

VOTO-VOGAL

CONJUNTO

ADI 3.424 E ADPF 312

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (voto-vogal): Trata-se de ação direta de constitucionalidade que impugna os arts. 83, I e IV, "c", § 4º; 84, V; e 86, II, todos da Lei 11.101/2005 (Lei Geral de Falências e Recuperação Judicial), os quais possuíam a seguinte redação:

"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 acidente 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”.

Por sua vez, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem por objeto controvérsia jurisprudencial formada por reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que, diferentemente de outros tribunais pátrios, aplica o disposto no art. 75, § 3º, da Lei 4.728/1965, que encontra previsão similar no art. 86, II, da Lei 11.101/2005, o qual prevê o direito à restituição por adiantamentos em contratos de câmbio.

Tal entendimento encontra-se concretizado na Súmula 307 do STJ, a qual dispõe que “*A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito*”.

Em sentido diverso, encontra-se a Súmula 20 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que determina a prioridade dos credores trabalhistas sobre a devolução dos valores dos contratos de adiantamento de câmbio.

A norma em questão possui a seguinte redação:

“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”.

Em ambas as ações , alega-se, em síntese, violação aos princípios da isonomia, da valorização do trabalho, do direito à propriedade, insculpidos nos arts. 1º, IV; 5º; 6º; 7º, X e XXXII; 100; 170 e 193 da Constituição Federal, e aos princípios previstos no Protocolo de San Salvador (protocolo adicional do Pacto San José da Costa Rica), no Pacto de Nova York de 1966 e na Convenção 95 da Organização Internacional do Trabalho.

Sustenta-se, em suma:

- i) que é inaceitável o *discrimen* no limite previsto no inciso I do art. 83, por assegurar a alguns a possibilidade de auferir a integralidade de seus direitos e a outros uma parcela limitada;

ii) que a consideração dos créditos trabalhistas cedidos como quirografários (art. 83, § 4º) inviabiliza a cessão de créditos e desfigura uma instituição jurídica, restringindo a disponibilidade do título;

iii) que a restituição prevista no art. 86, II, e no art. 75, § 3º, da Lei 4.728/1965 é medida portadora de potencialidade esvaziadora dos recursos da massa falida, capaz de tornar as habilitações regulares inócuas, ofendendo o princípio do devido processo legal; e

iv) que a consideração como extraconcursal dos atos válidos praticados durante a recuperação judicial viola o princípio da isonomia e torna letra morta o art. 83".

Pugna-se pela declaração de constitucionalidade dos arts. 83, I e IV, "c" e § 4º; 84, V; e 86, II , todos da Lei 11.101/2005 e pela declaração de não recepção do art. 75, § 3º, da Lei 4.728/1965.

O Min. Edson Fachin, na ADI 3424, vota pela parcial procedência do pedido, para declarar a constitucionalidade do art. 83, § 4º, e a constitucionalidade, sem redução de texto, do art. 86, II, da Lei 11.101 /2005.

Na ADPF 312, o relator conhece parcialmente da ação e, nessa parte, julga procedente o pedido, para declarar não recepcionado, pela Constituição Federal de 1988, o art. 75, § 3º, da Lei 4.728/1965, sem redução de texto, somente quando sua aplicação implicar a preterição dos credores trabalhistas.

Em seus votos, o Min. Edson Fachin assenta que a transformação dos créditos trabalhistas cedidos em quirografários ofende a proteção qualificada que a Constituição confere ao trabalhador e tolhe a disponibilidade do seu crédito, submetendo-o à perda do valor de troca.

Consigna, ainda, que a restituição em dinheiro aos bancos, do valor decorrente de adiantamento de contrato de câmbio para exportação confere proteção às instituições financeiras em detrimento dos credores trabalhistas, não servindo como critério de *discrimen* o "pretexto" de incentivar as exportações.

Na sessão do plenário virtual de 22.11.2019 a 28.11.2019, o relator apresentou seu voto pelo conhecimento parcial da ADPF e, no mérito, pela procedência dos pedidos para declarar: (i) a não recepção do art. 75, § 3º, da Lei n.º 4.728/1965, sem redução de texto, somente quando sua aplicação implicar a preterição dos credores trabalhistas; e (ii) na ADI, a constitucionalidade do art. 83, I e IV, "c", e do art. 84, V; a

inconstitucionalidade do art. 83, § 4º, além da inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 86, II, da Lei 11.101/2005, somente quando sua aplicação preterir credores trabalhistas. Naquela oportunidade, realizei pedido de destaque.

Incluídos os feitos na sessão presencial de 19.12.2019, após a reapresentação do voto do relator, divergi, em parte, de Sua Excelência quanto à declaração de inconstitucionalidade dos arts. 83, § 4º, e 86, II, da Lei 11.101/2005 e da declaração de não recepção do art. 75, § 3º, da Lei 4.728 /1965, com posterior pedido de vista do Min. Alexandre de Moraes.

Presidente, peço vênia, para reafirmar meu entendimento outrora explicitado, com alguns acréscimos.

1) Arts. 83, incisos I e IV, alínea “c”, além do seu §4º, bem ainda o art. 84, V, da Lei 11.101/2005

No que se refere ao primeiro dispositivo apontado como inconstitucional pelo relator (§ 4º do art. 83 da Lei 11.101/2005), o qual considerava como quirografários os créditos trabalhistas cedidos a terceiros, apontei que inexistia qualquer inconstitucionalidade em tal previsão.

É bem verdade que, embora tenha havido uma alteração do instituto da cessão de crédito pela redação originária da lei em comento – se comparada ao tratamento dado ao instituto pelo Código Civil –, entendi tratar-se de lei especial que regula os créditos de natureza trabalhista nos processos de falência e recuperação judicial de empresas, prevendo situação excepcional de alteração da natureza do crédito quando cedido, de forma a priorizar os trabalhadores credores aos credores meramente cessionários.

Isso porque, ao ceder o crédito a terceiro nessa situação, considerei que haveria a perda de sua natureza alimentar, uma vez que deixaria de ser voltado à sobrevivência do credor-alimentando – no caso o trabalhador –, não sendo possível permitir-se a alta lucratividade nesse nicho de mercado em detrimento dos demais credores.

No meu entendimento, a manutenção dos cessionários credores na condição preferencial de credores concursais privilegiaria aqueles que não dependem do crédito para sua sobrevivência.

Note-se que, assim como afirmado pela Advocacia-Geral da União, em sua manifestação, o privilégio conferido pela legislação ao crédito laboral

não visava à proteção do crédito em si, mas sim do trabalhador. Nesses termos, se o crédito era cedido a terceiro, que não tem posição de trabalhador, deixava de se revestir de preferência.

Ademais, não custa lembrar que a parcela dos créditos trabalhistas que ultrapassem o valor de 150 salários mínimos são tidos como despidos da condição especial de serem pagos prioritariamente sobre os demais créditos concursais, passando à posição quirografária, por se presumir que haveria perda do caráter alimentar e, portanto, prejuízo aos demais credores se fosse pago com primazia. Senão vejamos o inciso VI do art. 83 da citada lei federal, em vigor na época da leitura do meu voto:

“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”.

Pela mesma razão, ao haver a cessão de créditos trabalhistas de até 150 salários mínimos, aquela condição especial que se reveste o crédito trabalhista perderia sua essência, devendo ser ontologicamente enquadrado na condição que a lei assim lhe atribuiu (§ 4º do art. 83 da Lei 11.101/2005, na redação primitiva).

Assim, havia entendido que a norma em questão apenas revelava hipótese de alteração de certas prerrogativas conferidas ao crédito laboral em decorrência de sua cessão, o que é admitido à lei especial que regule a matéria, sem qualquer prejuízo à ordem constitucional.

Sendo assim, reputei como constitucional que os créditos trabalhistas objeto de cessão sejam considerados quirografários, na forma do § 4º do art. 83 da Lei 11.101/2005.

Ocorre que, posteriormente à leitura do meu voto, a Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020 (DOU extraordinário de 24.12.2020, com entrada em vigor trinta dias após sua publicação oficial – art. 7º) alterou a redação do art. 83 da Lei 11.101/2005 e revogou seu §4º, a saber :

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

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

(...)

VI - os créditos quirografários, a saber:

(...)

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

(...)

§ 4º. (Revogado);

Sendo assim, houve perda de objeto tão somente quanto ao §4º do art. 83 da Lei 11.101/2005, tratando de escolha política do legislador, em alterar, futuramente, que: “*Para os fins do disposto nesta Lei, os créditos cedidos a qualquer título manterão sua natureza e classificação*” . (§ 5º do art. 83 da Lei 11.101/2005).

Em relação à redação original do art. 83, I e IV, “c”, e do art. 84, V, da Lei 11.101/2005, houve continuidade normativa no art. 83, I e IV, “c”, e do art. 84, I-E e V, da mesma lei, alterados pela Lei 14.112/2020, hábil a manter o conhecimento da demanda e sua constitucionalidade, na linha assentada pelo relator.

Senão vejamos a redação primitiva do art. 84, V, da Lei 11.101/2005:

“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”.

Eis a redação do art. 84, *caput*, incisos I-E e V, da Lei 11.101/2005, com a redação conferida pela Lei 14.112/2020:

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

(...)

I-E - às obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência;

(...)

V - aos tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei".

Não é outro o entendimento desta Corte:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE, MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. Ação não conhecida quanto aos §§ 1º e 2º do artigo 81 e ao § 2º do art. 82, todos do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, uma vez que esses dispositivos, de natureza transitória, já exauriram seus efeitos. 2. A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta. 3. O alcance da expressão 'supervisão pedagógica', contida no inciso II do art. 82 do ADCT da Constituição Estadual de Minas Gerais, vai além do mero controle do conteúdo acadêmico dos cursos das instituições superiores privadas mineiras. Na verdade, a aplicação do dispositivo interfere no próprio reconhecimento e credenciamento de cursos superiores de universidades que são, atualmente, em sua integralidade privadas, pois extinto o vínculo com o Estado de Minas Gerais. (...) 9. Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes frequentaram e frequentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da

Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores". (ADI 2.501, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 19.12.2008, grifo nosso)

"CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA QUE ATRIBUI AO ÓRGÃO PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA A COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DOS PREFEITOS PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (ART. 29, X, DA CF). EMENDA PARLAMENTAR A PROJETO DE LEI DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DO AUTOGOVERNO DA MAGISTRATURA (ART. 96, I, ALÍNEA 'A', E II, ALÍNEA 'D'). AÇÃO PROCEDENTE. 1. A modificação da norma impugnada, desde que observada a continuidade normativa do conteúdo questionado, além do oportuno aditamento da petição inicial, não impede o conhecimento da ação direta. Precedentes. 2. Compete aos Tribunais da República a edição de atos normativos internos para a sua organização e administração, como expressão da autonomia que a Constituição lhes confere (art. 96, I, 'a', da CF). 3. Uma vez atribuída aos Tribunais de Justiça a competência para o julgamento dos Prefeitos pela prática de crimes comuns, aí incluídos os crimes de responsabilidade impróprios (art. 1º do Decreto-lei 201 /1967), incumbe a essas Cortes definir, em seus respectivos regimentos, o órgão interno responsável pela instrução e julgamento dessas ações. 4. É inválida a inclusão de norma com conteúdo próprio à disciplina dos regimentos internos dos Tribunais, por emenda parlamentar, ao projeto de lei apresentado pelo Tribunal de Justiça com o propósito de dispor sobre a organização judiciária do Estado, uma vez que violada a reserva de iniciativa disposta no art. 96, II, 'd', da CF, prevalecendo a previsão do Regimento Interno que comete aos órgãos fracionários do Tribunal (Câmaras Criminais) a competência para julgamento dos prefeitos. 5. Ação direta julgada procedente". (ADI 3.915, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 28.6.2018, grifo nosso)

Destaque-se, ainda, o mesmo entendimento externado na ADI 2.418, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 16.11.2016, no qual o Tribunal conheceu do tema de fundo, envolvendo a constitucionalidade de normas do antigo CPC/73 e também do atual CPC/2015, a despeito de não ter havido qualquer aditamento ou questionamento do novel diploma.

Assim, resta patente que as alterações introduzidas, pela Lei 12.112 /2020, no art. 83, I e VI, “c” c/c art. 84, *caput*, incisos I-E e V, da Lei 11.101 /2005 não foram significativas, a ponto de interromper a continuidade normativa da norma anterior, ora questionada.

Sendo assim, declaro perda de objeto unicamente quanto ao §4º do art. 83 da Lei 11.101/2005 .

2) Art. 86, II, da Lei 11.101/2005 e art. 75, § 3º, da Lei 4.728/1965

De outro lado, no que tange à alegada constitucionalidade do art. 86, II, da Lei 11.101/2005, e à não recepção do art. 75, § 3º, da Lei 4.728/1965, que permite a restituição em dinheiro de valor adiantado ao devedor-falido, decorrente de contrato de câmbio para exportação, com as vêrias de estilo, também não prospera a tese dos requerentes.

Em primeiro lugar, do ponto de vista jurídico, o referido contrato de adiantamento não se configura como empréstimo ou mútuo usual, conforme assentado pelo Relator, tendo em vista que se trata de numerário de terceiro repassado em adiantamento de contrato de câmbio, em poder da empresa exportadora em processo de falência.

Segundo leciona Eduardo Salomão Neto, a verdadeira finalidade da antecipação do contrato de câmbio é o pagamento antecipado do valor de bem móvel adquirido (moeda estrangeira), **e não operação autônoma de empréstimo** (NETO, Eduardo Salomão. Direito Bancário. São Paulo: Atlas. 2007, p. 320).

Tais contratos ocorrem a título de cumprimento antecipado da obrigação contratual de câmbio havida com a Instituição Financeira, que transfere à empresa recursos em moeda nacional, que integrarão o patrimônio empresarial de forma definitiva após a realização de futura exportação e consequente recebimento, pelo exportador, do valor correspondente ao negócio em moeda estrangeira.

Em outras palavras, o banco antecipa parte ou a totalidade do preço das divisas, antes do pagamento do valor da exportação pela empresa estrangeira.

Há, assim, o início da parte executiva do contrato de exportação pelo Banco, o qual só se efetiva com a realização do negócio e recebimento do dinheiro da empresa estrangeira.

Perceba que a própria norma em questão, no afã de evitar o uso mascarado do contrato de adiantamento de câmbio como financiamento ou mútuo, registrou como condição de sua aplicação: “*desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente*”.

Ou seja, se o prazo total da operação ultrapassar o interstício previsto pela autoridade competente entre o adiantamento e o recebimento efetivo (contando também as prorrogações permitidas) haverá a transmutação de adiantamento de contrato de câmbio para contrato disfarçado de mútuo ou financiamento, com a desnaturação da proteção conferida em lei, de sorte que passaria a integrar a fila de credores concursais na correspondente lista.

Tal matéria foi regulada, inicialmente, na Resolução 1.964 e na Circular 2493/1994, ambas do Banco Central, tendo esta última fixados prazos de adiantamento, a depender da mercadoria exportada, a saber:

“ 1 -As operações de câmbio referentes a exportações cujo prazo de pagamento não exceda a 180 (cento e oitenta) dias ou 6 (seis) meses, contados da data do embarque, podem ser celebradas prévia ou posteriormente ao embarque das mercadorias, observado que:

a) se previamente ao embarque das mercadorias: (*)

a.1) é obrigatório o provisionamento de Registro(s) de Exportação ao contrato de câmbio até o segundo dia útil seguinte ao da celebração deste, sendo vedado aos bancos o desprovisionamento para fins de alteração da mercadoria. Excetuam-se dessa obrigatoriedade as mercadorias sujeitas a Registro de Venda. Nesse caso, o contrato de câmbio deverá conter cláusula inalterável designando a mercadoria objeto do futuro Registro de Exportação, o qual deverá ser provisionado ao respectivo contrato de câmbio assim que efetuado. (*)

a.2) a antecipação máxima admitida segue a seguinte regra: (*)

I - 150 (cento e cinquenta) dias, caso a operação de câmbio seja contratada com exportador que, considerados os últimos 12 (doze) meses tenha totalizado contratações de câmbio de exportação por valor igual ou inferior a US\$10.000.000,00 (dez milhões de dólares dos Estados Unidos) ; (*)

II - 90 (noventa) dias, caso a operação de câmbio seja contratada com os demais exportadores; (*)

b) para efeito do disposto em 'a.2.I' e em 'a.2.II', o SISBACEN disponibilizará uma opção nas transações PCAM300 e PCAM500 (submenu de contratação de exportação) para consulta da antecipação máxima admitida;

(*)c) independentemente do contido em 'a.2.I' e em "a.2.II" e prevalecendo sobre aquelas disposições, a antecipação máxima é de 30 (trinta) dias, no caso de contratos de câmbio a serem aplicados em Registros de Exportação relativos a: (*)

-combustíveis minerais, óleos minerais e produtos da sua destilação; matérias betuminosas; ceras minerais (NBM/SH, Capítulo 27, Posições: 2707, 2710.05, 2710.06, 2710.99, 2711.12, 2711.13, 2711.14, 2711.29 e 2712);

-produtos químicos inorgânicos; compostos inorgânicos ou orgânicos de metais preciosos, de elementos radioativos, de metais das terras raras ou de isótopos (NBM/SH, Capítulo 28);

-produtos químicos orgânicos (NBM/SH, Capítulo 29);

-plástico e suas obras (NBM/SH, Capítulo 39); -borracha e suas obras (NBM/SH, Capítulo 40); -pastas de madeira ou de outras matérias fibrosas celulósicas; desperdícios e aparas de papel ou de cartão (NBM/SH, Capítulo 47);

papel e cartão; obras de pasta de celulose, de papel ou de cartão (NBM/SH, Capítulo 48);

-fios de algodão (NBM/SH, Capítulo 52, Posição 5205);

-fios de linho (NBM/SH, Capítulo 53, Posição 5306);

-fios sintéticos (NBM/SH, Capítulo 55, Posição 5509);

-aços planos quente/frio (NBM/SH, Capítulo 72, Posições 7208 e 7209);

-alumínio e suas obras (NBM/SH, Capítulo 76);

d) se posteriormente ao embarque das mercadorias, o prazo máximo é de 180 (cento e oitenta) dias, limitado ao 20º (vigésimo) dia seguinte à data do recebimento do valor em moeda estrangeira;

e) caso o 20º (vigésimo) dia, de que trata a alínea anterior, seja dia não útil, o prazo máximo poderá ser estendido até o 1º (primeiro) dia útil imediatamente posterior". (Disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1994/pdf/circ_2493_v1_o.pdf. Acesso em 24.3.2021 grifo nosso)

Vê-se, pois, que houve a preocupação da autoridade monetário-cambial (Banco Central) de que a contratação do câmbio de exportação deve vincular-se obrigatoriamente "*a registro(s) de exportação, vedada a alteração da mercadoria a ser exportada*", estipulando prazos diferenciados

máximos, a depender daquela mercadoria, entre a realização do adiantamento de câmbio e o recebimento efetivo do comprador internacional.

Na atualidade, é a Resolução Bacen 3.568, de 29 de maio de 2008, que dispõe sobre o mercado de câmbio, além da Circular Bacen 3.691, de 16 de dezembro de 2013, que tratam do tema, tendo esta última conceituado o contrato de adiantamento de câmbio da seguinte forma:

“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”. (Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2013/pdf/circ_3691_v1_O.pdf. Acesso em 24.3.2021)

Hodiernamente, em decorrência da pandemia de Sars-CoV-2 (coronavírus), o Banco Central ampliou esse prazo para até 1.500 dias por meio da Circular 4.002, publicada em 16 de abril de 2020. *“O prazo anterior era de até 750 dias, e o exportador tinha 360 dias para embarcar a mercadoria ou prestar o serviço”* (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/bc-amplia-prazo-de-contratos-de-cambio-para-exportacao-durante-crise-do-coronavirus.shtml>. Acesso em 24.3.2021).

Ao justificar essa alteração, o voto 102/2020–BCB, de 15 de abril de 2020, do Diretor de Regulação do Banco Central apontou:

“A regulamentação cambial atualmente estabelece que os contratos de câmbio de exportação podem ser celebrados para liquidação pronta ou futura, prévia ou posteriormente ao embarque da mercadoria ou da prestação do serviço, observado o prazo máximo de 750 dias entre a sua contratação e sua liquidação e os seguintes prazos adicionais:

I - o prazo máximo para a contratação de câmbio previamente ao embarque da mercadoria ou à prestação do serviço é de 360 dias;

II - o prazo máximo para liquidação do contrato de câmbio é o último dia útil do 12º mês subsequente ao do embarque da mercadoria ou da prestação do serviço.

2. Adicionalmente, a Lei nº 7.738, de 9 de março de 1989, estabelece em seu art. 12 que o cancelamento ou baixa na posição de câmbio, de contrato de câmbio de exportação, previamente ao embarque da mercadoria ou à prestação do serviço, sujeita o exportador ao pagamento de encargo financeiro. No caso de não

haver embarque ou prestação de serviço em 360 dias após a contratação de câmbio, referido contrato deve ser cancelado ou baixado, sujeitando o exportador ao encargo financeiro.

3. Vale ressaltar que no caso de requerimento de recuperação judicial, ajuizamento de pedido de falência do exportador ou em outra situação em que fique documentalmente comprovada a incapacidade do exportador para embarcar a mercadoria ou para prestar o serviço por fatores alheios à sua vontade, a regulamentação cambial atual estabelece que o embarque da mercadoria ou a prestação do serviço pode ocorrer em até 1.500 dias a partir da data de contratação da operação de câmbio, desde que o prazo entre a contratação e a liquidação do contrato de câmbio não ultrapasse 1.500 dias .

4. Considerando a constante evolução do mercado de câmbio e da capacidade de supervisão do Banco Central do Brasil (BCB), esse prazo mais flexível entre a contratação e a liquidação da operação de câmbio poderia ser estendido a todas as operações de câmbio de exportação, beneficiando o mercado sem prejuízo ao desempenho das competências a cargo do BCB .

5. Assim, proponho que os contratos de câmbio de exportação tenham seu prazo entre a contratação e a liquidação ampliado de 750 para 1.500 dias, eliminando-se os prazos intermediários para a realização do embarque ou para a prestação de serviços. Adicionalmente, no caso do embarque da mercadoria ou da prestação do serviço com anterioridade à liquidação do contrato de câmbio, seria estabelecido prazo máximo de 1.500 dias entre a data do embarque da mercadoria ou da prestação do serviço e a data da liquidação do contrato de câmbio.

6. A proposta aumenta a competitividade das empresas brasileiras que atuam no setor exportador, que passam a ter:

I - mais tempo para produzir e providenciar o embarque da mercadoria ou prestar o serviço a ser exportado, cabendo destacar que os contratos de câmbio cancelados ou baixados sem embarque da mercadoria ou prestação do serviço se sujeitam ao encargo financeiro; e

II - maior flexibilidade para negociar o prazo para recebimento das receitas de exportação com seu devedor no exterior.

7. A medida também facilita a solução de questões presentes no contexto atual em que os exportadores brasileiros já vivenciam os impactos da crise provocada pelo novo Coronavírus (Covid-19), com interferência tanto nos processos de produção e embarque de mercadorias quanto na prestação de serviços a serem exportados. Nesse sentido, a medida abrange tanto os contratos de câmbio de exportação que vierem a ser celebrados quanto os contratos de câmbio de exportação já celebrados e que estavam em situação regular em relação ao embarque da mercadoria ou à prestação do serviço em 20

de março de 2020, data da entrada em vigor do Decreto Legislativo nº 6, de mesma data, que reconhece a ocorrência do estado de calamidade pública para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

8. De se registrar que a utilização dos prazos máximos ora estabelecidos dependem da concordância do comprador e do vendedor da moeda estrangeira tanto para os contratos de câmbio que vierem a ser celebrados quanto para a alteração contratual de contratos de câmbio já celebrados e ainda não liquidados. (...)" (Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/BCB/2020102/Voto_do_BC_102_2020.pdf. Acesso em 24.3.2021, grifo nosso)

Esse ambiente de negócios, que compõe a parte final do art. 86, II, da Lei Falimentar, é bem regulado pelo Banco Central, que atuou, recentemente, com vistas a aumentar a "*competitividade das empresas brasileiras que atuam no setor exportador*", em claro cumprimento ao mandamento constitucional previsto no art. 192 da CF:

"Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram". (grifo nosso)

Desse modo, tal ajuste difere do usual contrato de mútuo, que, em sua realização, transfere o domínio da coisa no momento do negócio (art. 587 do Código Civil), não ficando sob condição suspensiva para a integralização de seu valor ao patrimônio do mutuante.

A partir dessas considerações, conclui-se que, nos casos em que a transação comercial não se realiza em razão da decretação de falência da empresa, os valores antecipados pela Instituição Financeira não chegam a integrar o patrimônio da massa falida para o pagamento dos credores, motivo pelo qual devem ser restituídos ao seu titular, sem se submeterem ao procedimento concursal de quitação dos débitos, sem que isso configure tratamento prejudicial ao trabalhador no recebimento de seu crédito, mormente considerando a condição prevista na parte final do dispositivo

questionado (“ desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente”).

Não custa relembrar que, no julgamento do tema 329 da repercussão geral, esta Corte assentou a importância do contrato de câmbio como negócio jurídico correlato e necessário para implementação da exportação, consoante se confere da ementa do julgado paradigmático:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. HERMENÉUTICA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. TELEOLOGIA DA NORMA. VARIAÇÃO CAMBIAL POSITIVA. OPERAÇÃO DE EXPORTAÇÃO.

I - Esta Suprema Corte, nas inúmeras oportunidades em que debatida a questão da hermenêutica constitucional aplicada ao tema das imunidades, adotou a interpretação teleológica do instituto, a emprestar-lhe abrangência maior, com escopo de assegurar à norma supralegal máxima efetividade. II - O contrato de câmbio constitui negócio inerente à exportação, diretamente associado aos negócios realizados em moeda estrangeira. Consistência etapa inafastável do processo de exportação de bens e serviços, pois todas as transações com residentes no exterior pressupõem a efetivação de uma operação cambial, consistente na troca de moedas. III - O legislador constituinte - ao contemplar na redação do art. 149, § 2º, I, da Lei Maior as ‘receitas decorrentes de exportação’ - conferiu maior amplitude à desoneração constitucional, suprimindo do alcance da competência impositiva federal todas as receitas que resultem da exportação, que nela encontrem a sua causa, representando consequências financeiras do negócio jurídico de compra e venda internacional. A intenção plasmada na Carta Política é a de desonerar as exportações por completo, a fim de que as empresas brasileiras não sejam coagidas a exportarem os tributos que, de outra forma, onerariam as operações de exportação, quer de modo direto, quer indireto. IV - Consideram-se receitas decorrentes de exportação as receitas das variações cambiais ativas, a atrair a aplicação da regra de imunidade e afastar a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS.

V - Assenta esta Suprema Corte, ao exame do *leading case*, a tese da inconstitucionalidade da incidência da contribuição ao PIS e da COFINS sobre a receita decorrente da variação cambial positiva obtida nas operações de exportação de produtos. VI - Ausência de afronta aos arts. 149, § 2º, I, e 150, § 6º, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e não provido, aplicando-se aos recursos

sobreestados, que versem sobre o tema decidido, o art. 543-B, § 3º, do CPC". (RE 627.815, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, DJe 1º.10.2013, grifo nosso)

Mutatis mutandis, o contrato de adiantamento de câmbio, assim como o contrato de câmbio, "constitui negócio inerente à exportação, diretamente associado aos negócios realizados em moeda estrangeira", além de consubstanciar "etapa inafastável do processo de exportação de bens e serviços", de sorte que àquele deve se seguir o mesmo trilho protetivo conferido constitucionalmente a este, tendo em vista que ambos estão interligados e correlacionados com o fomento à exportação, que goza de indubitável proteção tributário-constitucional.

Outrossim, quanto ao outro argumento utilizado pelo relator dos presentes feitos, para declarar a não recepção da norma pretérita pela Constituição Federal, diz respeito ao suposto objetivo – ao seu sentir, ilegítimo – da norma de conferir proteção às instituições financeiras em detrimento dos trabalhadores, com o qual respeitosamente divirjo.

É de bom alvitre destacar que o dispositivo em questão pertence ao sistema de estímulo à exportação e integra uma política macroeconômica, destinada a estimular a atividade produtiva, comercial e exportadora do país, gerando circulação de mercadorias e riquezas que terminam por incentivar a atividade econômica e a geração tributos e empregos diretos e indiretos.

Destina-se, ainda, a conferir maior segurança à instituição financeira que, possuindo riscos estáveis de inadimplência, mantém o baixo custo do referido contrato e possibilita o incremento da atividade exportadora do país.

Esta Corte já teve a oportunidade de decidir pela constitucionalidade do art. 75, § 3º, da Lei 4.728/65 em face do postulado da isonomia, bastando conferir trecho do voto do relator no RE 88.827:

"Não há dúvida de que o tratamento desigual de situações desiguais na medida de suas desigualdades atende ao princípio da isonomia, ao invés de infringi-lo.

Ainda que se admita que os adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio tenha, intrinsecamente, a natureza de mútuo, não se pode pretender que o § 3º do artigo 75 tenha atribuído a tais

adiantamentos um privilégio que só se explicaria pelo tratamento discriminatório em função unicamente da pessoa do credor. Não é isso, com efeito, o que justifica o privilégio em causa. A finalidade evidente do mencionado dispositivo legal foi a de facilitar o financiamento das exportações do País, para cuja política de desenvolvimento é indispensável o estímulo e, consequentemente, a ampliação da exportação de seus produtos. Inexiste, pois, tratamento discriminatório entre mutuantes, mas desigualdade resultante do fim econômico a que visa o contrato em questão, e fim econômico esse cujo interesse público justifica tratamento diverso para o meio que facilita sua consecução ". (RE 88.827, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 14.4.1978, grifo nosso)

No mesmo sentido:

"FALÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE IMPORTÂNCIA ADIANTADA POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, POR CONTA DO VALOR DE CONTRATO DE CÂMBIO (PARAGRAFO 3º, DO ART. 75, DA LEI N. 4.728, DE 14-7-1965). NÃO SE CONFIGURA NEGAÇÃO DE VIGÊNCIA DO DISPOSTO NOS ARTS. 76 E 78 DA LEI DE FALÊNCIAS. RECURSO NÃO CONHECIDO. (RE 66.899, Rel. Min. Djaci Falcão, Primeira Turma, DJ 27.6.1969).

"Falência e Concordata. Cabe pedido de restituição de importância adiantada por instituição financeira, por conta de contrato de câmbio (§ 3º, do art. 75 da Lei nº 4.728/65). Recurso extraordinário conhecido e provido". (RE 86.345, Rel. Min. Cunha Peixoto, Primeira Turma, DJ 11.9.1978)

"CONCORDATA. RESTITUIÇÃO PREVISTA NO PAR. 3 DO ARTIGO 75 DA LEI 4.728, DE 14.07.65, SOBRE MERCADO DE CAPITAIS. INCONSTITUCIONALIDADE E DISSÍDIO REPELIDOS, CONFORME PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO". (RE 90.176, Rel. Min. Leitão de Abreu, Segunda Turma, DJ 23.3.1979)

E mais: RE 89.086, Rel. Min. Thompson Flores, Primeira Turma, DJ 30.5.1980; RE 90.233, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Primeira Turma, DJ 16.5.1980; RE 88.156, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, Primeira Turma, DJ 29.5.1978; RE 94.240, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, DJ 23.4.1982; e, mais recentemente, as decisões monocráticas no RE 586.554, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 13.2.2015 e RE 586.153, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 20.11.2017.

Nessa última decisão, o relator, Min. Alexandre de Moraes, transcreveu o entendimento do saudoso Min. Teori Zavascki exposto na decisão monocrática no RE 586.554, DJe 13.2.2015, revelando os mesmos julgados, de longa data, com a seguinte conclusão:

Plenário Virtual - minuta - 00.000.000.000

“Embora esses precedentes tenham reputado constitucional o art. 75, § 3º, da Lei 4.728/65 à luz da Constituição de 1967 (na redação da EC 1/69), sua fundamentação é plenamente aplicável ao presente caso, tendo em conta a identidade de sentido entre o art. 153, § 1º, da CF/67 e o art. 5º, *caput*, da CF/88”. (RE 586.153, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 20.11.2017)

Igualmente, a norma em questão não viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao ponderar os interesses em conflito e conferir prevalência ao interesse público, fortalecendo a atividade produtiva, comercial e exportadora do país, geradora de riquezas que culminam por fomentar a atividade econômica e a geração de empregos diretos e indiretos.

Por tais motivos, assento a perda de objeto quanto ao § 4º do art. 83 e pela constitucionalidade do art. 86, II, da Lei 11.101/2005, bem ainda pela recepção do art. 75, § 3º, da Lei 4.728/1965 pela Constituição Federal.

3) Voto

Ante o exposto, peço vênia para divergir do relator em ambas as ações de controle concentrado, declarando a perda de objeto unicamente quanto ao § 4º do art. 83 e julgando constitucional o art. 83, I e IV, “c”; art. 84, I-E e V; e art. 86, II, da Lei 11.101/2005, bem ainda entendendo como recepcionado o art. 75, § 3º, da Lei 4.728/1965 pela Constituição Federal.