

V O T O

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de duas ações de controle concentrado, cujos objetos envolvem questões relacionadas com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

De um lado, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.424, com pedido de liminar, foi proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL contra os artigos 83, I, VI, alínea “c”, e § 4º; 84, V; e 86, II, todos da Lei 11.101/2005, assim redigidos:

Lei 11.101/2005

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

[...]

VI – créditos quirografários, a saber:

[...]

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;

[...]

§ 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

[...]

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

[...]

V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

[...]

Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:

[...]

II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de

julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

Alega que as limitações estabelecidas no art. 83, I e VI, “c”, da Lei 11.101 /2005 violam os arts. 1º, IV; 5º; 6º, 7º; 100; 170; 193, todos da Constituição Federal. Quanto ao § 4º, seria desarrazoada a desnaturação da natureza do crédito em caso de cessão, além de afrontar o direito de propriedade do cedente do crédito trabalhista (CF, art. 5º, VXII). A previsão do art. 84, V, teria ofendido o princípio da isonomia ao tratar de maneira igual situações distintas, quais sejam: (i) as obrigações voluntariamente assumidas perante terceiros; e (ii) as despesas compulsórias da massa falida. O art. 86, III, por sua vez, teria estabelecido um privilégio indevido em favor das instituições financeiras, em detrimento dos demais credores.

As manifestações da Presidência da República (peça 8), do Senado Federal (peça 10), da Advocacia-Geral da União (peça 12) e da Procuradoria-Geral da União (peça 16) foram pela improcedência da Ação Direta.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 312 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC BRASIL, em face de decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, com base em regra prevista no artigo 86, II, da Lei 11.101/2005 (transcrito acima), no art. 75, § 3º, da Lei 4.728/1965 e em orientação prevista no enunciado 307 da Súmula daquela Corte. Eis o teor das normas:

Lei 4.728/1965

Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.

[...]

§ 3º No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior.

STJ, Súmula 307

A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito.

Sustenta que as decisões judiciais violam o direito ao trabalho (CF, art. 6º), o preceito constitucional de proteção ao salário (CF, art. 7º, X), além de

normas congêneres previstas no Protocolo de San Salvador, no Pacto de Nova York de 1966 e na Convenção nº 95 da Organização Internacional do Trabalho. A controvérsia jurisprudencial residiria, entre outros, na edição da Súmula nº 20 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, veiculando um entendimento diverso do que é dado pelo STJ, com o seguinte teor:

TJRS, Súmula 20

Em processo de falência, o pagamento de créditos trabalhistas tem prioridade sobre a devolução de valor adiantado ao falido à conta de contrato de câmbio.

Pleiteia a procedência da ADPF, com fins de conferir “ *interpretação conforme à Constituição Federal ao § 3º, do art. 75 da Lei nº 4.728/65 e ao art. 86 da Lei nº 11.101/2005, e declarar que o direito de restituição decorrente de adiantamentos em contratos de câmbio fica condicionado ao prévio pagamento dos créditos trabalhistas, conforme salientado, com efeitos ex tunc*”.

A Presidência da República (peças 32 e 49), o Senado Federal (peças 34 e 47) e a Advocacia-Geral da União (peça 55) manifestaram-se pela improcedência da Arguição. A Procuradoria-Geral da República (peça 57), pela sua procedência.

A apreciação das duas ações foi iniciada em ambiente virtual, na Sessão cujo início se deu em 22/11/2019, oportunidade em que o eminente Relator, o Ministro EDSON FACHIN, conferiu os seguintes encaminhamentos:

ADI 3.424

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE FALÊNCIAS. LEI Nº 11.101/2005. LEGITIMIDADE ATIVA DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS – CNPL. ARTIGO 83, I E IV, ‘C’. CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS NA FALÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA NA ADI 3.934. ART. 83, §4º CESSÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA. PERDA DA NATUREZA. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 84, V. CRÉDITOS EXTRACONCURSAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE DISCRÍMEN. ART. 86, II. RESTITUIÇÃO DO VALOR REFERENTE AO ADIANTAMENTO DO CONTRATO DE CÂMBIO. INCONSTITUCIONALIDADE QUANDO PRETERIR CREDORES TRABALHISTAS.

1. Embora a norma impugnada tenha maior abrangência do que a classe representada pela requerente, presente a pertinência temática,

pois a eventual limitação dos créditos trabalhistas atinge-lhe diretamente, podendo, assim, questionar a sua constitucionalidade. Assentada, pois, a legitimidade ativa da CNPL, Confederação Nacional das Profissões Liberais.

2. A constitucionalidade do artigo 83, I, e IV, “c”, da Lei nº 11.101 /2005, que trata da classificação dos créditos na falência, já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 3.934, rel. Min. Ricardo Lewandowski, não havendo motivos de fato ou de direito que autorizem a superação do entendimento firmado.

3. O art. 83, §4º, ao prever que “os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários” ofende a proteção qualificada que a Constituição confere ao trabalhador (CRFB, art. 7º, X, e art. 170). A pretexto de tutelar, a regra, na realidade, tolhe a disponibilidade do seu crédito, submetendo-o à perda do valor de troca. Não se protege a vulnerabilidade dos trabalhadores tornando-os ainda mais hipossuficientes.

4. O art. 84, inciso V, o qual considera como extraconcursais – e assim determina o seu pagamento antes dos credores do art. 83 – as “obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência. respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei” é constitucional. O critério de discrimen encontra justificativa racional ao prestigiar os credores que permanecem contratando com a empresa em recuperação ou que teve a sua falência decretada. A mesma conclusão aplica-se aos tributos, uma vez que o dever de pagar tributos é inerente à comunidade política e tem ligação direta com a justiça social de um constitucionalismo efetivamente igualitário.

5. Por fim, o art. 86, inciso II, prevê a restituição em dinheiro da “importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente”. A opção legal não encontra amparo na Constituição, uma vez que a proteção das instituições financeiras, mesmo que a pretexto de incentivar exportações, não serve de critério de discrimen a preterir os credores trabalhistas, os quais gozam de especial tutela constitucional, seja no capítulo dos direitos sociais (CRFB, art. 6º e 7º), seja inclusive como valor fundante da ordem econômica (CRFB, art. 170).

6. Pedidos julgados parcialmente procedentes, declarando-se a constitucionalidade do artigo 83, I e IV, “c”, e do art. 84, V, a inconstitucionalidade do art. 83, §4º, e a inconstitucionalidade, sem

redução de texto, do art. 86, II, da Lei 11.101/2005, somente quando sua aplicação preterir credores trabalhistas.

ADPF 312

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEGITIMIDADE ATIVA DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE CRÉDITO. CABIMENTO. ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI Nº 9.882/1999. DESNECESSIDADE DE ATO DO PODER PÚBLICO. PRESENÇA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE. SÚMULAS CONFLITANTES. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. OFENSA A DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS E VALOR FUNDANTE DA ORDEM ECONÔMICA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NO MÉRITO. ART. 75, §3º, DA LEI Nº 4.728/65. RESTITUIÇÃO DO VALOR REFERENTE AO ADIANTAMENTO DO CONTRATO DE CÂMBIO. NÃO RECEPÇÃO QUANDO PRETERIR CREDORES TRABALHISTAS.

1. Embora a norma impugnada tenha maior abrangência do que a classe representada pela requerente, presente a pertinência temática, pois a eventual limitação dos créditos trabalhistas atinge-lhe diretamente, podendo, assim, questionar a sua constitucionalidade. Assentada, pois, a legitimidade ativa da CONTEC, Confederação Nacional dos Trabalhadores nas empresas de crédito.

2. A presente ADPF funda-se na hipótese do art. 1º, par. único, inc. I, da Lei nº 9.887/99, sendo despicienda a impugnação de ato do Poder Público, mas se exigindo a controvérsia judicial relevante, para a qual é suficiente a divergência dos enunciados das súmulas 307 do STJ e da Súmula nº 20 do TJRS.

3. Questão constitucional fundada na alegação de violação ao direito social fundamental ao salário (art. 6º e 7º, X) e ao valor fundante da ordem econômica (art. 170). Cabimento.

4. Não deve a ADPF ser conhecida em relação ao art. 86, II, da Lei nº 11.101/05, objeto da ADI nº 3.424, por força da subsidiariedade do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

5. Considerando o tempo transcorrido desde a data de ajuizamento da presente arguição e que o processo encontra-se regularmente instruído, possível a conversão do julgamento da medida cautelar em decisão de mérito.

6. O art. 75, § 3º, da Lei nº 4.728/65, prevê que, no caso de falência, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas em contrato de câmbio. A opção legal não encontra amparo na Constituição, uma vez que a proteção das instituições financeiras, mesmo que a pretexto de incentivar exportações, não serve de critério de discriminem a preterir os credores trabalhistas, os quais gozam de especial tutela constitucional, seja no capítulo dos direitos sociais

(CRFB, art. 6º e 7º), seja inclusive como valor fundante da ordem econômica (CRFB, art. 170).

7. Arguição de descumprimento de preceito fundamental parcialmente conhecida e, no mérito, julgada procedente para declarar a não recepção pela Constituição de 1988 do art. 75, §3º, da Lei nº 4.728 /1965, sem redução de texto, somente quando sua aplicação implicar a preterição dos credores trabalhistas.

Em ambas as Ações, houve pedido de destaque formulado pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, que, na Sessão Plenária de 19/12 /2019, agora em ambiente físico, proferiu voto divergindo parcialmente do Relator, reconhecendo a constitucionalidade dos artigos 83, § 4º, e 86, II, ambos da Lei 11.101/2005, bem como do art. 75, § 3º, da Lei 4.728/1965.

Para uma melhor compreensão da controvérsia, pedi vista dos autos.

É o breve relatório.

Inicialmente, observo que, com vistas a “ *atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária* ”, a Lei 11.101/2015 foi alterada pela Lei 14.112/2020.

Para o que mais de perto interessa ao julgamento destas ações, constato que as pequenas alterações meramente terminológicas e/ou topográficas promovidas pela nova legislação, especificamente no tocante aos arts. 83, I e VI, “c”, e 84, V, da Lei 11.101/2015, revelam uma continuidade normativa do conteúdo impugnado, o que não impede o prosseguimento do controle abstrato já instaurado.

Observo, todavia, que a referida Lei 14.112/2020 revogou o § 4º do art. 83, excluindo, assim, a natureza quirografária dos créditos trabalhistas porventura cedidos a terceiro, e, ato contínuo, introduziu-lhe um § 5º em sentido diametralmente oposto, com o seguinte conteúdo: “ *Para os fins do disposto nesta Lei, os créditos cedidos a qualquer título manterão sua natureza e classificação* ”.

Como se sabe, a jurisdição constitucional abstrata brasileira não admite o ajuizamento ou a continuidade de arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado, substancialmente alterado ou cuja eficácia já tenha se exaurido, independentemente do fato de terem produzido efeitos concretos residuais (ADI 709, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJ de 20

/6/1994, ADI 3.885, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJe de 28/6/2013; ADI 2.971 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 13/2/2015; ADI 5159, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe de 16/2/2016; e ADI 3.408 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 15/2/2017), sob pena de transformação da jurisdição constitucional em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas (ADI 649-5/RN, Pleno, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJ de 23/9/1994; ADI 870/DF QO, Pleno, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 20/8/1993). Nas hipóteses de revogação do ato impugnado ou perda de sua eficácia, antes do julgamento final da ação, ocorrerá sua prejudicialidade por perda do objeto (ADI QO 748-3/RS, Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 15/12/2006).

Portanto, verificada a perda parcial do objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3424, decorrente da revogação do § 4º do art. 83 e da Lei 11.101/2005, conheço parcialmente do pedido.

No mérito, divirjo parcialmente do eminente Relator, Ministro EDSON FACHIN, nomeadamente no que se refere à declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 86, II, da Lei 11.101 /2005, e à declaração de não recepção, sem redução de texto, do art. 75, § 3º, da Lei 4.728/1965, aderindo, no ponto, às conclusões apresentadas na divergência inaugurada pelo Min. GILMAR MENDES.

Quanto a esses dispositivos, que possibilitam a restituição em dinheiro de valor adiantado ao devedor-falido, oriundo de adiantamento de contrato de câmbio para exportação, não convencem as inconstitucionalidades alegadas.

Trata-se, inclusive, de regramento já enfrentado por esta SUPREMA CORTE, que, ao analisar a questão à luz da Lei 4.728/65, entendeu ser o caso de inconstitucionalidade reflexa (AI 435.032, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 15/2/2005; RE 586.554, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 13/2/2015; RE 554.442, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 18/4/2011; AI 809.223, Rel. Min. CARMEN LUCIA, DJe de 1º/2/2011).

O Superior Tribunal de Justiça chegou a sumular a questão por meio do enunciado nº 307: “*A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito*”, cujos termos apresentam indiscutível sintonia com a Súmula 417 deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: “*Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade*”.

No tocante ao contrato de câmbio, a Circular nº 3.691/2013 do Banco Central do Brasil define, em seus artigos 40 e 65, em que consiste o ajuste e o adiantamento em moeda nacional de divisas estrangeiras compradas para entrega futura:

Art. 40. Contrato de câmbio é o instrumento específico firmado entre o vendedor e o comprador de moeda estrangeira, no qual são estabelecidas as características e as condições sob as quais se realiza a operação de câmbio.

[...]

Art. 65. O adiantamento sobre contrato de câmbio constitui antecipação parcial ou total por conta do preço em moeda nacional da moeda estrangeira comprada para entrega futura, podendo ser concedido a qualquer tempo, a critério das partes.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que, em se tratando de adiantamento de contrato de câmbio para exportação, a figura do “comprador” retratada pela norma é a instituição financeira autorizada pelo BACEN a operar nesse tipo de mercado. É ela quem adquire antecipadamente a moeda estrangeira a ser recebida no futuro pelo exportador (brasileiro), por oportunidade do pagamento da contraprestação pelo importador (estrangeiro).

O figurino descrito demonstra que, ao contrário do que defende a impugnante, não se trata de um mero contrato de mútuo, em que a quantia emprestada pelo banco mutuante se incorporaria – imediatamente – ao patrimônio do mutuário no momento da contratação.

O adiantamento a contrato de câmbio é, em verdade, um contrato de compra e venda de moeda a termo, uma vez que a concretização da operação de câmbio somente ocorrerá no momento em que o exportador cumprir com a obrigação (enviando o bem ou prestando o serviço no exterior) e for paga a contraprestação (em moeda estrangeira) pelo importador.

Como bem pontuado pela Procuradoria-Geral da República (peça 16 dos autos eletrônicos da ADI 3.424), “*o adiantamento efetuado em contrato de câmbio é, em verdade, dinheiro de terceiro (da instituição financeira) em poder da empresa exportadora que vem a falir*”, de modo que:

[...] a possibilidade de recebimento em dinheiro se tornará efetiva desde que, é claro, exista dinheiro em valor para o pagamento da

restituição. Em tal caso, o autor do pedido de restituição deveria receber imediatamente, independentemente da confecção do quadro-geral de credores, pois ele não está se habilitando e, sim, retirando da massa um bem que não deveria ter sido arrecadado. Por isto mesmo, o pagamento da restituição em dinheiro deve ser feito em primeiro lugar, antes de qualquer outro crédito, por mais privilegiado que seja. Os únicos valores que podem ser pagos antes da restituição são os cinco salários previstos do art. 151 (v. parágrafo único do art. 86) e os valores previstos nos art. 150 (MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo* . 14 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. pág. 289).

No adiantamento a contrato de câmbio para exportação, a instituição financeira repassa recursos em moeda nacional ao exportador antes que ele efetive a transação internacional de venda de mercadorias ou prestação de serviços. Há, na verdade, a antecipação da fase de execução do contrato de compra e venda de moeda (contrato de câmbio).

Trata-se de um mecanismo de grande valia para que as transações internacionais se perfectibilizem, possibilitando aos exportadores utilizarem as quantias antecipadas para produção dos bens que serão enviados ao exterior, como capital de giro ou ainda para aproveitamento de melhores oportunidades negociais. Oportuniza, entre outros, uma melhor colocação dos bens e serviços nacionais no mercado externo, gerando indiscutíveis ganhos ao país. Sobre a restituição de adiantamento ao exportador, FÁBIO ULHOA COELHO (*Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas* . 14^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais) reforça que:

Em outros termos, o pedido de restituição do art. 75, § 3º, da Lei 4.728/65 contribui para a facilitação e o barateamento de financiamento às exportações; ajuda, em última instância, o enfrentamento do desafio nacional pela redução da dependência externa.

O exportador se compromete a entregar mercadorias ao comprador situado no exterior. Este, por sua vez, se compromete a pagar-lhe o valor das mercadorias. [...].

Se, antes da entrega das mercadorias e vencimento do crédito documentário, ocorrer a falência do exportador, ele não poderá dar cumprimento ao contrato. Em consequência, a instituição financeira contratada pelo estrangeiro comprador não desembolsará nenhuma divisa e o banco que procedeu à antecipação da quantia

correspondente perderá a garantia. Nessa hipótese, tem ele direito à restituição do valor antecipado.

Se a lei não lhe assegurasse um crédito extraconcursal (via pedido de restituição), os juros cobrados dos exportadores nesse tipo de operação financeira teriam de ser maiores para absorverem o risco associado a essa eventualidade. Como titulariza crédito extraconcursal, a instituição financeira que procedeu ao adiantamento em favor do exportador será paga antes dos credores, minimizando-se dessa forma o risco de não recebimento.

Portanto, se a empresa exportadora não chega a entregar a moeda estrangeira à instituição financeira que a comprou antecipadamente, a riqueza previamente aportada pelo banco não pode ser considerada como patrimônio da massa falida, sendo absolutamente razoável e devida a previsão legal que determina a sua restituição ao verdadeiro titular antes do pagamento dos credores.

Diante do exposto, DIVIRJO PARCIALMENTE do eminente Relator para declarar a perda de objeto quanto ao art. 83, § 4º, e a constitucionalidade do art. 86, II, da Lei 11.101/2005, bem como a recepção do art. 75, § 3º, da Lei 4.728/1965, pela Constituição Federal.

É o voto.