

A RESTITUIÇÃO FALIMENTAR DO ADIANTAMENTO SOBRE CONTRATO DE CÂMBIO

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

1. Colocações preliminares

Nasceu este comentário da leitura do RE 88.156-RS (RTJ 86/704 e ss.), cuja finalidade era provocar a decretação da inconstitucionalidade do § 3.º do art. 75 da Lei 4.728, de 14.7.65, a chamada "Lei do Mercado de Capitais". Procuravam os interessados demonstrar que este dispositivo atentaria contra o princípio da isonomia, consagrado no § 1.º do art. 153 da Constituição. Em última análise, desejavam ver afirmado pelo Supremo Tribunal Federal que a restituição de importâncias entregues como adiantamento sobre contratos de câmbio, previsto na norma acima citada, afrontaria o princípio da igualdade de todos perante a lei, razão pela qual seria inconstitucional.

O Supremo não acolheu nesse, como em outros julgamentos, a pretensão dos recorrentes, com base nos argumentos em seguida resumidos para melhor acompanhamento do estudo:

a) O § 3.º do art. 75 da Lei 4.728/65 tem o escopo de facilitar o financiamento das exportações, concedendo uma garantia entendida necessária ao comprador da moeda estrangeira (um banco comercial). Dadas ao exportador maiores facilidades para fechamento de câmbio, a recíproca são as maiores garantias dele exigidas.

b) Sobreleva a tudo o fim para que foi criado o dispositivo legal, não se admitindo a interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto (citando Carlos Maximiliano).

c) A pretendida caracterização do adiantamento como mútuo configuraria uma interpretação estrita da lei, contrariando o princípio nela instalado para ambas as partes.

d) Ainda que se admitisse a natureza de mútuo para o adiantamento, a desigualdade estabelecida por um privilégio não gozado por outros mutuantes seria resultante do fim econômico de interesse público visado no caso concreto.

2. A análise do problema

Pensamos que o assunto em foco deva ser estudado de forma mais profunda, partindo-se da verificação da natureza jurídica do adiantamento sobre contratos de câmbio e dos casos legais de restituição previstos na lei para, em seguida, diante da análise conjugada das matérias, concluirmos afirmativa ou negativamente pela infringência ao princípio constitucional da isonomia, sobre o qual também devemos nos debruçar, ainda que ligeiramente.

3. O adiantamento sobre contratos de câmbio

Em se tratando de câmbio, tem o Conselho Monetário Nacional competência para fixar diretrizes e normas da política cambial, enquanto ao Banco Central do Brasil cabe atuar no sentido do funcionamento regular do mercado respectivo, de acordo com o item V do art. 4.º e item III do art. 11 da Lei 4.595, de 31.12.64.

O adiantamento sobre contratos de câmbio é regulado dentro desse sistema pela Resolução 253, do Conselho Monetário Nacional e por normas diversas expedidas pelo Departamento de Câmbio do Banco Central (Cartas-Circulares ns. 160 e 345, Comunicados ns. 331 e 337 e Instrução de Serviço n. 150), conforme se encontram sistematizadas no Capítulo 5.5 da "Consolidação das Normas Cambiais" (que não é consolidação no sentido técnico jurídico, mas mera reunião organizada de textos regulamentares).

Diante dessas normas, verificamos que são possíveis duas situações de fechamento de contrato de câmbio de exportação para liquidação futura, com base no qual pode ser concedido o adiantamento. O exportador, em um primeiro caso, já contratou a venda de seus produtos com um comprador estrangeiro, vindo, em seguida, a negociar por cruzeiros, com um banco autorizado a operar em câmbio, a moeda que será futuramente recebida em pagamento da venda. Após isso, a vista dos documentos referentes à exportação, concede a instituição ao exportador um adiantamento do contravalor em cruzeiros, que será liquidado quando do pagamento da operação externa.

Muito freqüente, por outro lado, é o caso do empresário que, trabalhando com mercadorias suscetíveis de venda ao exterior, nem ainda as fabricou ou possui, nem ainda as vendeu. Diante da perspectiva da realização de um negócio com o mercado externo, ele conclui contrato de câmbio de exportação com um banco autorizado de sua escolha, solicitando adiantamento do contravalor em cruzeiros, negócio que fica para ser liquidado por ocasião do pagamento da futura e ainda incerta exportação. Note-se que aqui não é necessária qualquer prova ou evidência da exportação pretendida, mas apenas a apresentação de uma boa ficha cadastral pelo eventual exportador.

Em qualquer das duas hipóteses que acabamos de descrever, o banco cobra de seu cliente um "deságio", calculado sobre o montante do contrato de câmbio, o qual corresponde à sua remuneração no negócio.

Quando foi feita a venda ao exterior e logo em seguida fechado o câmbio, constata-se que o exportador, segundo o princípio do Direito brasileiro que determina o domínio das coisas móveis a partir da tradição (CC, art. 620), não é ainda proprietário da moeda estrangeira que vendeu ao banco, nem dos cruzeiros que adquiriu, pois o câmbio, como vimos, é para liquidação futura. Semelhantemente, o pretendente a exportador da segunda hipótese não é dono dos dólares negociados com o banco, já que nem sequer fez qualquer venda ao exterior, nem é dono do contravalor em cruzeiros, pois é futuro o seu recebimento. Portanto, em ambas as situações de adiantamento, o banco entrega recursos próprios ao cliente, pois, examinando-se sua posição no contrato de câmbio, ele ainda não é dono da moeda estrangeira adquirida e ainda é dono dos cruzeiros vendidos ao cliente. Resta-nos ver — e este é um dos objetivos do presente estudo — a que título faz o banco entrega ao cliente das importâncias respeitantes ao adiantamento.

Ora, verifica-se claramente que, na primeira situação, o adiantamento tem por função econômica a antecipação de um valor líquido e certo, a ser futuramente recebido pelo empresário exportador. Já no segundo caso, a função econômica é dar ao interessado os recursos necessários para que ele compre ou fabrique a mercadoria, objeto de posterior tentativa de colocação junto ao setor externo. O primeiro negócio é feito sobre uma base real, enquanto o segundo funda-se sobre uma simples perspectiva, facilmente apta a propiciar abusos, principalmente porque o chamado "deságio" costuma ser inferior aos juros correntes nos empréstimos bancários. Em vista deste fato, o Banco Central do Brasil obrigou os bancos a somente concederem o adiantamento a clientes que sejam exportadores efetivos, caracterizando como infringência às normas de boa técnica bancária sua concessão abusiva (Cap. 5, Tít. 5, item 3 da Consolidação das Normas Cambiais e Instrução n. 253, da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito, de 11.10.63), hipótese que foi muito frequente, entre outras, quanto ao café verde. Conseguindo adiantamento sobre contrato de câmbio, a pretexto de exportação de café, o favorecido desviava os recursos recebidos para outros fins. Algumas vezes, mesmo procurando dirigi-los para a finalidade alegada, podia deixar de realizar a exportação por falta do produto no mercado interno. Tanto o desvio quanto a impossibilidade de aquisição e posterior exportação do café levavam ao cancelamento do contrato e consequente devolução do adiantamento. Acontece, que por inadimplência do cliente, originada de razões de ordem diversa, a devolução podia ficar frustrada. Insolvente o devedor, o banco credor pede a restituição do que lhe concedeu anteriormente.

Analisados os aspectos do contrato de câmbio de exportação e do adiantamento que se lhe segue, verifica-se que, no campo jurídico, as duas situações acima lembradas permanecem em um mesmo plano, feita em ambas a entrega do chamado adiantamento ao cliente a título de propriedade, destinando-o este ao fim que bem lhe aprouver. É evidente que, se o cliente requereu o adiantamento em virtude de exportação realizada ou a realizar, deverá dirigir as importâncias que recebeu do banco para o atendimento dessa finalidade. Se não o fizer, poderá sofrer consequências que não examinaremos neste trabalho, por fugir ao seu fim, enquanto que o banco poderá sofrer a aplicação de penalidades impostas pelo Banco Central do Brasil, no caso de não ter observado as normas para concessão de adiantamento.

Pelo exposto, percebe-se que as características do negócio em causa são inconfundivelmente as de mútuo, no caso qualificado como mercantil (arts. 1.265 do CC e 247 do CCom.). O adiantamento funciona na prática como se fosse um "desconto" do contrato de câmbio junto à instituição bancária concedente. Se a exportação já foi feita, o exportador receberá uma parte do valor da venda; se ainda não foi feita, contará com valores a serem utilizados na fabricação ou compra da mercadoria a ser vendida ao exterior. Mas sempre fica demonstrado que usa as importâncias recebidas como proprietário delas, sendo pessoal a obrigação de seu pagamento ao banco, quando da liquidação do contrato.

A devolução, ou melhor, já que se trata de mútuo, o pagamento do adiantamento ao banco é feito indiretamente, segundo o esquema abaixo:

— o cliente, por força do contrato de câmbio, tem a obrigação de entrega futura da moeda estrangeira ao banco e este da moeda nacional ao primeiro;

— uma vez solicitado e recebido o adiantamento, o cliente fica obrigado a devolvê-lo ao banco, nas condições ajustadas (mútuo); e

— ao receber a moeda estrangeira correspondente à liquidação do contrato de câmbio, o banco paga a nacional ao cliente, deduzindo o que já foi adiantado e entregando o restante, chegando as partes ao equilíbrio de suas relações jurídicas, com a extinção de todas as obrigações.

O esquema acima pode ficar aparentemente complicado ao ser vista a operação sob o ângulo das diversas formas de pagamento das exportações, quais sejam, cobrança, remessa, crédito e crédito travado, nas suas diversas submodalidades. Qualquer que seja a forma de pagamento, porém, todas as situações conformam-se com o quadro supra, quando se faz a abstração dos elementos não essenciais.

A título de reforço de nossas conclusões, verificamos que a própria regulamentação do instituto do adiantamento o tem como operação bancária de crédito, tornada isenta do Imposto sobre Operações Financeiras, conforme a Resolução 253, de 10.3.73, do Conselho Monetário Nacional, já citada. Sabe-se que o instituto da isenção, um dos casos de exclusão do crédito tributário (art. 175, I, do CTN), tem lugar quanto a fatos geradores do imposto que o legislador deseja excluir da tributação. Sendo o adiantamento mútuo, operação financeira bancária, sobre ele incidiria forçosamente o imposto, se não fosse a aplicação da isenção específica. Desde que o adiantamento não constituísse um caso de mútuo, sobre o negócio não recairia o tributo, pois o fato estaria no campo da *não incidência*, tornando-se desnecessário o tratamento de isenção que sofreu.

Finalmente, lembramos que não pode ser confundido o adiantamento em causa com o chamado contrato de adiantamento bancário, que é aquele “pelo qual, tendo-se dado em garantia algum bem, o banco põe à disposição do outorgado quantia que é percentual ao valor do bem dado em garantia, se ela diminui, para que se mantenha a quantia fixada proporcionalmente, como máximo de disponibilidade, e o outorgado a pretensão de pedir parte da garantia, com a diminuição da quantia posta à disposição” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. XLII, p. 27).

Assim sendo, concluímos nesta parte que o adiantamento sobre contrato de câmbio é uma modalidade de mútuo mercantil ou, por outras palavras, operação de crédito praticada por banco comercial com cliente exportador.

4. A restituição na Lei Falimentar

Muitas são as causas pelas quais o falido pode ter em suas mãos bens de propriedade de terceiros. Uma vez arrecadados pelo Síndico, cabe ao proprietário, nos termos do art. 76 da Lei de Falências, pedir sua restituição. Entende-se que os pressupostos do instituto são que a coisa, de propriedade de terceiro, esteja em mãos do falido por ocasião da decretação da falência, em virtude de direito real ou de contrato.

Quanto ao adiantamento sobre contrato de câmbio, já vimos que o dinheiro a esse título entregue ao cliente passa a ser de propriedade deste, não mais pertencendo ao banco, pois estamos na presença de uma das formas de mútuo. O

mutuário pode fazer dos recursos recebidos o uso que lhe for mais conveniente, assumindo a obrigação de devolver a quantia recebida na data convencionada. Assim sendo, fica frustrada uma das condições do art. 76 da lei concursal para que a restituição possa ter lugar: a coisa não é de propriedade do banco e está em poder do falido a título de domínio. Este fato nos basta para a procurada descaracterização do adiantamento como figura passível de restituição falimentar, não sendo necessário o exame dos demais requisitos do dispositivo legal acima citado.

Verificamos, além disso, que é a própria lei que, em última instância, reconhece não ser a importância do adiantamento coisa de propriedade do banco, caso em que seria desnecessário um dispositivo legal especial determinando sua restituição, pois a matéria já estaria de forma genérica resguardada pela lei falimentar. O legislador pretendeu, pelo que se conclui, dar ao adiantamento um benefício que ele não gozaria dentro do sistema falimentar, pois sabia ser ele mútuo.

Quanto ao § 2.º do art. 76, esta é uma regra excepcional, segundo Trajano de Miranda Valverde (*Comentários à Lei de Falências*, vol. II, pp. 56 e 57, ed. Forense, 3.ª ed., Rio-S. Paulo, 1962), ditada pela equidade, não interferindo na tese que vimos desenvolvendo. Esclarece o renomado autor que, embora o falido tenha adquirido a propriedade das coisas que comprou, a lei desfaz a operação ao ocorrerem fatos nela prescritos, tendo visualizado uma presumível má fé daquele ao contratar a compra e ao receber a coisa ou mercadoria. É uma exceção, conclui, a ser restritivamente interpretada, embora sem ofensa ao espírito que a reconheceu necessária e justa.

Diante do exposto, somente podemos concluir que a lei criou uma exceção para o tratamento do que ela indevidamente chamou de adiantamento sobre contrato de câmbio, determinando sua restituição à semelhança do que acontece com coisas de terceiros em mãos do falido e arrecadadas pelo Síndico. Na verdade, como já exaustivamente provado, a nosso ver, a operação não é de adiantamento, mas de mútuo, não podendo a lei, portanto, falar em restituição, já que somente pode ser restituído, segundo a lei das quebras, o que não é do falido embora esteja em seu poder, excetuada a hipótese do § 2.º do art. 76, que é a de uma rescisão legal de contratos, originada de uma presunção de má fé.

O mútuo, batizado pelo art. 75 da Lei 4.728/65, como adiantamento sobre contrato de câmbio, veio dar direito ao banqueiro de exigir do devedor a entrega dos recursos correspondentes, como se restituição fosse. Ora, de todos os credores da mesma espécie do falido, aquele é o único que goza dessa regalia, o que demonstra a titularidade de um benefício excepcional. Resta ver se tal favor é justo ou se não o é, o que redundaria, na última hipótese, em afronta à isonomia.

5. Igualdade e isonomia

Qual o alcance que devemos dar à isonomia, que é a igualdade de todos perante a lei?

Segundo Anacleto de Oliveira Faria (*Do Princípio da Igualdade Jurídica*, Ed. Revista dos Tribunais/USP, S. Paulo, 1973, pp. 37 a 46 e 263 a 265), não podemos aceitar como válidos os chamados conceitos nominalista e idealista da igual-

dade. O nominalismo afirma que a igualdade é mera palavra sem conteúdo (*flatus vocis*), existindo no mundo real a desigualdade, aceitando, pois, por via de consequência, a diferença entre as pessoas e justificando os privilégios. Já para o idealismo, a igualdade tem sentido absoluto, de ordem aritmética, da pura unidade repetida, do puro homogêneo, seguindo-se que deveria reinar entre os homens uma igualdade absoluta, reconhecendo, entretanto, a existência efetiva de desigualdades de ordem física — estabelecidas pela natureza — e as de ordem social — resultantes de uma convenção e autorizadas pelo consentimento dos homens. Em todo o caso, para o princípio idealista, as igualdades não deveriam existir, sendo formalmente condenadas.

Ao invés dessas, continua o autor acima citado, deve prevalecer a visão da igualdade realista, que se funda na realidade da natureza humana, una e idêntica quanto a todos os homens, e na realidade das peculiaridades específicas de cada homem, das quais resultam múltiplas desigualdades. Com isto, a iniquidade da aplicação prática das teorias nominalista e idealista é substituída pela constatação de uma igualdade inerente aos direitos fundamentais e à dignidade do ser humano e de desigualdades referentes aos seus aspectos individuais.

A igualdade tem primado sobre a desigualdade e deve ser proporcional e positiva. Proporcional por variar segundo as exigências precípuas do ser humano e por levar em conta a diversidade de situações existentes; positiva porque não se limita ao lado jurídico, mas, além de existir perante a lei, estende-se perante a vida. É por isto que dizia Ruy consistir a regra da igualdade em “aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade, seria flagrante desigualdade e não igualdade real” (*Oração aos Moços*).

Os atentados contra a igualdade deveriam nos ferir tanto quanto aqueles contra a honra, que provocam nos homens honestos pronta reação. Mas a resposta contra as desigualdades ou é muito tênue, ou simplesmente não ocorre.

O fenômeno entre nós, brasileiros, tem explicações diversas, que podem ser buscadas, inclusive, em nossa formação histórico-sociológica, reportada ao descobrimento e à colonização portuguesa. Fundado em suas origens, o brasileiro sempre foi a favor da igualdade para os outros e do privilégio para si próprio. Esta característica tropical é notória e dela nos orgulhamos. Uma de suas formas de expressão mais conhecida e utilizada é o “Você sabe com quem está falando?”, com a qual a mentalidade tupiniquim deseja afugentar a aplicação do rigor da lei para as faltas cometidas. Por outro lado, qualquer prurido de igualdade que insista em surgir, fatalmente morrerá no nascedouro, não fosse o brasileiro o individualista que é, tratando apenas de seus próprios negócios, não ligando para a injustiça, a não ser que o fira direta e pessoalmente.

Nosso país nasceu e cresceu à sombra dos privilégios e desse fato herdamos o sonho da obtenção de um lugar ao sol, não importando que a grande maioria permaneça na sombra.

Em todo o caso, por motivos que não nos cabe aqui examinar, preceitos tuteladores da igualdade têm estado presentes nos textos constitucionais e em legislação especial, devendo, então, receber o respeito de todos no alcance em que foram estabelecidos, embora saibamos que a lei tende à ineficácia quando é formulada sem apoio na consciência social, o que já é outra história.

Observamos que a efetividade jurídica da igualdade real em qualquer sistema dependerá de sua tutela constitucional segundo princípios gerais e abstratos, que a lei tratará de fazer valer contra situações concretas de desigualdade natural ou superveniente. Há uma desigualdade natural entre padrões e empregados, o que levou a lei a proteger o economicamente mais fraco, igualando este ao mais forte, tornando as partes, daí para a frente, iguais perante a lei. A desigualdade superveniente, passível de acontecer em infinitos casos da vida social, deverá ser tratada à luz dos preceitos constitucionais apropriados que, por serem gerais e abstratos, darão guarida a qualquer hipótese.

No tocante aos privilégios, quando a lei os cria, uma de três coisas está acontecendo: ou está nascendo proteção a um direito justo (privilégio de invenção), ou a lei reequilibrou uma situação de desigualdade, ou, finalmente, fez surgir um benefício injusto ao favorecido. Quando o privilégio legal dá mais força ao mais forte, há uma duplicação da desigualdade, o que é contrário ao princípio fundamental da isonomia, já que a intervenção legislativa não serviu para restabelecer o equilíbrio, mas para configurar uma injustiça. Quando a situação preexistente à norma é de equilíbrio e esta cria um benefício, também fica ferida a igualdade, pois a lei desajustou as posições.

Os privilégios outorgados no campo da propriedade intelectual e industrial, de caráter temporário, decorrem do reconhecimento, pelo Direito, de serem os bens sobre os quais aqueles versam originados da atividade de seus autores e não seria justo que outras pessoas os explorassem economicamente. Dessa maneira, a lei concede aos titulares, conforme a estrutura peculiar a cada sistema jurídico, o direito de exclusividade em sua exploração econômica, por determinado prazo. Esta orientação corresponde à tutela da igualdade; desigualdade ocorreria se o titular do direito intelectual ou industrial não fosse resguardado contra terceiros que nada tiveram a ver com o nascimento daquele bem.

A aparente digressão, que aqui finda, teve o objetivo de mostrar que a restituição aos bancos das importâncias que adiantaram a clientes por força de contratos de câmbio constitui justamente um exemplo de desigualdade, pois, sendo o adiantamento, como vimos, uma das modalidades de mútuo, e não sendo os demais mutuários do falido contemplados com a restituição, ficou estabelecida uma situação de desigualdade em benefício dos bancos e em detrimento de todos os demais credores de mesma espécie.

Além do que, examinando-se bem a situação de fato, verifica-se que os bancos correm menos risco na concessão do adiantamento ao falido do que os demais credores. Os bancos têm condição de estudar de forma ampla a situação econômico-financeira do pretendente ao adiantamento e uma boa ficha cadastral, conforme já foi dito acima, é condição *sine qua non* da concessão do adiantamento, principalmente quando a exportação não foi ainda realizada. Quanto aos demais credores do falido, que não tiveram à época do estabelecimento de relações jurídicas patrimoniais com este as mesmas facilidades dos bancos, deduz-se que a lei foi além de criar uma desigualdade: ela reforçou uma posição de superioridade que já existia.

Por último, não pode ser aceita a argumentação do Supremo Tribunal Federal, que alega sobrelevar a tudo o fim para que foi criado o dispositivo legal, não admitindo interpretação estrita que entrave a realização plena do

escopo visado pelo texto, nem que a pretendida caracterização do instituto como mútuo configuraria uma interpretação estrita da lei, contrariando o princípio nela instalado para ambas as partes. Não se pode, ainda, aceitar a base do interesse público visado pela lei ao determinar o privilégio em causa.

Já nos tornamos repetitivos em dizer que o adiantamento é mútuo e isso não pode ser absolutamente ignorado na análise do problema, como quis fazer o Supremo. O que é mútuo não pode ser tratado em uma decisão judicial como se fosse adiantamento, decisão essa que chega a recusar-se ao próprio aprofundamento da questão. Será que o fim justifica os meios? Será que a pretexto de destinar-se esse falso adiantamento a propiciar um aumento das exportações deve o juiz fazer de conta que ele não é mútuo? E se for mútuo, chega a mencionar a decisão, mesmo assim o interesse público deve prevalecer sobre o do particular. Acontece que o interesse público não pode violar a isonomia a não ser nos casos prévia e expressamente enunciados na Constituição, como acontece com as concessões para exploração das atividades enumeradas no item XV do art. 8.º da Constituição: o concessionário mantém exclusividade no exercício do setor que lhe foi destinado, não sendo juridicamente permitido a outros interessados alegarem quebra do princípio da igualdade por não poderem também dedicar-se ao mesmo ramo. E não é desses o caso presente.

Outra coisa que precisa ser bem pesada é, justamente, a referente ao interesse público visado pelo legislador. Na verdade, esse interesse é muito tênue. O interesse direto é o das partes: o banco, que tem a garantia do retorno efetivo dos recursos fornecidos ao cliente; e este, que vê facilitado o acesso a esse tipo de empréstimos. O benefício público é indireto: se a exportação for realizada, teremos o ingresso de divisas para equilíbrio da balança de pagamentos. Se a exportação não ocorrer, não havendo entrada de divisas, mesmo assim o banco tem direito, no curso de uma falência, à devolução do adiantamento. Onde está neste último caso, o interesse público?

6. Conclusões

a) o adiantamento não é coisa que pertença ao banco, em mãos do falido, pois foi-lhe entregue a título de mútuo;

b) o caso, portanto, não é de restituição como tratada no *caput* do art. 76 da Lei Falimentar; e

c) sendo mútuo, fica ferido o princípio da isonomia, pois o banco passou a ser titular de uma vantagem não concedida a outros credores de mesma espécie e em detrimento desses.

Assim sendo, o § 3.º do art. 75 da Lei 4.728/65 é inconstitucional por ferir frontalmente o princípio da isonomia e como tal deve ser declarado.