

## VOTO

**O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator):**

### **Aditamento ao voto**

O julgamento iniciou-se em 19.12.2019, ocasião em que proferi o meu voto, havendo divergido o e. Ministro Gilmar Mendes e pedido vista dos autos o e. Min. Alexandre de Moraes, devolvida nesta sessão virtual iniciada em 09.04.2021.

Ambos, assim como e. Min. Roberto Barroso, anotam agora a superveniência da Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020, a qual promoveu diversas alterações na Lei n. 11.101/2005 e, em especial, a revogação do art. 83, § 4º, declarado inconstitucional em meu voto, assentando a perda do objeto parcial.

Faço, pois, esse aditamento, por compreender que, uma vez iniciado o julgamento, não há falar em perda do objeto. Ainda que a jurisprudência deste STF indique, de fato, que a jurisdição constitucional abstrata não serve à tutela de situações jurídicas concretas decorrentes do período de vigência da norma revogada, trata-se de casos em que o julgamento não havia se iniciado. Neste caso, como ora ocorre, a fim de evitar a fraude processual, não há perda superveniente do objeto (ADI 3306, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2011).

De igual modo, essa exceção é apontada acerca de leis de eficácia temporária já incluídas em pauta e cujo julgamento já tenha se iniciado.

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVOGAÇÃO DA NORMA OBJETO DA AÇÃO DIRETA. COMUNICAÇÃO APÓS O JULGAMENTO DO MÉRITO. DESPROVIMENTO. 1. Há jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal no sentido de que a revogação da norma cuja constitucionalidade é questionada por meio de ação direta enseja a perda superveniente do objeto da ação. Nesse sentido: ADI 709, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ, 20.05.1994; ADI 1442, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 29.04.2005; ADI 4620-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje, 01.08.2012. 2. **Excepcionam-se** desse entendimento os casos em que há

indícios de fraude à jurisdição da Corte, como, a título de ilustração, quando a norma é revogada com o propósito de evitar a declaração da sua inconstitucionalidade. Nessa linha: ADI 3306, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe, 07.06.2011 . 3. **Excepcionam-se, ainda,** as ações diretas que tenham por objeto leis de eficácia temporária, quando: (i) houve impugnação em tempo adequado, (ii) a ação foi incluída em pauta e (iii) **seu julgamento foi iniciado antes do esaurimento da eficácia.** Nesse sentido: ADI 5287, Rel. Min. Luiz Fux, DJe, 12.09.2016; ADI 4.426, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe, 17.05.2011; ADI 3.146/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ, 19.12.2006. 4. Com maior razão, a prejudicialidade da ação direta também deve ser afastada nas ações cujo mérito já foi decidido, em especial se a revogação da lei só veio a ser arguida posteriormente, em sede de embargos de declaração. Nessa última hipótese, é preciso não apenas impossibilitar a fraude à jurisdição da Corte e minimizar os ônus decorrentes da demora na prestação da tutela jurisdicional, mas igualmente preservar o trabalho já efetuado pelo Tribunal, bem como evitar que a constatação da efetiva violação à ordem constitucional se torne inócua. 5. Embargos de declaração desprovidos. (ADI 951 ED, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 20-06-2017 PUBLIC 21-06-2017, g.n)

Invoco, assim, esse precedente por analogia, a fim de assentar a ausência de perda superveniente do objeto, mantendo, pois, o voto como já proferido.

### **Preliminar: Legitimidade ativa**

Preliminarmente, analiso a legitimidade da entidade autora para questionar os dispositivos impugnados.

A Confederação Nacional das Profissões Liberais é “entidade sindical de grau superior”, representativa dos “profissionais liberais, empregados e autônomos”, considerando-se como tais “ *aquele legalmente habilitado a prestar serviços de natureza técnico-científica de cunho profissional a liberdade de execução que lhe é assegurada pelos princípios normativos de sua profissão, independentemente do vínculo da prestação de serviço*” (Art. 1º, par. único, do seu Estatuto, eDOC 2, p. 38). Sua previsão legal encontra-se no art. 534, §3º, da CLT.

O Supremo Tribunal Federal entende que as entidades de classe e as confederações sindicais são legitimadas a propor Ação Direta de acordo com o disposto no art. 103, IX, da CF/88, desde que observem a pertinência temática entre o objeto do pedido da declaração de constitucionalidade e os objetivos institucionais da entidade/confederação autora, bem como a repercussão direta da norma impugnada na classe representada pelo respectivo ente autor. (ADI 3906/DF-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, Dje 05.09.2008; ADI 4493/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 03.11.2014).

No caso, embora a norma impugnada tenha maior abrangência do que a classe representada pela requerente, entendo presente a pertinência temática, pois a eventual preterição e limitação dos créditos trabalhistas atinge-lhe diretamente, podendo, assim, questionar a sua constitucionalidade. Assento, pois, a legitimidade ativa.

No mérito, no entanto, entendo que o pedido merece parcial procedência.

### **Mérito**

#### **a) artigo 83, I, e IV, “c”, da Lei n.º 11.101/2005**

Anoto, ao início, que tal dispositivo trata da classificação dos créditos na falência:

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;

(...)

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

(...)

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

No entanto, esse dispositivo já foi objeto de debate neste Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n.º 3934, rel. Min. Ricardo Lewandowski, ocasião em se decidiu pela sua constitucionalidade enfrentando argumentos similares. O acórdão foi assim ementado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE. I - Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II - Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III - Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV - Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho. V - Ação direta julgada improcedente.

(ADI 3934, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-02 PP-00374 RTJ VOL-00216-01 PP-00227)

Em seu voto, o Min. Ricardo Lewandowski analisou a gênese da nova lei de falências, Lei 11.101/2005, após haver tramitado por onze anos no Congresso Nacional, sendo precedida de intenso e aberto debate, ponderando:

“Assim, é possível constatar que a Lei 11.101/2005 não apenas resultou de amplo debate com os setores sociais diretamente afetados por ela, como também surgiu da necessidade de preservar-se o sistema produtivo nacional inserido em uma ordem econômica mundial caracterizada, de um lado, pela concorrência predatória entre seus principais agentes e, de outro, pela eclosão de crises globais cíclicas altamente desagregadoras.

(...)

Também nesse tópico não vejo qualquer ofensa à Constituição no tocante ao estabelecimento de um limite máximo de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, para além do qual os créditos decorrentes da relação de trabalho deixam de ser preferenciais.

É que - diga-se desde logo - não há aqui qualquer perda de direitos por parte dos trabalhadores, porquanto, independentemente da categoria em que tais créditos estejam classificados, eles não deixam de existir nem se tornam inexigíveis. Quer dizer, os créditos trabalhistas não desaparecem pelo simples fato de serem convertidos em quirografários, mas apenas perdem o seu caráter preferencial, não ocorrendo, pois, nesse aspecto, qualquer afronta ao texto constitucional.

Observo, a propósito, que o estabelecimento de um limite quantitativo para a inserção dos créditos trabalhistas na categoria de preferenciais, do ponto de vista histórico, significou um rompimento com a concepção doutrinária que dava suporte ao modelo abrigado no Decreto-lei 7.661/1945, cujo principal enfoque girava em torno da proteção do credor e não da preservação da empresa como fonte geradora de bens econômicos e sociais.

É importante destacar, ademais, que a própria legislação internacional de proteção ao trabalhador contempla a possibilidade do estabelecimento de limites legais aos créditos de natureza trabalhista, desde que preservado o mínimo essencial à sobrevivência do empregado.

Esse entendimento encontra expressão no art.7.1 da Convenção 173 da Organização Internacional do Trabalho - OIT (Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em caso de Insolvência do Empregador), segundo o qual a

‘legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável.’

Embora essa Convenção não tenha sido ainda ratificada pelo Brasil, é possível afirmar que os limites adotados para a garantia dos créditos trabalhistas, no caso de falência ou recuperação judicial de empresas, encontram respaldo nas normas adotadas no âmbito da OIT, entidade integrante da Organização das Nações Unidas, que tem por escopo fazer com que os países que a integram adotem padrões mínimos de proteção aos trabalhadores.

Nesse aspecto, as disposições da Lei 11.101/2005 abrigam uma preocupação de caráter distributivo, estabelecendo um critério o mais possível equitativo no que concerne ao concurso de credores. Em outras palavras, ao fixar um limite máximo - bastante razoável, diga-se - para que os créditos trabalhistas tenham um tratamento preferencial, a Lei 11.101/2005 busca assegurar que essa proteção alcance o maior número de trabalhadores, ou seja, justamente aqueles que auferem os menores salários.

Procurou-se, assim, preservar, em uma situação de adversidade econômica por que passa a empresa, o caráter isonômico do princípio da *par condicio creditorum*, segundo o qual todos os credores que concorrem no processo de falência devem ser tratados com igualdade, respeitada a categoria que integram.

Esse é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, para quem o limite à preferência do crédito trabalhista tem como objetivo

‘impedir que (...) os recursos da massa [sejam consumidos] com o atendimento a altos salários dos administradores da sociedade falida.

A preferência da classe dos empregados e equiparados é estabelecida com vistas a atender os mais necessitados, e os credores por elevados salários não se consideram nessa situação’.

Insta sublinhar, ainda, que o valor estabelecido na Lei não se mostra arbitrário e muito menos injusto, afigurando-se, ao revés, razoável e proporcional, visto que, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, constantes do já citado parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal,

‘o limite superior de 150 salários mínimos (...) afetará número reduzidíssimo de assalariados, entre os quais estão, exclusiva ou primordialmente, os ocupantes de cargos elevados da hierarquia administrativa das sociedades’.

Isso porque as indenizações trabalhistas, levando-se em conta os valores vigentes à época da edição do diploma legal, foram, em média, de 12 (doze) salários mínimos.

Foi precisamente o dever estatal de proteger os direitos dos trabalhadores que determinou a fixação de regras que tornem viável a percepção dos créditos trabalhistas pelo maior número possível de credores, ao mesmo tempo em que se buscou preservar, no limite do possível, os empregos ameaçados de extinção pela eventual quebra da empresa sob recuperação ou em processo de falência.”

Em seguida, a Ministra Carmen Lúcia pontuou que as regras ali questionadas iam justamente ao encontro da função social da propriedade, assim como o Ministro Eros Grau.

O Ministro Carlos Britto, no entanto, entendeu pela inconstitucionalidade do limite, assim como o Ministro Marco Aurélio entendeu inconstitucional a indexação ao salário mínimo, o que, porém, não foi acolhido pelos demais, porque a indexação vedada pela Constituição é aquela aplicada a prestações periódicas, e que, assim, implique inflação inercial, o que acabaria inibindo a majoração do valor do salário mínimo.

Assim, sendo a causa de pedir aberta e não havendo motivos de fato ou de direito que autorizem a superação do entendimento firmado por este Supremo Tribunal Federal (a presente ADI, aliás, é anterior à ADI 3934), ratifico a constitucionalidade do artigo 83, I e IV, “c”, da Lei 11.101/2005.

As premissas contidas nos votos ali proferidos orientam a compreensão que segue.

**b) art. 83, §4º, da Lei n. 11.101/2005**

Registro, ao início, que tal dispositivo trata do seguinte:

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

Como anotado, a gênese da Lei n. 11.101/95 reconhece a função social da empresa, para além do mero interesse dos seus credores. Partindo da lição de Rubens Requião, Fabio Konder Comparato, eis a síntese de José da Silva Pacheco:

“A respeito do direito anterior, vinha se tornando geral a crítica assaz justa do Prof. Fabio Konder Comparato de que o dualismo no qual se encerrava o nosso direito falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores - ‘não era de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece ter desconhecido totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores da região, do fisco, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário ( *Aspectos jurídicos*, pp. 102 e segs.).

Desse modo, enfatizava Rubens Requião ‘que a empresa, na teoria dominante no moderno direito, como unidade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou de serviços, constitui um cadinho onde efervescem múltiplos interesses: o pagamento de salários para a classe obreira, dos tributos para a manutenção do Estado, e dos lucros para os investidores. Não deve ser assim considerada sob as luzes dos interesses imediatistas do coletor de impostos, ou da impaciência do cobrador de dívidas nos momentos críticos ou dramáticos de sua evolução’ (Curso de direito falimentar, p. 250)

Pelo menos desde o último quartel do século passado, vinhamos salientando que, em face de se considerar a empresa a atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços, o empresário ou a sociedade empresária que a exercer, profissional ou habitualmente, tem, permanentemente, necessidade de pessoal habilitado, capital, recursos naturais e tecnologia, absorvendo os dos mercados de fatores de produção, trabalho e, por outro lado, colaborando para satisfazer o mercado consumidor com os produtos e bens produzidos. Apresenta-se, pois, a empresa como geratriz de utilidades, um dínamo rotativo de energias variadas, absorvidas dos respectivos mercados, para a produção de bens e serviços em benefício do mercado consumidor, condicionando, desse modo, o

desenvolvimento local, regional ou nacional. Se, eventualmente, um empresário ou sociedade empresária entra em crise, com a momentânea alteração do curso de seus negócios, trazendo-lhe problemas de natureza econômica, financeira ou técnica, é razoável que a ordem jurídica lhe proporcione anteparos, visando não somente a sua estrutura jurídica ou econômica nem apenas o binômio credor – devedor, mas, sobretudo, a sua função social.” (PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei n. 11.101/05 e a alteração da Lei n. 11.127/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.140-141)

A conformação dessa miríade de interesses na atividade da empresa deve, pois, orientar a interpretação legal, sem obviamente olvidar dos princípios e regras constitucionais que a norteiam.

O art. 83, §4º, da Lei 11.101/2005, altera a natureza do crédito trabalhista cedido, transformando-o em quirografário. O requerente sustenta que essa alteração restringe a disponibilidade do crédito, afrontando, pois, o direito de propriedade.

De fato, trata-se de exceção à regra de que a cessão transmite também os acessórios do créditos (CC, art. 287), o que inclui os seus privilégios (o que a diferencia da novação subjetiva).

A faculdade de livre dispor do crédito é inerente ao direito obrigacional. Embora sejam possíveis as restrições à liberdade negocial, estas devem encontrar guarida na Constituição.

A Constituição, no caso, estabeleceu um sobrevalor do trabalho, estabelecendo a proteção ao salário como direito fundamental social (CRFB, art. 7º, X) e a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica (CRFB, art. 170):

*“A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. Será, pois, institucionalmente inconstitucional. Desde a compreensão desse aspecto poderão ser construídos novos padrões não somente de controle de constitucionalidade, mas, em especial, novos e mais sólidos espaços de constitucionalidade. A amplitude dos preceitos constitucionais*



*abrange não apenas normas jurídicas, mas também condutas.”*  
(GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*  
(interpretação e crítica). 16<sup>o</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 193)

Esse valor qualificado, como visto no item anterior, é que reclama e justifica a natureza privilegiada do crédito trabalhista. Essa preferência agrega-se ao seu crédito, de forma, portanto, a valorizá-lo (economicamente, inclusive).

Assim, entendo que, a fim de garantir a qualificada proteção constitucional do credor trabalhista, o privilégio deve ser mantido mesmo em caso de cessão.

A cessão, como toda relação jurídica obrigacional, deve ser compreendida a partir da sua natureza processual, digo, dotada de um objetivo, de uma função social (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. SP: Bushatsky, 1976).

O crédito trabalhista tem natureza alimentar. Serve, pois, a sua subsistência e de sua família. A sua dignidade. Se o trabalhador necessita cedê-lo é justamente para suprir essa necessidade. Retirar a preferência do seu crédito é retirar o seu valor de troca, submetendo-o a um deságio muito maior do que se o crédito mantivesse a preferência.

Se, de outro modo, o cessionário mantiver a preferência, certamente o crédito será mais atrativo e o trabalhador poderá cedê-lo de forma menos prejudicial, mantendo-se, assim, o valor do seu bem, a sua livre disposição e a função social de satisfazer, preferencialmente, ainda que pela via da cessão, o credor trabalhista, o qual tem valor qualificado pela Constituição (CR, art. 170).

É que, a rigor, qualificada, na verdade, é a pessoa (o trabalhador), não o crédito, meramente instrumental e é ela que deve ser amparada. Desde há muito defendo que *“quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata, e que quem contrata não contrata mais o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos.”* (Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo 2<sup>a</sup>ed. RJ: Renovar, 2006)

O direito tem, assim, relevante papel de humanizar o mercado, fortalecendo certos sujeitos:

“O ‘bom direito’ não se coloca ao exclusivo ou prevalecente serviço das razões econômicas, mas sabe se contrapor a elas, impedindo a mercantilização da sociedade e a identificação (e o exaurimento) dos direitos civis e dos direitos humanos naturais com aqueles econômicos, sejam eles de matriz proprietária ou empresarial-contratual. O ‘bom direito’ não somente garante a conservação da realidade, como natural e espontaneamente ela se cria e se desenvolve, mas antecipa e promove a transformação da sociedade, para realizar no seu bojo, compativelmente com os recursos, as maiores *chances* de vida livre e digna para todos. O ‘bom direito’ é justo, equânime, solidário, possui uma própria justificação social, não exaure os direitos nos seus conteúdos patrimoniais, transformando-os em ‘privilégios’, mas ao contribuir para melhorar a qualidade de vida, tende a difundir-los generosamente, atribuindo-lhes uma função social deduzível do nível cultural e ético do sistema normativo.” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 509)

Parte da doutrina entende que a regra que retira a preferência do crédito trabalhista seria uma regra de proteção ao trabalho, evitando justamente o assédio de especuladores e o deságio da cessão (COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*, 12ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 327; BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*. 14ªed. SP: RT, 2019, p. 278)

No entanto, a pretexto de tutelar, a regra, na realidade, tolhe a disponibilidade do crédito do trabalhador, que, embora destinatário de proteção especial, não tem qualquer restrição da sua capacidade civil, que não pode ser subestimada. Se vício houver na cessão, pode ser discutido segundo as regras gerais dos defeitos do negócio jurídico, como ocorre, p. ex., no estado de perigo ou na lesão.

Tal qual uma “*providência anastasiana*”, que permite que o credor se libere da dívida pagando o valor da transação na cessão onerosa, e não o valor nominal da dívida (não adotada no Brasil), a retirada do privilégio permite que o devedor quite a dívida sem a observância da ordem legal.

Ainda que se diga que os créditos salariais não podem ser cedidos, uma vez incluídos no concurso, a sua disponibilidade pode ser mais benéfica ante o risco do inadimplemento. Cabe ao trabalhador livremente decidir. Não se protege a vulnerabilidade dos trabalhadores tornando-os ainda mais hipossuficientes.

Assim, reputo inconstitucional o art. 83, §4º, da Lei n. 11.101/2005.

**c) art. 84, inciso V, primeira parte, da Lei n. 11.101/2005**

O art. 84, inciso V, 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.”*

A PGR sustenta uma aparente contradição entre o art. 84 e o art. 67, que dispõe:

*“Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.”*

Não há contradição, pois a interpretação que deve ser feita é que, entre os créditos extraconcursais, deve-se também respeitar a ordem do art. 83.

Sustenta o requerente a violação à isonomia na parte inicial do dispositivo.

Embora a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, em processos subjetivos, indique a natureza infraconstitucional da questão concernente à classificação dos credores (AI-AgR 785.717, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 8.2.2011), a meu sentir, a igualdade (CRFB, art. 5º, *caput*) pode ser parâmetro para a análise da questão em sede de controle abstrato.

E justamente: o concurso de créditos funda-se no princípio da *par condicio creditorum* e no saneamento do meio empresarial, justificando este um concurso específico para a insolvência do empresário. Rubens Requião assim dissertava sobre esses princípios informantes do processo falimentar, salientando o seu interesse coletivo:

*“O Prof. Jaeger, que dedica muitas páginas para esclarecer esse problema, recusa uma e outra tese, embora não lhes negue a devida importância. Disse o jurista que, sem dúvida, a preocupação da *par**

*condicio creditorum* foi considerada por muitos legisladores, tanto que algumas regras se destinam de modo evidente a satisfazê-la. Mas logo acresce que o recurso a tal princípio não pode ser suficiente para só distinguir os procedimentos concursais daqueles executivos, regulados pelo Código de Processo Civil, de vez que o princípio da isonomia entre o credores não é mais do que a aplicação de uma exigência da justiça. (...)

Ora, para Jaeger, 'tutelar adequadamente, e em condições iguais, os credores, significa tornar possível o crédito, e, em consequência, a atividade de produção e troca. A exigência de justiça imporia que se não se disciplinassem de modo diverso os direitos e as ações dos credores, segundo que o seu devedor seja ou não um empresário comercial (e, de fato, o princípio da *par condicio* é válido para todo o processo de execução forçada); mas o interesse da economia no aumento da produção e a intensidade das trocas pode justificar medidas particularmente eficazes para encorajar o crédito comercial'.

(...)

Pensamos, na ordem da análise de Jaeger, que tanto a *par condicio creditorum* como o saneamento do meio empresarial constituem elementos que se devem levar em conta para a compreensão da finalidade do instituto falimentar, mas que ambos os princípios não se sobressaem dominadores, mas se compõem ou se constituem como elementos imprescindíveis à garantia real do crédito, que deve ser promovido e assegurado pelo Estado, através da lei. É claro que a segurança do crédito é elemento essencial para a estabilidade econômica e, nos países menos desenvolvidos, instrumento básico para o seu progresso. Tudo isso a lei falimentar pretende realizar." (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar* . 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 26-27)

Assim, tanto a igualdade como o saneamento do meio empresarial – assim como o princípio da preservação da empresa – norteiam a interpretação da questão.

Em relação à igualdade, na clássica lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, a constitucionalidade do tratamento desigual depende da justificativa racional do critério discriminatório (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21-22)

Por sua vez, o princípio da preservação da empresa consta expressamente no art. 47 da Lei n. 11.101/05, no tocante à recuperação judicial: "Art. 47. 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.”*

Eis, assim, a justificativa racional do critério discriminatório dos créditos extraconcursais: a preservação da empresa depende da possibilidade que o empresário e a sociedade empresária tenham de continuarem contratando e que seus novos credores tenham, como segurança, o tratamento diferenciado. Do contrário, quem ousaria contratá-los? Esse discrimen serve ao propósito, inclusive, de satisfazer os demais credores, interessados que estão na capacidade da empresa gerar novas receitas.

Trata-se, portanto, de discriminação constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça já referendou, inclusive, essa conclusão, interpretando o seu termo inicial de modo a evitar que a aplicação da regra sirva ao esgotamento do patrimônio do devedor em recuperação em prejuízo do concurso de credores:

DIREITO FALIMENTAR E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO ESPECIAL. CRÉDITOS RELATIVOS A NEGÓCIOS JURÍDICOS FORMALIZADOS APÓS O MOMENTO EM QUE DEFERIDO O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO (LF, ART. 52). NATUREZA EXTRACONCURSAL (LF, ARTS. 67, CAPUT, E 84, V). PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA (LF, ART. 47). PREVALÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

2. A expressão "durante a recuperação judicial", gravada nos arts. 67, caput, e 84, V, da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, abrange o período compreendido entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência, interpretação que melhor harmoniza a norma legal com as demais disposições da lei de regência e, em especial, o princípio da preservação da empresa (LF, art. 47).

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1399853/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 13/03/2015)

Como consta do voto da Ministra Isabel Gallotti, (embora tenha defendido que o termo inicial deveria ser a aprovação do plano): *“O motivo da regra é óbvio: estimular os fornecedores de bens e serviços a negociar*

*com a empresa em recuperação, a despeito da fragilidade de sua situação financeira, confessada e divulgada publicamente quando do requerimento de recuperação."*

E no voto do Ministro Luiz Felipe Salomão:

Cumpra sublinhar também que, em se tratando de recuperação judicial, a nova Lei de Falências traz uma norma-programa de densa carga principiológica, constituindo a lente pela qual devem ser interpretados os demais dispositivos. A inovação está no art. 47, que serve como um parâmetro a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, vale dizer, "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".

Com efeito, a hermenêutica conferida à Lei n. 11.101/2005, no particular relativo à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que, além de não fomentar, na verdade inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto.

Isso porque é de presumir que a empresa que se socorre da recuperação judicial se encontra em dificuldades financeiras tanto para pagar fornecedores e passivo tributário (obtendo certidões negativas de débitos), como, por outro lado, para obter crédito na praça em razão do aparente risco de seus negócios; por conseguinte, inevitavelmente, há fragilização em sua atividade produtiva e capacidade competitiva.

É em razão disso que a norma de regência prevê, nos arts. 67 e 84, uma espécie de prêmio/compensação para aqueles que, assumindo riscos, vierem a colaborar para a superação de crise, justamente porque, numa legislação vocacionada ao saneamento financeiro de empresa em crise, será inócua se não contemplar privilégios especiais àqueles que, assumindo riscos, colaboraram efetivamente para o soerguimento da empresa deficitária.

No mesmo sentido:

DIREITO FALIMENTAR. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITOS. ATOS JURÍDICOS PRATICADOS DEPOIS DE DEFERIDO O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE AUTOFALÊNCIA FORMULADO EM MOMENTO ANTERIOR À APRESENTAÇÃO DO PLANO DE REERGUIMENTO DA EMPRESA. RECONHECIMENTO DA NATUREZA EXTRACONCURSAL DOS CRÉDITOS. ARTIGOS ANALISADOS: 47, 52, 67 E 84 DA LEI 11.101/2005.

1- Agravo de instrumento distribuído em 7/10/2011. Recurso especial concluso ao Gabinete em 17/9/2013.

2- Controvérsia que se cinge em definir se podem ser classificados como extraconcursais créditos originários de negócios jurídicos realizados no período compreendido entre a data da protocolização do pedido de processamento da recuperação judicial e a data do pedido de falência.

3- A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado - quando suficiente para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial.

4- O ato que deflagra a propagação dos principais efeitos da recuperação judicial é a decisão que defere o pedido de seu processamento. É ele que confere, também, publicidade à situação de crise econômico-financeira da sociedade.

5- Ainda que a recuperação judicial se mostre inviável e, por qualquer motivo, seja convolada em falência, como no particular, é salutar reconhecer que quem negociou com o devedor a partir do momento em que se evidenciou a situação de crise - data do deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial - colaborou sobremaneira com a tentativa de reerguimento da sociedade e, portanto, deve ocupar uma posição privilegiada na fila de credores.

6- Atribuir precedência na ordem de pagamento àqueles que participarem ativamente do processo de soerguimento da empresa, na hipótese de quebra do devedor, foi a maneira encontrada pelo legislador para compensar o incremento do risco experimentado.

7- Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1398092/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 19/05/2014)

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. É por isso,

como já citei no julgamento do RE 601314, de minha relatoria, julgado em 24 /02/2016, que a concepção unitária “fisco-contribuinte” é insuficiente, tal como explica Marçal Justen Filho:

“As relações entre tributação e justiça social evidenciam a insuficiência dessa concepção unitária ‘fisco-contribuinte’, em que se contrapõe o Estado ao particular ‘pagador de tributos’. Não existe uma categoria unitária de particulares, com interesses homogêneos e comuns. Os diferentes particulares têm interesse distintos e diversos no tocante à atividade tributária do Estado. Isso deriva da ausência de homogeneidade na distribuição de riqueza. Enormes parcelas da sociedade são destituídas de riqueza mínima necessária a sujeitar-se a tributação direta de seus patrimônios. As garantias tributárias são relevantes e essenciais não para todo e qualquer ‘cidadão’, mas apenas para os titulares de fortuna. O conflito não se põe entre ‘Estado e contribuinte’, mas entre ‘cidadão titular de riqueza’ e ‘cidadão destituído de riqueza’.

(...)

É que o sistema tributário não se destina apenas e tão somente a abarrotar os cofres públicos de recursos. O direito tributário é instrumento – como toda as demais competências estatais – da realização dos valores jurídicos fundamentais. O direito tributário está comprometido com a consecução e realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana. Emanação direta deste é o postulado da supressão da pobreza e da eliminação das desigualdades individuais e sociais. Não é admissível dissociar o sistema tributário dos princípios constitucionais mais relevantes e fundamentais, que dão conformação ao Estado e ao poder público” (Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, pp. 215-233, p. 226 e 232)

Diante disso, ali concluí:

“Nesse sentido, parece-nos que o tributo é a inovação humana com grande aptidão para a redução das desigualdades jurídicas, políticas e econômicas entre os homens. A partir do escólio doutrinário de Liam Murphy e Thomas Nagel, tem-se que “Numa economia capitalista, os impostos não são um simples método de pagamento pelos serviços públicos e governamentais: são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva ”



Em síntese, a meu ver, a interpretação mais consentânea com a axiologia da Constituição Federal de 1988 é aquela que considera a tributação como instrumento para a produção da igualdade entre os cidadãos. Por conseguinte, o tributo extrai seu significado normativo do princípio constitucional da igualdade”

Diante dessa função de promover a justiça social da tributação, justificase também o discrimen em relação aos tributos cujos fatos geradores tenham ocorrido durante a recuperação judicial ou após a decretação da falência.

Assim, não há inconstitucionalidade no dispositivo impugnado.

**d) art. 86, inciso II, da Lei n. 11.101/2005**

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”*

Como anotou a PGR, trata-se de previsão já contida na legislação anterior e enfrentada neste STF no AI 435032, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, j. 17/12/2005, considerando a questão infraconstitucional. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, sumulou a questão no enunciado n. 307: *“A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito.”* E, de certa forma, era o sentido da Súmula n. 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.”*

Por isso, a questão também é debatida na ADPF n. 312.

Segundo o autor, a restituição prevista poderia esvaziar o concurso de credores, especialmente por não prever qualquer prazo para o exercício da pretensão, ofendendo também a isonomia.

O pedido de restituição tem, na sua essência, a responsabilidade patrimonial (CRFB, art. 5º, XLV, e CPC, art. 789), segundo o qual os bens do

devedor respondem por suas dívidas. Restitui-se, assim, o bem que não pertence ao devedor, que está apenas na sua posse.

Isso, porém, não ocorre nos contratos de adiantamento de câmbio, a rigor, um simples mútuo:

“Nas operações de câmbio, é de sua técnica que a instituição financeira adiante aos exportadores importância determinada por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato, com anuência do vendedor” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 293)

“Os bancos que operam com câmbio concedem aos exportadores os Adiantamentos sobre os Contratos de Câmbio (ACC), de até 100% do valor da exportação, que consistem na antecipação parcial ou total dos reais equivalentes à quantia em moeda estrangeira comprada a termo desses exportadores pelo banco.

É a antecipação do preço da moeda estrangeira que o banco negociador das divisas concede ao exportador amparado por uma linha de crédito externa, intermediada pelo banco negociador, que é autorizado a operar em câmbio.

O objetivo desta modalidade de financiamento é proporcionar recursos antecipados ao exportador para que possa fazer face às diversas fases do processo de produção e comercialização da mercadoria a ser exportada, constituindo-se, assim, num incentivo à exportação.

Normalmente, este incentivo financeiro à exportação demanda custos bem mais favoráveis do que as taxas de mercado.

Por este motivo, a concessão pelos bancos e a utilização pelos exportadores desses ACC devem ser dirigidas para seu fim essencial: apoiar financeiramente a concretização da exportação objeto do contrato de câmbio.

(...)

Os ACCs são intransferíveis, ou seja, o banco que conceder crédito por este mecanismo não pode negociá-lo posteriormente. Assim, os recursos ficam amarrados até o vencimento da operação.

(...)

Muitas vezes, o ACC é utilizado como um instrumento para ganho financeiro pelo exportador. Tal fato ocorre quando as taxas de juros domésticas estão elevadas em relação às taxas em dólar, o que incentiva as empresas a tomarem recursos nessas linhas para aplicar os recursos no mercado financeiro. Nesse caso as empresas contratam os ACC e ACE [adiantamento sobre contrato entregue] para financiar

suas atividades.” (FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro – produtos e serviços*. 20ªed. Rio de Janeiro: Qualitymark ed, 2015, p. 515-516)

A restituição aqui, na verdade, trata-se de uma opção do legislador que se explica *“pela preocupação do governo em estimular e ampliar as exportações, ponto crucial da política desenvolvimentista de nosso País.”* ( REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 293)

Se, como também sustenta a Advocacia-Geral da União, trata-se de opção legislativa, não parece ser, no entanto, uma opção que importe a transmutação da natureza do instituto. Restituição não é. E não vejo como um interesse econômico possa prevalecer sobre direitos fundamentais dos credores trabalhistas, que, como já anotado, gozam de especial proteção constitucional, seja no capítulo dos direitos sociais (CRFB, art. 6º e 7º), seja inclusive como valor fundante da ordem econômica (CRFB, art. 170). Não se pode colocar um interesse econômico – importante, admito – sobre um valor fundante. Repito as palavras já citadas do Ministro Eros Grau: *“ qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. Será, pois, institucionalmente inconstitucional.”*

O legislador, por certo, tentou reduzir a drasticidade dessa regra, estabelecendo no art. 86, par. único, que, antes, deve-se dar o pagamento do art. 151, o qual, por sua vez, estabelece: *“Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.”*

Essa ponderação, no entanto, é insuficiente e só confirma a conclusão que houve uma transmutação da natureza do crédito decorrente dos contratos de câmbio.

Sobre isso, eis a palavras de Marcos Dias de Oliveira, em artigo publicado na Revista da Procuradoria do Banco Central do Brasil:

Se muitas outras pessoas, físicas ou jurídicas, tornaram-se credoras da empresa em falência porque tinham contrato com ela, resta claro que todos se encontram na mesma situação das instituições

financeiras, cujo contrato versava sobre ACC, enquanto os outros contratos abrangiam objetos diversos. Constatada a preponderância do princípio da igualdade e não sendo os ACC contemplados na classificação de créditos, é necessário algum critério para enquadrá-los com justiça. Como os artigos conflitantes com a norma constitucional podem ser considerados afastados e, por conseguinte, inexistente classificação legal, o critério adotado pode ser o de similaridade técnica, que é discutido a seguir.

(...)

Dessa forma, resta claro que, a se considerar critério técnico para o posicionamento dos créditos referentes a ACC, eles parecem ser análogos aos créditos quirografários e aos subordinados, uma vez que não estão previstos nas categorias anteriores, são decorrentes de relações contratuais e seu não pagamento resultaria na necessidade de absorção do prejuízo por parte do credor. Tendo em vista o porte da maioria das instituições financeiras que oferecem ACC a exportadores, tal prejuízo seria, amiúde, ínfimo e inteiramente compensado por outras operações financeiras cotidianas. Dar prioridade ao pagamento dos ACC, ao contrário, pode resultar em prejuízos incomparavelmente mais graves a outras categorias de credores, sobretudo os de créditos trabalhistas, e até mesmo inviabilizar o processo de falência, caso não restem recursos para o pagamento dos auxiliares da justiça e para o custeio do procedimento falimentar.

Parece também ser possível afirmar que o argumento pró-restituição dos ACC, adotado pelo mercado financeiro e pelo STJ, carece de suporte filosófico, uma vez que fundamenta sua argumentação na premissa de que os ACC são valores do credor em poder do devedor e que, por isso, não podem compor a massa falida. Mais robusto parece ser o entendimento de que, assim como a maioria dos outros créditos falimentares, os ACC têm origem em contrato e, por conseguinte, têm a mesma natureza dos demais créditos componentes da massa. Desse modo, restava identificar qual a classificação adequada para os créditos oriundos de ACC, uma vez que tal classificação não está expressa na Lei de Falências. Em face do afastamento das leis que os priorizam e do fato de serem de mesma origem dos demais créditos – contrato –, parece razoável a proposta de incluí-los em categoria existente, utilizando para isso critério de similaridade técnica. Conforme sugerido neste artigo, a classificação que parece mais pertinente é a de créditos quirografários.

DE OLIVEIRA, Marcos Dias. Adiantamentos de Contratos de Câmbio: créditos de privilégio especial, quirografários ou não falimentares?. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 60-75, out. 2018. ISSN 1982-9965. Disponível em: <<https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/article/view/959>>. Acesso em: 24 out. 2019.

Ainda, ao comentar essa regra à luz da jurisprudência, Bezerra Filho tece a seguinte crítica à influência do sistema financeiro, resignando-se, no entanto, aos ditames legais:

“Constata ainda o Ministro DIAS TRINDADE a compreensível ‘aversão ao que se entende por privilégio a credor da massa em detrimento de outros’, aversão que, acrescentamos, no caso manifestasse de maneira mais forte, quando se sabe que efetivamente as instituições financeiras, historicamente, são o segmento mais favorecido nas transações.

5.3. Enfim, sem embargo da observação que demonstra profunda sensibilidade social do ilustre Ministro ATHOS CARNEIRO (REsp n. 24.477-1/RS) de que ‘cumpre não valorizar além do explicitamente previsto, a situação jurídica da instituição financeira, colocando sem limite temporal o pedido de restituição de dinheiro (com a devida correção monetária), em potencial prejuízo aos créditos privilegiados derivados das relações trabalhistas, previdenciárias ou fazendárias, e aos demais créditos’, o certo é que ‘legem habemus’. Tal observação, de profundo fundamento social, torna ainda mais odioso o privilégio que, no entanto, está explicitamente previsto na lei e que deverá ser observado, até a eventual mudança legislativa, aliás sem grande possibilidade de ocorrência, tendo em vista a conhecida força de persuasão do setor financeiro dentro do sistema” . (BEZERRA FILHO, Manuel Justino. A restituição ao banco do valor do adiantamento efetuado em contrato de câmbio para exportação, em caso de falência ou concordata do exportador. Exame da Súmula 133 do Superior Tribunal de Justiça. In : *Lex Jurisprudencia do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais* , v. 12, n. 129, p. 9-18, maio 2000, p. 9-18, p. 17).

Não chego ao extremo sugerido pelo primeiro autor de considerar que esses créditos devem ser classificados como meramente quirografários, porque, como visto na lição de Rubens Requião, não se trata de um mero concurso de credores, mas um concurso com vistas ao saneamento do meio empresarial e há uma multiplicidade de interesses dele derivados, havendo, sim, margem para algumas opções legislativas.

Aliás, isso já foi enfrentado, ainda que monocraticamente, por este Supremo Tribunal Federal, havendo o Ministro Teori Zavascki assim decidido:

“2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já assentou a constitucionalidade do art. 75, § 3º, da Lei 4.728/65 em face do princípio da isonomia. Confira-se o que foi decidido no RE 88.827 (Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJ de 14/4/1978):

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, conseqüentemente, 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.

Citem-se, nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes:

FALÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE IMPORTANCIA ADIANTADA POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, POR CONTA DO VALOR DE CONTRATO DE CAMBIO (PARAGRAFO 3., DO ART. 75, DA LEI N. 4.728, DE 14-7-1965). NÃO SE CONFIGURA NEGAÇÃO DE VIGENCIA 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). CONCORDATA. RESTITUIÇÃO PREVISTA NO PAR 3 DO ARTIGO 75 DA LEI 4.728, DE 14.07.65, SOBRE MERCADO DE CAPITAIS. INCONSTITUCIONALIDADE E DISSIDIO REPELIDOS, CONFORME PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 90.176, Rel. Min. LEITAO DE ABREU, Segunda Turma, DJ de 23/3/1979)

E ainda: RE 89.086, Rel. Min. THOMPSON FLORES, Primeira Turma, DJ 30/5/1980; RE 90.233, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Primeira Turma, DJ de 16/5/1980; RE 88.156, Rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN, Primeira Turma, DJ de 29/5/1978.

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.

3. Dadas essas bases, infirmar o julgado impugnado demandaria a interpretação do referido dispositivo legal. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, é inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de alegada violação a dispositivo da Constituição Federal que, se houvesse, seria meramente indireta ou reflexa, uma vez que é imprescindível a análise de normas infraconstitucionais. Nesse sentido: ARE 670.626-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 6/2/2013; ARE 746.649-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 24/6/2013. 4. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário” (RE 586554, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 09/02/2015, publicado em DJe-030 DIVULG 12/02/2015 PUBLIC 13/02/2015)

A questão ali enfrentada confrontava credores empresariais e penso que é esse o espaço do legislador, o qual, no entanto, não é totalmente disponível. Novamente: o limite é constitucional, sobre o qual não cabe resignar-se.

E a opção legal, no caso, 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, insisto, gozam de especial tutela constitucional. Essa é a distinção em relação aos precedentes já decididos pelo STF, diga-se ainda, em outros tempos, em outras vias, e não efetivamente sob a égide da Constituição de 1988 e a especial conformação social que esta impõe sobre a ordem econômica.

Sobre a questão, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se nos autos da ADPF n. 312, trazendo importante histórico da matéria, anotando que a Lei n.º 4.728/65 foi editada no período de vigência do Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964, tendo, pois, sua gênese num período não democrático e diverso do sistema protetivo do trabalhador e seu salário inaugurado pela Constituição e que encontra resguardo também na Convenção n.º 95 da OIT, a qual prevê, no seu artigo 11, que o “o salário que constitua crédito privilegiado será pago integralmente antes que os credores comuns possam reivindicar sua parte”, assim como na Convenção n.º 173, ainda não ratificada, a qual prevê o necessário privilégio dos créditos trabalhistas. Afirma a PGR:

Dessas normas constitucionais e convencionais se extrai a presença de dois aspectos essenciais ao salário, no âmbito da relação de emprego: (i) o valor mínimo indispensável à satisfação das necessidades vitais do trabalhador, fixado por lei ou por norma

coletiva, e (ii) o seu pagamento superprivilegiado, em caso de insolvência civil ou empresarial do empregador, haja vista a sua finalidade alimentícia e de subsistência do trabalhador e de sua família.

(...)

A proteção jurídica e social do trabalhador subordinado constitui, pois, compromisso constitucional fundado no princípio de justiça e solidariedade social, em sintonia com as normas que preveem como objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a erradicação da pobreza e da marginalidade (art. 3.º I e III); que proclamam como direitos fundamentais o trabalho (Constituição, art. 6.º) e seu conteúdo promocional de direitos (arts. 7.º a 11); que instituem a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e nos princípios da função social da propriedade e da busca do pleno emprego (art. 170 III e VIII), e que declara o primado do trabalho como base da ordem social,

cujo objetivo é o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

(...)

A blindagem jurídica do risco financeiro e bancário, com a atribuição de créditos “extraconcursais” àqueles relativos às “antecipações de operações de câmbio”, mormente para fins de ultrapassagem no pagamento dos créditos trabalhistas nas situações de falência e recuperação judicial, demonstra-se insustentável do ponto de vista da racionalidade jurídico-constitucional e em face do princípio da proporcionalidade (ínsito ao princípio do Estado de Direito; Constituição, art. 1.º); considerando-se, para tanto, a total incapacidade dos trabalhadores de assunção dos riscos dos empreendimentos empresariais (arts. 2.º e 3.º da CLT) e a natureza alimentar da parcela;<sup>52</sup> ao contrário das instituições financeiras, que desempenham atividades de empréstimos de forma empresarial e onerosa; mormente mediante a celebração de um “contrato bancário” típico.

Acolhendo esses argumentos, entendo que a Súmula n. 20 editada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul soa mais consentânea à Constituição: *“20. Em processo de falência o pagamento dos créditos trabalhistas tem prioridade sobre a devolução de valor adiantado ao falido à conta de contrato de câmbio.”*

É assim que entendo que a regra do art. 86, inciso II, da Lei n. 11.101/05 (assim como a regra do art. 75, § 3º, da Lei nº 4.728. de 14 de julho de 1965, em debate na ADPF n. 312) é inconstitucional ao prever a restituição do valor referente ao adiantamento do contrato de câmbio antes dos credores



trabalhistas, devendo, pois, ser declarada a sua inconstitucionalidade sem redução de texto.

### **Dispositivo**

Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos na presente Ação Direta, declarando 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.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 09/04/2021 00:00:00