363.852/MG.*

## INTRODUÇÃO

O produtor rural, figura presente em toda história do Brasil, é caracterizado pelo trabalho no campo, seja com auxílio de empregados ou em regime de economia familiar.

Durante muito tempo, o rurícola não contribuiu para a Seguridade Social, sendo essa atribuição inerente apenas a algumas classes de trabalhadores.

Em 23 de setembro de 1955, a Lei nº 2.613 instituiu o Serviço Social Rural, que correspondia a uma autarquia prestadora de serviços assistenciais aos trabalhadores rurais.

Visando ao benefício dos trabalhadores rurais criou-se, em 1963, o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69, passou a ser admitida duas formas de custeio da previdência social, uma dirigida aos trabalhadores rurais, outra dirigida aos trabalhadores urbanos.<sup>2</sup>

Em 1º de maio de 1969, com o Decreto-lei nº 564, a Previdência Social foi estendida ao trabalhador rural.

Em substituição ao plano básico da Previdência Social Rural foi instituído, pela Lei Complementar nº 11/71, o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL), cuja contribuição foi destinada ao FUNRURAL.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreu a unificação do Sistema Previdenciário, não podendo mais haver distinção entre contribuintes urbanos e rurais.

Em 1991 foram publicadas as leis nº 8.212 e 8.213, ficando a cargo da primeira, Lei Orgânica da Seguridade Social, a instituição das contribuições destinadas a custear a Seguridade Social e, da segunda, disciplinar os benefícios previdenciários.

A Lei nº 8.212/91, em sua redação original, determinava que o produtor rural pessoa física empregador, objeto desse trabalho acadêmico, contribuiria para o custeio da Seguridade Social, sobre a folha de salários.

---

<sup>2</sup> JUNIOR, Julio Cezar Pessoa Picanço. **O FUNRURAL declarado inconstitucional pelo STF. Desnecessidade do recolhimento de contribuições para a seguridade social?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2694, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17833>>. Acesso em: 07 set. 2011.

A partir de então, o trabalhador rural deixou de ser beneficiário da Previdência Social e o seu direito ao benefício ficou condicionado à comprovação de uma contraprestação pecuniária.

Todavia, como é sabido, em face dos diversos fatores a que a produção rural está sujeita, tais como intempéries climáticas, entressafra, oferta e procura do produto, o índice de sonegação e informalidade da mão de obra no âmbito rural é muito elevado, dificultando o acesso dos rurícolas aos benefícios previdenciários.

Visando à redução dessa sonegação e a um maior acesso dos trabalhadores rurais aos benefícios previdenciários, a Lei nº 8.540/92 alterou o artigo 25 da Lei Orgânica da Seguridade Social, substituindo a contribuição sobre a folha de pagamento pela contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção rural, assim como já contribuía o produtor rural que trabalha em regime de economia familiar.

A Lei nº 8.212/91, em seu artigo 30, atribuiu aos adquirentes pessoa jurídica a obrigação de recolher a contribuição em questão.

Trata-se de sub-rogação, sem ônus para os responsáveis tributários, cabendo aos mesmos, tão somente, a retenção da contribuição e seu posterior repasse para o Poder Público.

Contudo, em 27 de agosto de 1998, o Frigorífico Mataboi, na condição de responsável tributário, impetrou Mandado de Segurança pugnando pela inconstitucionalidade da contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural. O *mandamus*, em sede de Recurso Extraordinário (RE nº 363.852/MG), foi julgado procedente por unanimidade.

O Ministro Marco Aurélio, relator do Recurso Extraordinário, votou a favor da inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, instituidor da atual contribuição previdenciária do produtor rural pessoa física com empregados.

Para fundamentar seu voto, o Ministro Relator se valeu de três argumentos, quais sejam:

- necessidade de lei complementar para instituição da contribuição;
- *bis in idem* com relação a Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, e
- ofensa ao princípio da isonomia, insculpido no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal.

Esse artigo tem como objetivo contestar todos os argumentos utilizados na decretação de inconstitucionalidade, demonstrando que, atualmente, essa contribuição está em plena consonância com a Constituição Federal.

Visou, ainda, abordar os reflexos que essa decisão pode gerar haja vista que, não obstante o controle de constitucionalidade tenha sido feito de forma difusa, ou seja, com efeitos *inter partes* e *ex tunc*, o voto favorável à inconstitucionalidade gerou um precedente muito forte, ensejando o ajuizamento de inúmeras ações com o mesmo fim.

## 1. O PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA

A evolução do trabalho rural no Brasil transita em sua forma e conteúdo em conjunto com a própria história brasileira. Seu início se deu com a colonização portuguesa, vindo a perdurar até os dias atuais como fator essencial para a economia interna.

Hodiernamente, existem diferentes relações de trabalho no campo, formada essencialmente por aqueles que detêm a propriedade da terra e por aqueles que trabalham diretamente a terra. Entre essas relações, tem-se o produtor rural e o empregado rural.

Segundo conceito explanado por Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro, na ótica trabalhista, empregado rural é “aquele trabalhador que presta serviços para empresas ou propriedade rural com contrato de trabalho expresso ou tácito, que receba remuneração e sob subordinação.”<sup>3</sup>

Por sua vez, o produtor rural, nos dizeres de Maria Helena Diniz:

“É a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que em estabelecimento rural explore não só atividade agrícola, pastoril ou hortigranjeira, ou a indústria rural e a extração de produtos primários, vegetais ou animais, como também atividade pesqueira, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos. Para Fernando P. Soderó, é o empresário agrícola, pecuário, agroindustrial ou extrativo, ou seus empregados, arrendatários e parceiros, colonos e outros, que cultivam produtos agrícolas, criam animais, exercem a indústria rural ou praticam o extrativismo vegetal ou animal, em caráter profissional e com fito de lucro, visando a sua própria subsistência e comercializando o excedente dos frutos ou produtos, no mercado interno ou no externo.”<sup>4</sup>

Esse conceito encontra respaldo na Lei nº 5.889/73, criada para regulamentar o trabalho rural, onde, em seu artigo 3º, define o empregador rural como sendo “toda pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados”.

<sup>3</sup> RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2011, p. 330.

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 904, v. 3.

### 1.1. O produtor rural contribuinte Individual

Entre os segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS acha-se o contribuinte individual.

A Lei nº 8.212/91, em seu artigo 12, inciso V, alínea “a”, até a entrada em vigor da Lei nº 11.718/08, inseria, no rol dos contribuintes individuais o produtor rural pessoa física, proprietário ou não, que, com auxílio de empregados, ainda que de forma não contínua, explorava a atividade agropecuária ou pesqueira.

Com o advento da Lei nº 11.718/08, esse conceito, no tocante à atividade agropecuária, sofreu significativa mudança, quando passou a ser considerado contribuinte individual:

o produtor rural pessoa física, proprietário ou não, que, com ou sem empregados, exerce suas atividades em área superior a 4 (quatro) módulos fiscais .

o produtor rural pessoa física, proprietário ou não, que, com o auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos, exerce suas atividades em área igual ou inferior a 4 (quatro) módulos fiscais .

Vale notar que, na atividade pesqueira, o conceito permaneceu inalterado.

A base de cálculo da contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição incidente sobre a folha de pagamento, corresponde a 2,3% da receita bruta auferida com a comercialização de sua produção, tendo a seguinte destinação:

- 2,0%<sup>5</sup> - para custeio da Seguridade Social;
- 0,1%<sup>6</sup> - para custeio dos riscos ambientais do trabalho, e
- 0,2%<sup>7</sup> - destinado ao SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural).

A responsabilidade pelo recolhimento dessa contribuição é do adquirente, consumidor, consignatário ou cooperativa, salvo quando o contribuinte individual comercializa sua produção diretamente no varejo, a consumidor pessoa física, a outro produtor rural contribuinte individual ou a outro segurado especial.

### 1.2. Da sub-rogação

<sup>5</sup> Ver artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.212/91.

<sup>6</sup> Ver artigo 25, inciso II, da Lei nº 8212/91.

<sup>7</sup> Ver art. 6º da Lei nº 9.528/97, na redação dada pela Lei nº 10.256 de 09 de julho de 2001.

A contribuição incidente sobre a comercialização da produção rural é devida pelo empregador rural pessoa física, sendo, no entanto, responsável por esse recolhimento, na condição de sub-rogados, a “empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa.”<sup>8</sup>

Vale notar que essa sub-rogação se dá sem quaisquer ônus para os responsáveis tributários, cabendo aos mesmos, tão somente, a retenção da contribuição e seu posterior repasse para o Poder Público. Quem assume o ônus financeiro é sempre o produtor rural que comercializou a sua produção.

Há, porém, exceções a essa sistemática de arrecadação via sub-rogação. O produtor rural pessoa física fica diretamente responsável pelo recolhimento da contribuição previdenciária, quando comercializa a produção: (i) com adquirente domiciliado no exterior; (ii) diretamente, no varejo, a consumidor pessoa física; ou (iii) a outro produtor rural pessoa física ou segurado especial.

Observa-se, neste ponto, que o artigo 121 do Código Tributário Nacional enquadra o adquirente, o consignatário e a cooperativa como responsáveis tributários, de forma que não são onerados com o recolhimento da contribuição, devendo descontá-la no ato da aquisição/consignação da produção rural.

O Código Tributário Nacional distingue o sujeito ativo em contribuinte, quando realiza, ele próprio, o fato gerador da obrigação e, em responsável, quando, não realizando o fato gerador da obrigação, a lei lhe imputa o dever de satisfazer o crédito em prol do sujeito ativo.

Acertadamente, Eduardo Sabbag afirma:

“o tributo deve ser cobrado da pessoa que pratica o fato gerador. Nessas condições, surge o sujeito passivo direto (“contribuinte”). Em certos casos, no entanto, o Estado pode ter necessidade de cobrar o tributo de uma terceira pessoa, que não o contribuinte, que será o sujeito passivo indireto (“responsável tributário”).”<sup>9</sup>

<sup>8</sup>Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

[...]

III - a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa são obrigadas a recolher a contribuição de que trata o art. 25 até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da operação de venda ou consignação da produção, independentemente de essas operações terem sido realizadas diretamente com o produtor ou com intermediário pessoa física, na forma estabelecida em regulamento;

IV - a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa ficam sub-rogadas nas obrigações da pessoa física de que trata a alínea “a” do inciso V do art. 12 e do segurado especial pelo cumprimento das obrigações do art. 25 desta Lei, independentemente de as operações de venda ou consignação terem sido realizadas diretamente com o produtor ou com intermediário pessoa física, exceto no caso do inciso X deste artigo, na forma estabelecida em regulamento; [...] (g.n.)

<sup>9</sup>SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 695.

Nos dizeres de Ricardo Lobo Torres:

“as diferenças fundamentais entre o contribuinte e o responsável são as seguintes: (I) o contribuinte tem o débito (*debitum, Schuld*), que é o dever de prestação e a responsabilidade (*Haftung*), isto é, a sujeição de seu patrimônio ao credor (*obligatio*), enquanto o responsável tem a responsabilidade sem ter o débito, pois ele paga o tributo por conta do contribuinte; (II) a posição do contribuinte surge com a realização do pressuposto previsto na lei que regula a responsabilidade, que os alemães chamam de fato gerador da responsabilidade (*Haftungstatbestand*).”<sup>10</sup>

Eduardo Sabbag dispõe que “responsável é a pessoa que sem se revestir da condição de contribuinte, tem sua obrigação decorrente de disposição expressa de lei.”<sup>11</sup>

Todavia, continua o ilustrado mestre<sup>12</sup> delineando que “a lei não pode atribuir a responsabilidade tributária pelo pagamento de tributo a qualquer “terceiro responsável”, em razão do que dispõe o art. 128, que aclara e complementa o art. 121, parágrafo único, II, ambos do CTN.”

Veja a dicção do art. 128 do CTN:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Conclui-se, portanto, que o responsável tributário é um terceiro que não realizou, ele próprio, o fato gerador da obrigação. Todavia, a lei determina que ele tenha uma vinculação, de qualquer natureza, com o fato gerador da obrigação principal.

É de se observar, neste ponto, que grande parte da doutrina identifica duas modalidades básicas de responsabilidade:

- por substituição, que, como explica Luciano Amaro, “a lei desde logo põe o “terceiro” no lugar da pessoa que naturalmente seria definível como contribuinte, ou seja, a obrigação tributária já nasce com seu polo passivo ocupado por um substituto legal tributário.”<sup>13</sup>

<sup>10</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>11</sup> SABBAG, Eduardo. **Manual...**, p. 698.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 698.

<sup>13</sup> AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 333.

- por transferência, segundo ensinamento do mesmo autor, “a obrigação de um devedor (que pode ser um contribuinte ou um responsável) é deslocada para outra pessoa, em razão de algum evento.”<sup>14</sup> Sendo exemplo clássico dessa responsabilidade a sucessão.

Nessa medida, a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa seriam responsáveis, por substituição, pela contribuição prevista no artigo 25 da Lei nº 8.212/91, porquanto o artigo 30, III, da Lei nº 8.212/91, atribui a essas pessoas o dever de recolher a contribuição em tela.

Em síntese, “a substituição tributária possui função de arrecadar o tributo por conta do Estado, não considerando o substituto como verdadeiro devedor do tributo.”<sup>15</sup> Certo é que os sub-rogados estão obrigados a descontar do produtor rural, no ato da aquisição/consignação da produção rural, o valor da contribuição incidente sobre a produção e a proceder ao recolhimento respectivo. Reafirma-se, aqui, que o ônus financeiro recai sempre sobre o produtor rural, cabendo aos sub-rogados, tão somente, a retenção da contribuição e seu repasse ao Poder Público.

## 2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA PELO PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA COM EMPREGADOS

Neste capítulo, será feita abordagem de alguns princípios constitucionais que regem a seguridade social e seu financiamento, para que se possa, no capítulo seguinte, analisar e sustentar a constitucionalidade da contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção do empregador rural pessoa física.

Seguidamente, serão apreciados os argumentos utilizados pelo Ministro Marco Aurélio, no voto proferido no Recurso Extraordinário 363.852/MG, para reconhecer, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, conferindo nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91.

### 2.1. Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento

A Lei 8.212/91, seguindo as diretrizes da Carta Magna, dispõe, em seu artigo 1º, que a Seguridade Social observará os princípios da universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade

<sup>14</sup>Idem

<sup>15</sup>SABBAG, Eduardo. **Manual...**, p. 696.

e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

O termo princípio dá a ideia de início, começo. Segundo o Dicionário Jurídico “De Plácido e Silva”, princípios são “as normas elementares ou os requisitos *primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa”.<sup>16</sup>

Esse mesmo Dicionário acrescenta:

“conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixam para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*. [...] Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito”.<sup>17</sup>

Sergio Pinto Martins, para dar uma breve noção do que vem a ser princípio, nos traz os ensinamentos de Miguel Reale, que, com propriedade, esclarece serem os princípios:

“verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*”.<sup>18</sup>

Os princípios gerais da seguridade social são as proposições e ideias básicas que lhe servem de fundamento, de alicerce, condicionando e orientando a sua compreensão, para aplicação e integração das regras do regime jurídico da seguridade social.<sup>19</sup>

Dentre as diretrizes da seguridade social, temos o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, visando assegurar a todas as pessoas necessitadas o direito a uma prestação da Seguridade Social, com o intuito de sanar a contingência consolidada ou evitar este estado social.<sup>20</sup>

“Todos aqueles atingidos por uma contingência geradora de necessidades sociais têm o direito à proteção do Estado.”<sup>21</sup> A Organização Internacional do Trabalho, em sua Convenção 102,

<sup>16</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1097.

<sup>17</sup> *Idem, ibidem*, p. 1097.

<sup>18</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito...**, p.45.

<sup>19</sup> DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso...**, p. 109.

<sup>20</sup> BALERA, Wagner. **Previdência Social Comentada, Lei nº 8.212/91 e Lei nº 8.213/91**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.32.

considera como contingências a idade avançada, invalidez, morte, enfermidade, maternidade, acidente do trabalho, prestações familiares, desemprego e tratamento médico.<sup>22</sup>

A universalidade está relacionada à igualdade isonômica, ou seja, igualar os iguais e diferenciar os desiguais. A cobertura refere-se a situações da vida que serão protegidas de forma isonômica. Por sua vez, o atendimento significa o fornecimento de serviços e benefícios a todos os segurados, titulares do direito à proteção social.<sup>23</sup>

A universalidade da cobertura e do atendimento pode ser compreendida a partir do aspecto objetivo e do aspecto subjetivo. O critério objetivo está relacionado às contingências sociais cobertas pela Seguridade Social. Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo, determinam ser “missão da seguridade social cobrir todas as contingências sociais que possam ocorrer na vida das pessoas”.<sup>24</sup>

Já o critério subjetivo, nos dizeres dos mesmo autores, “impõe que todos os habitantes da comunidade sejam protegidos pela seguridade social, sem qualquer discriminação.”<sup>25</sup>

Os ilustrados mestres esclarecem, ainda, que:

“o princípio da universalidade, principalmente no seu aspecto objetivo, encontrará limitações na situação econômica do país. A capacidade para a cobertura e o atendimento universais é determinada pela disponibilidade de recursos do país para fazer face às contingências sociais (quanto maiores os recursos, maior a universalidade). Embora a seguridade social tenha por meta a universalidade objetiva e subjetiva (a universalidade é um ideal da seguridade social), os fatores econômicos do país impõem restrições a esse objetivo, razão pela qual podemos afirmar que as contingências sociais cobertas pela seguridade social não serão todos os eventos que afetam a vida da população, mas aqueles (eventos) reputados relevantes pelo grupo social.”<sup>26</sup>

A proteção universal somente será atingida se o legislador implementar formas de prevenção e de remediação das indigências sociais que alberguem a todos, indistintamente, na medida de suas necessidades protetivas.<sup>27</sup>

<sup>21</sup>DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso...**, p. 111.

<sup>22</sup>MARTINS, Sergio Pinto. **Direito...**, p.21.

<sup>23</sup>RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito...**, p. 49.

<sup>24</sup>DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso...**, p. 111.

<sup>25</sup>*Idem, ibidem.*

<sup>26</sup>*Idem, ibidem*, p. 111.

<sup>27</sup>BALERA, Wagner. **Previdência...**, p.33.

Wagner Balera classifica a universalidade objetiva como aspecto material e a universalidade subjetiva como aspecto pessoal. Segundo ele, a universalidade pessoal será alcançada quando a totalidade da população encontrar-se hipoteticamente protegida. O critério pessoal é um delimitador da proteção.<sup>28</sup>

Importante esclarecer que a proteção pode variar de acordo com as particularidade de cada grupo da população, sendo possível existir distinções de benefícios e serviços.

Um exemplo a ser citado é a distinção existente entre trabalhadores rurais e urbanos. Sobre esse assunto trata Wagner Balera, *in verbis*:

“A proteção social no meio rural, como salienta COIMBRA, “[...] não pode limitar-se ao atendimento das mesmas necessidades presentes entre os trabalhadores urbanos, [...]”, pois fatores externos à realidade desses trabalhadores podem incapacitar, comprovadamente ou presumidamente, os trabalhadores do meio rural. A universalidade prega a proteção plena a todos os trabalhadores, sem que isso importe em uma igualdade formal, pois a especificidade da proteção é fator indispensável à percussão da Seguridade Social.”<sup>29</sup>

O princípio da universalidade da cobertura e do atendimento impõe a proteção a todos os trabalhadores – urbanos e rurais – quando atingidos por contingências, não se podendo deixar fora dessa proteção os trabalhadores do campo.

## 2.2. Princípio da isonomia

O princípio da isonomia é sinônimo do princípio da igualdade, constante no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz, o princípio da igualdade é:

“o princípio da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

---

<sup>28</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>29</sup> *Idem, p. 33.*

igualdade, à segurança e à propriedade. Propugna que se trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.”<sup>30</sup>

A igualdade pode ser vista sob dois aspectos, formal e material. A “igualdade formal é a igualdade perante a lei. Igualdade material é a que abrange tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.”<sup>31</sup>

Pedro Lenza afirma que se deve “buscar não somente essa igualdade formal (consagrada no *liberalismo clássico*), mas principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.”<sup>32</sup>

Segundo ensinamento de Alexandre de Moraes:

“o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual aos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.”<sup>33</sup>

Para o Direito Previdenciário, o princípio da isonomia está expresso no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

O princípio da isonomia repercute em quase todos os demais princípios que regem a seguridade social e seu financiamento.

### 2.3. Princípio da equidade na forma de participação e custeio

<sup>30</sup>DINIZ, Maria Helena. **Dicionário...**, p. 836, v. 3.

<sup>31</sup>MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito...**, p.47.

<sup>32</sup>LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 595.

<sup>33</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 36.

O princípio da isonomia está intimamente relacionado ao princípio da equidade na forma de participação e custeio, que determina que apenas os contribuintes que estiverem em iguais condições contributivas é que terão de contribuir da mesma forma.

Como bem explica os autores Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo, esse princípio (equidade na forma de participação e custeio):

“visa implementar os princípios da igualdade (art. 5º, *caput*, da Lei Maior) e o da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da Magna Carta). ‘Esta forma de tratamento desigual dos diferentes significa que cada um deve contribuir na medida de suas possibilidades, possibilidades estas que são fornecidas pelos ganhos, seja do trabalhador, seja do empregador.’ Quem tem maior capacidade econômica deve contribuir com mais.”<sup>34</sup>

#### *2.4. Princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbana e rural*

Da universalidade decorre a uniformidade e equivalência, que, nas palavras de Wagner Balera, “é princípio que prega a isonomia na proteção social entre trabalhadores rurais e urbanos. Essa igualdade não é formal, porém material, haja vista que a proteção há de ser específica, relevando as diferenças materiais entre grupos de trabalhadores.”<sup>35</sup>

A uniformidade está relacionada aos aspectos objetivos, ou seja, às contingências que serão cobertas pela Seguridade Social. A equivalência, por sua vez, está atrelada ao aspecto pecuniário ou ao atendimento dos serviços, que não serão obrigatoriamente iguais, mas equivalentes, na medida do possível, dependendo do tempo de contribuição, coeficiente de cálculo, sexo, idade, etc.<sup>36</sup>

Motivada pela Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.213, de 1991, buscando implementar a igualdade constitucionalmente assegurada a todos os cidadãos, trouxe consideráveis benefícios ao trabalhador/empregador rural, que, com isso, teve seus direitos equiparados aos trabalhadores urbanos.

O trabalhador rural que, anteriormente, tinha assegurado apenas a aposentadoria por idade e invalidez, com o advento da Lei nº 8.213/91, passou a fazer jus a todos os benefícios pagos aos trabalhadores urbanos, dentre eles o auxílio-doença e o salário maternidade.

Cabe destacar que o direito à aposentadoria por idade, que somente era implementado a partir dos 65 anos, foi reduzido para 60 anos, para o homem, e 55 anos para a mulher.

<sup>34</sup>DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso...**, p. 120-121..

<sup>35</sup>*Idem, ibidem*, p. 34.

<sup>36</sup>MARTINS, Sergio Pinto. **Direito...**, p.55.

Outra significativa modificação se deu com a equiparação do piso previdenciário garantido pela Constituição. Anteriormente, o maior benefício na área rural era de meio salário mínimo. A Lei nº 8.213/91 extinguiu o regime de Previdência Social instituído pela Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, fixando, para todo trabalhador, um piso de benefício com valor não inferior ao salário mínimo, nivelando, assim, os valores dos benefícios mínimos rurais e urbanos.

Também foi estendido ao trabalhador/empregador rural o direito à aposentadoria por tempo de contribuição.

#### *2.5. Princípio da preexistência da fonte de custeio*

O princípio da preexistência do custeio em relação aos benefícios ou serviços previdenciários está expresso no § 5º do art. 195 da Constituição Federal, segundo o qual “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido, sem a correspondente fonte de custeio total”.

Esse princípio é conhecido como regra da contrapartida, tendo como objetivo assegurar a estabilidade financeiro-econômica da seguridade social.

Sérgio Pinto Martins, ao comentar esse princípio, destaca:

“Para a criação ou extensão de determinado benefício ou serviço da Seguridade social, é mister que exista previamente a correspondente fonte de custeio total, sob pena de inconstitucionalidade da lei ordinária. Em resumo: o benefício ou serviço não poderá ser criado sem que antes haja ingressado numerário no caixa da Seguridade Social.”<sup>37</sup>

Por força desse princípio, não se pode criar ou estender benefício/serviço da seguridade social sem prévia fonte de custeio. Trata-se de princípio que busca assegurar o equilíbrio financeiro da seguridade social, impondo que a toda despesa criada deve corresponder uma receita que lhe faça frente.

#### *2.6. Princípio da diversidade da base de financiamento*

A Constituição Federal, em seu art. 195, incisos I a IV, prevê diversas formas do financiamento da seguridade social, por meio de contribuições exigidas da empresa/empregador, dos trabalhadores, dos entes públicos, dos concursos de prognósticos e dos importadores.

---

<sup>37</sup>MARTINS, Sérgio Pinto. Direito..., p.56

Essa diversidade da base de financiamento denota nítida preocupação do legislador constitucional com a estabilidade da seguridade social e se dá de duas formas: contemplando diversidade de fatos geradores de contribuição social e abarcando maior número possível de contribuintes para a Seguridade Social.

Este princípio está voltado para a arrecadação dos recursos necessários e indispensáveis ao pagamento dos benefícios/serviços previstos no *caput* do art. 194 da Constituição Federal e, em face de sua relevância, deve estar apoiada em uma ampla base de financiamento.

O financiamento da seguridade social deve ser feito da forma mais diversificada possível, de modo a não onerar somente um ou alguns segmentos da sociedade.

Vale notar que, enquanto o art. 195, nos incisos I a IV, arrola, especificamente, algumas fontes de custeio da seguridade social, o § 4º do mesmo artigo prevê a possibilidade de criação de outras fontes de custeio, que poderão ser instituídas, a qualquer tempo, por intermédio de lei complementar, desde que se destinem a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social.

### **3. DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 363.852/MG**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento do dia 03 de fevereiro de 2010, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 363.852/MG, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, concluiu, por unanimidade, pela inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos arts. 12, incs. V e VII, 25, incs. I e II, e 30, inc. IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, venha a instituir a contribuição.

Essa decisão, manejada nos autos do Mandado de Segurança nº 1998.38.00.033935-3, impetrado pelo Frigorífico Mataboi S/A, distribuído em 27 de agosto de 1998, desobrigou “os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por sub-rogação sobre a *‘receita bruta proveniente da comercialização da produção rural’* de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate”.

O Ministro Relator, ao explanar seu voto a favor da inconstitucionalidade fundamentou-se basicamente nos seguintes pontos:

- necessidade de lei complementar para instituição da contribuição;
- *bis in idem* com relação a Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, e

- ofensa ao princípio da isonomia, insculpido no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal.

Passa-se, a seguir, a abordar, de forma detalhada, cada um desses pontos utilizados pelo Ministro Marco Aurélio para sustentar a inconstitucionalidade da contribuição sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural do empregador pessoa física.

### 3.1. Necessidade de lei complementar para instituição da contribuição

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio fixou a necessidade de lei complementar, ao argumento de que a base de cálculo da contribuição discutida não estava inserida no rol taxativo do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal.

Confira-se, a seguir, como foi exposta, no citado voto, essa necessidade de lei complementar:

“É que, mediante lei ordinária, versou-se a incidência da contribuição sobre à proveniente da comercialização pelo empregador rural pessoa natural. Ora, como salientado no artigo de Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, houvesse confusão, houvesse sinonímia entre o faturamento e o resultado da comercialização da produção, não haveria razão para a norma do § 8º do artigo 195 da Constituição Federal relativa ao produtor que não conta com empregados e exerça atividades em regime de economia familiar. Já estava ele alcançado pela previsão imediatamente anterior – do inciso I do artigo 195 da Constituição. Também sob esse prisma, procede a irresignação, entendendo-se que comercialização da produção é algo diverso de faturamento e este não se confunde com receita, tanto assim que a Emenda Constitucional nº 20/98 inseriu, ao lado do vocábulo ‘faturamento’, no inciso I do artigo 195, o vocábulo ‘receita’. Então, não há como deixar de assentar que a nova fonte deveria estar estabelecida em lei complementar.”<sup>38</sup>

Para analisar esse excerto, destaca-se, inicialmente, que o mandado de segurança em questão foi impetrado em 27 de agosto de 1998, ocasião em que o inciso I do artigo 195 da Constituição Federal apresentava a seguinte redação:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363.852/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. 03 de fevereiro de 2010. DJU, Brasília, DF, p. 713, 12 de fevereiro de 2010 – DJU.

orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a *folha de salários, o faturamento e o lucro*;

Nota-se que, nessa redação, não estava inserido o vocábulo “receita”, posteriormente introduzido pela Emenda Constitucional nº 20/98.

De todo modo, inexistente qualquer impropriedade em se admitir que a contribuição incidente sobre a produção rural caracterize “*faturamento*”. Observa-se, que, para o empregador rural que explora atividade agropecuária com auxílio de empregados (artigo 12, V, “a”, da Lei nº 8.212/91), a “receita bruta proveniente da comercialização da sua produção rural” (artigo 25, da Lei nº 8.212/91) insere-se, perfeitamente, na definição mais *restrita* de faturamento, assim entendida a receita da atividade que constitui o objeto social da empresa ou da entidade a ela equiparada.

Certamente, para o empregador rural, que explora atividade agropecuária, a receita decorrente da comercialização de sua produção rural é receita decorrente de sua atividade empresarial, sendo, portanto, faturamento e estando, dessa forma, ajustado ao inciso I do art. 195 da Constituição Federal.

Esse, inclusive, foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade - ADC n.º 1-1/DF, reconheceu que não há que se cogitar a existência de qualquer sorte de vício de inconstitucionalidade como a do caso em apreço. Observe-se que, versando a referida ADC acerca da constitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar n.º 70, de 1991, relativos à COFINS, restou expressamente reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, a equivalência dos significados de receita bruta e faturamento, para efeitos fiscais, quando se trata de venda de mercadorias/produtos, consoante se infere do seguinte trecho do voto proferido pelo Relator Ministro Moreira Alves:

“Ora, o artigo 1º da Lei Complementar n.º 70/91, instituiu contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a ela equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinada exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social, contribuição essa que, pelo artigo 2º da mesma Lei, incide sobre o faturamento mensal.

Trata-se, pois, de contribuição social prevista no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal que se refere ao financiamento da seguridade social

mediante contribuições sociais dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

Note-se que a Lei Complementar n.º 70/91, *ao considerar o faturamento como 'receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e de serviços e de serviços de qualquer natureza' nada mais fez do que lhe dar a conceituação de faturamento para efeitos fiscais*, como bem assinalou o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, no voto que proferiu no RE 150.764, *ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços 'coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei 187/36)'*.” – os destaques não são do original.

Verifica-se, portanto, em relação ao conceito de faturamento, que existe conflito de interpretação nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 363.852, e na ADC n.º 1-1/DF. O Ministro Relator do citado Recurso Extraordinário foi de encontro à decisão retro transcrita, quando sustentou que a contribuição em questão não se enquadrava no conceito de faturamento previsto no inciso I do artigo 195 da Constituição. E, com base nessa afirmativa, reportando-se ao § 4º do artigo 195 da Magna Carta, concluiu que sua criação deveria ter sido veiculada por lei complementar.<sup>39</sup>

Nota-se, inclusive, antagonismo de entendimento do próprio Ministro Marco Aurélio em seu voto. Ao defender a necessidade de lei complementar, o citado Ministro atestou que o fato gerador da contribuição discutida não estava inserido no conceito de faturamento. Contudo, em outro trecho de seu voto, afirmou, *ipsis literis*, que o fato gerador da contribuição discutida era o faturamento. Vale conferir o trecho do voto:

“Se, ao contrário, conta com empregados, estará obrigado não só ao recolhimento sobre a folha de salários, como também, *levando em conta o faturamento*, da Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social – COFINS e da prevista - *tomada a mesma base de incidência*, o valor comercializado - no artigo 25 da Lei nº 8.212/91. Assim, não fosse suficiente a duplicidade, *considerado o faturamento*, tem-se, ainda, a quebra da isonomia”.<sup>40</sup>

Faz-se mister ressaltar que o Recurso Extraordinário nº 363.852 foi interposto nos autos do Mandado de Segurança nº 1998.38.00.033935-3, distribuído em 27 de agosto de 1998. Sua

<sup>39</sup> Ver artigo 195, §4º, CF.

<sup>40</sup> Voto do Relator Ministro MARCO AURÉLIO no RE 363.862/MG, julgado em fev.2010. p. 711.

impetração ocorreu antes de o artigo 25 da Lei nº 8.212/91 ser alterado pela Lei nº 10.256/2001, motivo pelo qual a lide, na instância extraordinária, foi decidida à luz da legislação vigente à época, sem o influxo da alteração normativa verificada.<sup>41</sup>

No mandado de segurança em questão, somente foi apreciada a constitucionalidade do artigo 25 da Lei nº 8.212/91 conferida pela Lei nº 8.540/92. Ao votar pela inconstitucionalidade do dispositivo em comento, o Ministro Marco Aurélio salientou que essa inconstitucionalidade persistiria “até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, venha a instituir a contribuição”.

Conquanto se defenda aqui a inexistência de qualquer vício de constitucionalidade, eis que o valor da comercialização da produção do empregador rural pessoa física insere-se no conceito de faturamento, vale notar que o dispositivo declarado inconstitucional foi revogado pela Lei nº 10.256/01, que deu nova redação ao artigo 25 da Lei nº 8.212/91, vigorando plenamente ajustado às modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Nesse sentido, os ensinamentos de Julio Cezar Pessoa Picanço:

“[...] a modificação procedida pela Lei 10.256/2001 adequou os ditames do art. 25 da Lei 8212/91 às regras da Emenda Constitucional nº 20/98, [...] razão pela qual, encontrando suporte na própria Constituição de 1988, há dispensa de veiculação mediante lei complementar, afastando-se, assim, a regra do §4º do art. 195 da CF.

Dispensa-se a lei complementar pois a sua fonte já está prevista na Constituição, qual seja, a receita bruta, o que invariavelmente corresponde ao resultado da comercialização da produção rural – ora, a EC 20/98 introduziu o vocábulo “receita” como possível base de cálculo das contribuições destinadas à Seguridade Social. Por esse motivo, como leciona Ricardo Alexandre,

“a exigência de utilização de *lei complementar* só é aplicável para a criação de novas contribuições (não previstas expressamente na Constituição Federal de 1988). Para a criação daquelas cujas fontes já constam da Constituição, vale a regra geral: a utilização de *lei ordinária*. Esse entendimento é pacífico no STF.”<sup>42</sup>

Esse também é o entendimento de João Paulo Giordano Fontes:

<sup>41</sup> JUNIOR, Julio Cezar Pessoa Picanço. **O FUNRURAL após o RE 363.852/MG. As normas declaradas inconstitucionais, a contribuição previdenciária após o advento da lei n. 10.256/2001 e o posicionamento jurisprudencial incipiente.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2696, 18 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17832>>. Acesso em: 07 set. 2011.

<sup>42</sup> *Idem, ibidem.*

“Levando-se isso em consideração, entende-se que a inconstitucionalidade apontada pelo Relator não mais subsiste, pois, conforme consignado pelo próprio Ministro Aurélio, a superveniência de lei ordinária, posterior à EC 20 de 1998, seria suficiente para afastar a pecha de inconstitucionalidade da contribuição previdenciária do empregador rural pessoa física (ao menos quanto à necessidade de Lei Complementar para sua instituição). Com a edição da Lei 10.256, no ano de 2001, sanou-se o referido vício.”<sup>43</sup>

Observa-se aqui que o Egrégio Tribunal Regional da 4ª Região decidiu, após o julgamento do RE 363.852, em sede de apelação, pela constitucionalidade da contribuição devida pelo produtor rural pessoa física, confira:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA EMPREGADOR. PRESCRIÇÃO. LC 118/05. REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

1- O STF, ao julgar o RE nº 363.852, declarou inconstitucional as alterações trazidas pelo art. 1º da Lei nº 8.540/92, eis que instituíram nova fonte de custeio por meio de lei ordinária, sem observância da obrigatoriedade de lei complementar para tanto.

2- Com o advento da EC nº 20/98, o art. 195, I, da CF/88 passou a ter nova redação, com o acréscimo do vocábulo "receita".

3- Em face do novo permissivo constitucional, o art. 25 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 10.256/01, ao prever a contribuição do empregador rural pessoa física como incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, não se encontra eivado de inconstitucionalidade.”<sup>44</sup>

Para reforçar o seu entendimento de que o conceito de faturamento não se aplicaria à contribuição em questão, o Ministro Relator, Marco Aurélio, trouxe à baila reflexão de Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, defendendo que, se o conceito de receita bruta proveniente da comercialização da produção e de faturamento fossem equivalentes, não haveria necessidade da inclusão do parágrafo 8º, no artigo 195 da Constituição Federal, porquanto o comando nele contido já estaria contemplado no inciso I do artigo em comento (excerto já transcrito).

<sup>43</sup> FONTES, João Paulo Giordano. **Da contribuição do empregador rural pessoal física. Análise do recém julgado RE 363.852.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2689, 11 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17801>>. Acesso em: 07 set. 2011.

<sup>44</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. Apelação nº 0002422-12.2009.404.7104. Relator: Des. Fed. Mª de Fátima Labarrère, , 01ª Turma do TRF-4, julgada em 11/05/10.

Essa argumentação, todavia, não prospera. O segurado estampado no parágrafo 8º do artigo 195 jamais poderia estar inserido no inciso I do referido artigo. O inciso I do artigo 195 compreende, exclusivamente, o “*empregador, a empresa e a entidade a ela equiparada na forma da lei*”. O § 8º do art. 195, por sua vez, compreende o *produtor rural pessoa física que explora sua atividade sem o auxílio de empregados permanentes, ou seja, nesse parágrafo estão inseridos segurados que não são empregadores, tampouco se equiparam a empresa.*

Como se vê, não há como sustentar que os conceitos de faturamento e de receita são distintos no que tange à comercialização rural, a partir da análise sistemática do art. 195, inciso I e do §8º desse mesmo artigo da Constituição Federal.

### 3.2. *Bis in idem* com relação a Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS

O Ministro Marco Aurélio também reconheceu a inconstitucionalidade da contribuição em tela por considerar configurado *bis in idem*, ou seja, dupla instituição de uma mesma espécie tributária, por um mesmo ente federativo, sobre uma mesma hipótese de incidência.<sup>45</sup>

São seus dizeres:

“A regra, dada à previsão da alínea “b” do inciso I do referido artigo 195, é a incidência da contribuição social sobre o faturamento, para financiar a seguridade social instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, a obrigar não só as pessoas jurídicas, como também aquelas a ela equiparadas pela legislação do imposto sobre a renda – artigo 1º da citada lei complementar. *Já aqui surge duplicidade contrária à Carta da República, no que, conforme o artigo 25, incisos I e II, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, o produtor rural passou a estar compelido a duplo recolhimento, com a mesma destinação, ou seja, o financiamento da seguridade social – recolhe, a partir do disposto no artigo 195, inciso I, alínea “b”, a COFINS e a contribuição prevista no referido artigo 25.*”<sup>46</sup>

Todavia, cabe notar que a existência de duplo recolhimento com a mesma destinação “financiamento da seguridade social” *não encontra nenhuma vedação na norma constitucional*, haja vista, inclusive, que, além das fontes de custeio para a seguridade social elencadas no inciso I

<sup>45</sup> FONTES, João Paulo Giordano. **Da contribuição....**

<sup>46</sup> Voto do Relator Ministro MARCO AURÉLIO no RE 363.862/MG, julgado em fev. 2010. p. 709-710. Sem grifos no original.

do artigo 195 da Magna Carta, o Constituinte, no § 4º do mesmo artigo, *facultou a instituição de outras fontes para esse mesmo fim.*<sup>47</sup>

É importante destacar que a Seguridade Social, nos termos do *caput* do artigo 194 da Carta Magna, “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social”.

Nesses moldes, não obstante a COFINS e a contribuição prevista no artigo 25 da Lei nº 8.212/91 destinem-se à manutenção da Seguridade Social, tais contribuições têm destinações distintas: a contribuição do *empregador rural pessoa física* incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção rural é exigida em *substituição* à contribuição sobre a folha de salários e, como tal, destina-se ao “pagamento dos benefícios do regime geral de previdência social”, enquanto a COFINS destina-se à cobertura das demais ações que compõem a Seguridade Social.<sup>48</sup>

Por outro lado, não há que se falar em *bis in idem*, haja vista que o produtor rural pessoa física com empregados não está sujeito ao recolhimento da COFINS.

De acordo com o artigo 1º da Lei Complementar nº 70/91, é contribuinte da COFINS as “pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda”, não estando inserido, nesse conceito, o empregador rural.

Não obstante o produtor rural pessoa física com empregados, nos termos do parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 8.212/91, seja equiparado à empresa, essa equiparação restringe-se ao âmbito da Lei de Custeio da Seguridade Social – Lei nº 8.212/91 -, não expandindo sua ficção jurídica aos demais tributos.

Nesse sentido, oportuna a transcrição de decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

**EMENTA:** TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA EMPREGADOR. EXIGIBILIDADE. FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO. COFINS. DUPLA TRIBUAÇÃO. INEXISTÊNCIA. [...]

*5. Ausência de dupla tributação sobre o mesmo fato, pois o produtor rural pessoa física empregador, porque não atende aos requisitos do art. 1.º da LC*

<sup>47</sup> “Art. 195. [...]”

<sup>47</sup> § 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.”

<sup>48</sup> Ver artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

*70/91 (ser equiparado a pessoa jurídica pela legislação do Imposto de Renda), não é contribuinte da COFINS.*<sup>49</sup>

Por outro lado, ainda que o empregador rural pessoa física estivesse sujeito ao recolhimento da COFINS, fato esse que, como demonstrado, não se materializa, não estaria configurada qualquer afronta à Constituição Federal, uma vez que o Diploma Maior somente veda a bitributação entre dois impostos, conforme previsão contida em seu artigo 154, inciso I.

### 3.3. Ofensa ao princípio da isonomia, insculpido no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal

O Ministro Marco Aurélio, em voto proferido no Recurso Extraordinário 368.832/MG, utilizou, também, como um dos argumentos para decretar a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, a violação de preceito constante no artigo 150, II, da Constituição Federal.

Confira-se o trecho do voto:

“[...] regra do inciso II do artigo 150 da Constituição Federal, no que veda instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. De acordo com o artigo 195, § 8º, do Diploma Maior, se o produtor não possui empregados, fica compelido, inexistente a base de incidência da contribuição – a folha de salários – a recolher percentual sobre o resultado da comercialização de produção. Se, ao contrário, conta com empregados, estará obrigado não só ao recolhimento sobre a folha de salários, como também, levando em conta o faturamento, da Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social – COFINS e da prevista – tomada a mesma base de incidência, o valor comercializado – no artigo 25 da Lei nº 8.212/91. Assim, não fosse suficiente a duplicidade, considerado o faturamento, tem-se, ainda, a quebra da isonomia.”<sup>50</sup>

Conforme entendimento do Ministro Relator, enquanto o segurado especial se sujeita apenas ao recolhimento da contribuição incidente sobre a comercialização da produção, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.212/91, o empregador rural pessoa física, por sua vez, está sujeito ao recolhimento de três contribuições, quais sejam: a COFINS (artigo 1º da Lei Complementar nº

<sup>49</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. AC 2003.71.00.039228-0, Segunda Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, D.E. 18/06/2008. Sem grifo no original.

<sup>50</sup> Voto do Relator Ministro MARCO AURÉLIO no RE 363.862/MG, julgado em fev. 2010. p. 711.

70/91), a contribuição sobre a comercialização da produção (artigo 25 da Lei nº 8.212/91) e a contribuição incidente sobre a folha de salários (artigo 22, incisos I e II, da Lei nº 8.212/91).

Todavia, a assertiva do Ministro Marco Aurélio quanto à sujeição ao recolhimento de três espécies de contribuições não prospera. Isso porque, com relação à COFINS, já ficou devidamente demonstrado, no título anterior, que o empregador rural não se sujeita ao recolhimento dessa contribuição. Quanto à contribuição sobre a folha de salários, essa foi suprimida pela Lei nº 8.540/92, que introduziu, ao artigo 22 da Lei nº 8.212/91, o §5º, segundo o qual a contribuição incidente sobre a folha de salário não é devida pelo produtor rural pessoa física com empregados.

Como se nota, com o advento da Lei nº 8.540/92, mudou-se a sistemática de recolhimento dos produtores rurais pessoas físicas – empregadores rurais – deixando esses de recolher a contribuição patronal incidente sobre a folha de pagamentos de seus empregados, passando a recolher sobre a produção rural.

Verifica-se, pois, que, assim como o segurado especial, o produtor rural pessoa física com empregados está obrigado, apenas e tão somente, ao recolhimento da contribuição incidente sobre a comercialização de sua produção constante no artigo 25 da Lei nº 8.212/91, não havendo que se falar, portanto, em violação ao princípio da isonomia ou na cobrança cumulativa dessas duas contribuições.

### 3.4. Reflexos gerados com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 363.852/MG

#### 3.4.1. Do efeito *ex tunc*

Como já exposto acima, o Plenário da Excelsa Corte declarou, em sede de Recurso Extraordinário, inconstitucional o artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que institui a contribuição do produtor rural pessoa física com empregados, no valor de 2%, sobre a receita bruta da comercialização de sua produção.

A decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 363.852/MG foi tomada em sede de controle difuso de constitucionalidade, produzindo seus efeitos somente entre as partes litigantes. Importante frisar que o efeito dessa declaração de inconstitucionalidade é *ex tunc*, ou seja, retroativo.

Segundo Pedro Lenza “no momento em que a sentença declara que a lei é inconstitucional (controle difuso realizado incidentalmente), produz efeitos pretéritos, atingindo a lei desde sua edição, tornando-a *nula* de pleno direito. Produz, portanto, *efeitos retroativos*.”<sup>51</sup>

#### 3.4.2. Do efeito repristinatório

Outro efeito que decorre da declaração de inconstitucionalidade é o repristinatório, que consiste na reentrada em vigor da norma anterior que havia sido tido como revogada pela norma posteriormente considerada inconstitucional.

Esse efeito acha-se assentado no princípio da nulidade do ato inconstitucional, segundo o qual o ato inconstitucional não é apenas anulável, mas nulo. Dessa forma, a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade, por ser declaratória, apenas reconhece a existência de determinada situação, no caso, a nulidade da norma. Nessa medida, uma norma declarada inconstitucional possui vício de nulidade em sua origem e, assim, não poderia revogar, validamente, a norma anterior.

Acerca desses efeitos repristinatórios, os seguintes ensinamentos de Alexandre de Moraes<sup>52</sup>, quando destaca a distinção entre repristinação e efeitos repristinatórios:

“Na repristinação ocorre o retorno de vigência de lei anteriormente revogada pela revogação de sua lei revogadora, desde que, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, houver expressa previsão [...]. Dessa forma, a lei anterior volta a ter vigência somente a partir da revogação de sua lei revogadora. Exemplificando: Se a Lei A for revogada pela Lei B, em 1º de janeiro, sendo esta, posteriormente, revogada pela Lei C, que expressamente prevê a repristinação, em 30 de julho, haverá retorno da vigência da Lei A somente nessa data de 30 de julho.

Diversamente, nos efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade, se a lei revogadora foi decretada nula e, conseqüentemente, jamais teve a força de revogar a lei anterior, essa manteve sua vigência permanente. Exemplificando: Se a Lei A for revogada pela Lei B, em 1º de janeiro, sendo esta, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 30 de julho, não haverá solução de continuidade na vigência da Lei A, que manterá sua vigência inclusive no período compreendido entre 1º de janeiro e 30 de julho, em virtude dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.”

<sup>51</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional...**, p. 148.

<sup>52</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional...**, p. 762.

Nesse mesmo sentido, assevera Julio César Pessoa Picanço Júnior:

“Assim, como consequência da nulidade dos artigos declarados inconstitucionais pelo STF, imperioso que se conclua que a norma anteriormente vigente jamais foi alterada. Isso equivale a dizer que, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º. da Lei n. 8.540/92, volta a vigorar o texto original da Lei n. 8.212/1991 que, como visto, obrigava a todos os empregadores, sem distinção, a contribuir para a Previdência Social tendo como base de cálculo a folha de salários, à alíquota de 20%.”<sup>53</sup>

A jurisprudência não destoia desse posicionamento doutrinário como se pode verificar a seguir pelo seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI REVOGADORA. EFICÁCIA *EX TUNC*. INAPTIDÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL PARA PRODUZIR QUAISQUER EFEITOS. INOCORRÊNCIA DE REVOGAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO DE LEI.

1. O vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no STF e abonada pela doutrina dominante. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito em ação de controle concentrado, tem efeitos puramente declaratórios. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou à nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*.

2. A revogação, contrariamente, tendo por objeto norma válida, produz seus efeitos para o futuro (*ex nunc*), evitando, a partir de sua ocorrência, que a norma continue incidindo, mas não afetando de forma alguma as situações decorrentes de sua (regular) incidência, no intervalo situado entre o momento da edição e o da revogação.

3. A não-repristinação é regra aplicável aos casos de revogação de lei, e não aos casos de inconstitucionalidade. É que a norma inconstitucional, porque nula *ex tunc*, não teve aptidão para revogar a legislação anterior, que, por isso, permaneceu vigente.

4. No caso dos autos, foi declarado inconstitucional o art. 25, § 2º, da Lei 8.870/94, que determinava a revogação do art. 22, I, da Lei 8.212/90, alterando a base de incidência da contribuição da folha de pagamentos para o faturamento. Não tendo essa lei, porém, face ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade, jamais sido apta a realizar o comando que continha, vigeu e vige, desde a sua edição até os dias atuais, o art. 22, inciso I, da Lei

<sup>53</sup> PICANÇO JUNIOR, Julio Cesar Pessoa. **O FUNRURAL declarado inconstitucional pelo STF. Desnecessidade do recolhimento de contribuições para a seguridade social?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2694, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17833>>. Acesso em: 7 set. 2011.

8.212/90, que determina que as empresas de atividade rural recolham a contribuição sobre a folha de salários.

5. Embargos de divergência parcialmente conhecidos, e nesta parte, não providos.<sup>54</sup>

No caso em apreço, o efeito repristinatório representaria o resgate do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação original, que impõe o recolhimento da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento, tributação bem mais onerosa para os produtores rurais, conforme será vista mais adiante.

### 3.4.3. Da restituição dos valores pagos com base na norma declarada inconstitucional

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, inúmeras demandas estão sendo ajuizadas pelos empregadores rurais e, também, pelas pessoas sub-rogadas na obrigação de reter e repassar a contribuição incidente sobre a receita bruta da comercialização da produção rural, com o objetivo de se verem desobrigados a contribuir para a Seguridade Social, bem como obter a restituição dos valores pagos a esse título.

Em face do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, é natural o reconhecimento do direito à repetição do indébito. Contudo, o efeito repristinatório da norma, acompanhado do princípio da Preexistência do Custeio, impõe a cobrança da contribuição nos moldes da norma anteriormente vigente – sobre a folha de pagamento.

A Constituição Federal é expressa ao determinar, no artigo 195 parágrafo 5º, que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

Além do mais, como bem explica Julio César Pessoa Picanço Júnior:

“Um dos vetores da Seguridade Social é o denominado Princípio da Solidariedade Contributiva, que representa a aplicação concreta do princípio da igualdade material, esculpido no art. 195 da Constituição, que determina que *“a seguridade social será financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta”*. Essa solidariedade representa responsabilidades do Estado e da sociedade civil no custeio da Seguridade Social.

A doutrina mais abalizada sobre o sistema previdenciário informa que: ‘O seguro social implica na chamada solidariedade entre gerações e dentro da própria geração que está sendo coberta pelos planos de seguridade social. Por isso, quando cada qual contribui, o montante que paga não se

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 445.455/BA. 09 de fevereiro de 2005.

acha em relação direta com o valor do benefício ou do serviço que irá receber.

A contribuição de cada pessoa custeia benefícios e serviços que, simultaneamente, estão sendo prestados aos que, hoje, se enquadram nas situações de risco previstas em lei.’ (BALERA, 1998, p. 74)

O produtor rural que trabalha em regime de economia familiar (segurado especial) e também aquele que trabalha com o auxílio de empregados (empregador rural pessoa física), bem assim a pessoa jurídica que desenvolve atividade rural, são obrigados a contribuir para a Previdência Social, eis que inseridos num sistema em que *o Regime é de contribuição obrigatória por força constitucional.*”<sup>55</sup>

Desta forma, a restituição deve estar condicionada ao cotejo da contribuição recolhida sobre a produção, que foi declarada inconstitucional, com aquela incidente sobre a folha de pagamento. Somente se, desse cotejo, resultar saldo positivo, é que caberá a restituição.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo travar uma discussão acerca da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, onde foi discutida a constitucionalidade da contribuição previdenciária devida pelo produtor rural pessoa física com empregados.

No dia 03 de fevereiro de 2010, a Suprema Corte, de forma unânime, posicionou-se a favor da inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97. Para tanto o Ministro Marco Aurélio, relator do recurso, se valeu de três argumentos que não prosperaram.

Em síntese, foi alegado que: (a) para a instituição da contribuição haveria a necessidade de lei complementar; (b) a existência de *bis in idem* com relação a Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), e (c) ofensa ao princípio da isonomia, insculpido no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal.

Quanto ao primeiro argumento, cabe observar que antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, que inseriu a “receita” no rol do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, a produção rural comercializada pelo empregador rural pessoa física já se subsumia ao conceito de

<sup>55</sup> PICANÇO JUNIOR, Julio Cezar Pessoa. **O FUNRURAL declarado...**

faturamento consoante entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal no ADC nº 1-1/DF. Já no período posterior a Emenda Constitucional nº 20/98, a necessidade de lei complementar foi afastada de toda uma vez que foi incluída no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, como fonte de custeio da Seguridade Social a receita e, obviamente, a produção comercializada pelo produtor rural consubstanciava receita. Sendo assim, a criação de contribuição incidente sobre essa base de cálculo não mais necessita ser veiculada por lei complementar. Nota-se que, em 2001, o artigo 25 da Lei nº 8.212/91 foi modificado pela lei nº 10.256/91, estando em perfeita sintonia com a Carta Magna. Além do mais, o próprio Ministro Relator, ao pronunciar seu voto determinou que a inconstitucionalidade perduraria até que lei nova viesse adequar a contribuição à referida Emenda Constitucional.

O segundo argumento paira na existência de *bis in idem*, ou seja, o produtor rural pessoa física com empregados, supostamente, recolheria duas vezes para a Seguridade Social: a COFINS e a contribuição constante no artigo 25 da Lei nº 8.212/91. Mais uma vez, esse argumento não merece acolhida, isso porque a Lei Complementar nº 70/91 determina que somente contribuirão para a COFINS as empresas e a ela equiparada na forma da legislação do imposto de renda. Ora, o produtor rural pessoa física com empregados somente é equiparado a empresa no âmbito previdenciário, recolhendo o imposto de renda como pessoa física. Logo, inexistente *bis in idem*. Mesmo que houvesse a incidência de duas contribuições com o mesmo fim, não seria argumento para a decretação de inconstitucionalidade, haja vista que a Constituição Federal de 1988 permite a criação de mais de uma contribuição destinada a Seguridade Social.

Como último fundamento, depara-se com a alegação de violação do princípio da isonomia. Segundo entendimento do Ministro Relator, o empregador rural deve recolher três contribuições para a Seguridade Social, quais sejam, a COFINS, a incidente sobre a folha de salários e a incidente sobre a receita bruta auferida com a comercialização da produção rural. Em contrapartida, o segurado especial somente recolhe a contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção. Ocorre que o Ministro, ao proferir seu voto, não observou que o parágrafo quinto do artigo 22 da Lei nº 8.212/91 determinava que a contribuição sobre a folha de salário não era devida pelo produtor rural pessoa física. Sendo assim, tanto o segurado especial, quanto o empregador rural, recebem o mesmo tratamento da Lei Orgânica da Seguridade Social, não havendo violação ao princípio supracitado.

Contestados todos os pontos que levaram o Supremo Tribunal Federal a julgar o Recurso Extraordinário nº 363.852/MG, pode-se concluir que, com todas as alterações legislativas ocorridas após a impetração do Mandado de Segurança, não há mais que se falar em inconstitucionalidade da contribuição incidente sobre a receita bruta auferida com a comercialização da produção rural.

Outro ponto importante a ser citado são os reflexos que essa decisão está gerando. Como o Recurso Extraordinário foi decidido em sede de controle difuso, ou seja, produzindo efeitos *inter partes* e *erga omnes*, tornou-se forte precedente para o ajuizamento de centenas de ações, pelos produtores rurais ou as pessoas sub-rogadas nessa obrigação, com o intuito de se verem liberados do recolhimento dessa contribuição para a Seguridade Social.

Todavia, a decretação de inconstitucionalidade não extingue a obrigação de recolher. A Constituição Federal é expressa ao determinar que para todo benefício deve haver a respectiva fonte de custeio. Sendo assim, ocorrerá o efeito repristinatório, voltando a vigorar a contribuição incidente sobre a folha de salário, que se apresenta mais onerosa para o empregador rural pessoa física do que a contribuição incidente sobre a receita bruta auferida com a comercialização da produção rural.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 333.

BALERA, Wagner (Coord.). **Previdência Social Comentada, Lei nº 8.212/91 e Lei 8.213/91**. São Paulo: Quartier Latim, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363.852/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. 03 de fevereiro de 2010. DJU, Brasília, DF, 12 de fevereiro de 2010 – DJU

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. Apelação nº 0002422-12.2009.404.7104. Relator: Des. Fed. Mª de Fátima Labarrère, , 01ª Turma do TRF-4, julgada em 11/05/10.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. AC 2003.71.00.039228-0, Segunda Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, D.E. 18/06/2008.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**, Brasil: Método, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.

FANALE, Cláudio Inforzato e outros. **O Produtor Rural e a Previdência Social – Capítulo I.** Horti Brasil. 12 de Maio de 2011. Disponível em: [http://www.hortibrasil.org.br/jnw/index.php?option=com\\_content&view=article&id=644:o-produtor-rural-e-a-previdencia-social-capitulo-i&catid=79:geral&Itemid=82](http://www.hortibrasil.org.br/jnw/index.php?option=com_content&view=article&id=644:o-produtor-rural-e-a-previdencia-social-capitulo-i&catid=79:geral&Itemid=82) Acesso em 29 ago. 2011..

FONTES, João Paulo Giordano. **Da contribuição do empregador rural pessoal física. Análise do recém julgado RE 363.852.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2689, 11 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17801>>. Acesso em: 07 set. 2011.

PICANÇO JUNIOR, Julio Cezar Pessoa. **O FUNRURAL após o RE 363.852/MG. As normas declaradas inconstitucionais, a contribuição previdenciária após o advento da lei n. 10.256/2001 e o posicionamento jurisprudencial incipiente.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2696, 18 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17832>>. Acesso em: 07 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **O FUNRURAL declarado inconstitucional pelo STF. Desnecessidade do recolhimento de contribuições para a seguridade social?.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2694, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17833>>. Acesso em: 07 set. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAIA, Luiz Fernando. Restituição/Compensação de Indébito do Funrural Face Decisão do STF (RE 363.852): Quem Faz Jus? Produtor ou Adquirente?. **Revista de Estudos Tributários.** Porto Alegre: IOB. v. 13, n. 74, p. 30-40, ago. 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 29.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAIS, Roberto Rodrigues de. **Funrural após decisão do STF.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2473, 9 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14653>>. Acesso em: 07. set. 2011.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito Previdenciário Esquematizado.** 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM RURAL. **Contribuição previdenciária na área rural. SENAR.** Outubro de 2009. Disponível em: <http://www.senar.org.br/arrecadacao/folders/juridica.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Francisco de Assis e. A Inconstitucionalidade do Funrural ou Novo Funrural, desde sua Origem até as mais Recentes Alterações Legislativas. **Revista de Estudos Tributários**. Porto Alegre: v. 7, n. 38, jul. – ago. 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.