

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

PLINIO PINTO TEIXEIRA

LEI Nº 10.820, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2003:

OS BANCOS E O CRÉDITO CONSIGNADO

MARÍLIA
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PLINIO PINTO TEIXEIRA

**LEI Nº 10.820, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2003:
OS BANCOS E O CRÉDITO CONSIGNADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Ruy de Jesus Marçal Carneiro.

MARÍLIA
2008

T266l Teixeira, Plínio Pinto
Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003: os bancos e o crédito
consignado./ Plínio Pinto Teixeira -- Marília: UNIMAR, 2008.
176f.

Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Ciências Huma-
nas e Sociais Aplicadas, Universidade de Marília, Marília, 2008.

1. Direito Econômico 2. Crédito Consignado 3. Consumidor 4.
Abuso 5. Banco I. Teixeira, Plínio Pinto II. Lei n. 10.820, de 17 de
dezembro de 2003: os bancos e o crédito consignado.

CDD -- 341.378

Autor: PLINIO PINTO TEIXEIRA

Título: LEI N° 10.820, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2003: Os Bancos e o
Crédito Consignado

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de
Marília, área concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e
Mudança Social, sob a orientação do Prof. Dr. Ruy de Jesus Marçal Carneiro.

Aprovado pela Banca Examinadora em 21/11/2008

Prof. Dr. Ruy de Jesus Marçal Carneiro
Orientador

Prof^a. Dr^a. Tânia Lobo Muniz

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

Por todas as luzes, cores e horizontes que enxerguei,
agradeço à Professora Jandyra

Pela paciência e tolerância, agradeço ao Matheus, Maria
Pilar, Huascar Mateus, Maria Aparecida e Dário.

Pelo sal que compartilhamos na estrada, agradeço ao
Manoel Bonfim.

Pela energia singular, agradeço à Karine.

Pelo apoio, agradeço ao Plínio Sabino, João Sildonei,
Valnir, Ezemi, Sebastião Martins e Idejar.

Pelas generosas aulas, agradeço aos Professores do
Mestrado: Marlene Kempfer Bassoli, Jussara Suzi Assis
Borges Nasser Ferreira, Paulo Roberto Pereira de Souza,
Oscar Ivan Prux, , Soraya Regina Gasparetto Lunardi,
Adriana Migliorini Kieckhöfer, Walkiria Martinez
Heinrich Ferrer.

Não posso esquecer os *toques* da Prof^a. Maria de Fátima
Ribeiro, as conversas com o Prof. Lourival José de
Oliveira, a serenidade das meninas da secretaria- Andréa e
Regina – e a solidariedade de todos os colegas do
mestrado.

Agora e sempre na minha retina estará guardado o
fundamental incentivo do meu orientador, o Professor Ruy
de Jesus Marçal Carneiro, e do amigo certo das horas
incertas, o Professor Antonio Manoel dos Santos Silva.

LEI Nº 10.820, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2003: OS BANCOS E O CRÉDITO CONSIGNADO

Resumo:

Idealizado pela doutrina, com a revolução Francesa e independência dos Estados Unidos da América, o chamado Estado Moderno de Direito passa a existir de fato. A evolução tecnológica, os fenômenos econômicos e sociais, as demandas geradas pela moderna concepção de dignidade humana, resultaram na transformação do Estado de Direito, de sua feição Liberal, para as feições designadas por Estado Social e Estado Democrático. Condizente com a feição de Estado Democrático de Direito, a Ordem Econômica posta pela Constituição Federal de 1988, tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), destina ao Estado o papel de agente normativo e regulador com funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica (art.174). Neste contexto, o trabalho conhece o sentido e alcance da Lei nº 10.820/2003 e suas normas regulamentadoras que possibilitaram: aos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, titulares de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social, a faculdade de autorizar, por contrato celebrado de forma irrevogável e irretroatável, descontos em folha para pagamento de prestações decorrentes de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil. Analisa as intercorrências entre a norma citada e os princípios da intangibilidade e livre disposição de salários e benefícios que regem a legislação trabalhista e previdenciária; os direitos do consumidor; os princípios contratuais; a legitimidade material e formal do crédito consignado; e o atual posicionamento do STJ sobre a questão. Avalia o interesse que as operações de crédito consignado despertam nos agentes financeiros; o nicho de mercado que representam; as facilidades para aprovação e cobrança do crédito; a garantia privilegiada da operação; a função social do crédito e os fatores que excluem o cidadão; eventuais abusos e repercussões, positivas e negativas, geradas no seio da sociedade pela existência, vigência e eficácia da referida Lei.

Palavras-chave: crédito consignado, empregado, aposentado, pensionista, banco e abuso.

**LAW N° 10.820, OF 17 OF DECEMBER OF 2003:
THE BANKS AND THE CONSIGNED CREDIT**

Abstract:

Designed by the doctrine, so called Modern State of Law comes to actual existence with French Revolution and the independence of the United States of America. The technological development, the social and economic phenomena and demands generated by the modern conception of human dignity resulted in transformation of Rule of Law, from its Liberal feature to features designated by Welfare State and Democratic State. Consistent with the feature of Democratic State of Law, the Economic Order established by the Federal Constitution of 1998, aims to ensure everyone a dignified existence (article 170, *caput*), and intended the State to assume the role of normative and regulating agent with functions of supervision, encouragement and planning of economic activity (article 174). In this context, the work acknowledges the meaning and scope of the Law n° 10.820/2003 and their regulatory standards that allowed the employees under the Consolidation of Labor Laws, the holders of retirement and pensions of Social Security General System, to authorize, through irreversible and irrevocable contract, discounts on payroll the installments derived from loans, financing, and leasing transactions. It analyses incidents between mentioned norm and principles of intangibility and free disposal of salary and benefits; consumer rights; contractual principles; material and formal legitimacy of consigned credit; and current position of Superior Tribunal of Justice on the issue. It evaluates the great interest that the consigned credit operation arouse the financial agents; the market niche they represent; the consigned credit offered to civil servants; the facility for approval and collection of credit; privileged guaranty of the operation; the social role of the credit and factors that segregates the citizen; possible abuse and impact, positive and negative, generated within the society because of existence, validity and effectiveness of the Act.

Key words: consigned credit, employee, retirement, pensioner, bank and abuse.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. ESTADO MODERNO DE DIREITO E CONTRATO	10
1.1 O CONTRATUALISMO	16
1.2 O ESTADO LIBERAL: MÁXIMA LIBERDADE PARA OS CONTRATOS	18
1.3 ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO: DA CONTENÇÃO AO EQUILÍBRIO.....	25
1.3.1 A Lei como Instrumento de Transformação da Sociedade.....	31
2. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1.988	37
2.1 AS FUNÇÕES DE FISCALIZAÇÃO, INCENTIVO E PLANEJAMENTO.	45
2.2. A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS.....	49
2.2.1 Os Direitos Sociais	53
2.2.2 O Sistema Financeiro e o Desenvolvimento Equilibrado do País	56
2.3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	59
2.4 A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E DA LIVRE INICIATIVA	64
2.5 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS	69
2.5.1 A Questão de Lacunas	71
2.5.2 Os Princípios Jurídicos Constitucionais	72
2.5.3 Antinomias e Ponderação	74
3. A LEI 10.820, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2003 E "OS SEM BANCO"...	78
3.1 NICHOS DE MERCADO	82
3.2 O CADASTRO	86
3.3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CRÉDITO E OS FATORES DE EXCLUSÃO DO CIDADÃO	89

3.4 A INTANGIBILIDADE E LIVRE DISPOSIÇÃO DOS SALÁRIOS E BENEFÍCIOS DO INSS	92
3.4.1 Desconto em Folha: Modo de Pagamento ou Garantia de Pagamento?.....	101
3.4.2 A Proteção do Hipersuficiente: Razões de Ordem Pública ou de Estado?...	106
3.4.2.1 O Salário ou Benefício do Hipossuficiente	111
3.4.2.2 <i>A Equação Viável</i>	113
4. O INTERESSE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRA FRENTE À LEGITIMIDADE MATERIAL DA LEI	116
4.1. O FUNCIONÁRIO PÚBLICO CIVIL FEDERAL	120
4.2 OS SERVIDORES E INSTITUTOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS	125
4.3 AINDA SOBRE O INTERESSE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	129
4.4 A REGULAMENTAÇÃO DA LEI	138
4.4.1 As Normas Editadas pelo INSS	147
4.5 A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ	159
4.6 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO	163
CONCLUSÃO	168
REFERÊNCIAS	170

INTRODUÇÃO

A Medida Provisória, nº 130, de 17 de setembro de 2003, submetida ao Congresso Nacional, foi apreciada, aprovada e convertida na Lei nº 10.820, de 17 de dezembro do mesmo ano, e alterada pela Lei nº 10.953, de 27 de setembro de 2004. Causou logo notável repercussão no cenário econômico, social e jurídico do País.

Com o advento dos dispositivos da Lei 10.820/2003, os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social, valendo-se de permissão legal, passaram a ter a faculdade de “autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos” (Art. 1º, 2ª parte).

O presente trabalho tem por objetivo conhecer o sentido e alcance da Lei nº 10.820/2003, seus nexos com o ordenamento jurídico e os valores que norteiam o sistema jurídico posto pela Constituição Federal de 1.988, bem como propor soluções para os problemas decorrentes da existência, vigência, eficácia e legitimidade da referida Lei.

O desenvolvimento do texto parte de uma análise da evolução das idéias de liberdade, propriedade, livre iniciativa, interferência nas relações privadas e atividade econômica, e função social frente às idéias da igualdade material, da dignidade da pessoa humana e da justiça social, tudo sob a égide do Estado Moderno, nas suas feições conhecidas pelas expressões Liberal, Social e Democrático de Direito.

Após analisar as modificações havidas no entendimento do papel do Estado ante as transformações da sociedade moderna, o trabalho examina a questão da sujeição da atividade privada aos preceitos da Ordem Econômica do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, valendo-se da interpretação sistemática e teleológica, buscando a plena compreensão das expressões “dignidade da pessoa humana” e “justiça social”.

No momento seguinte, e ponderando os princípios fixados pelo Constituinte para a concretização do ideal de Estado Democrático de Direito, o trabalho passa a responder à questão de validade da existência e vigência da Lei 10.820/2003, dos atos editados para a sua regulamentação, e sua conformidade com o art. 174 da Constituição Federal que permite a atuação do Estado “como agente normativo e regulador da atividade econômica”, e no exercício das “funções de fiscalização, incentivo e planejamento”.

Para revelar o sentido e o alcance da Lei nº 10.820/2003, e sua harmonia com o sistema jurídico, o trabalho busca também tratar a questão da eficácia e legitimidade dos contratos realizados sob o abrigo da Lei em comento frente aos preceitos normativos, de ordem pública, do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor, do Código de Processo Civil e da CLT, de observância indispensável para a validade dos negócios jurídicos e dos contratos de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil.

Ainda, por ser relevante e atinente com seu objetivo, conhece-se do sentido e alcance das modificações havidas, posteriormente à Lei nº 10.820/2003, no Regulamento que autoriza o empréstimo sob consignação em folha de pagamento do servidor público federal do Poder Executivo.

O texto do trabalho fundamenta-se na doutrina, em julgamentos de casos concretos pelo Poder Judiciário, em dados fornecidos por Instituições Públicas e não governamentais idôneas, em notícias veiculadas na imprensa ou disponíveis na *internet* e na legislação vigente.

Encerra-se a presente introdução observando que o trabalho, além de literatura e técnica, pretende conhecer a realidade das restrições de acesso ao crédito por meio das modalidades costumeiramente oferecidas pelos bancos; dos efeitos – positivos e negativos – da atuação das instituições financeiras diante do permissivo da Lei nº 10.820/2003, sobre a classe média e a população de baixa renda excluída do sistema de crédito oficial.

1. ESTADO MODERNO DE DIREITO E CONTRATO

A noção que se tem hoje, nesse início do Século XXI, de Estado Moderno de Direito e de contrato, foi construída ao longo do tempo pela razão e experiência do homem e, do mesmo modo que a sociedade humana, essa noção continua sofrendo transformações em decorrência da evolução da ciência, da técnica e dos fenômenos econômico-sociais.

Nesta etapa, pretende-se mostrar que, embora o Estado Moderno de Direito e o contrato sejam objetos distintos, ambos têm suas raízes fincadas no ideal do consenso obtido através da livre manifestação da vontade individual, na liberdade de iniciativa, na propriedade e na igualdade, havendo entre eles nexos, similitudes e interferências.

Emprega-se usualmente a expressão Estado Moderno, para designar o tipo de organização política e jurídica da sociedade que, com o advento da Idade Moderna (Séc. XV), surge na Europa Ocidental e Central, organização essa diferente das que anteriormente existiram.

Para a adequada compreensão do fenômeno Estado Moderno, primeiro é preciso refletir-se que, antes da Idade Moderna, a palavra Estado não era empregada com o significado que hoje se lhe empresta.

Parece que, na acepção atual de nação, ou sociedade organizada política e juridicamente, seu emprego remonta a Maquiavel, que a utilizou logo no início do seu livro *O Príncipe* (1513), no qual a palavra Estado é lida logo na primeira frase: ‘Todos os Estados, todos os poderes que exerceram ou exercem o governo sobre os homens foram ou são repúblicas ou principados.’¹

“A partir disso, quando se fala em Estado Moderno, questiona-se se houve um continuidade ou uma descontinuidade. *Afinal, Estado Moderno por que? Houve, então, um Estado Antigo?*”² Ou mesmo, um Estado Medieval? Bem, pode-se responder com o pensamento de Norberto Bobbio:

¹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 21.

² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Brasília: Livraria do Advogado de Brasília, 2004, p. 24.

[...] *o nome Estado é um novo nome para uma realidade nova: a realidade do Estado precisamente moderno, a ser considerado como forma de ordenamento tão diverso dos ordenamentos precedentes que não podia mais ser chamado com os antigos nomes.* Assim, diz o mestre italiano, o nome Estado deve ser usado com cautela para as organizações políticas existentes antes do novo ordenamento centralizador, institucionalizado, denominado por Maquiavel de Estado.³

A organização política e jurídica da sociedade medieval era bastante fragmentada. “Na Idade Média, a autoridade do rei existia teoricamente, mas de fato era fraca. Os grandes barões feudais eram praticamente independentes. Seu poderio tinha de ser controlado, e realmente o foi.”⁴

Desse modo, o Direito que organizava a vida em sociedade, coordenava os interesses individuais e resolvia conflitos, provinha simultaneamente de diversas fontes de *Poder*, “[...], mediante a infinita multiplicação de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, universidades, reinos, corporações, etc; [...]”⁵

Como consequência dessa fragmentação política e jurídica, a sociedade medieval pode ser percebida por seu ambiente de insegurança e isolamento dos feudos, pela ignorância, pelo temor – ou terror? - religioso, pela estagnação da técnica, da ciência, da atividade econômica e pela desigualdade entre os homens.

As grandes massas de homens e mulheres do campo cultivavam, faziam ou matavam o que comiam ou vestiam, entregando uma parte à hierarquia dos amos e senhores que lhes concedia o direito de agirem dessa maneira e que os protegia quando estavam empregados.

Como circunstância dominante, contudo, a inexistência de um intercambio comercial ou de um mercado na Idade Média não deve ser levada longe demais. Nessa época já havia cidades, ainda que minúsculas por padrões posteriores, e os maiores feudos tinham suas diversas necessidades ou desejos satisfeitos por mercadores de perto e de longe, ou mediante aquisição das mercadorias dos artesões das corporações locais.⁶

³ Apud, STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado.** Brasília: Livraria do Advogado de Brasília, 2004, p. 25.

⁴ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed., Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1986, p. 71.

⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. Cit., p.21.

⁶ GALBRAITH, John Kenneth. **Pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica.** Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira: Editora da USP, 1989, p.22 e 23.

Não cabe aos objetivos do presente trabalho conhecer demoradamente os motivos todos que causaram a transformação da sociedade medieval. O fato é que, além da igreja, da nobreza, dos senhores feudais e dos camponeses, surgiram os mercadores e os burgueses atuando para dominar e/ou influenciar os centros de poder medieval de conformidade com seus interesses, propiciando o nascimento do Estado Moderno.

Ainda, no mesmo sentido transformador, impuseram novas necessidades e aceleraram a dissolução da sociedade medieval, os acontecimentos que marcaram o início da Idade Moderna: a conquista de Constantinopla pelos turcos em 1453; a descoberta do Continente Americano em 1492; a abertura de um caminho para a Índia e extremo Oriente em 1498; e a viagem de circunavegação do globo terrestre de 1519 a 1522.⁷

Nesse contexto, na Europa do Século XV, como primeira expressão de Estado Moderno, com a unificação dos territórios conforme a nacionalidade de seus habitantes surgem as Monarquias Absolutistas. Desse modo, a sociedade européia se organiza, política e juridicamente, de acordo com os laços históricos, culturais, econômicos e lingüísticos de sua população. Daí França, Espanha, Portugal, Inglaterra e os demais Estados Europeus.

[...], é importante registrar que, naquilo que se passou a denominar de Estado Moderno, o Poder se torna instituição (uma empresa a serviço de uma idéia, com potência superior à dos indivíduos). É a idéia de uma dissociação da autoridade e do indivíduo que a exerce. O *Poder despersonalizado precisa de um titular: O Estado*. Assim, o Estado procede da institucionalização do Poder, sendo que suas condições de existência são o território, a nação, mais potência e autoridade. Esses elementos dão origem à idéia de Estado. Ou seja, *O Estado Moderno deixa de ser patrimonial*. Ao contrário da forma estatal medieval, em que os monarcas, marqueses, condes e barões eram donos do território e de tudo o que neles se encontrava (homens e bens), no Estado Moderno passa a haver a identificação absoluta entre Estado e monarca em termos de soberania estatal. *L'État c'est moi*.⁸

A justificativa para o poder absoluto do Monarca sustenta-se na origem divina

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 153.

⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Brasília: Livraria do Advogado de Brasília, 2004, p. 27.

desse poder, e não na vontade do povo.⁹ Entretanto, convém ressaltar, o Estado Absolutista “não se confunde com a *tiranía*, posto que sua ilimitação diz com uma autonomia em face de qualquer limite externo, mas gerando limites internos com relação a valores e crenças da época.”¹⁰

Tais valores e crenças, são valores ético-morais extraídos dos princípios religiosos sob a crença de que, juntamente com o Poder, Deus também transferia para a pessoa do Monarca o Dever de respeitar as leis divinas, segundo os ensinamentos cristãos.¹¹

Desse modo, estando o Poder do Monarca legitimado por Deus, caso exorbitasse ou descumprisse, por ação ou omissão, com o seu Dever sagrado, não caberia a ninguém questioná-lo ou responsabilizá-lo – especialmente o povo. Somente Deus teria o direito de cobrar-lhe as contas ou puni-lo. Logo, qualquer insurreição contra o Poder do Monarca seria havida como ilegal e ilegítima.

Entretanto, na mesma época, antecipando os ideais do iluminismo, Maquiavel justificou o Poder Absoluto do Monarca, não na transcendência divina, mas fundado na razão. O Prof. Fábio Konder Comparato, discorrendo sobre o tema “Maquiavel: a Razão de Estado, Supremo Critério Ético”, destaca que

Com Nicolau Maquiavel (1469-1527), produziu-se a primeira grande ruptura no sistema ético tradicional, que englobava, num todo harmônico, religião, moral e direito. Dando nascimento a uma vigorosa linhagem de pensadores políticos, que se prolonga até hoje, o alto burocrata florentino foi o primeiro a sustentar, cruamente e sem eufemismos, que a vida pública é regida por uma ética especial, cujos valores supremos são a estabilidade interna e a independência externa da sociedade política. O direito deve servir a essa finalidade maior, e o cumprimento dos preceitos de moral privada e dos mandamentos religiosos há de submeter-se às exigências básicas de respeito à ordem e manutenção da segurança.

Por essas razões, Maquiavel tem sido, através dos séculos, o mais destacado patrono de todos os partidários da *Realpolitik*, a concepção de que, na vida política, a importância dos fins a

⁹ Cfe. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 18.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Brasília: Livraria do Advogado de Brasília, 2004, p. 45.

¹¹ Cfe. BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 26.

alcançar justifica o emprego de quaisquer meios, desde que eficazes.¹²

De qualquer maneira, durante o período em que preponderou o Estado Absolutista, novas cidades se formaram, a atividade econômica e as relações contratuais – antes estagnadas pelo sistema econômico arcaico medieval¹³ - experimentaram grande expansão e desenvolvimento com a presença de novos atores – mercadores, banqueiros, industriais, profissionais liberais, etc - capazes de influência e/ou domínio sobre os Estados.

Surgiam os mais variados mercados: vendia-se tecidos, fios, vinho, couro, calçados, trigo e muito mais nas feiras, em casas particulares, em grandes galpões e nas regiões em torno das cidades. Navios traziam produtos de terras cada vez mais remotas. Surgiam os bancos, primeiro na Itália e depois no norte da Europa. As casas de câmbio, onde moedas de diferentes países podiam ser pesadas e trocadas, tornaram-se um traço comum da vida comercial.¹⁴

A atuação desses novos agentes econômicos que viam os Estados Nacionais somente como consumidores de produtos e serviços, como fornecedores de matéria prima ou manufaturada e mão de obra barata, ou mesmo local para suas atividades de comércio, freqüentemente colidia com os humores ou interesses pessoais do Monarca, ou mesmo com seu entendimento acerca dos objetivos, interesses e finalidades históricas de cada sociedade nacional, interna e externamente.

Como o Monarca detinha o Poder Soberano, através de normas legais, intervinha no mercado impondo sua vontade, restringindo ou ampliando a autonomia dos particulares, reconhecendo ou negando a validade de certos contratos, enfim, editando regulamentos de ordem pública que poderiam prejudicar ou beneficiar - além de certos agentes econômicos - o bem estar e o desenvolvimento da própria sociedade.

Essas intervenções do Estado na ordem econômica, sob a influência ou domínio de particulares, sem critérios impessoais pré-estabelecidos, sem considerar os interesses e o bem estar da sociedade, terminaram por gerar ressentimentos políticos suficientes

¹² COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.155.

¹³ Cfe. BARROSO, Lucas Abreu. Evolução histórica. *In*: MORRIS, Amanda Zoe; BARROSO, Lucas Abreu. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 32.

¹⁴ GALBRAITH, John Kenneth. **Pensamento econômico em perspectiva**: uma história crítica. Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira: Editora da USP, 1989, p. 30.

para abalar as estruturas que mantinham o Poder Absoluto do Monarca.

Se na Idade Média o poder político de controle social permanecia em mãos privadas, confundindo-se com o poder econômico, a partir do Estado Moderno e da economia de mercado formalizou-se uma separação relativa entre tais poderes. Com isso estabelecia-se a dicotomia público-privado ou sociedade civil / sociedade política.

[...]

Dito de outro modo, o novo modo de produção em gestação (capitalismo) demandava um conjunto de normas impessoais / gerais que desse segurança e garantias aos súditos (burguesia em ascensão), para que estes pudessem comercializar e produzir riquezas (e delas desfrutar) com segurança e com regras determinadas.¹⁵

A hegemonia do Estado Absolutista perdurou até o Século XVIII quando, com a Revolução Francesa e a independência dos Estados Unidos da América, surgiram as primeiras expressões concretas do Estado Moderno de Direito, iniciando uma experiência que se irradiou por todo o Planeta, prolongou-se no tempo e hoje, início do Século XXI, não se pode afirmar que esteja terminada, bastando ver o que ocorre na Europa com a formação de uma comunidade de Estados de Direito – a União Européia.

Se, na Monarquia Absolutista, entendia-se que o Poder Soberano do Estado, por disposição da vontade de Deus, pertencia ao Monarca; no Estado Moderno de Direito, por disposição da vontade dos homens, obtida por consenso da maioria, através de um processo democrático, entende-se que o Poder Soberano do Estado pertence ao povo considerado como única fonte legítima do Poder Estatal.

Seguramente, o que vale para os fins de compreender o desenvolvimento do Estado Moderno é exatamente a passagem da soberania do príncipe para a soberania do povo; e esta passagem acontece independentemente da mudança de opinião sobre a origem do poder.¹⁶

Assim, a idéia da relação jurídica baseada no poder da autonomia da vontade individual, no direito da livre disposição da propriedade (bens e direitos) das partes, no consenso entre iguais, própria da noção de contrato, reflete-se na justificação do Poder

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Brasília: Livraria do Advogado de Brasília, 2004, p 28.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 19.

Estatual e na formação do Estado Constitucional – nova fase do Estado Moderno que, por apresentar características próprias não se confunde com as demais.

1.1 O CONTRATUALISMO

Cada homem é um ser singular. Único. O que torna cada homem único não são apenas seus caracteres biológicos ou genéticos, mas a razão, a vontade, o interesse e a sua capacidade criativa. Portanto, é inerente à sua natureza a consciência de sua individualidade, de seus direitos inatos e autonomia.

No entanto, apesar de sua singularidade, “[...] o homem é um animal social, pois desde a época mais primitiva sempre viveu em sociedade. Ele precisa relacionar-se com outros homens para sobreviver, e é na sociedade onde encontra a segurança e a proteção necessárias para se desenvolver.”¹⁷

Como conclusão pode-se afirmar que predomina, atualmente, a aceitação de que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas. É inegável, entretanto, que o contratualismo exerceu e continua exercendo grande influência prática, devendo-se mesmo reconhecer sua presença marcante na idéia contemporânea de democracia.¹⁸

Se a vida em sociedade é uma necessidade imposta pela própria natureza do homem, um fenômeno, qual seria então o papel da consciência e da vontade humanas? Ora, se a sociedade humana pode ser considerada como um conjunto de individualidades interdependentes, que são organizadas, subordinadas e coordenadas conforme o Direito. O Direito é que resulta da razão e vontade do homem, sendo construído conforme o Poder, experiência e consciência de cada momento histórico.

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3 e 4.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 15.

Para os Contratualistas “[...]o fundamento do poder não é buscado nem na potência divina nem na tradição histórica, mas no livre acordo dos homens que, num certo período do desenvolvimento histórico, decidiram a criação do Estado.”¹⁹ E firmaram esta decisão por meio de um Pacto ou Contrato Originário.

“O Estado se manifesta, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social.”²⁰ O Pacto ou Contrato Originário

[...] tem por objetivo a atribuição a uma pessoa, não importa se natural (o rei) ou artificial (uma assembléia), do direito de impor a própria vontade através daquele tipo de norma geral vinculatória de toda a coletividade que é precisamente a lei. Sejam os contraentes desse pacto o povo, de um lado, e o soberano, de outro (e nesse caso se trata de um contrato bilateral), ou os próprios indivíduos que se acordam entre si para obedecer a um soberano (e nesse caso se trata de um contrato plurilateral ou, melhor ainda, de um ato coletivo), a figura do contrato está na base de um sistema de convivência cuja fonte principal de direito, e portanto de regulamentação das relações sociais, não será mais, uma vez exaurida a função fundante do contrato originário, o contrato ou acordo entre equivalentes, mas a lei que instaura relações de subordinação.²¹

O Pacto ou Contrato Originário - seja como fato histórico ou simples idéia da razão²² - foi utilizado pelos Contratualistas para explicar a passagem do Estado de natureza (Estado Natural) - onde o homem não viveria subordinado à qualquer lei - para o Estado juridicamente organizado (Estado Civil).

O estado de natureza era uma mera ficção doutrinária, que devia servir para justificar, como direitos inerentes à própria natureza do homem (e, como tais, invioláveis por parte dos detentores do poder público, inalienáveis pelos seus próprios titulares e imprescritíveis por mais longa que fosse a duração de sua violação ou alienação), exigências de liberdade provenientes dos que lutavam contra o dogmatismo das Igrejas e contra o autoritarismo dos Estados. A realidade de onde nasceram as exigências desses direitos era constituída pelas lutas e pelos movimentos que lhes deram vida e as alimentaram: lutas e

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p18.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 3.

²¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1986 p. 131.

²² Cfe. BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p.124 e 125.

movimentos cujas razões, se quisermos compreendê-las, devem ser buscadas não mais na hipótese do estado de natureza, mas na realidade social da época, nas suas contradições, nas mudanças que tais contradições foram produzindo em cada oportunidade concreta. " ²³

A idéia dos direitos naturais inatos - invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis do homem - sob o expressão de Direitos Fundamentais ou Direitos do Homem e do Cidadão, desde a independência Americana e Revolução Francesa, alcançou a concepção dos Estados Modernos de Direito que, inspirados no Pacto ou Contrato Originário, têm seus ordenamentos jurídicos regidos por uma Constituição.

Os pensamentos das principais correntes da doutrina contratualista, como se verá adiante, permanecem refletindo na formação e evolução do Estado Moderno de Direito. A sociedade moderna se transformou a um ponto inimaginável para os contratualistas; no entanto, suas idéias e valores prosseguem auxiliando na resolução das contradições e conflitos que a ação humana provoca.

Nesse início do Século XXI, a aldeia, a cada dia, mais se globaliza e, o homem, bombardeado por informações instantâneas, pode não estar saindo de uma idade das trevas, mas está perplexo frente ao desconhecido que se amplia.

1.2 O ESTADO LIBERAL: MÁXIMA LIBERDADE PARA OS CONTRATOS

Os contratualistas – até mesmo o absolutista Hobbes - idealizaram o homem que vivia na sociedade pré-estatal, em estado de natureza, como um indivíduo inteligente, apto para aprender com a experiência, com a observação dos fatos que se desenrolavam no seu ambiente, enfim, dotado de discernimento e consciência.

Esse personagem, um dia no pretérito – não se pode precisar quando –, juntamente com todos os seus iguais que integravam aquela sociedade, resolveram celebrar um Pacto ou Contrato – Originário porque antes nunca houvera outro

²³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. tradução de Carlos Nelson Coutinho, Campus : Rio de Janeiro, 1992, p.74.

semelhante – que teve como objeto a instituição do Estado e seu Poder Soberano, a garantia dos direitos inatos do homem e sua autonomia.

Sinteticamente, Marquês de Beccaria, quando discorreu sobre o direito de punir do Estado condicionado à previa definição dos tipos penais, idealizou assim o cenário que possibilitou a instituição do Estado Moderno de Direito:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por tôda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de tôdas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.²⁴

Com a imagem assim idealizada depreende-se que, em virtude do Pacto ou Contrato Originário, o Poder Soberano nasceu do sacrifício de apenas uma parte da liberdade individual do homem em troca da garantia de segurança da sociedade proporcionada pelo Estado, necessária para o gozo da liberdade restante.

Como a liberdade não é um bem que possa ser fracionado, no referido contrato, foram conferidos limites e finalidades ao Poder de atuação do Estado. Daí resultam as contradições entre o valor liberdade individual – autonomia da vontade – e o Poder Soberano; entre o interesse público – ordem pública – e a livre iniciativa; entre o privilégio e a igualdade; entre o Absolutismo e a Democracia; etc.

Essas contradições foram enxergadas pela doutrina, ainda na fase de formulação da idéia de Estado de Direito.

O Estado se manifesta, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social.

Sua existência seria, por consequência teoricamente revogável, se deixasse de ser o aparelho de que se serve o homem para alcançar na sociedade a realização de seus fins.

Mas como o Estado é o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o Criador.

Daí o zelo doutrinário da filosofia jusnaturalista em criar uma técnica de liberdade, traduzida em limitação do poder e

²⁴ BONESANA, Cesare - Marques de Beccaria. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira Atena Editora : São Paulo, 1959, p. 32.

formulação de meios que possibilitem deter o seu extravasamento na irresponsabilidade do grande devorador, o implacável Leviatã.²⁵

Essas preocupações de ordem doutrinária foram logo percebidas pela burguesia como oportunidades para o controle efetivo do Poder Soberano do Estado, ou seja, a burguesia, habituada à idéia do *pacta sunt servanda*, comum ao mundo do contrato, beneficiando-se das insatisfações crescentes que a atuação insolente dos nobres e seus Monarcas geravam na sociedade, encorajou e apoiou os movimentos políticos tendentes à concretização do Estado de Direito.

Assim, a burguesia, com o pragmatismo e sagacidade peculiares ao chamado mundo dos negócios, acostumada a retratar a realidade de acordo com as suas conveniências, utilizando-se do zelo doutrinário da filosofia jusnaturalista apenas o que lhe fosse vantajoso, amoldou, distorceu ou descartou as idéias que considerou inadequadas aos seus propósitos. Daí:

Ao assumir definitivamente, a sua posição de classe dominante, primeiramente no Ocidente e depois no mundo todo, a burguesia teve a astúcia de realçar, na doutrina ético-política de John Locke, tão-só os elementos que serviam para justificar o seu poder, e encobriu o restante sob o manto da utopia.

Assim, os cidadãos foram convidados a se ocupar unicamente de suas liberdades privadas, deixando que os assuntos de governo fossem decididos por agentes políticos, considerados oficialmente seus representantes, pelo fato de exercerem suas funções em virtude de uma periódica eleição popular. O direito reconhecido por Locke ao povo, de revogar coletivamente os mandatos parlamentares, ou mesmo de alterar a estrutura do órgão legislativo, passou a ser considerado mera fantasia, ou excesso retórico. Quanto ao direito de resistência à opressão, verdadeira chave da abóbada do edifício político assim teoricamente erigido, ele foi desde logo capitulado, sem apelação, como crime político. Uma vez estabelecida a igualdade formal de todos perante a lei, a antiga separação estamental foi substituída pela desigualdade patrimonial, em muitos sentidos mais opressiva do que aquela. A maioria do povo, à qual, segundo o pensador inglês, competiria decidir todos os assuntos de governo em última instância, tornou-se simples massa de manobra dos homens de fortuna.²⁶

Como se verá mais adiante, essa postura dos homens de fortuna de manobrar, de

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 3.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p 236.

acordo com as suas conveniências econômicas e políticas, com o pensamento doutrinário, estende-se até esse início do Séc. XXI - agora com o apoio de uma mídia inimaginável no Séc. XVIII - e, em sentido amplo, assemelha-se ao que ocorre com a aplicação da Lei 10.820/2003, objeto do presente trabalho, que trata do empréstimo consignado em folha de pagamento.

Nessa ordem de idéias, aos homens de fortuna, os pensamentos, dúvidas e contradições da doutrina tornaram-se poderosos instrumentos aos seus propósitos de defender o seu interesse supremo, as “jóias da coroa” e seu “calcanhar de Aquiles”: o direito de propriedade irrestrito e a liberdade de mercado, ou seja, o mínimo de regulação porque o que não for expressamente proibido pelo Estado é permitido às relações contratuais.

Quando se dá a Revolução, a doutrina do Estado liberal-democrático surge completa com a obra de Locke e Montesquieu, e a contribuição parcial de Rousseau. Chegamos, assim, a um período das idéias políticas em que todos os princípios democráticos haviam sido exaustivamente expostos, discutidos e em larga parte aceitos pela consciência do século. Mas entre a formulação e a aliciação doutrinárias dessas idéias, de uma parte, e a passagem pra os fatos, a concretização na realidade política daquele mesmo século, doutra parte, medeia ainda enorme distância.²⁷

Aí está a grande utilidade da concepção de Montesquieu sobre tripartição do Poder Soberano em Três Poderes distintos – independentes e harmônicos entre si: Executivo, Legislativo e Judiciário – sob a escusa de evitar-se abusos ou uso indevido do Poder concentrado nas mãos de um só, sob a premissa de que só o Poder freia o Poder²⁸, conduzindo a disputa pelo Poder do Estado para um ambiente comparável ao mercado, ou seja, um jogo de constante recomeço e refazimento.

Disputa-se o Poder do Estado, não em função de suas finalidades, mas em função de interesses imediatos e mediatos dos detentores do capital. Norberto Bobbio, ao discorrer, no último quarto do Séc. XX, sobre “Contrato e Contratualismo no Debate Atual”, observou:

Fala-se de intercâmbio político e, em analogia com um fenômeno típico da relação privada que sempre foi colocada

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 47, 48.

²⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, Livro décimo primeiro, Capítulo VI.

fora da esfera pública (e inclusive como antítese dela), de mercado político. Fala-se de voto de permuta em oposição ao tradicional voto de opinião, como se o voto fosse também ele uma mercadoria que se compra pagando (ou mais realisticamente, prometendo o “equivalente a um preço” – uso de propósito a expressão com a qual o art. 1.420 do Código Civil italiano define o contrato de compra e venda) – um preço cuja importância o homem político [...] arranca dos recursos públicos de que pode dispor ou de que faz acreditar dispor. De maneira geral, com respeito não tanto à relação pessoal ou personalizada entre classe política e cidadãos, entre governantes e governados, mas à relação entre os grandes grupos de interesse ou de poder que caracterizam uma sociedade pluralista e poliárquica como é a das democracias capitalistas, fala-se, com uma terminologia típica das relações de troca contrapostas às relações de dominação, de conflitos que se resolvem através de tratativas, transações, negociações, compromissos, convenções, acordos [...]

Sobre a idéia de mercado, Montesquieu, na sua obra *Espírito das Leis*, já havia advertido: “Vemos que nos países onde só se é afetado pelo espírito de comércio se traficam todas as ações humanas e todas as virtudes morais: as menores coisas, aquelas que a humanidade requer, fazem-se ou dão-se em troca de dinheiro.”³⁰ Mas, tais constatações realistas expunham virtudes negativas que à burguesia convinha ocultar.

Também, pode-se buscar nos escritos de Rousseau - citado pelo Professores Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes como o contratualista que exerceu “grande influência nos revolucionários franceses”³¹ – a origem da inspiração ao texto do art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³².

Melhor dizendo: ao escrever sobre economia política para uma enciclopédia, “[...] Rousseau havia afirmado que “a propriedade é o mais sagrado de todos os direitos dos cidadãos, e mais importante, sob certos aspectos, que a própria liberdade.”³³ E, o texto do art. 17 diz: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém dela

²⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1986, p. 129, 130.

³⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron. Op. Cit., Capítulo II, Quarta Parte, Livro Vigésimo.

³¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Brasília: Livraria do Advogado de Brasília, 2004, p. 46.

³² Cfe. COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p 237.

³³ COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 237.

pode ser privado, salvo quando o exigir evidentemente a necessidade pública, legalmente comprovada, e sob a condição de uma indenização justa e anterior.”³⁴

Entretanto, o mesmo Rousseau, anteriormente, havia afirmado no seu “Discurso sobre o a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”:

O primeiro que tendo cercado um terreno se lembrou de dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas bastantes simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou tapando os buracos, tivesse gritado aos seus semelhantes: “Livrai-vos de escutar esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos, e a terra de ninguém.”³⁵

Então, poder-se-ia concluir: que Rousseau modificou sua opinião sobre o Direito de propriedade, evoluindo de uma posição apaixonada para outra firmada na razão? Ou que seria esta a fronteira entre a realidade e a fantasia? Por que então - ante a evidente contradição – não se desqualificar todo o pensamento de Rousseau?

Acontece que, para o oportunismo da ideologia liberal, o pensamento sistematizado e científico sobre os fenômenos econômicos e o Poder do Estado, deve ser selecionado para tornar-se “moeda” a ser utilizada no mercado político. Essa postura ética, na verdade, na prática política da democracia moderna, não é exclusividade dos liberais – “o que é ruim deve ser escondido e o que é bom enfatizado e divulgado”.

Buscando esclarecer sobre a referida contradição no pensamento de Rousseau, o Prof. Fábio Konder Comparato, identifica o seguinte contexto :

Com efeito, a apropriação de terras em extensão superior à que o proprietário pode cultivar, pessoalmente ou com sua família, conduz, de modo inevitável, ao trabalho subordinado de outrem, na condição de servo ou assalariado. É preciso saber que, quando Rousseau escreveu aquela autêntica proclamação revolucionária, ou seja, em meados do século XVIII, a França sofria o mesmo processo de demarcação e apropriação de terras cultiváveis que a Inglaterra conhecera anteriormente, com a supressão das terras comunais, e a transformação dos antigos lavradores autônomos em trabalhadores assalariados.³⁶

³⁴ SENADO FEDERAL. **Direitos Humanos**: documentos diversos. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1990, p. 11.

³⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques, **O discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martins Claret, 2005. p. 61.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 237.

A questão do direito de propriedade - como um direito inato, inviolável e sagrado – até hoje, neste início do Século XXI, aparentemente, colide com outros direitos inatos - de maior relevância para todos os indivíduos de uma sociedade – e tem provocado enfrentamentos nos campos teórico e fático, com resultados quase sempre benéficos ao Poder dos homens de fortuna que cada vez mais se globaliza.

Sem meias palavras, valendo-se do entendimento do Prof^o. Eros Roberto Grau, no Estado de Direito o mercado não é só o lugar onde se pratica o comércio: é uma instituição jurídica que deve estar sujeita às normas gerais e especiais (princípios e Regras) do Ordenamento e atender às finalidades sociais do Sistema Democrático.

Dizendo-se de outro modo: o mercado exige, para satisfação do seu interesse, o afastamento ou a redução de qualquer entrave social, político ou moral ao processo de acumulação de capital. Reclama atuação estatal para garantir a fluência de suas relações, porém, ao mesmo tempo, exige que essa atuação seja mínima.

Uma última nota ainda, a respeito da *racionalidade* do direito moderno: ele é racional porque permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade* e *calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos, sobretudo àqueles que se dão nos mercados. Nada disso era possível enquanto as decisões do príncipe ou monarca fossem subjetivamente tomadas, ainda que com fundamento na equidade, no direito moderno o seu fundamento é objetivo, é a lei.³⁷

Desse modo, como será visto adiante, o Estado de Direito, no seu processo evolutivo, premido por circunstâncias históricas e fenômenos econômicos, através de Lei, têm imposto mecanismos de defesa da sociedade e fiscalização dos agentes econômicos e do mercado, visando concretizar uma Ordem Econômica compatível com as necessidades dos cidadãos e as finalidades do Estado.

Daí, a intervenção, através de Lei, do Estado nas relações contratuais de trabalho e de consumo, por razões de ordem pública, proteção da parte mais fraca e função social; no direito de propriedade, limitando seu exercício, por razões de ordem pública, função social, proteção dos recursos naturais e meio ambiente; enfim, na contenção dos interesses dos homens de fortuna.

Assim, pode-se afirmar que “O problema fundamental do Estado constitucional

³⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 37.

moderno, que se desenvolve como antítese do Estado absoluto, é o problema dos limites do poder estatal.”³⁸ Ou, entendendo de outro modo: o problema fundamental do Estado constitucional moderno é o problema de impor limites ao poder do capitalismo, dos homens de fortuna, enfim, da burguesia.

Ainda, a concepção liberal do Estado de Direito, fundada nas “máximas” do *laissez-faire* dos fisiocratas e na mão invisível de Adam Smith, terminou por não conseguir atender às demandas sócio-econômicas decorrentes das transformações e conflitos acontecidos nos Séculos XIX e XX, oriundos da revolução industrial e independência das Colônias européias.

Então, as transformações da sociedade exigiram do Estado de Direito uma atuação mais ativa para assegurar, não só a liberdade dos contratos e do mercado, mas a igualdade material e efetiva dos homens em todas as relações jurídicas, ou seja, na concretização dos ideais de justiça e solidariedade.

Desse processo de contenção e equilíbrio, em contraposição à expressão Estado Liberal de Direito, surgem as expressões Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito, significando que ao Poder Soberano do Estado Moderno foram acrescentadas novas atribuições e finalidades.

1.3 ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO: DA CONTENÇÃO AO EQUILÍBRIO

Os princípios econômicos convencionalmente conhecidos como *laissez faire*, *laissez passer* dos Fisiocratas e da mão invisível de Adam Smith, também foram muito oportunos para a burguesia que, com o Estado Liberal de Direito, assumiu a posição de classe dominante.

Segundo essas teorias econômicas, as interferências do Poder Soberano nas relações jurídicas privadas deveriam ser limitadas ao mínimo porque, de outro modo,

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 11.

estar-se-ia contrariando não só a liberdade individual de contratar – tão cara aos liberais - mas o desenvolvimento da sociedade.

Daí, a melhor solução para a repartição das riquezas: produção, distribuição e consumo de bens na sociedade obedeceriam a fenômenos naturais além da compreensão do legislador.

O primeiro e mais fundamental compromisso dos Fisiocratas era com o conceito de lei natural (*le droit nature*), pois sustentavam que era ela que, em última análise, governava o comportamento social e econômico. A lei dos reis e dos legisladores só é tolerável quando harmônica com a lei natural ou quando for considerada uma extensão limitada desta. A existência e preservação da propriedade estão de acordo com a lei natural; o mesmo ocorre com a liberdade de comprar e vender – o livre comércio - e com as medidas necessárias para assegurar as defesas do reino. Sábio é deixar as coisas se resolverem por si mesmas de acordo com motivações e restrições naturais. A regra norteadora das leis e do governo em geral deveria ser *laissez faire, laissez passer*.

Para Adam Smith, a motivação econômica está centrada no interesse próprio de cada um. A busca individual e competitiva destes interesses é a origem de todo bem público. “Não é” afirma ele em sua passagem mais famosa, “da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que nós esperamos obter o nosso jantar, mas sim do fato deles cuidarem de seus próprios interesses, Nós nos consignamos não ao seu humanismo, mas ao seu amor próprio”. E mais adiante acrescenta que o indivíduo “é aqui, como em muitos casos, levado por uma mão invisível a promover um fim que não era parte da sua intenção... Jamais soube de grandes benefícios prestados por aqueles que pretendiam comerciar em prol do bem público. Trata-se de uma simulação, na realidade, e não muito comum entre os mercadores, de modo que poucas palavras bastam para dissuadi-los.”³⁹

As expressões *laissez faire* e "mão invisível", de simples teses, tornaram-se premissas verdadeiras, uma vez que se afirmavam como comprovadas de acordo com a natureza das coisas. Foram amplamente divulgadas e debatidas pelas academias e burocratas dos governos do mundo todo. Até neste início do Século XXI, são sempre lembradas nas discussões acerca do papel do Estado e a inconveniência de sua intervenção nos contratos e no mercado.

³⁹ GALBRAITH, John Kenneth. **Pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica.** Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira: Editora da USP, 1989, p. 46 e 58.

Ao Estado, então, em matéria de Ordem Econômica, competiria apenas o papel de assegurar a livre concorrência dos agentes econômicos e coibir a chamada concorrência imperfeita – formação de monopólio entre fornecedores – porque a vontade do governante, ou seja, a lei, não produz, por si só, o bem estar e desenvolvimento da sociedade.

Seguiu no mesmo sentido o teor do art. 5º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789: “A lei não tem direito de proibir a não ser as ações prejudiciais para a sociedade. Não se pode impedir nada que não seja proibido pela lei e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não determina.”⁴⁰

Desse modo, convencionou-se mais um escudo protetor para a autonomia do contrato e livre atuação do mercado; reforçou-se o princípio de que a proibição e/ou a obrigação devem ser expressas, pois, no Estado de Direito o que não for proibido é permitido ao particular. Ou seja, de maneira simples assim, a burguesia pavimentava o seu caminho na sociedade colocando o Poder Soberano a seu serviço.

Todavia, restaram algumas pedras não tão simples para o gosto da burguesia. O art. 4º da mesma Declaração de Direitos, igualmente instituiu:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudicar outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites senão os que garantem aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei.⁴¹

Portanto, observa-se que ao particular – leia-se aqui: contrato e mercado – foram impostos limites à sua autonomia em função da necessidade de garantir-se, não só a igualdade de direitos da(s) outra(s) parte(s) da relação jurídica, mas também de resguardar os direitos naturais dos demais membros da sociedade que pudessem ser atingidos, direta ou indiretamente, por seus efeitos prejudiciais. Embora timidamente, foi lançada a semente da responsabilidade civil objetiva e da lei de ordem pública.

Cotejando-se as definições de direitos contidas nos arts. 4º e 5º, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, com o auxílio de Norberto Bobbio, é possível concluir:

⁴⁰ SENADO FEDERAL. **Direitos Humanos**: documentos diversos. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1990, p.10.

⁴¹ Op. cit , p. 9.

As duas definições divergem: enquanto a primeira define a liberdade de um indivíduo em relação aos outros indivíduos, a segunda define a liberdade dos indivíduos em relação ao poder do Estado. A primeira é limitada pelo direito dos outros a não serem prejudicados, refletindo o clássico *principium iuris* do *neminem laedere*; a segunda tem em vista, exclusivamente, o possível excesso de poder por parte do Estado.⁴²

O art. 2º da Declaração referida, nomina como direitos naturais e imprescritíveis do homem: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A expressão resistência à opressão foi tomada pela burguesia no sentido de resistência contra as interferências do Estado na Ordem Econômica, e no direito de defesa da propriedade dos ricos contra os pobres porque

Onde quer que haja grande propriedade, há grande desigualdade. Para cada pessoa muito rica deve haver no mínimo quinhentos pobres, e a riqueza de poucos supõe a indigência de muitos. A fartura dos ricos excita a indignação dos pobres, que muitas vezes são movidos pela necessidade e induzidos pela inveja a invadir as posses daqueles. Somente sob a proteção do magistrado civil, o proprietário dessa propriedade valiosa — adquirida com o trabalho de muitos anos, talvez de muitas gerações sucessivas — pode dormir à noite com segurança.⁴³

Assim, para a conveniência da burguesia, o nexó entre a grande propriedade e a pobreza deve ser visto somente como um fenômeno econômico e, por esta razão, o razoável é encarregar o magistrado civil pela proteção do sono do proprietário contra a necessidade dos pobres que, "induzidos pela inveja", podem oprimir os ricos. Tal discurso, por muito tempo, tornou o Estado um guardião da propriedade ociosa, sem função social e sem preocupação com a solidariedade humana.

Como se vê, “Liberdade, igualdade e fraternidade, três palavras que se espantam de se acharem unidas, porque significam três coisas reciprocamente estranhas e contraditórias, principalmente as duas primeiras.”⁴⁴ Ou, com todo o respeito, para que os significados não espantem, dizendo com outras palavras: direito de propriedade,

⁴² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 199, p. 122.

⁴³ SMITH, Adam. **A riqueza das nações** investigação sobre a sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, v. II, p. 188.

⁴⁴ BARRETO, Tobias. **Um discurso em mangas de camisa**. In, A questão do Poder Moderador e outros ensaios brasileiros. Editora Vozes: Petrópolis, 1977, p. 176. *Apud*, GRAU, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 25.

autonomia do contrato e liberdade de mercado, sem qualquer vínculo com a sua função social, impedem o entrelaçamento da liberdade, igualdade e fraternidade.

O Professor Fábio Konder Comparato, ao discorrer sobre “Karl Marx: a crítica radical da sociedade burguesa e o anúncio da libertação do homem”, fez a seguinte reflexão:

Quando as declarações de direitos da Revolução Francesa definem a liberdade como “o poder de fazer tudo o que não causa prejuízo a outrem”, elas estabelecem logicamente entre os indivíduos limites intransponíveis, como as linhas divisórias que demarcam terrenos contíguos.

Daí advém o fato constrangedor de que na sociedade burguesa os não-proprietários são, fatalmente, reificados, ou seja, tratados não como pessoas, mas como simples coisas (*res*), que têm um valor apreciável em dinheiro. Na sociedade civil, doravante organizada em mercado, os trabalhadores (e também, Marx poderia ter acrescentado, a grande massa dos consumidores) não tem dignidade e sim um preço. Outras vezes, nem isso: os trabalhadores são excluídos do mercado como objetos descartáveis, cuja manutenção torna-se por demais custosa para fazer funcionar, equilibradamente, as finanças da macroempresa em que se transformou o Estado. O equilíbrio das finanças estatais, de simples meio tornou-se um fim em si mesmo. Pois o próprio Estado só existe, nessa concepção, para garantir o livre jogo das forças do mercado.⁴⁵

Então, se baseado o desenvolvimento econômico apenas na individualidade, no egoísmo e na competição ensejada pelos contratos e pelo mercado, como poderia o Estado Liberal atingir o escopo de organizar e pacificar a sociedade ansiosa para a concretização do ideário da liberdade, igualdade e fraternidade ?

Não se sabe, efetivamente, de todas as causas que teriam engessado o Estado Liberal por tanto tempo no dilema entre a abstenção e a interferência para a correção de rumos da sociedade que, durante os Séculos XIX e XX, vivenciou os fenômenos insanos da luta armada em todos os Continentes, da bomba atômica, do holocausto, da guerra fria, do *napalm*, do terrorismo sem face, enfim, de atrocidades indescritíveis.

As transformações econômico-sociais provocadas pelos fenômenos rotulados como êxodo rural, revolução industrial, produção em série, recessão, contrapropaganda, mídia, etc; somadas à enorme pressão da sociedade, como se verá adiante, levaram o Estado Liberal - com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana - a

⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética:** direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 339, 340.

interferir nas relações jurídicas trabalhistas e na seguridade social.

As demandas sociais decorrentes do verdadeiro abismo social formado entre a classes detentoras do capital e o povo, provocaram revoltas, revoluções e crises econômicas durante os Séculos XIX e XX, forçando a intervenção do Estado

Legitimada pela alegação de que vinha em socorro da própria iniciativa privada, o fato é que a partir de certo ponto a própria intromissão do Estado se tornou, em alguns países, a principal razão de temor do empresário particular. Exageradas por vezes, não é menos certo, no entanto, que a presença estatal tornou-se uma constante na organização das sociedades modernas, a ponto de não mais se poder imaginar uma reversão absoluta do processo. É mesmo impensável um retorno ao modelo absentéista.⁴⁶

Entretanto, é bom não se esquecer que a visão egocêntrica da burguesia liberal - agora sob a roupagem neoliberal - continua dificultando ao Estado de Direito encontrar, de forma rápida e democrática, soluções para os mesmos conflitos econômicos e sociais que propiciaram, no Século XX, o aparecimento do Estado Comunista, dos Estados Totalitários (nazismo e fascismo) e das Ditaduras.

Reforçando o que acima foi dito, veja-se a anotação do Professor de Economia John Kenneth Galbraith, defendendo a atuação de Franklin D. Roosevelt que avançou sobre a avareza do capital privado para a vencer a recessão americana de 1930:

Restava apenas um, e um só, curso de ação: a intervenção do governo para aumentar o nível dos gastos em investimentos – empréstimos e verbas governamentais para finalidades públicas. Ou seja, um déficit intencional. Somente isso romperia o equilíbrio do desemprego: gastar, gastar deliberadamente, aquilo que havia sido poupado pelo setor privado.⁴⁷

“Assim, ao Direito antepõe-se um conteúdo social. Sem renegar as conquistas e valores impostos pelo liberalismo burguês, dá-se-lhe um novo conteúdo axiológico-político.” E, Para melhor caracterizar-se a transformação do Estado Liberal e sua ideologia, surgem os conceitos de Estado adjetivados como Social de Direito e Democrático de Direito, e, neste último, “[...] a lei aparecendo como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do

⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 142 e 143.

⁴⁷ GALBRAITH, John Kenneth. **Pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica**. Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira: Editora da USP, 1989, p. 211.

espaço vital da humanidade”⁴⁸.

Da contenção dos apetites dos homens de fortuna ao equilíbrio da atuação do Estado de Direito, neste início do Século XXI, os demais homens e mulheres de todo o mundo - sem distinção de raça, credo ou qualquer outra forma de discriminação – parece que teimam em harmonizar os conceitos de liberdade, igualdade e solidariedade, construindo concretamente o ideal de cidadania plena e universal.

Afinal, o que é ser cidadão?

Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranqüila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais.⁴⁹

E, neste início do Século XXI, a construção e/ou consolidação do Estado Democrático de Direito não é mais uma experiência solitária, regional ou própria apenas de algumas ideologias. Agora, integra um anseio comum à todos os povos e regiões do Planeta. Embora tênue, é uma linha de solidariedade e cidadania entre os homens de boa vontade.

1.3.1 A Lei como Instrumento de Transformação da Sociedade.

Nesta etapa, vai-se refletir sobre o questão da eficácia e efetividade da norma jurídica como instrumento de transformação da sociedade regida pelo Estado Democrático de Direito. ”Hoje em dia a legislação é a fonte principal do direito. O legislador abole as regras existentes e cria novas de acordo com as necessidades políticas e sociais. Legislar é manipular o direito e a sociedade numa direção

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Brasília: Livraria do Advogado de Brasília, 2004, p. 91 e 98.

⁴⁹ PINSKY, Jaime. Introdução. *In*: PINSKY, Jaime, PINSKY; Carla Bassanesi. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 9.

desejada.⁵⁰

Mesmo Hans Kelsen reconheceu que validade da norma jurídica pressupõe um mínimo de eficácia.

Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como normalmente se diz) é a condição de sua vigência.⁵¹

Desse modo, diz-se que uma norma é eficaz quando produz efeitos e é reconhecida por seus destinatários, de forma espontânea ou mediante a coerção ou coação estatal. E efetiva, quando alcança os resultados a que se propõe.⁵²

O Professor Eros Roberto Grau, quando discorre sobre interpretação / aplicação do Direito, inspirado em Rudolf von Ihering, assevera

[...] que a *finalidade* é o criador de todo o direito e não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade.

Daí a importância das normas-objetivo, que surgem definidamente a partir do momento em que os textos normativos passam a ser dinamizados como instrumentos de governo. O direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada precisamente em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não seja absolutamente adequadas a tais normas-objetivo.⁵³

⁵⁰ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 121.

⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p 11, 12.

⁵² Cfe., MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: LTR, 1999, p. 83.

⁵³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 45.

A manipulação do direito e a implementação de políticas públicas passam pela prévia atividade prospectiva do legislador, no sentido de enxergar-se adiante no futuro, ainda na fase da elaboração e discussão do projeto, se a eficácia da norma planejada atenderá às demandas ou carências, positivas ou negativas, que emergem da sociedade.

Para atender às referidas demandas, espera-se que o Estado Moderno de Direito, na sua expressão Democrática, não atue diretamente na sociedade produzindo, comprando, vendendo, financiando, fixando preços e salários, ou seja, exercendo ou controlando as atividades que são próprias da iniciativa privada. Mas, deverá fazê-lo diretamente quando tratar-se de serviços públicos, conforme dispuser sua Constituição.

Daí, o problema da contenção e do equilíbrio, entre as concepções Liberal e Social de Estado.

O problema todo cifra-se a compaginar um Estado que, embora necessário em dimensões mais amplas que as a ele conferidas pelo liberalismo clássico, nem por isso chega ao ponto de asfixiar a iniciativa e criatividade da empresa privada. A esse modelo se dá o nome de Estado social, com isso significando a convivência de um Estado provedor em muitos aspectos, mas ainda assim não castrador do dinamismo da sociedade. A partir dele sabe-se que o desenvolvimento social não se pode dar com as costas voltadas para o Estado nem se estabelecer a pureza da sociedade. A organização desta passa necessariamente pelo Estado. O problema é como controlá-lo de molde a impedir que enverede pelo corporativismo. As insuficiências do liberalismo não devem servir de pretexto para que se aniquilem com as liberdades fundamentais nem com as idéias de representatividade e de separação dos Poderes.⁵⁴

De outro modo: as insuficiências da burocracia estatal encarregada de assegurar a efetividade da lei não devem servir de pretexto para que os agentes econômicos privados manobrem no sentido de manipular a sociedade, iludir e/ou corromper a atividade fiscalizadora do Estado Democrático.

O ideal de concretização da cidadania plena exige que Estado e sociedade caminhem no mesmo sentido. "O perfil do contrato começa a mudar na pós-modernidade jurídica, relevando a necessidade de equilíbrio entre livre iniciativa e regulação estatal, na medida em que resguarda os valores atinentes à justiça social e aos

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 143.

direitos fundamentais."⁵⁵

A experiência demonstra que grande parte do que hoje se concebe como manifestação habitual da vontade humana condicionada à prática costumeira da atividade contratual, no passado liberal foi considerado generosidade. A lei pode extinguir, criar ou modificar os costumes. Espera-se que sempre o faça na direção de valores positivos. "Em nenhum país do mundo o método democrático pode perdurar sem tornar-se um costume."⁵⁶ Aí concretiza-se a eficácia e a efetividade da lei.

Já foi usual nas relações trabalhistas contratar trabalhadores, inclusive mulheres e crianças, para jornadas diárias de 18 horas.

A primeira Constituição que tratou do tema foi a do México, em 1917. O art. 123 da referida norma estabelecia jornada de oito horas, proibição de trabalho de menores de 12 anos, limitação da jornada dos menores de 16 anos a seis horas, jornada máxima noturna de sete horas, descanso semanal, proteção à maternidade, salário mínimo, direito de sindicalização e de greve, indenização de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes de trabalho.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de dezembro de 1948, prevê alguns direitos aos trabalhadores, como limitação razoável do trabalho, férias remuneradas periódicas, repouso e lazer etc.⁵⁷

Hoje aceita-se com naturalidade a imposição de limites pela legislação ao parcelamento, uso e destinação da propriedade imóvel, pública ou privada, urbana ou rural; para a prática de atividades industriais consideradas insalubres ou nocivas ao meio ambiente; para o mínimo de qualidade dos produtos e serviços; e para a atuação, omissiva ou comissiva, do Poder do Estado nas áreas da educação, saúde, segurança, previdência social, infra-estrutura e administração da justiça.

Entretanto, até neste início do Século XXI, este não é um retrato que represente a realidade da América Latina e do Brasil em toda a sua inteireza. Nesta parte do Planeta o Estado Democrático de Direito ainda convive com oligarquias políticas que conturbam incessantemente as condições para uma cidadania plena.

⁵⁵ BARROSO, Lucas Abreu. Evolução histórica. In: MORRIS, Amanda Zoe e BARROSO, Lucas Abreu. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 35, 36.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1986. p. 39.

⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 8, 9.

Em nenhum país da região há um verdadeiro "mercado" digno do nome - competitivo, aberto e transparente. Temos muitos monopólios e cartéis como no setor de telecomunicações . As condições para fazer negócios são restritivas. Veja o exemplo do mercado financeiro. Apenas dois em cada dez latino-americanos têm conta bancária. É natural que os outros oito se digam insatisfeitos com o mercado financeiro. É como se houvesse uma festa e me perguntassem o que eu achei dela, mesmo não tendo sido convidada. Pior: eu fico sabendo que a festa vai ser melhor da próxima vez, porque haverá mais mesas e mais cadeira, mas nunca me chamam.⁵⁸

Lembre-se que, no Brasil, somente em 1888 foi abolida a prática do trabalho escravo com a Lei Áurea e, em 1943, editada a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT; e que, na Alemanha, já em 1878, Otto von Bismarck propôs "[...] uma série de leis ao legislativo de proteção aos trabalhadores contra acidentes de trabalho, enfermidades e velhice."⁵⁹

No Brasil a modernidade é tardia. O intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado e caminho para aquilo que se convencionou chamar de Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social, serviu apenas para acumulação de capital e renda para as elites brasileiras.⁶⁰

Este tipo de manipulação dos chamados homens de fortuna tem sido sempre recorrente no Estado de Direito. Vezes há em que a própria doutrina demora perceber o engodo travestido de boas intenções sociais. Preocupado com tais inquietações, o Professor Afonso Arinos de Melo Franco, escreveu:

Realmente, muito do que antes se considerava ação humana condicionada ao princípio da liberdade, não o era. O que aparecia como liberdade era antes privilégio de um grupo e resultava em opressão e miséria para outro grupo, muito maior. Então a idéia mesma da liberdade, que é sempre o ponto de apoio da Democracia, revelou-se sob novas formas. A liberdade do indivíduo deve ser preservada, mas a liberdade do ser social deve ser conquistada. Liberdade de não ter fome, de ter casa, de se educar e tratar da saúde; liberdade de ter paz, de não ter medo, de criar dignamente a família, de se recrear e se cultivar. Essas e outras liberdades é que exigem a intervenção do Estado,

⁵⁸ LAGOS, Maria. **O termômetro latino**. Revista Veja: São Paulo, ed. 2046, ano 41, n. 5. Amarelas, 6, fev, 2008, p. 12.

⁵⁹ SINGER, Paul. A cidadania para todos. *In*: PINSKY, Jaime, PINSKY; Carla Bassanesi. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 235.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Brasília: Livraria do Advogado de Brasília, 2004, p. 73.

aspecto inafastável do Direito Constitucional moderno.⁶¹

Concluindo: para a saúde e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, as idéias de contenção e equilíbrio devem alcançar, do mesmo modo, a iniciativa privada e a atuação do Estado. Ou seja, o contrato e o mercado cumprem a função social que a Ordem Econômica deles espera quando não simulam realidades inexistentes, ocultam atividades ilegítimas ou subvertem os objetivos e finalidades do sistema jurídico.

⁶¹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 21.

2. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1.988

No ano de 1964 o Brasil estava sob a égide da chamada Constituição de 1946. No último dia do mês de março - ou no primeiro de abril, dia notoriamente consagrado como o dia da mentira - as "regras do jogo"⁶² foram violadas com o famoso golpe de 1964. O sistema democrático foi vulnerado, o Poder Soberano usurpado dos legítimos representantes do povo. Recorde-se, entre tantas, que o Presidente Jango Goulart foi obrigado a refugiar-se no Uruguai.

Não se pretende aqui perquirir das razões que ensejaram o golpe travestido de revolução que provocou a ruptura da legalidade, mas descrever algumas das modificações impostas à(s) Constituição(ões) que regeu(ram) o(s) ordenamento(s) jurídico(s) do Estado Brasileiro, entre 1964 e a promulgação de Constituição de 5 de outubro de 1988, que alcançará a maioria civil⁶³, de 21 anos, em 2009.

Segundo o Aurélio, o vocábulo legalidade significa: "1. Qualidade ou estado de legal; conformidade com a lei; legitimidade. 2. P. ext. Juridicidade (2). 3. Sistema, partido ou grupo dos que estão com a lei, dos legalistas."⁶⁴ O Preâmbulo da Constituição de 1946, explicitava claramente o regime democrático como pressuposto dos Estados Unidos do Brasil⁶⁵.

Norberto Bobbio, ao discorrer sobre "Uma definição mínima de democracia", consignou:

[...] segue que o estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são

⁶² Cfe. título de: BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1986.

⁶³ Cfe. o art. 9º do Código Civil de 1916 - Lei 3.071/ 1916: "Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil."

⁶⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 609.

⁶⁵ Cfe. art. 1º da Constituição de 1946: "Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República.". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 14 out 2006.

necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que estado liberal e estado democrático, quando caem, caem juntos.⁶⁶

Bobbio, mais uma vez, tinha razão: durante o período de exceção antes referido, iniciado com o golpe de 1964, no Brasil, as regras do jogo democrático foram descumpridas, bem como o Estado foi grande violador dos direitos humanos. O Estado Liberal e o Estado Democrático caíram juntos. O Ordenamento Jurídico passou a ser direcionado por Atos Institucionais colocados acima da(s) Constituição(ões) vigente(s).

Os militares demonstraram singular preocupação positivista com a validade das normas jurídicas, dispondo expressamente sobre a recepção, modificação ou exclusão da legislação anterior. O Ato Institucional n. 1, no seu art. 1º, dispôs: "São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato."

A ruptura e a subversão da Ordem Constitucional - e por consequência da Ordem Econômica - foi comandada por militares de carreira, subordinados ao Presidente da República que deveriam garantir a integridade da Constituição de 1946. Mas, conforme trecho do próprio texto preambular do Ato Institucional nº 1, conferiram a si próprios o galardão de legítimos constituintes.

[...] a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1986. p. 20, 21.

instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, [...]”⁶⁷

Então, os militares visavam estabelecer uma nova ordem econômica, financeira, política e moral para a sociedade brasileira, sem qualquer condicionante para o emprego de meios que entendessem adequados para a concretização dos novos objetivos e finalidades decorrentes do golpe de Estado que desferiram, tudo subordinado aos humores, prospecção e descortino dos príncipes de plantão.

A crise político-militar, em progressivo agravamento, mostrou, em 1965, a incompatibilidade invencível que existia entre a Constituição e a revolução.

A 27 de outubro daquele ano o presidente editou o Ato Institucional número 2, em cujo preâmbulo fica bem claro que a revolução reclamava o exercício de um Poder Constituinte permanente.⁶⁸

Daí, a constante truculência, manipulação da legislação e do direito acontecida no período, especialmente quando o Congresso Nacional ou qualquer outro segmento da sociedade civil organizada tiveram a ousadia de contrariar a vontade dos generais presidentes. Os militares não admitiam oposição. Conseguiram violar duas Constituições com a edição de seguidos Atos Institucionais.

A mando do primeiro general presidente Castelo Branco, foi elaborado um novo texto constitucional que o Congresso - redesenhado pelos militares - seguindo o procedimento fixado pelo Ato Institucional nº 4, aprovou com pequenas alterações. Surgiu assim a Carta de 1967 que, promulgada em 24.01.1967, entrou em vigor em 15.03.1967.

Durou pouco, porém. As crises não cessaram. E veio o AI 5, de 13.12.68, que rompeu com a ordem constitucional, ao qual se seguiram mais uma dezena e muitos atos complementares e decretos-leis, até que insidiosa moléstia impossibilitara o Presidente Costa e Silva de continuar governando. É declarado temporariamente impedido do exercício da Presidência pelo AI 12, de 31.8.69, que atribuiu o exercício do Poder Executivo aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que completaram o preparo de novo constitucional, afinal promulgado em 17.10.69, como *EC n.1 à Constituição do Brasil*, para entrar em vigor em 30.10.69.

⁶⁷ Disponível em: http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm. Acesso em: 14 out 2006.

⁶⁸ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 115.

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*. Ela fora modificada por outras vinte e cinco emendas, afora a de n. 26, que, a rigor, não é emenda constitucional. Em verdade, a EC n. 26, de 27.11.85, ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte, constitui, nesse aspecto, um ato político.⁶⁹

Sobre o AI 5 e seus efeitos jurídicos, o Professor Fábio Ulhôa Coelho, didaticamente, expondo sobre o pensamento doutrinário de Hans Kelsen, conclui que

O Ato Institucional n. 5 é ainda a primeira constituição histórica brasileira porque a ordem jurídica iniciada com a sua edição ainda não foi substituída. Todas as normas hoje vigentes se ligam, mediatamente, a esse ato de exceção, fonte última de sua validade. A Carta de 1988 tem seu fundamento na emenda à Carta de 1967 e esta foi totalmente reeditada em 1969, com base naquele ato excepcional. A norma hipotética fundamental pressuposta pela ciência do direito brasileira, portanto, não poderia ser outra senão a prescrição de obediência ao editor do Ato Institucional n. 5.⁷⁰

Para a compreensão da Ordem Econômica posta pela Constituição de 1988, é relevante conhecer-se de seu nexos com a Ordem Econômica anterior. Dizendo de outro modo: a Ordem Econômica foi compaginada conforme condicionantes que advém do AI nº 5, "centro verdadeiro das instituições políticas, apesar da existência formal da Constituição de 1969"⁷¹, impropriamente designada como de 1967.

Para atingir seu escopo messiânico de "reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil", no período de 1964 a 1988, o Estado Brasileiro atuou de forma marcadamente intervencionista sobre os contratos e o mercado. Os capitalistas - e os oportunistas - foram auxiliados por leis protecionistas, bem como o Estado intensificou sua participação direta nas atividades econômicas.

Evidentemente, estando o Poder Soberano sem os freios e contrapesos idealizados por Montesquieu, sobre a sociedade eram impostas a censura e a suspensão

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 88.

⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 15.

⁷¹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 116.

das liberdades individuais sempre que a segurança nacional - conceito vago e de difícil determinação - fosse considerada ameaçada.

Se, por um lado, o país passou a contar com uma considerável infra-estrutura nas áreas de energia, transporte e telecomunicações; por outro lado, das intervenções e protecionismos resultaram: um aparato estatal gigante, de alto custo e ineficiente; um sistema de produção e distribuição de bens e serviços obsoleto e não competitivo; e um aprofundamento das desigualdades sociais e regionais.

Ainda, o Estado contraiu - internamente e externamente - enorme dívida. Efetuou altos investimentos em iniciativas que não se concretizaram - o acordo nuclear Brasil e Alemanha, por exemplo. E do milagre econômico dos primeiros anos da década de 1970 resultou um processo inflacionário crônico combatido com Planos Econômicos concebidos por técnicos em gabinetes burocratas.

Entre o último General Presidente e o Estado Democrático, ou seja, no processo de transformação do Estado Brasileiro, houve uma fase conhecida como Nova República. O Prof^o. José Afonso da Silva, sintetizou assim esse período:

A Nova República pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas, 'com prudência e moderação', as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que 'se definirá pela eliminação dos resíduos autoritarismo', e o que é mais importante 'pelo início decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira'. E, assim, finalmente, a Nova República 'será iluminada pelo futuro Poder Constituinte, que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã.⁷²

Em 1986, em plena euforia da sociedade com os resultados positivos da fase inicial do Plano Cruzado, foram eleitos os Constituintes para elaborar e aprovar a Constituição de 1988. Então, a Nação emergiu da frustração de mais de vinte anos de ditadura militar e da derrota da campanha das diretas já.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 89.

A partir de 1964 até este final da primeira década do Século XXI, a sociedade brasileira se tornou uma espécie de laboratório para a experimentação de teorias econômicas - como os chamados Plano Cruzado, Plano Bresser, Plano Collor e Plano Real - e conviveu com várias moedas - cruzeiro, cruzeiro novo, cruzado, cruzado novo e o Real.

Apesar de tudo, firma-se a convicção de que a sociedade brasileira escolheu o caminho da democracia para concretizar suas esperanças. As regras do jogo têm sido mantidas. Descortina-se uma certa normalidade com a inflação sob controle, embora alguns considerem que a Nação esteja pagando um preço muito alto (juros) para os especuladores do capital no mercado.

A democracia mostra sua face quando faz surgir as contradições do capitalismo tardio brasileiro. Em comunidades urbanas e rurais, pela ausência do Poder Público, organizações criminosas atuam, como se Estado fossem, em guerra declarada contra as Instituições Oficiais. No cenário surgem as Organizações Não Governamentais - ONGs auxiliando e/ou confundindo os espaços públicos, privados e paraestatais .

Enfim, da Ordem Econômica, preceituada pelo art. 170 Constituição Federal de 1988, resultam embates permanentes entre o interesse público e o interesse privado. De um lado, o detentor aético de capital que não quer saber de sua função social e, cada vez mais, atuando num âmbito global; e, de outro lado, o corporativismo, o despreparo e a fragilidade ética da burocracia do Estado, do Governo - inclusive do Judiciário -, dos Partidos Políticos e dos cidadãos.

Dá dizer-se da existência de uma crise estrutural, da necessidade da desconstrução e reconstrução do Estado brasileiro. Contudo, não se pode reproduzir a sociedade humana em laboratório para prever os fenômenos e prevenir as conseqüências de seus desdobramentos.⁷³

A introdução, no nível constitucional, de disposições específicas, atinentes à conformação da ordem econômica (mundo do ser), não consubstancia, em rigor, uma ruptura dela. Antes, pelo contrário, expressa - como venho afirmando - o desígnio de se aprimorar, tendo-se em vista a sua defesa. A ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se

⁷³Cfe. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**; lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Nello Morra, Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

qualifique como *intervencionista*, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo. Daí a feição *social*, que lhe é atribuída, a qual, longe de desnudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, conteúdo ideológico.

Assim, a transformação que nela - ordem econômica parcela da ordem jurídica - se opera não decorre senão da circunstância de alterar-se a sua compostura. Não se cuida, pois, de transformação que se manifeste em razão de, inovadoramente, a ordem jurídica integrar em si normas voltadas à regulação da ordem econômica, visto que normas como tais sempre existiram no bojo da ordem jurídica, ao menos implicitamente, no seio destas.

...

De uma banda, a *nova* ordem econômica (mundo do dever ser), além de não se exaurir no nível constitucional - deixe-se isso bem vincado -, da antiga se distingue na medida em que, ao contrário do que ocorre em relação a esta, compreende não apenas, fundamentalmente, *normas de ordem pública*, mas também, e em profusão enorme, normas que instrumentam a intervenção do Estado na economia - *normas de intervenção*.

De outra, a *nova* ordem econômica (mundo do dever ser), no qual se contém no nível constitucional, seu novo caráter retira precisamente da circunstância de estar integrada em Constituição *diretiva* ou *dirigente*.⁷⁴

Dizendo de outro modo e de forma mais ampla: o papel do Estado Democrático de Direito de organizar, subordinar e coordenar as individualidades nas disputas pelos bens da vida, deve estar de acordo com os objetivos e finalidades fixados na sua Constituição. Aí está o desafio da ponderação e do razoável para a adequação do ser (realidade) ao dever ser (norma jurídica) e vice-versa.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, preceitua no art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 75, 76.

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Os princípios do art. 170, em sentido lato, são leis, ou seja, são preceitos éticos que alcançam a validade de toda atividade econômica, pública ou privada, que, direta ou indiretamente, tenha reflexos sobre a Ordem Econômica material e formal (ser e dever ser), especialmente, a regulamentação infraconstitucional do mercado e dos contratos, bem como, a atuação de todos os agentes econômicos.

Outrossim, pode-se fazer a leitura de outro modo: os princípios do art. 170, em sentido lato, são leis, são preceitos condicionantes de validade, formal e material, que alcançam a toda atividade - normativa ou negocial - que tenha reflexos sobre a Ordem Econômica.

Note-se que o comportamento contrário ao que manda a lei ética [ou condicionante], não afeta a validade da lei. Tal comportamento é uma violação de normalidade. Em consequência, a lei, como um imperativo de dever, se sobrepõe ao comportamento efetivo. O *dever-ser* prepondera sobre o *ser*. O que *deve ser* perdura, ainda quando, de fato, *não seja*.⁷⁵

Assim, a eficácia dos Princípios Constitucionais impõe a adequação do Estado, do mercado, dos contratos e dos cidadãos aos ditames da justiça social. Do contrário, a Ordem Econômica posta na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de fato, poderá não ser.

Dizendo melhor: a Ordem Econômica resultante da construção diuturna das cláusulas contratuais, acordos coletivos, resoluções administrativas, decisões judiciais, etc, além de adequada às necessidades imediatas deve atender aos fundamentos e objetivos do Sistema Jurídico.

⁷⁵ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 269.

2.1 AS FUNÇÕES DE FISCALIZAÇÃO, INCENTIVO E PLANEJAMENTO

O art. 174, da Constituição Federal preceitua: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

O que mais me impressiona nas divergências sobre o papel do Estado em nossa economia é a absoluta falta de consciência constitucional. Esse é um dos piores males que afligem o País, estendendo-se até os mais altos postos de governo, sem exclusão do Judiciário, pois magistrados há que continuam a sentenciar segundo o espírito e os parâmetros da tão malfadada Carta do regime tecnocrático-militar, acolhendo decisões burocráticas que consubstanciam inadmissível abuso de poder.⁷⁶

Da palavra *funções* - *função* no plural - extrai-se mais de um entendimento para o sentido e alcance da norma em comento. "Prende-se etimologicamente o vocábulo *função* à forma latina *functione(m)*, pertencente à mesma raiz do verbo deponente *fungor-fungi*: cumprir, executar, desempenhar. O sentido do nome *functio* é, pois, cumprimento, execução, desempenho."⁷⁷

Para bem entender-se a distinção entre Administração Pública (em sentido estrito) e Governo, é mister partir da diferença entre as três funções do Estado. Embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele desdobra-se em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A primeira estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; as duas outras aplicam as leis a caso concreto: a função jurisdicional, mediante solução de conflitos de interesses e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente; a função executiva, mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação da necessidades coletiva.⁷⁸

⁷⁶ REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47.

⁷⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 14. ded. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 410.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 69.

Quanto às funções de Governo ou Políticas, no Estado Democrático de Direito posto pela Constituição de 1988, de acordo com a dinâmica própria do desempenho concreto das funções do Estado, estão sempre subordinadas à uma visão sistêmica dos Mandamentos e Princípios Constitucionais, caracterizando-se pela preponderância do poder de iniciativa, veto e sanção das Leis pelo Executivo.

Entretanto, com relação às funções de Governo ou Políticas, não convém subestimar o poder de iniciativa, rejeição ou aprovação das Leis pelo Legislativo, bem como o poder do controle da legalidade e constitucionalidade das Leis, difuso ou concentrado, pelo Judiciário.

Ainda, nesta altura há que se destacar que o exercício efetivo das funções públicas se dá por critérios de competência formal que a lei atribui aos agentes políticos e servidores da Administração Pública, os quais devem obediência aos princípios de "legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (art. 37, da CF).

Assim, conceituado o significado do vocábulo função na Administração do Estado, passa-se agora a conhecer o seu sentido e alcance no contexto da Ordem Econômica posta pela Constituição de 1988. Dizendo de outro modo: passa-se a responder sobre o papel do Estado na atividade econômica.

A Constituição reelabora e dá contornos próprios ao capitalismo que declara, desenhando-o na forma de "capitalismo social", estruturado na Carta Magna sobretudo nos seus artigos 5º e 170. Naquele quando dispõe sobre a garantia da propriedade privada e sua vinculação ao desempenho de uma função social (art. 5º, XXII - "É garantido o direito de propriedade" e art. 5º XXIII - "a propriedade atenderá a sua função social").⁷⁹

Ao sustentar que a Constituição de 1988 "apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo, pois não entrega a satisfatória organização da vida econômica a uma suposta (e nunca demonstrada) eficiência do mercado"⁸⁰, o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, destaca ainda a conexão do art. 170 com dispositivos dos arts. 1º, 3º, 193, 219 e 5º e XXIII, a seguir transcritos:

⁷⁹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 30.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2006, p. 755.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

....

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

O art. 173, da Constituição Federal, determina: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei."

Não resta dúvida que, ressalvados os caso previstos na Constituição, ao Estado é vedada a exploração direta da atividade econômica. Insiste-se neste ponto porque, conforme visto anteriormente, a livre iniciativa e o direito de propriedade, tal como colocados pelo Legislador Constituinte, são preceitos fundamentais, ou seja, não se pode enxergá-los como princípios meramente orientadores da atividade econômica.

Voltando, porém, à análise das funções conferidas normalmente ao Estado, *na forma da lei*, cumpre observar que elas se

consubstanciam em *fiscalização, incentivos e planejamento*, cuja finalidade já foi delimitada. A fiscalização tem por objetivo essencial reprimir o "abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrários dos lucros", consoante estatui o § 4º do Art. 173. Este é um ponto da maior relevância, pois tem por fim preservar, a um só tempo, os dois princípios supra-reiterados, o da livre concorrência e o da defesa do consumidor. Cumpre, no entanto, realçar que, segundo espírito da Constituição, *é a livre concorrência que, via de regra, preserva e assegura os direitos do consumidor*. Daí duas conseqüências correlatas: de um lado, determina-se a repressão ao abuso do poder econômico, e, de outro, abre-se campo para uma *política de incentivos*, toda vez que interesses sociais assim o exigirem em prol do desenvolvimento de áreas de produção ou de serviços que, embora indispensáveis ao País, não consultem aos interesses dos investidores privados.⁸¹

Desse modo, para que a os ditames da justiça social se realizem de fato, se concretizem como normalidade no seio da sociedade caracterizada por seu capitalismo tardio, o desenvolvimento econômico é o único caminho para a ultrapassagem dos inúmeros "gargalos" e "nós" resultantes da crônica desigualdade, pobreza e marginalização, marcas distintivas da Nação Brasileira.

A eficácia do art. 174 do Constituição Federal depende do efetivo empenho da Administração Pública e do Governo, entendidos na totalidade das funções legislativa, executiva e jurisdicional. O Brasil real demanda pelo exercício da competência - no sentido de que

Essa abstração, denominada Estado, tem o dever de criar valor em termos sociais, ou seja, é o responsável pela eficiência da produção para um nível de vida melhor, deliberando sobre as conveniências públicas, administrando e, se necessário, intervindo no encontro ou no conflito dos interesses⁸²

A seguir, o trabalho tratará dos nexos entre o serviço público - entendido como atividade econômica do Estado - e a livre iniciativa na diminuição das desigualdades regionais e sociais.

⁸¹ REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49, 50.

⁸² BARROS NETO, João Pinheiro de. O Estado Vertebrado. *In*: ANDRADE, Rogério Emílio de. **Regulação pública da economia no Brasil**. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 115.

2.2 A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS

O primeiro aspecto a considerar-se para o conhecimento do assunto em tela é que o Legislador Constituinte reconheceu a existência das desigualdades regionais e sociais no País, entendeu sua existência como um fato negativo e contrário ao Direito, elegeu sua redução como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) e princípio da Ordem Econômica (art. 170, VII).

Ora, é princípio comezinho da hermenêutica jurídica que "a Lei não contém palavras inúteis ou vazias". Dizendo melhor: a Constituição de 1988 determina que o Governo-Administração - Estado - e o Particular - iniciativa privada - devem atuar objetivando a redução das desigualdades regionais e sociais.

O objeto dos comandos jurídicos só pode ser o comportamento humano. Nenhum preceito se volta para outra coisa senão o comportamento. Não há norma jurídica dirigida às coisas. Só o comportamento livre do homem (e, por extensão, o das pessoas jurídicas) pode ser objeto dos mandamentos jurídicos.⁸³

"Portanto, para o direito não ser tomado como literatura, referências textuais a uma realidade ideal"⁸⁴, deve-se entender que a Constituição de 1988, quando trata da redução das desigualdades regionais e sociais, não o faz como mero dispositivo, mas como preceito normativo que constitui objetivo fundamental do Estado -

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

- e princípio a ser observado pelo agentes econômicos -

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

⁸³ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 18.

⁸⁴ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 25.

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

No mesmo sentido, o Professor Eros Roberto Grau, com base em critério de Canotilho, classifica como "[...] *princípios constitucionais impositivos* - art. 3º e art. 170, *caput* (assegurar a todos existência digna)"⁸⁵.

A perseguição da realização do bem-comum pelo Estado afasta a concepção liberal de lei, que se pautava numa igualdade fictícia, e dirige-se para uma atividade em busca de concreta justiça distributiva. Nos papéis de produtor, repartidor e distribuidor de riquezas o Estado de Direito torna-se um Estado Social de Direito à medida que se volta à organização do trabalho, bens e recursos naturais.⁸⁶

Com este enfoque, estabelece-se uma obrigação, um desafio, um nexo entre a atuação dos sujeitos - Estado e particular - na transformação da sociedade em razão da vontade do Poder Soberano. Daí, a idéia da validade da Lei condicionada à sua eficácia e legitimidade formal e material. Daí a função social da atividade econômica.

Porém, para a compreensão do problema, resta conhecer-se sobre o sentido e alcance da expressão serviço público.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado..

Segundo a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a noção de serviço público, conforme o entendimento não uniforme da doutrina, pode ser ampla ou restrita. Em sentido amplo, engloba toda a atividade, direta ou indireta, do Estado para o cumprimento de suas finalidades, inclusive a judiciária e administrativa. Em sentido restrito, há a exclusão apenas das atividades decorrentes das funções administrativas e

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 162.

⁸⁶ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 32.

jurisdicionais e, mais restrito, apenas o serviço "consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados".⁸⁷

A prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podemos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*.

Serviço público - dir-se-á mais - é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.

Desde aí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado.

...

Daí a verificação de que o *gênero* - *atividade econômica* - compreende duas *espécies*: o *serviço público* e a *atividade econômica*.⁸⁸

Então, pode-se concluir que a atividade econômica - sentido amplo - está albergada na Constituição de 1988, sob as expressões: serviço(s) público(s) e atividade econômica. Dizendo de outro modo: serviço público - identifica o Estado como agente; atividade econômica - identifica o particular como agente.

Entretanto, a Constituição faculta ao particular a prestar, em certas áreas, serviços públicos independentemente de concessão ou permissão; bem como autoriza o Estado, sob certas condições, a desenvolver atividade econômica. Ou seja, nem sempre é possível a distinção entre as espécies de atividade econômica apenas com base nos critérios acima apresentados.

Exemplificando: na área da Educação o art. 209 dispõe: "O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público."; na área da Saúde o art. 199 dispõe: "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada." O Professor Eros Roberto Grau diferencia esta subespécie de atividade econômica sob a

⁸⁷ Cfe., DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativos**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 109 a 124.

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 103.

denominação de serviço público não privativo do Estado.⁸⁹

Ainda, quanto ao exercício, pelo Estado, autorizado pela Constituição, da espécie de atividade econômica que compete ao particular, parece feliz a solução adotada pelo Professor Celso Antonio Bandeira de Mello:

Fica visto, pois, que existem certos serviços que podem ser nominados de *serviços governamentais*, isto é, os que correspondem à exploração de atividade econômica pelo Estado, em concorrência com os particulares ou sob regime de monopólios, mas que são perfeitamente inconfundíveis com os serviços públicos.⁹⁰

Como exemplos de autorização para esta subespécie de atividade econômica - serviços governamentais - pode-se destacar no texto da Constituição Federal: o § 1º e incisos, do art. 173 que dispõem sobre a empresa pública, a sociedade de economia mista e de suas subsidiárias; o art. 176 que dispõe sobre as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica; o art. 177 que estipula o monopólio da União sobre

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

Assim, nos termos da Constituição de 1988, a nível formal e material, a redução das desigualdades regionais e sociais deve acontecer mediante a atividade econômica desenvolvida pelo Estado e pelo iniciativa privada.

⁸⁹ ⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 103., p.124.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2006, p. 652.

Dizendo de outro modo: a diretriz foi colocada pelo Legislador Constituinte, tanto para as iniciativas do Estado quanto para as iniciativas do particular, no sentido de assegurar a concretização do ideal da diminuição das desigualdades regionais e sociais que descaracterizam o Brasil como Estado Democrático de Direito.

Não se concebe nem pode coexistir Estado Democrático de Direito com uma sociedade de desigualdades de oportunidades, de acesso, enfim, de cidadãos materialmente privilegiados convivendo com uma maioria de cidadãos que só conhecem da igualdade formal de todos perante a Lei.

Convém, para o crescimento e fortalecimento do mercado, a extensão material dos privilégios da cidadania para todos os segmentos da sociedade. O capitalismo do Século XXI precisa de consumidores com poder aquisitivo do mesmo modo que o pássaro depende das asas para voar.

2.2.1 Os Direitos Sociais

O Legislador Constituinte, no texto da Constituição de 1988, reconhece que no Brasil vigora uma sociedade de desigualdades regionais e sociais incompatíveis com a idéia de Estado Democrático de Direito, faz distinção entre Ordem Econômica e Ordem Social, mas, ao mesmo tempo, mantém ambas imbricadas sob a primazia do trabalho humano e livre iniciativa como base e fundamento para a concretização, através da justiça social, do ideal de bem estar e existência digna para todos.

Desse modo, a livre iniciativa dos Agentes Econômicos - Estado e Particular - só será havida como legítima se fundamentar-se na primazia do trabalho com a finalidade de assegurar a todos o ideal do bem-estar e existência digna que só será alcançado com a repartição das riquezas segundo os critérios da Justiça Social porque

[...] as exigências do bem comum não podem ser deixadas aos livre jogo dos interesses, nem à boa vontade dos indivíduos ou ao acontecimento de milagres. Devem ser exigidas por lei, e constituir para os cidadãos uma obrigação exigível. Na verdade esta parece ser a tendência mais moderna, que tem sido expressada com veemência tanto na vida política e legislativa

nacional quanto em fóruns internacionais, como na Organização das Nações Unidas (ONU) e na Organização dos Estados Americanos (OEA).⁹¹

Diz o art. 193 da Constituição Federal que "a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social." Insiste-se neste ponto: o Legislador Constituinte, estabelecendo diretrizes compatíveis com a idéia de Estado Democrático de Direito, pôs uma nova Ordem Social e Econômica para o Sistema Jurídico e para a sociedade brasileira.

Desde há alguns anos desenvolve-se um amplo debate exatamente sobre esse ponto. A esquerda democrática não pode ignorá-lo. Em poucas palavras, trata-se de ver se, partindo da mesma concepção individualista da sociedade, que é irrenunciável, e adotando os mesmos instrumentos, estamos em condições de contrapor ao neocontratualismo dos liberais um projeto de contrato social diverso, que inclua em suas cláusulas um princípio de justiça distributiva e, portanto, seja compatível com a tradição teórica e prática do socialismo.⁹²

Aqui, o objetivo do Estado de Direito é a distribuição do resultado da soma de tudo que o esforço e talento de cada indivíduo da sociedade produzir e/ou poupar, sob a forma de direitos sociais, para assegurar, igualmente, a todos condições de uma existência digna. É a modificação do *status quo* das desigualdades regionais e sociais.

Assim sendo, o Estado foi convocado a intervir nos processos econômicos com o fim de garantir a liberdade possível para todos por meio da criação de pressupostos materiais para o exercício das liberdades previstas nos textos constitucionais (ensino gratuito, seguro social e contra o desemprego, garantia da promoção da saúde pública e outras medidas de bem-estar social).⁹³

Daí, a atribuição de uma função social para o direito de propriedade (art. 5º, XXIII - "a propriedade atenderá a sua função social"), e a explicitação enfática dos direitos sociais no texto da Constituição de 1988: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a

⁹¹ MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: LTR, 1999, p. 38.

⁹² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1986, p. 128.

⁹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 117.

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

A questão da titularidade dos direitos sociais pode ser resolvida com relativa facilidade. O art. 6º da CF utiliza alguns termos que indicam o titular. Isto ocorre com a 'assistência aos desamparados'. O titular é claro, apesar de ser difícil de estabelecer quem é 'desamparado' do ponto de vista técnico-jurídico. Trata-se, entretanto, de um problema de demarcação de fronteiras econômicas e não de definição daquilo que foi desejado pelo constituinte. Dito de forma simples, o constituinte não disse (e dificilmente poderia dizer) quem é desamparado, mas estabeleceu com clareza os titulares do direito.⁹⁴

Fazendo-se uma leitura inversa do art. 6º da Constituição Federal, obtém-se um retrato da realidade social do Brasil percebida pelo Legislador Constituinte em 1988: cidadãos deseducados, doentes, sem trabalho / moradia / lazer, expostos aos humores dos salteadores que espreitam seus movimentos, sem proteção quando adoecem e envelhecem, mulheres grávidas gestando e parindo como animais sem dono e crianças abandonadas, mendigos por toda parte.

E, emergindo desse mar de desigualdade sociais e regionais: ilhas de cidadãos usufruindo de uma existência digna. Mas, todos iguais perante a lei. Ou seja, não uma realidade da Europa Ocidental na Idade Média nem uma realidade da imaginada sociedade pré-estatal. Contudo, uma boa e confortável falácia: o capitalismo tardio..

A *legalidade*, ainda , por outro lado, enquanto garantidora das liberdades do indivíduo (*liberdades forais*), prospera não apenas no sentido de prover a sua defesa contra o arbítrio do Estado, mas instrumenta também a defesa de cada indivíduo titular de propriedade contra a ação dos não-proprietários.

Sobre tais pressupostos é erigido o *Estado burguês de Direito*, ao qual incumbe tutelar as instituições básicas do comércio jurídico burguês, especialmente o contrato e a propriedade.⁹⁵

Também, como preferem outros, vê-se um cenário de cidadãos que normalmente contam com educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, manchado com borrões espalhados de bolsões e grotões de anormalidade que conspurcam a sociedade

⁹⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 91.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 119.

como um todo.

O vínculo de solidariedade entre todos os que compõem politicamente o mesmo povo de um Estado determinado está na origem do conjunto dos direitos fundamentais de natureza econômica, social e cultural. O titular desses direitos não é o ser humano abstrato com o qual o capitalismo sempre conviveu à perfeição, e que sempre preparou, de certo modo, o advento dos totalitarismos do século XX. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, pela doença, pela fome e pela marginalização. Os diferentes movimentos socialistas do século XIX perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas produtos necessários do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em considerar os trabalhadores e consumidores como mercadorias, atribuindo-lhes um valor econômico muito inferior ao dos bens de capital.⁹⁶

Em 1974, o economista Edmar Bacha, ante a inevitável constatação da existência de ilhas, bolsões e grotões no seio da sociedade brasileira, criou o neologismo *Belíndia* "para definir o que seria a distribuição de renda no Brasil, à época (uma mistura entre uma pequena e rica Bélgica e uma imensa e pobre Índia)"⁹⁷.

Após decorridos mais de trinta anos, pode-se afirmar que a distribuição de renda no Brasil mudou? Ou será que permanece altamente concentradora?

A resposta poderá variar, mas, de qualquer maneira, mesmo que se modifique e se transforme a sociedade, a eficácia dos Direitos Sociais inscritos na Constituição de 1988 é imperativo que garante a Ordem Social a ser alcançada ou mantida frente ao dinamismo político, econômico, cultural ou ideológico.

2.2.2 O Sistema Financeiro e o Desenvolvimento Equilibrado do País

A Constituição de 1988, no Capítulo IV, da Ordem Econômica, trata do Sistema Financeiro Nacional com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003, em apenas um artigo, dispõe:

⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 579.

⁹⁷ ARAÚJO, Alan Henriques de. **Belíndia**. Disponível em: <http://www.economiabr.net/colunas/henriques/belindia.html>. Captado em: 16 out 2007.

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.

O Sistema Financeiro - na verdade subsistema, posto que, subordinado e inter-relacionado com os fundamentos do Estado (art. 1º), com os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º) e aos Princípios Gerais da Ordem Econômica (art. 170) já tratados anteriormente - deve ser o adequado para "promover o desenvolvimento equilibrado do País" - leia-se redução das desigualdades regionais e sociais - "e a servir aos interesses da coletividade" - leia-se direitos sociais.

Novamente o Poder Soberano reafirma seu desiderato de transformar a realidade da sociedade brasileira, bem como o seu compromisso com as regras do jogo democrático ao estipular as "leis complementares" como o meio para a regulamentação do sistema financeiro nacional.

Ainda, conforme ensina o Professor Luiz Gomes de Soutello, "[...] os mecanismos de política monetária [...] que afetam diretamente o sistema financeiro, encontram sua matriz constitucional [...]"⁹⁸ nos artigos:

Art. 21. Compete à União:

[...]

VII - emitir moeda;

VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;

[...]

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

[...]

⁹⁸ SOUTELLO, Luiz Haroldo Gomes de. Regulação financeira. In: ANDRADE, Rogério Emílio de. **Regulação pública da economia no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 373.

XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

[...]

V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta;

[...]

Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central.

§ 1º - É vedado ao banco central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.

§ 2º - O banco central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.

§ 3º - As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

O Sistema Financeiro Nacional está regulado pela Lei nº 4.595, de 31.12.1964, recepcionada pela Constituição de 1988 como lei complementar.

Importa ainda dizer que a noção de Sistema Financeiro apenas como um instrumento de controle do poder monetário do Estado, ou seja, como guardião da moeda e de seu poder de compra, neste início do Século XXI, não tem sido suficiente para atender à necessidade de transformação dinâmica da sociedade e garantir a plena eficácia da Constituição de 1988.

[...], os titulares dos direitos à solidariedade e ao desenvolvimento dificilmente podem ser identificados, por se tratar de direitos abstratos e assemelhados à enunciação de programas políticos. Só se pode afirmar que tais direitos devem beneficiar a todos e a cada um em separado, apesar das dificuldades de implementação que gera uma afirmação de tamanha generosidade.⁹⁹

A sociedade, de modo empírico e intuitivo, percebe - da forma acintosa de atuação das Instituições Financeiras e dos lucros altamente concentradores que auferem

⁹⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 96.

- que há mais uma falácia contra a verdadeira cidadania. Na verdade, a sociedade pode ser dividida entre a maioria dos sem banco e uma minoria dos clientes dos bancos.

Esta questão definidora de desigualdades começa com a mídia intensa voltada apenas para uma classe de pessoas e vai até as instalações suntuosas das Agências Bancárias, tudo incompatível com a realidade da maioria da população consumidora que nem conta em banco tem. Esta visão elitista tem fortalecido o chamado poder paralelo.

A bem da verdade, a maioria da população brasileira só entra em um banco para sacar seus salários ou benefícios da previdência. Até os pagamentos das contas de luz, água e energia, espertamente, foram repassados para as chamadas casas lotéricas. Fica a impressão, para a maioria da população, que a sociedade se desenvolve apesar da atuação do Sistema Financeiro Nacional.

O resto, são apenas lesões aos direitos individuais homogêneos ou difusos dos consumidores que pouco ou nada têm e que, portanto, não percebem quando até o pouco ou nada que têm está sendo surrupiado.

De modo igual, a eficácia da Lei 10.820/2003, tem demonstrado o quanto é desleal a disputa dos Bancos pelos consumidores – empregados, servidores, aposentados e pensionistas - para as operações de crédito sob consignação em folha.

2.3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Os Bancos, integrantes do Sistema Financeiro, talvez desconfortáveis com sua responsabilidade relativa ao desenvolvimento equilibrado do País prevista na Constituição Federal (art. 192), bem como, habituados a tratamento privilegiado por parte do Estado, insistentemente tentaram fugir dos preceitos que o Código do Consumidor, promulgado em 1990, impôs aos Fornecedores nas relações de consumo.

O consumo é parte indissociável do cotidiano do ser humano. É verdadeira a afirmação de que todos nós somos consumidores. Independentemente da classe social e da faixa de renda, consumimos desde o nascimento e em todos os períodos de nossa existência. Por motivos variados, que vão desde a

necessidade e da sobrevivência até o consumo por simples desejo, o consumo pelo consumo.¹⁰⁰

Como será visto no final do presente trabalho, apesar do desconforto dos Banqueiros, o Supremo Tribunal Federal julgou integralmente constitucional o § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). “A proteção dos consumidores depende de normas infraconstitucionais que devem definir quem encerra o *status* de consumidor em cada caso.”¹⁰¹

No sentido das relações humanas, consumidor é aquele que se aproveita consumindo o bem - material ou imaterial - e/ou serviço que outra pessoa - física ou jurídica - produz. Todos os seres humanos são consumidores. Algumas pessoas jurídicas também poderão ser. O portador de incapacidade física ou mental é consumidor. Até o nascituro, a pessoa por nascer, é consumidor.

Então, segundo a lei, temos as seguintes espécies genéricas de consumidores: - a) o consumidor *standard*, seja adquirente, seja utente, assim como, seja pessoa física ou jurídica, desde que destinatário final do serviço conforme o contido no *caput* do art. 2º; - b) a coletividade de pessoas, contanto que tenha intervindo na relação de consumo, igualmente equiparada a consumidor, mesmo que haja indeterminação de seus componentes (Parágrafo único do art. 2º); - c) o consumidor vítima do evento ou *bystander*, ou seja, quem não sendo parte na contratação, tenha sido injustamente atingido por uma relação de consumo malsucedida (art. 17 do CDC); - d) e, finalmente, quem seja exposto a práticas de mercado ou mais precisamente, aquele consumidor potencial, que mesmo sem estar ostentando a condição de adquirente ou utente do produto ou serviço, é considerado equiparado a tal, tendo em vista de estar exposto à alguma prática ilícita do fornecedor nos atos que esse último pratica no mercado dentro do contexto de aproximação, tratativas, praxes e imposições no processo de fornecimento de bens e serviços (art. 29 do CDC).¹⁰²

Em sentido bem amplo, no outro lado, encontra-se o fornecedor, aquele que produz e/ou distribui, ou de alguma forma participa da produção e/ou distribuição dos

¹⁰⁰ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3.ed. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 1.

¹⁰¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 95.

¹⁰² PRUX, Oscar Ivan. **A proteção do consumidor na prestação de serviços**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001, p. 59.

bens - materiais e imateriais - e serviços. O Código de Defesa do Consumidor estabelece no art. 3º:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Então, o fornecedor distingue-se não só pela sua capacidade de gerar, produzir e abastecer mas, principalmente, por sua iniciativa, não subordinação, autonomia, busca do lucro e responsabilidade pelos riscos decorrentes da atividade de fornecer "[...] como condição de justiça social, devendo ser observado em correlação necessária com a defesa do consumidor [...]"¹⁰³.

As relações de consumo são bilaterais, pressupondo numa ponta o fornecedor - que pode tomar a forma de fabricante, produtor, importador, comerciante e prestador de serviço -, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e, na outra ponta, o consumidor, aquele subordinado às condições e interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços, no atendimento de suas necessidades de consumo.

Além disso, as relações de consumo são dinâmicas, uma vez que, contingenciadas pela própria existência humana, nascem, crescem e evoluem, representando, com precisão, o momento histórico em que estão situados.¹⁰⁴

Os chamados contratos de consumo denunciam os verdadeiros vasos por onde circulam os bens e serviços e a quem aproveita a repartição dos ônus impostos pelo Estado, bem como, dos bônus resultantes da atividade econômica estatal - serviços públicos, obras de infra-estrutura e atividade governamental.

¹⁰³ REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologias**. 3. ed., Saraiva: São Paulo, 2005, p. 47.

¹⁰⁴ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3.ed. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 1.

Neste início do Século XXI, as desigualdades sociais e regionais da sociedade são perfeitamente detectáveis pela espécie e quantidade de bens e serviços que - segundo o poder aquisitivo de cada um - sua população consome; ou, pela espécie e quantidade de bens e serviços que cada região produz e distribui. Sem dúvida, a avaliação da chamada relação de consumo constitui excelente indicador de qualidade da transformação que a sociedade experimenta.

Assim, via de regra, a relação de consumo caracteriza-se por ser uma relação entre desiguais. De um lado, o interesse, a superioridade econômica e técnica do fornecedor e, de outro lado, o consumidor e sua necessidade de consumo. Geralmente trata-se de uma relação onerosa, mas a gratuidade não isenta a responsabilidade do fornecedor que, de qualquer forma, responde também pelos danos eventualmente causados a terceiros pelo consumo de produtos e/ou serviços que fornece.

Temos em nosso país estabelecida, a partir do texto constitucional, uma ordem econômica fundada na livre iniciativa (CF/88, art. 170, *caput*) e na livre concorrência (CF/88, art. 170 IV) - esta, ademais, garantida por legislação específica (Lei nº 8.884/94, conhecida como lei antitruste) - perfazendo a base normativa essencial ao pleno desenvolvimento, entre nós, de uma economia de mercado.

Todavia, os mesmos comandos que estipulam a perspectiva da livre iniciativa e da livre concorrência como vetores da ordem econômica nacional, trazem ainda, como outro princípio igualmente determinante da regularidade das atividades a serem desenvolvidas nesse setor, a defesa do consumidor (CF/88, art. 170, V).¹⁰⁵

Daí, o Legislador Constituinte instituir a defesa do consumidor como direito fundamental da pessoa humana e dever do Estado (art. 5º, XXXII - "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"). E ele, Estado, deve fazê-lo por meio de seu Poder "normativo e regulador da atividade econômica" e do exercício de suas "funções de fiscalização, incentivo e planejamento" (art. 174, da Constituição Federal).

Dizendo de outro modo: o Poder Soberano impôs ao Governo - leia-se Legislativo, Executivo e Judiciário - a obrigação de zelar pela eficácia plena da defesa do consumidor, editando normas e regulamentos para os contratos e o mercado de

¹⁰⁵ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de. **Regulação pública da economia no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 157.

consumo, administrando de modo a garantir a efetividade destas leis e regulamentos, e decidindo os conflitos decorrentes das relações de consumo conforme a necessidade e vulnerabilidade do consumidor.

Ainda, com o auxílio do Professor José Geraldo Brito Filomeno que participou da coordenação dos trabalhos da Comissão elaboradora do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, destaca-se que a Constituição Federal, quando dispõe das limitações do poder de tributar por parte do Poder Público e dos direitos dos "usuários-consumidores" dos serviços públicos, tratou com distinção especial a defesa do consumidor.¹⁰⁶

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

§ 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Aqui, cumpre enfatizar que a Constituição de 1988, com relação aos contratos e mercado de consumo preceitua privilegiando a defesa do consumidor no sentido de que o Estado atue para a mudança de uma realidade, ou seja, uma Ordem Econômica na qual os direitos do consumidor recebam permanente proteção preventiva e repressiva de eventuais abusos por parte dos fornecedores porque, assim agindo, o Governo - leia-se Legislativo, Executivo e Judiciário - estará protegendo toda a sociedade brasileira composta por individualidades consumidoras.

¹⁰⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22.

Na sociedade deste início do Século XXI, os danos, as ofensas e as violações aos direitos dos consumidores, normalmente tem uma face coletiva ou difusa decorrente da homogeneidade das relações de consumo estabelecidas entre um determinado fornecedor - mediante contratos verbais, escritos ou simplesmente advindos da prática reiterada - com dezenas, centenas, milhares ou milhões de consumidores.

Melhor dizendo: a produção e comercialização em série de um mesmo produto ou serviço, possibilita a repetição homogênea de inúmeros fatos com reflexos jurídicos semelhantes - tanto positiva como negativamente - sobre um universo nem sempre determinável de consumidores.

Daí, para a sua correta compreensão e aplicação, o Direito do Consumidor deve ser correlacionado com a proteção de legítimos interesses individuais, coletivos ou difusos, com a possibilidade da propositura de ação - no sentido de provocação da atividade jurisdicional do Estado - individual, coletiva ou civil pública, contra o(s) fornecedor(es) identificados(s) como o causador da ameaça ou dano, reparável ou irreparável, na defesa do(s) consumidor(s).

Como se verá, potencialmente, ocorre situação análoga com os contratos de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil sob consignação em folha, em razão da reprodução em massa de um mesmo molde ou padrão de contrato, ensejando a multiplicação de conseqüências ameaçadoras ou danosas contra o(s) consumidor(es) – empregados, servidores, aposentados ou pensionistas - que firmaram ou poderão firmar os tais contratos de adesão.

2.4 A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E A LIVRE INICIATIVA

A qualidade dos bens e serviços, juntamente com a adequada proteção ao consumidor, são os fatores que ensejam a evolução e qualificam o Mercado desta 1ª Década do Século XXI. Tais fatores, como se verá, estão intimamente relacionados com a “valorização do trabalho humano” e com a “livre iniciativa”,

Nesta etapa, intenta-se conhecer as expressões “trabalho humano” e “livre iniciativa”, como denominações de objetos distintos e conexos. Tal propósito visa atender à sua compreensão no contexto do art. 170, caput, que trata da Ordem Econômica e seus princípios.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - livre concorrência;

[...]

VIII - busca do pleno emprego;

[...]

No art. 1º, IV, da Constituição de 1988, quando estabeleceu os fundamentos da República Federativa do Brasil, o Legislador Constituinte qualificou o trabalho e a livre iniciativa como valores sociais (IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa). Mas, ao mesmo tempo, sob teor do art. 170, caput, podem ser compreendidos como valores econômicos.

Aqui, entende-se que não há incoerência nem contradição no texto constitucional. Na verdade, os fenômenos sociais e econômicos estão de tal forma interligados e refletindo-se mutuamente que, talvez, fosse melhor o emprego da palavra composta sócio-econômico ou econômico-social para identificação dos valores eleitos pelo Legislador Constituinte para a superação das desigualdades regionais e sociais que descaracterizam o Brasil como um Estado Democrático de Direito.

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).¹⁰⁷

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 720.

Ao Governo - leia-se Legislativo, Executivo e Judiciário - cabe assegurar a livre concorrência e a busca do pleno emprego, harmonizando de forma adequada ao desenvolvimento e transformação da sociedade, os valores do trabalho e da livre iniciativa, ou seja, superando a ideologia da contradição entre o capital e o trabalho como forças antagônicas que estigmatizaram os Séculos XIX e XX.

Esse antagonismo pode ser visualizado melhor comparando o keynesianismo e o monetarismo no que se refere ao desemprego. Keynes se esforçou para mostrar que grande parte dos desempregados o é involuntariamente, sobretudo em época de crise ou depressão, estando disposta a trabalhar pelo salário vigente e até mesmo por menos. Conseqüentemente o desemprego é uma chaga social que deve ser evitada por políticas que estimulam o crescimento e, portanto, elevam a demanda por força de trabalho por parte das empresas. Milton Friedman, o teórico do monetarismo, procurou refutar Keynes, tentando demonstrar que todo desempregado o é voluntariamente, porque a utilidade do salário, que poderia obter no mercado, seria inferior à desutilidade, ou seja, ao sacrifício que se submeteria realizando o trabalho exigido em troca do salário.¹⁰⁸

Como já visto anteriormente, o Estado Democrático distingue-se do Estado Liberal e do Estado Social, exatamente porque busca o equilíbrio entre a máxima liberdade para os contratos e a máxima intervenção do Estado na Ordem Econômica. Desse modo, tanto o trabalho humano quanto a livre iniciativa devem ser igualmente valorizados pelo Estado conforme a evolução dos fenômenos econômico-sociais.

O que importa é a finalidade de assegurar a todos existência digna. Aí está o programa, a diretriz a ser perseguida pela Ordem Econômica que, se necessário, sempre com contenção e equilíbrio, deve ser reorganizada, reorganizada e reorganizada. O fundamental é a dignidade da pessoa humana a ser alcançada mediante os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III, IV, da Constituição).

Por outro lado, inobstante o firme propósito do Legislador Constituinte, manifestado desde as primeiras palavras do Preâmbulo da Constituição de 1988, de instituir um Estado Democrático no Brasil, os homens de fortuna tupiniquins, incrustados na idéia de que o Estado existe apenas para propiciar-lhes benesses e garantir seus privilégios, favorecidos pela onda de liberalismo que ressurgiu com força

¹⁰⁸ SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: PINSKY, Jaime, PINSKY; Carla Bassanesi. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 255.

nos Países desenvolvidos sob o codinome de neoliberalismo, surgiram com um discurso no sentido de relativizar ou flexibilizar o alcance dos direitos sociais e dos valores sociais do trabalho, uma vez que, tal como estão postos no texto constitucional, são empecilhos para o valor livre iniciativa privada - valor supremo do mercado capaz de promover o desenvolvimento e transformar a sociedade.

Como é sabido, a partir os anos 1980, a ortodoxia econômica e a ideologia dominante no mundo capitalista mudaram. O keynesianismo foi sendo cada vez mais rejeitado pelas classes dominantes e substituído pelo neoliberalismo, um liberalismo ressuscitado que inesperadamente retornou depois de permanecer dormente por quase meio século.

[...]

Para Friedman, aplicam-se ao mercado de trabalho as mesmas regras dos demais mercados (em oposição, portanto, ao dito na Declaração de Filadélfia da OIT). Em qualquer mercado há mercadorias ofertadas que não encontram compradores e isso se daria porque o preço que estes querem e podem pagar é menor do que os vendedores querem ou precisam receber. Neste caso, tanto vendedores quanto compradores saem frustrados, mas isso é inevitável e qualquer interferência governamental no sentido de mudar o comportamento de compradores e/ou vendedores viola o direito de escolha de ambos. E isso se aplica ao mercado de trabalho, de modo que a manutenção do pleno emprego não cabe à política econômica do Estado, mas ao livre funcionamento dos mecanismos de mercado.¹⁰⁹

Sob tal mote, com total despudor, nesse início do Século XXI, discute-se em gabinetes de burocratas, tecnocratas e academias do mundo todo - e noticia-se intensamente pela mídia - sobre a necessária flexibilização ou relativização dos conceitos historicamente consagrados de direitos sociais - educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados - e, conseqüentemente, a privatização dos serviços públicos lucrativos que, em mãos privadas, tornar-se-iam eficientes.

Entretanto, a Constituição Federal é a matriz de todo o sistema jurídico que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e a existência digna como a finalidade de sua Ordem Econômica.

Pela visão liberal ou conservadora, estima-se a eficiência da gestão - empresarial ou governamental - pelo valor lucro financeiro que consegue retornar para o

¹⁰⁹ SINGER, Paul. A cidadania para todos. *In*: PINSKY, Jaime, PINSKY; Carla Bassanesi. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 254 e 255.

capital investido. Mas, para a Ordem Econômica da Constituição de 1988, será eficiente a gestão - empresarial ou governamental - que possibilitar o retorno da existência digna para os indivíduos da sociedade.

Daí, de um lado, tem-se a concentração da renda nacional nas mãos de poucos e, de outro lado, tem-se a distribuição da renda nacional nas mãos de muitos sob a forma de educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados

De modo que ser *moderno*, hoje, é no mínimo já ter consciência de que o mercado é impossível sem uma legislação que o proteja e uma vigorosamente racional intervenção destinada a assegurar sua existência e preservação; de que os postulados da racionalidade dos comportamentos individuais, do ajuste espontâneo das preferências e da harmonia natural dos interesses particulares e do interesse geral são insuficientes: de que os fenômenos de dominação desnaturam o mercado.¹¹⁰

Portanto, a gestão do Estado deve ser eficiente o suficiente para conter o processo de concentração de renda proveniente da atividade econômica e, ao mesmo tempo - sem desestimular a livre iniciativa privada - possibilitar sua distribuição para a sociedade. Tudo sob o equilíbrio dos ditames da justiça social.

Por fim, o art. 7º, da Constituição de 1988, visando à melhoria de sua condição social, através de trinta e quatro incisos, estabelece os principais "direitos dos trabalhadores urbanos e rurais". Entretanto, como exemplifica-se a seguir, da realidade desta 1ª década do Século XXI, percebe-se que, alguns desses direitos têm eficácia apenas formalmente:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

¹¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 129 e 130.

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

A questão da eficácia, apenas formal, do Salário Mínimo definido constitucionalmente é a que mais se evidencia, especialmente se levar-se em conta que os valores fixados em Lei têm sido muito aquém das necessidades vitais do trabalhador e de sua família. Mesmo assim, em muitos casos, o montante do Salário Mínimo tem contribuído para amenizar as conseqüências nefastas das desigualdades sociais e regionais.

2.5 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

No Direito, a idéia de Princípio tem um amplo espectro decorrente da própria polissemia da palavra que dificulta sua apreensão pelo sujeito que a conhece. "Essa polissemia não é benéfica neste campo do saber, em que a confusão de conceitos e idéias pode levar à frustração da práxis jurídica ou à sonegação, por uma prática equivocada, de direitos ou de situações protegíveis pelo sistema jurídico posto."¹¹¹

Nesta altura, volta-se o esforço para conhecer sobre a natureza normativa dos Princípios; sobre a eficácia dos Princípios Constitucionais que tenham nexos com a Ordem Econômica; sobre a relevância da Ponderação na aplicação prática dos Princípios enunciados pela Constituição Federal de 1988.

O Estado Democrático de Direito, tal qual se acha consubstanciado na Constituição brasileira de 1988, reclama uma hermenêutica com especificidades próprias, pois o texto constitucional, mais do que uma normatização positiva de direitos, liberdades e garantias que configuram esse tipo de regime político, exige uma interpretação inspirada em seus princípios fundantes. Antepõe-se uma tarefa árdua: normalizar

¹¹¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais:** elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 49.

as complexas relações sociais que afluem na realidade brasileira, com seus disformes matizes regionais e sociais, [...]

E mesmo que tais princípios pareçam vagos e programáticos, há de se perseverar em exhibir-lhes a real potestade, de forma a contribuir para o adensamento da *juris communis opinio* e terminar por influir em sua efetiva positividade fática.¹¹²

Neste início do Século XXI, as regras do jogo democrático têm que ser eficazes para resolver as disputas pelos bens da vida, travadas num ambiente social multicultural e globalizante, onde evidenciam-se as diferentes manipulações políticas. Resta ao Estado Juiz que tem o poder de, em ultima instância, dizer o direito em concreto, a responsabilidade de assegurar a efetividade dos Princípios Constitucionais.

A eficácia dos Princípios Constitucionais não pode ficar a mercê da espera por normas infraconstitucionais - que poderão nem existir - em detrimento do Sistema Jurídico posto pela Constituição de 1988. Do mesmo modo, não pode a legislação infraconstitucional subtrair, impedir ou contrariar a eficácia dos Princípios Constitucionais.

Devido à maior amplitude de sua eficácia material e formal, pode ocorrer que dois ou mais Princípios Constitucionais incidam, simultaneamente, sobre a regulação de uma mesma relação jurídica, gerando, para o operador do direito, a necessidade de ponderar qual princípio aplicar para regular aquela relação contratual ou de mercado, ou mesmo, para resolver aquele(s) conflito(s) dela decorrente.

Dizendo de outro modo: dois ou mais Princípios Constitucionais, com sentidos diferentes, podem alcançar a regulação de uma mesma relação jurídica incidindo, direta ou indiretamente, sobre ela. Diretamente quando não houver Norma Jurídica que regulamente aquela espécie de relação jurídica. Indiretamente quando incidem sobre a validade da Norma Jurídica que regulamente aquela outra espécie de relação jurídica.

Daí, neste contexto, a necessidade de decidir-se qual o Princípio Constitucional que prepondera sobre os demais para regular, direta ou indiretamente, aquela determinada relação de contrato ou de mercado. Daí, a Ponderação de Princípios como método ou meio para assegurar um mínimo de previsibilidade para a eficácia das regras do jogo.

¹¹² PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 128 e 129.

2.5.1 A Questão de Lacunas

A Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) - na verdade o Decreto-Lei nº4.657/1942 - recepcionada pela Constituição de 1988, quando trata da questão de omissão da Lei, no seu art. 4º, preceitua: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." (grifos nossos)

Esta omissão decorre da premissa de inexistência de Leis Infraconstitucionais suficientes para a resolução de todos os conflitos de interesses pelo juiz que não pode se eximir de "[...]sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito." (art. 126, Código de Processo Civil recepcionado).

Ainda, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, também recepcionada, mantém a mesma premissa da possibilidade de inexistência de Leis Infraconstitucionais ao dispor:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Logo, seja por omissão, lacuna, obscuridade ou falta de Lei, o juiz, poderá resolver o conflito com base nos princípios gerais do direito. É importante anotar-se que, de qualquer maneira, sua decisão não poderá contrariar o Ordenamento Jurídico que "[...] é onipresente porque regula a vida de todas as pessoas que estão sob a sua jurisdição, o tempo todo e em todas os seus aspectos"¹¹³.

¹¹³ MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: LTR, 1999, p. 130.

O positivismo jurídico põe um limite intransponível à atividade interpretativa: a interpretação é geralmente *textual* e, em certas circunstâncias (quando ocorre integrar a lei) pode ser *extratextual*; mas nunca será *antitextual*, isto é, nunca se colocará contra a vontade que o legislador expressou na lei.¹¹⁴

Assim, pode-se afirmar que aquele princípio geral de direito foi apenas descoberto pelo aplicador do direito (juiz) no interior do Ordenamento Jurídico para preenchimento de determinada lacuna, uma vez que, embora não existisse expressamente como texto, como expressão escrita de uma Norma Jurídica (princípio ou regra), estava lá, sem contrariar a Constituição, implícito e à espera de ser encontrado.¹¹⁵

2.5.2 Os Princípios Jurídicos Constitucionais

A Constituição de 1988, trata Dos Princípios Fundamentais nos artigos 1º, 2º, 3º e 4º do texto constitucional; no art. 1º, dos fundamentos da República e do Estado Democrático; no art. 2º, da harmonia e independência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; no art. 3º, dos objetivos fundamentais do Estado; no art. 4º, dos Princípios que regem o Brasil nas relações internacionais.

A Prof^ª. Cristiane Derani, ao definir Princípios, diz: "Princípios são normas que dispõem a respeito de algo ser realizado o mais amplamente possível dentro das relativas possibilidades do direito e dos fatos."¹¹⁶ Em sentido semelhante define o Prof^º. Robert Alexy: "Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas."¹¹⁷

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**; lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Nello Morra, Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 214.

¹¹⁵ Cfe. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 47.

¹¹⁶ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 44.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 117.

Dáí, os Princípios Fundamentais são as razões para realizar-se a transformação da sociedade; os Princípios Objetivos visam a materialização da transformação desejada para a sociedade; e os Princípios Teleológicos respondem a pergunta: para que alcançar os objetivos e quais são as suas destinações?

O sistema que o direito é compõe-se de:

[i] *princípios explícitos*, recolhidos no texto da Constituição ou da lei;

[ii] *princípios implícitos*, inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional [exemplos: o *princípio da motivação do ato administrativo*, art. 93, X, da Constituição; o *princípio da imparcialidade do juiz*, arts. 95, parágrafo único, e 5º, XXXVII da Constituição); e

[iii] *princípios gerais de direito*, também implícitos, coletados no direito pressuposto, qual o da *vedação do enriquecimento sem causa*.¹¹⁸

Então, o Sistema Jurídico é regido por Princípios que se encontram explícitos ou implícitos no texto da Constituição. Os Subsistemas - ou microssistemas -, estão subordinados aos Princípios Constitucionais e podem também ser direcionados por normas gerais ou principiológicas, caracterizadas pelo seu maior alcance, que estão explícitas ou implícitas na legislação infraconstitucional.

Aqui não se vai analisar as diversas classificações que a doutrina propõe para os princípios constitucionais, mas apenas enfatizar que

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa. sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas. E esse caráter normativo não é predicado somente dos "princípios positivos de Direito", mas também, como já acentuado, dos "princípios gerais de Direito".¹¹⁹

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 157.

¹¹⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 55.

Daí, não resta dúvida, implícitos ou explícitos, os Princípios enunciados pela Constituição Federal de 1988 são normas válidas, eficazes e não podem ser contrariados, diminuídos ou desvirtuados por normas infraconstitucionais.

2.5.3 Antinomias e Ponderação

Haverá antinomia sempre que, num mesmo Ordenamento Jurídico, duas normas jurídicas válidas estejam em contradição ou incompatíveis entre si. A contradição ou incompatibilidade decorre do fato de ambas estarem regulando a mesma matéria com diferentes sentidos ou mesmo sentidos opostos.

Ocorre que um mesmo Ordenamento Jurídico não pode suportar a existência simultânea de duas regras jurídicas válidas, incompatíveis entre si e aplicáveis para a regulação ou resolução de um só caso concreto. Tal ocorrência gera desordem e arbitrariedades inconciliáveis com a idéia de Estado Democrático de Direito.

Antinomia jurídica, pois, é situação que impõe a extirpação, do sistema, de uma das *regras*. A decisão, inafastável, a propósito de qual dessas regras há de ser preservada será informada mediante à utilização do critério ou dos critérios contemplados, para tanto, no sistema.

Estamos, aí, na hipótese de *conflito entre regras*, diante de *antinomia jurídica própria*.¹²⁰

Como já visto anteriormente, o Sistema Democrático pressupõe a manutenção de um mínimo de previsibilidade das regras do jogo para os contratos e para o mercado. A Ordem Econômica e a Ordem Social, enunciadas pela Constituição de 1988, devem caminhar juntas para a concretização do ideal de existência digna para todas as pessoas da sociedade brasileira.

A doutrina formulou três critérios para a solução das antinomias: o critério *cronológico*, o critério *hierárquico*, o critério de *especialidade*. Dadas duas normas incompatíveis,

a) segundo o *critério cronológico*, a norma posterior prevalece sobre a norma precedente (*lex posterior derogat priori*);

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 194.

b) segundo o *critério hierárquico*, a norma de grau superior (isto é, estabelecida por uma fonte de grau superior) prevalece sobre aquela de grau inferior (*lex superior derogat inferiori*);

c) segundo o *critério de especialidade*, a norma especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*).

Estes três critérios encontram confirmação no direito positivo.¹²¹

Acontece, e a própria doutrina reconhece, que mesmo estes três critérios poderão ser insuficientes para a solução de antinomias, ou seja, apesar de constatada a incompatibilidade não se pode extirpar norma regra alguma. Assim, é preciso haver um meio adequado para que o juiz ou o operador do direito, dentro de um razoável grau de previsibilidade, possa escolher entre as duas (ou mais) opções a norma regra válida para a solução do caso.

Refere a doutrina ainda, no entanto, *antinomias jurídicas impróprias*. Aqui, porém, o conflito não conduz à necessidade de uma das normas ser eliminada do sistema. O conflito manifesta-se - há incompatibilidade entre ambas -, porém não resulta em *antinomia jurídica*.

São desse tipo os *conflitos entre princípios*: a opção do intérprete por um deles - em detrimento do que a ele se opõe - não implica desobediência do outro.¹²²

Aí, nesse início do Século XXI, é preciso cautela. Se convir aos interesses do capital, ou de alguma corporação ou segmento da sociedade civil organizada, o discurso será no sentido de rejeição de todos os Princípios Constitucionais em conflito e aplicar aquele Primeiro Princípio - tão querido dos liberais - tudo que não for proibido será permitido aos contratos e ao mercado. Logo, a conduta é permitida e ponto final.

Por outro lado, mesmo para a visão pragmática do capitalista, a questão se coloca de dois modos opostos: primeiro, quanto mais matizes forem abertas para o juiz encarregado de apreciar o "conflito entre princípios" maior a permissão implícita; segundo, o branco e o preto, o proibido e o permitido, conferem maior previsibilidade para os negócios, maior eficiência, logo é mais vantajoso.

A tensão entre princípios é própria ao sistema jurídico, sempre, desde sempre tendo sido assim. O que torna

¹²¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**; lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Nello Morra, Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.204 e 205.

¹²² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 52.

complexa a compreensão dessa circunstância é o fato de o pensamento tradicional ensinar que o direito é dotado de uma universalidade plena (ele é abstrato e geral), na qual não cabem exceções.

Mas é precisamente o inverso disso o que se dá. A inserção do direito no mundo da vida, mediante a sua interpretação/aplicação, opera-se em plano que não se pode particularizar senão mediante a exceção, caso a caso. Os mais velhos já o haviam percebido.¹²³

Ora, é preciso que se faça uma nova leitura - e provavelmente a doutrina já o fez - tudo que não for proibido será permitido aos contratos e ao mercado desde que não contrariem, afrontem ou embarquem os Princípios Constitucionais que estabelecem os fundamentos, objetivos e finalidades do Sistema Jurídico.

O Direito Positivo deve ser visto no seu todo. "Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços."¹²⁴ O Sistema Jurídico é quem garante a previsibilidade necessária para os contratos e para o mercado. A Constituição de 1988 impõe adequação razoável e proporcional para a atuação dos agentes econômicos - Estado e Particular - conforme o seu objetivo de conseguir, para todos os brasileiros, acesso aos meios, materiais e imateriais, para uma existência digna.

A proporcionalidade não consubstancia princípio, dado que - como salienta Alexy [1986:100, nota 84] - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas em relação a algo diferente; não se passa que algumas vezes tenham precedência, outras não; o que se pergunta é se essas exigências são satisfeitas ou não e se sua não-satisfação traz como consequência a ilegalidade; daí porque essas três exigências, nas quais se desdobra a proporcionalidade em sentido amplo, são classificadas como regras.

[...]

Proporcionalidade e razoabilidade são, destarte, postulados normativos de interpretação/aplicação do direito - um novo nome dato aos velhos e desprezados cânones da interpretação -, e não princípios.¹²⁵

¹²³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 52.

¹²⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 166.

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 189 e 191.

Ao Estado Juiz cabe o papel de, na eventualidade de configurar-se, em concreto, a antinomia jurídica imprópria, atuar com prudência e moderação, sempre ponderando que o maior peso deve ser atribuído aos Princípios Fundamentais e Objetivos e, entre eles, prevalecer o que mais favoreça a universalização da cidadania plena.

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

[...]

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*.¹²⁶

Desse modo, no âmbito da possibilidade fática, em sendo necessário, descoberto, escolhido ou selecionado o Princípio – implícito ou explícito - após verificar sua validade frente ao Ordenamento Jurídico, deve o julgador encontrar o meio mais adequado para garantir sua concretização fática (eficácia).

"Daí porque afirmo que a problematização dos textos normativos não se dá no campo da ciência: ela se opera no âmbito da prudência, expondo o intérprete autêntico ao desafio desta, e não daquela."¹²⁷ Concluindo: a correta Ponderação de Princípios constitui-se na melhor ferramenta possível para a eficácia da Ordem Econômica e Social preceituada pela Constituição de 1988.

¹²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 116, 117 e 118.

¹²⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006., p. 106.

3. A LEI 10.820, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2003 E OS “SEM BANCO”

As repercussões da Lei 10.820/2003, sobre os contratos, mercado e sociedade brasileira ainda não se esgotaram nem se acomodaram. É difícil prever-se, mesmo contentando-se com uma relativa certeza, sobre a sua duração no tempo sem modificação substancial no seu texto, através de revogação ou alteração parcial por Lei posterior. Embora improvável, não se descarta a possibilidade de sua revogação total.

Têm sido amplamente noticiado pela mídia as constantes modificações na Regulamentação da Lei 10820/2003 por parte do Executivo. No decorrer do presente trabalho, o sentido e alcance de tais modificações merecerão reflexão, especialmente sobre a sua conveniência e oportunidade.

Ainda, se houver provocação por meio de ação direta de inconstitucionalidade, não se sabe qual será a posição do Supremo Tribunal Federal quanto à suspensão, parcial ou total, da eficácia da Lei 10.820/2003. Nem sempre as posições do STF são previsíveis ou concordes com as expectativas e previsões doutrinárias.

Portanto, neste final da 1ª Década do Século XXI, estudar a Lei 10.820/2003 e suas repercussões, é conhecer sobre um fenômeno jurídico ainda em aberto. É claro que tal contexto indefinido e dinâmico aumenta a complexidade do problema mas, ao mesmo tempo, demonstra a necessidade de estudos sobre a matéria em questão. É neste sentido de contribuição que se realiza o presente trabalho.

Tudo começou com a Medida Provisória, nº 130, de 17 de setembro de 2003, que, submetida ao Congresso Nacional, foi apreciada, aprovada e convertida na Lei nº 10.820, de 17 de dezembro do mesmo ano e, posteriormente, alterada pela Lei nº 10.953, de 27 de setembro de 2004. Ela, de acordo com a Ementa, "Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências."

Logo, trata-se de uma norma jurídica com eficácia imediata de Lei Ordinária, de autoria do Poder Executivo, que o Congresso Nacional apenas apreciou e aprovou. Os objetivos declarados para a sua iniciativa pelo Executivo - legislador *latu sensu* -, extrai-

se dos Parágrafos 2 a 12 da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 130, de 17/09/2003, conforme descreve-se e comenta-se em seguida.

Ofício "EM Interministerial nº 00176/2003 - MF/MPS"¹²⁸, com data de "16 de setembro de 2003", endereçado ao "Excelentíssimo Senhor Presidente da República", assinado por "Bernard Appy".

Submetemos à consideração de Vossa Excelência a proposta de edição de Medida Provisória com força de lei, que "dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências"

2. Trata-se, Senhor Presidente, de medida destinada a permitir que os empregados autorizem o desconto em folha de pagamentos de prestações de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil, aumentando seu acesso ao crédito, presumivelmente a juros mais baixos que os atualmente disponíveis.

Ora, aumentar o acesso ao crédito para os empregados, a juros presumivelmente mais baixos consiste uma considerável sutileza racional. "São tidos como "indeterminados" os "conceitos" cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique."¹²⁹ Em tal presunção identifica-se, claramente, uma omissão do autor da proposta em detrimento dos empregados cujos eventuais benefício estarão sujeitos aos humores do mercado.

3. Conforme é do conhecimento de Vossa Excelência, um dos principais componentes do elevado custo dos empréstimos e financiamentos disponíveis aos cidadãos está relacionado ao risco potencial de inadimplência por parte dos tomadores. Tais riscos são estimados pelas instituições financeiras com base em modelos estatísticos próprios, e repassados às taxas de juros exigidas nas diversas formas de crédito oferecidas à clientela.

O Professor Orlando Gomes, quando tratou das Obrigações, fez importante distinção entre mora e inadimplemento: "A mora distingue-se do inadimplemento absoluto. Neste, o devedor não pode mais cumprir a obrigação; naquela é possível."¹³⁰ Aí está o referido "potencial de inadimplência" decorrente da impossibilidade do tomador

¹²⁸ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/EMI-176-mf-mps--03.htm. Acesso em: 16 out 2007.

¹²⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 200.

¹³⁰ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.201.

4. Neste sentido, a possibilidade de consignação das prestações em folha de pagamento, em caráter irrevogável e irretratável, por parte do empregado, virtualmente elimina o risco de inadimplência nessas operações, permitindo a substancial redução deste componente na composição das taxas de juros cobradas.

"Elimina o risco de inadimplência" sem considerar as circunstâncias posteriores à data da celebração do contrato que levaram o empregado a inadimplir. Simplesmente, acima da vontade das partes, por Lei de Ordem Pública, atribui-se caráter irrevogável e irretratável ao contrato.

5. De outra parte, a segurança proporcionada por este tipo de operação deverá garantir um grande interesse na sua realização por parte das instituições financeiras, induzindo forte competição entre estas, e melhorando as condições oferecidas aos tomadores.

Agora, associa-se à finalidade social da Lei um estímulo ao interesse pelo lucro das Instituições Financeiras, conforme a "função de incentivo" facultada ao Estado pelo art. 174 da Constituição Federal. .

6. A Medida Provisória cuja edição estamos propondo confere aos empregados o direito de contratar as operações de empréstimo, financiamento e arrendamento mercantil com autorização para a consignação em folha do valor das prestações.

7. Também institui as obrigações do empregador no tocante ao fornecimento das informações necessárias à contratação, e à implementação dos descontos autorizados pelos empregados. É autorizado ao empregador o ressarcimento dos custos operacionais e bancários acarretados à rotina da empresa pelas operações de retenção e repasse do valor das prestações autorizadas pelo empregado.

Aqui, institui-se novo incentivo sob a forma de pagamento envolvendo terceiros na relação contratual - o Empregador - que, de modo coletivo e satisfatório para as Instituições Financeiras passa ter novos encargos - receber e repassar para as Instituições Financeiras o valor das prestações pagas pelos trabalhadores.

8. No intuito de possibilitar economia de escala às operações, é autorizada a celebração de acordos entre instituições financeiras e empresas e/ou entidades sindicais para o estabelecimento de parâmetros financeiros e condições gerais aplicáveis aos empregados. Tais acordos, uma vez celebrados, facilitarão o acesso ao crédito, e poderão prever a absorção dos custos operacionais do empregador pela instituição financeira, evitando o ônus para o empregado. São conferidas às entidades sindicais as prerrogativas de avaliar os acordos firmados pelo

empregador, e negociar o valor dos custos a serem imputados aos empregados.

Neste Parágrafo 8, reforça-se a intenção de caracterizar-se a Medida Provisória nº 130/2003, como uma iniciativa voltada para os interesses sócio-econômicos dos trabalhadores, conferindo-lhe uma aparência de honestidade e decência, buscando a coonestação das "empresas e/ou entidades sindicais" na celebração de "acordos" que "facilitarão o acesso ao crédito".

9. Promovem-se, ainda, os necessários ajustes na lei que regula o Regime Geral de Previdência Social para que os aposentados e pensionistas do INSS também possam usufruir desta nova prerrogativa. Para conferir segurança financeira e jurídica às operações realizadas com este público, fica vedada a solicitação de alteração da instituição financeira pagadora enquanto houver saldo devedor em amortização.

No Parágrafo 9, os motivos para a edição da Medida Provisória 130/2003 são ampliados, com a inclusão na permissão conferida por aquela norma jurídica dos aposentados e pensionistas do INSS, também carentes e sem acesso às operações financeiras que a iniciativa do Executivo quer ampliar. Do mesmo modo, assegura-se e reforça-se a garantia conferida aos Bancos.

10. O regulamento a ser baixado em seguida à edição da medida provisória disporá sobre as normas e condições de operacionalização do mecanismo de consignação em folha, permitindo eventuais aperfeiçoamentos futuros.

11. A introdução do mecanismo proposto insere-se no conjunto de medidas que o Governo de Vossa Excelência vem implementando com o objetivo de promover o crescimento sustentado da economia sem comprometer o equilíbrio e a responsabilidade fiscal.

12. Entendemos que o alcance social da providência em questão, bem assim os esperados impactos positivos sobre a economia e a sociedade, atestam o preenchimento dos requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62 da Constituição para a edição de medida provisória.

Neste final, resulta claro, que a Lei 10.820/2003, integra uma Política de Ação Governamental, planejada "com o objetivo de promover o crescimento sustentado da economia", aproveitando-se de mecanismos que propiciem a utilização de recursos privados para a redução das desigualdades regionais e sociais.

Concluindo-se estas considerações preliminares, é importante anotar que operações de crédito sob a forma de contrato sob consignação de pagamento em folha

não chega a ser novidade no Ordenamento Jurídico do Brasil. Anteriormente, já havia norma jurídica autorizando este tipo de operação com os servidores públicos. Adiante, quando for tratado do desconto em folha, esse assunto será melhor avaliado.

3.1 NICHOS DE MERCADO

Desde o início do Estado Moderno de Direito, ainda na sua feição liberal, os Capitalistas, visando à satisfação de seus interesses, com seu discurso confundem os Objetivos do Capitalismo com os Objetivos da Sociedade ou, até mesmo com os Objetivos do Governo.

Traduz-se o Capitalismo pelo seu Sistema que impõe sobre a sociedade uma Ordem Econômica e Social voltada para a propriedade privada dos bens, meios de produção, serviços, trabalho assalariado, tecnologia, pesquisa e informação, ou seja, apropriação pelo particular de toda riqueza e potencialidade de uma Nação.

O objetivo do Capitalista é conseguir, dentro da legalidade, o domínio deste verdadeiro e maior Tesouro (riqueza + potencialidade) de um País. Tudo indica, até neste final da 1ª Década do Século XXI, que o Capitalista não quer assumir para si os objetivos e finalidades do Estado. Sua intenção aparente é o lucro - retorno do valor monetário do capital investido com a vantagem de mais dinheiro.

Não pertine aos propósitos do presente trabalho tratar das intenções ou finalidades do Capitalista. Não que elas sejam inócuas, mas, porque, elas têm sido recorrentes desde os primórdios da sociedade humana. Talvez as intenções ou finalidades do capitalismo sejam como os valores - incomensuráveis. Entretanto, com o provável fim do socialismo, o capitalismo ficará sem o seu oposto.

Assim, se o Estado Democrático, embora de forma comedida, intervém nos contratos e no mercado para assegurar a eficácia dos direitos sociais para toda a sua população conforme a Constituição, convenha-se: abre-se aí um enorme leque para os

investimentos do capital. Basta capacitar-se para atender essas demandas que a Constituição de 1988 encarregou o Estado de materializar concretamente.

Daí, o empresário - nome com significado amplo e de difícil apreensão - precisa ser competente, competitivo, bem relacionado com os servidores públicos e consciente de sua função social.

Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nessa matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também dos desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção. Nem todo beneficiário do poder funcional, no entanto, é individualizado, como sucede nas hipóteses de pátrio poder, tutela ou curatela, para ficarmos no campo do direito privado mais tradicional.

Algumas vezes, no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusiva contra o titular do poder. É nestas hipóteses, precisamente, que se deve falar em *função social* ou coletiva.¹³¹

Então, sem assumir co-responsabilidade direta com os objetivos e finalidades que a Constituição de 1988 impôs ao Poder Soberano, o Capitalista - agora com nova desenvoltura e amparo jurídico - passa a explorar esses novos Nichos de Mercado que a eficácia dos direitos sociais proporciona para ele. Apenas anote-se que o Brasil caminha para uma população de duzentos milhões de habitantes.

Na verdade, como é próprio de sua atividade, o Capitalista consegue enxergar, pela leitura do texto da norma jurídica, a eventual transformação da realidade que esta irá causar. Assim, antevendo novas oportunidades de negócios pode modificar-se e antecipar suas ações visando sua sobrevivência, crescimento e/ou ampliação de sua lucratividade.

Não se pode ser ingênuo. Com certeza a leitura dos direitos sociais com enfoque voltado para os interesses e finalidades do Capitalista está sendo feita desde o advento da Constituição de 1988 porque para a efetivação de cada direito social pode surgir um novo Nicho de Mercado a ser explorado pela iniciativa privada. Não se obtém a efetiva universalização dos direitos sociais sem investimentos.

¹³¹ COMPARATO, Fábio Konder. Regime jurídico macroempresa. *Apud*, BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 168.

Então, neste final da 1ª Década do Século XXI, imagine-se - apenas como um exercício razoável de abstração - uma das leituras de prováveis novos negócios que – na surdina ou entre os colchetes - os Capitalistas fazem dos direitos sociais enunciados no art. 6º, da Constituição Federal: "Art. 6º São direitos sociais a educação [leitura provável: crédito educativo, bolsa família, material escolar e equipamentos eletrônicos, Lei 10.820/2003 - empréstimo, financiamento e arrendamento mercantil sob consignação em folha de pagamento -, consumidor, etc], a saúde [leitura provável: seguro de saúde, verbas do SUS, remédios e laboratórios, Lei 10.820/2003 - empréstimo, financiamento e arrendamento mercantil sob consignação em folha de pagamento -, consumidor, etc], o trabalho [leitura provável: mão de obra barata, recursos do FGTS, treinamento de pessoal, Lei 10.820/2003 - empréstimo, financiamento e arrendamento mercantil sob consignação em folha de pagamento -, consumidor, etc], a moradia [leitura provável: construção civil, valorização imobiliária, Lei 10.820/2003 - empréstimo, financiamento, arrendamento mercantil sob consignação em folha de pagamento -, consumidor, etc], lazer [leitura provável: hotéis, passagens aéreas, Lei 10.820/2003 - empréstimo, financiamento, arrendamento mercantil sob consignação em folha de pagamento -, consumidor etc], a previdência social [leitura provável: previdência complementar, cartão de crédito, Lei 10.820/2003 - empréstimo, financiamento, arrendamento mercantil sob consignação em folha de pagamento -, consumidor etc], a proteção à maternidade e à infância [leitura provável: brinquedos, doces, carrinhos de bebê, verbas do SUS, Lei 10.820/2003 - empréstimo, financiamento e arrendamento mercantil sob consignação em folha de pagamento -, consumidor, etc], a assistência aos desamparados [leitura provável: fundação privada, vale gás, bolsa família, consumidor, etc], na forma desta Constituição."

Como se vê, os direitos sociais não são meros Nichos de Mercado: são enormes avenidas a serem percorridas e exploradas pela iniciativa privada. E, por força do art. 219, da Constituição de 1988, "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal."

Contudo, o mesmo mercador da época do Renascimento ainda reina acima dos Estados. O Poder do Capital que domina continua apátrida. Sob a nova expressão supranacional, sofisticou-se e detém um controle imediato sobre as informações inimaginável para os seus pares da época dos descobrimentos.

Os Nichos de Mercado abertos pelo neoliberalismo propiciam ao neo-mercador excelentes oportunidades para investimentos diretos e indiretos, através do Estado, Instituições Financeiras ou em parceria com empresas brasileiras. Isto, sem contar que os Estados Soberanos, internacionalmente, concorrem entre si na captação dos recursos que o neo-capitalista domina e controla.

Neste contexto, a Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003, ao "autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil", abriu um enorme Nicho de Mercado para o capital nacional e/ou apátrida.

Exemplificando: o Santander, o HSBC, o BMG mineiro, o Interamericano do Baú, etc, quando, sob a permissão da Lei 10.820/2003, contratam - visando lucro - com trabalhadores, aposentados ou pensionistas, empréstimos, financiamentos ou arrendamento mercantil, tomando como garantia o seu próprio salário ou benefício, estão cumprindo sua função social e simplesmente explorando um Nicho de Mercado.

Tratam-se de fenômenos econômicos inevitáveis produzidos pela *neo* mão invisível percebida por Adam Smith. Ou seja, ambição humana permanece como a grande força motriz capaz de atender a necessidade de concretização dos direitos sociais, gerar riquezas, desenvolvimento e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

De resto, não se pode negar, a Lei 10.820/2003, possibilitou, para esses consumidores sem possibilidades de atender aos requisitos exigidos por um cadastro formal para obtenção de crédito, acesso aos contratos de empréstimo, financiamento e/ou arrendamento mercantil. Agora, de Sem Banco passam a ser clientes dos bancos.

O preço que a sociedade brasileira está pagando por esta transformação não é módico porque - também não se pode negar - com a Lei 10.820/2003 desprotegem-se os salários e os benefícios, concedendo-se simultaneamente aos Bancos um risco contratual próximo a zero.

3.2 O CADASTRO

Para dar concretude aos direitos sociais, o Sistema Democrático termina por ampliar consideravelmente as oportunidades para os Capitalistas. É só uma questão de perspectiva e enfoque. O que antes parecia interferência ao *laissez faire*, olhando bem, é um neo *laissez faire* desenhado nesta 1ª Década do Século XXI. Agora as vantagens vêm com uma linguagem politicamente correta.

Como mostram os romances e filmes, para avaliar o seu risco na aquisição da força de trabalho de um determinado ser humano - identificado pela cor da sua pele ou sua nacionalidade - o comprador de escravos verificava o estado de conservação dos dentes, idade e demais caracteres físicos do escravo. Aplicava assim seu capital.

Estas eram as cautelas usuais para a aquisição de um escravo e fixar o valor do contrato. A força de trabalho era a garantia para o retorno do capital acrescido de lucro. Se o escravo adoecesse ou morresse o comprador arcava com o prejuízo. Se o escravo fugisse o Estado emprestava seu poder de polícia para encontrar o foragido e garantir a ordem pública.

Agora, com o advento da Lei 10820/2003, para avaliar o risco de uma operação de crédito, financiamento ou arrendamento mercantil, fixar o valor do contrato a ser celebrado, de forma irrevogável e irrevogável, com um empregado, aposentado ou pensionista, os Bancos (= Instituições Financeiras e/ou Empresas de Arrendamento Mercantil) têm um meio de cautela muito mais preciso e seguro: basta olhar para o montante do salário, provento de aposentadoria ou pensão, e, conforme preceitua o inciso I, do § 2º, do art. 2º, da mencionada Lei, contar com até 30% (trinta por cento) de seu valor mensal disponível para amortização da dívida, despesas e juros.

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

§ 2º No momento da contratação da operação, a autorização para a efetivação dos descontos permitidos nesta Lei observará, para cada mutuário, os seguintes limites:

I - a soma dos descontos referidos no art. 1º desta Lei não poderá exceder a trinta por cento da remuneração disponível, conforme definida em regulamento; e

[...]

Se o empregado, aposentado ou pensionista vier a morrer, ou tornar-se ausente, antes da quitação da dívida, esta não se extingue e poderá incidir, se houver, sobre sua herança. A garantia é a própria vida do tomador do empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil. Como o valor de cada contrato não é significativo, normalmente, é vantajoso para os Bancos dispensar o cadastro prévio do tomador.

No caso do empregado, seu contrato de trabalho é a garantia do retorno do capital acrescido de juros (=lucros). Se perder o emprego, a dívida também não se extingue. Tendo ou não patrimônio o desempregado, conforme autoriza o § 1º, do art. 1º, da Lei nº 10.820/2003, será descontado para pagamento do crédito tomado, até 30% (trinta por cento) de suas verbas rescisórias:

O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, até o limite de trinta por cento.

Então, neste contexto, a análise prévia para a aprovação do crédito pretendido pelo devedor resume-se na avaliação, pelos Bancos, de sua folha de pagamento. Dela extraí-se a sua renda disponível. Os demais dados sobre a sua capacidade de pagamento serão irrelevantes para o contrato que estará garantido pelo salário ou provento. Facilita-se a vida do gerente e reduz-se o custo da operação. Ponto para o capital.

O gerente tem como tarefa diária a análise/concessão de crédito para pessoas físicas.

Ao analisar a solicitação de crédito de um cliente, o gerente defronta-se com um dilema: por um lado, cumprir as metas estabelecidas para concessão, muitas vezes bastante ousadas, e, por outro, a árdua missão de não comprometer o seu trabalho com a possibilidade de inadimplência destas operações.

Assim, do retorno do crédito concedido pode estar a garantia de emprego do gerente e a sobrevivência do negócio.¹³²

Com este enfoque, a consulta do Cadastro do tomador do crédito, do ponto de vista do capital sem qualquer função social, é desnecessária. Esta tem sido a interpretação da Lei nº 10.820/2003 que os Bancos têm praticado abalando todo o esforço da sociedade para a redução das desigualdade sociais e regionais.

¹³² SILVA, Márcio Antônio da. **Elaboração de um modelo de análise e concessão de crédito para pessoas físicas em um banco**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2003, p. 85. Disponível em: <http://teses.eps.ufsc.br/defesa/pdf/10817.pdf>. Captado em: 25 mai 2008.

Dizer que os Bancos foram induzidos para este tipo de interpretação pela Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 130/2003, não convence. Ao contrário, tal argumento evidencia um nexos claro e inaceitável entre os interesses dos Bancos e a iniciativa da Lei 10.820/2003.

O único nexos aceitável para a iniciativa da Lei nº 10.820/2003, será aquele que evidencie o respeito para com os Fundamentos da República inscritos no art. 1º da Constituição Federal: soberania (I), cidadania (II), dignidade da pessoa humana (III), valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (IV) e pluralismo político (V). Esta é a interpretação que os Bancos deveriam praticar nos contratos.

Como já foi dito: não se interpreta a lei em tiras.

Por outro lado, como demonstram as repercussões fáticas negativas, com certeza faltou ao Executivo, autor do Medida Provisória 130/2003, inserir no texto da Lei nº 10.820/2003, preceitos que tornassem obrigatório a realização de um Cadastro do tomador/devedor do crédito, propiciando ao agente econômico condições para uma análise qualitativa de seu potencial para honrar a finalidade social da Lei em tela.

Como está, sem a exigência de uma análise qualitativa de um Cadastro contendo informações suficientes para uma compreensão mínima da realidade do trabalhador, aposentado ou pensionista, no seu contexto individual, familiar e social, os Bancos, partindo de uma premissa falsa, estão abusando do caráter irretratável e irrevogável do desconto em folha que a Lei nº 10.820/2003 autoriza.

Com a interpretação generalizada que os Bancos, neste início do Século XXI, fazem da Lei nº 10.820/2003, generaliza-se a prática da rapinagem dos Mercadores do início da Idade Moderna contra os titulares da Soberania do Estado, ou seja, o próprio povo brasileiro. Atenta-se contra a sua cidadania, sua dignidade de pessoa humana, e contra os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, até mesmo, contra o pluralismo político.

Mesmo para os padrões de uma economia de livre mercado o crédito foi completamente descaracterizado pela atuação dos Bancos. Estes, tornaram-se verdadeiras aves de rapina disputando os restos do nada daqueles que nada têm. Afinal, o que vem a ser crédito? Por que esperar dos Bancos uma conduta contrária à sua própria natureza?

Porque a eficácia da “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” e, os Bancos, integrantes do Sistema Financeiro, devem “servir aos interesses da coletividade” (arts. 170, *caput*, e 192, da Constituição Federal).

3.3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CRÉDITO E OS FATORES DE EXCLUSÃO DO CIDADÃO

"Análise e concessão de crédito para pessoas físicas em um banco", constitui atividade meio que visa conhecer a realidade do tomador do crédito e evitar sua inadimplência.

Diante dessa realidade, gerenciar a carteira de crédito é defrontar-se, diariamente, por um lado, com a missão de atingir as metas estabelecidas pela organização e, por outro, com a dificuldade em encontrar elementos e critérios, quantitativos e qualitativos, que devem ser levados em consideração na concessão de crédito com objetivo de minimizar os riscos do negócio.¹³³

Usualmente, os Bancos pensam no Cadastro apenas como aquele instrumento que irá protegê-los. Daí, os agentes econômicos privados organizam Bancos de Dados - tipo Seta, Serasa, CDL, etc - com informações que identificam individualmente as pessoas que, costumeiramente ou não, tornaram-se inadimplentes com os pagamentos de créditos que, por contrato, estavam obrigadas a honrar.

Tais Cadastros, apesar de administrados por entidades privadas, afetam o acesso ao crédito pelas pessoas físicas e jurídicas - expressão usada pelo mercado para diferenciar a pessoa natural da pessoa jurídica - ou seja, constituem um Fator importante para a Exclusão do Cidadão.

¹³³ SILVA, Márcio Antônio da. **Elaboração de um modelo de análise e concessão de crédito para pessoas físicas em um banco**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2003, p. 86. Disponível em <http://teses.eps.ufsc.br/defesa/pdf/10817.pdf>. Captado em: 25 mai 2008.

Dáí, o Código de Defesa do Consumidor assegurar, taxativamente, ao Cidadão / Consumidor o direito de conhecer o teor de tais Cadastros à seu respeito:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Para alcançar seus objetivos e finalidades, a Lei nº 10.820/2003, autorizou a celebração, de forma irrevogável e irretroatável, de contratos de empréstimos, financiamentos e arrendamento mercantil, sob consignação em folha de pagamento dos valores das prestações mensais, claramente, com o propósito de remover os obstáculos impostos pela práxis do Mercado contra cidadãos / consumidores com informações negativas nos Cadastros, direta ou indiretamente, organizados pelos Bancos.

Com igual sentido, a mesma Lei permitiu a vinculação de até 30% (trinta por cento) da remuneração disponível do empregado, aposentado ou pensionista para pagamento das prestações decorrentes das operações de crédito que permitiu. Mas, a referida Lei, nada disse quanto a eliminação da práxis de análise econômico-financeira individual de cada pretendente ao crédito.

Mais: para a Lei nº 10.820/2003 atingir seu objetivo social, claramente definido na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 130/2003, a conduta dos Bancos deveria ser no sentido de adotar uma práxis voltada para a análise individual da situação social do tomador / devedor do crédito, situação esta perfeitamente deduzível da

avaliação de seu cadastro econômico-financeiro e conceito no mercado - se o pretendente é bom ou mal pagador, cumpridor de seus deveres e obrigações, etc..

Dizendo melhor: a) "análise individual mínima" da situação econômico-financeira do pretendente ao crédito: verificação do seu conceito no mercado, patrimônio, valor de sua renda e compromissos financeiros assumidos anteriormente; b) "análise individual mínima" da situação econômico-social do empregado, aposentado ou pensionista: verificação do seu conceito no mercado, patrimônio, valor disponível de seu salário ou pensão para cumprir sua parte na renda familiar e suprir suas necessidades pessoais.

Desse modo, designa-se aqui por "análise individual mínima" aquela que - como diriam os processualistas com relação ao processo de conhecimento - se faz bosquejadamente, de forma sumária ou não exauriente, mas suficiente para assegurar a concretização da função social do crédito como quer o Poder Soberano com a promulgação da Lei 10.820/2003.

Os Bancos estão desvirtuando a própria noção de crédito consolidada pelo mercado. Neste sentido, é preciso resgatar-se a noção comercialista de crédito para inseri-la no contexto da Lei nº 10.820/2003.

O crédito, ou seja, a confiança que uma pessoa inspira a outra de cumprir, no futuro, obrigação atualmente assumida, veio facilitar grandemente as operações comerciais, marcando um passo avantajado para o desenvolvimento das mesmas.

De fato, no que diz respeito às obrigações de ordem pecuniária, com a utilização do crédito as transações se tornaram mais rápidas e mais amplas, principalmente pela possibilidade de uma pessoa gozar, hoje, de dinheiro cujo pagamento será feito posteriormente (dinheiro presente por dinheiro futuro). Isso, melhor explicado, significa que, com a utilização do crédito, pode alguém, hoje, ser suprido de determinada importância, empregá-la no seu interesse, fazê-la produzir em proveito próprio desde que tenha assumido a obrigação de, em época futura, retornar a quem lhe forneceu a importância de que se utilizou.¹³⁴

Confiança, portanto, é a força motriz inspiradora da relação contratual convencionalmente conhecida por operação de crédito. Confiança é o fundamento que condiciona a validade desta espécie de contrato. Confiança é o norte para a fixação do

¹³⁴ MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 13.

procedimento preparatório de análise ou avaliação do tomador, bem como, determinar o Padrão, o Modelo, ou o *Standard* dos contratos de micro ou macro-crédito.

A efetivação da função social da Lei 10.820/2003, depende diretamente da conduta dos Bancos. Neles - Bancos - a Nação confiou e merece a reciprocidade. Confiança dos Bancos e nos Bancos. Confiança dos empregados, aposentados ou pensionistas. Confiança nos mutuários - contratos de empréstimo -, nos financiados - contratos de financiamento - e nos arrendatários - contratos de arrendamento mercantil.

Assim, ainda, os Bancos, ao não efetuarem, individualmente, análise econômica, financeira e social dos tomadores do crédito, inspirados na "própria torpeza" do Capitalista, estão praticando conduta omissiva com o propósito de burlar a função social dos contratos sob consignação em folha de pagamento, garantir-se contra as eventuais conseqüências de suas ações contra a dignidade humana de pessoas desamparadas ou em situação precária, aproveitando-se da boa-fé dos tomadores e desvirtuando os objetivos da Lei nº 10.820/2003.

Não é razoável imaginar-se que haja na Lei 10.820/2003, qualquer permissão para a impunidade de tamanha covardia. Para que esta Lei cumpra sua função social e constitua-se plenamente num fator de inclusão do Cidadão, é preciso que os Bancos respeitem a eficácia do Ordenamento Jurídico como um todo, interpretando a Lei conforme a Ponderação dos Princípios voltados para assegurar a concretização do ideal de existência digna, finalidade máxima da Ordem Econômica (art. 170, caput, da Constituição Federal).

3.4 A INTANGIBILIDADE E LIVRE DISPOSIÇÃO DOS SALÁRIOS E BENEFÍCIOS DO INSS

A evolução da noção de contrato de trabalho, desde o início do Estado Moderno de Direito até esta 1ª Década do Século XXI, caracteriza-se pelo menor ou maior grau de intervenção do Estado nesta espécie de contrato. Os liberais e os neoliberais ainda

entendem que a interferência do Estado na relação de emprego corresponde a uma intervenção indevida no mercado como um todo.

Se, por um lado, para a feição Liberal de Estado basta a igualdade formal das partes que integram a relação jurídica trabalhista - empregado e empregador -, por outro, sob a égide do Estado Democrático de Direito, é a própria sociedade quem percebe a desigualdade das partes no contrato de trabalho, e confia na proteção de uma legislação trabalhista suficiente e adequada para assegurar a efetiva igualdade material das partes.

Nas relações de trabalho, ao lado do conteúdo contratual, que é livremente preenchido pelo ajuste expresso ou tácito entre as partes interessadas, prevalece, assim, o *conteúdo institucional* ditado pelas normas jurídicas de caráter imperativo (leis, convenções coletivas, sentenças normativas, etc.), cuja aplicação independe da vontade dos contratantes e ocorre ainda que em sentido diverso se manifestem eles.¹³⁵

Em razão desta intensa interferência do Estado, a doutrina diverge - ou divergiu - quanto a classificação do Direito de Trabalho como um Ramo de Direito Público, Privado ou Misto. Esta divergência decorre, basicamente, da limitada autonomia das partes, no contrato de trabalho, para dispor sobre as condições que devem reger a relação jurídica entre empregado e empregador.

No Direito do Trabalho é inegável que nos deparamos com a presença do Estado, na sua função institucional, impondo limites à iniciativa individual, ao livre jogo dos interesses particulares. Se examinarmos, por exemplo, as regras que, hoje em dia, governam o contrato individual de emprego, é fácil perceber que o operário e o industrial, por exemplo, não têm liberdade de dispor livremente, fixando salários à sua vontade, mas devem obedecer a um mínimo estabelecido coercitivamente pelo poder público. Por exemplo, ninguém pode perceber menos do que o salário mínimo, ninguém pode renunciar àquelas garantias concernentes ao repouso semanal remunerado, ao trabalho normal de oito horas.

Não estão, portanto, patrões e empregados, como um comerciante que vende e um freguês que compra, mas como seres que, no ato de convencionar as formas de remuneração do trabalho, devem atender a exigências imperativas de ordem pública.¹³⁶

¹³⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 16. ed., São Paulo: LTR, 1996, v. 1, p. 201.

¹³⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 351.

Tais "exigências imperativas de ordem pública", no Direito brasileiro, foram reunidas pelo Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, recepcionado pela Constituição de 1.988. Os arts. 2º e 3º da CLT, identifica assim as partes do contrato de trabalho:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Assim, no contrato de trabalho encontram-se, de um lado, o empregador, o agente econômico, aquele que tem o capital, a livre iniciativa privada, assume os riscos da atividade, "admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço"; de outro lado, o empregado, aquele que só tem a sua existência e a opção de trabalhar para si, ou para o empregador de forma não eventual, mediante salário e sob a dependência deste.

Logo, se por definição legal, o empregador dirige e o empregado dele depende, não se trata de um contrato celebrado entre iguais. Daí a relação entre hipersuficiente e hipossuficiente, entre lucro e salário, entre risco do negócio e estabilidade no emprego, entre valor do capital e valor do trabalho, entre autonomia e dependência.

Sendo o salário o principal, senão o único meio de sustento do trabalhador e de sua família, procurou a lei brasileira cercá-lo de proteção especial de caráter imperativo, a fim de assegurar o seu pagamento ao empregado, de forma inalterável, irredutível, integral e intangível, no modo, na época, no prazo e no lugar devidos.¹³⁷

Agora, conhecer razoavelmente a Intangibilidade e Livre Disposição dos Salários e Benefícios do INSS frente a eficácia da Lei nº 10.820/2003, impõe obediência ao nexo entre liberdade e igualdade do ser humano - fundamentos da própria Nação Democrática e da proteção que o Ordenamento Jurídico confere aos salários e benefícios para assegurar plenamente o exercício da condição de Cidadão do empregado, aposentado ou pensionista.

¹³⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 16. ed., São Paulo: LTR, 1996, v. 1, p. 457.

Mas, insistem os neoliberais: por que deve a Lei conferir intangibilidade aos salários e benefícios? Porque defendê-los face ao empregador ou INSS; face aos credores do empregado, aposentado ou pensionista; face aos credores do empregador ou INSS? E, por último, por que defender os salários e benefícios dos interesses da família do empregado, aposentado ou pensionista?

Bem, como diz a letra da música Disparada: "Porque gado a gente marca / Tange, ferra, engorda e mata / Mas com gente é diferente..."¹³⁸

Aí está o porque da proteção conferida pelos Princípios da Intangibilidade e Livre Disposição dos Salários ou Benefícios: porque o empregado, aposentado ou pensionista são "gente", ou seja, são tão livres e iguais quanto o empregador, credor, banqueiro, etc; porque todos são portadores da dignidade da pessoa humana (art. 1º III, da Constituição Federal).

Desse modo, além do aspecto físico, o que os diferencia é a insuficiência ou suficiência material caracterizada pela educação formal, domínio do capital e/ou da técnica. Mas, mesmo assim, a eles cabe decidir a destinação de seu salário ou benefício.

Ainda, muitas vezes "os interesses da família" conflitam com o entendimento, necessidades ou interesses do empregado, aposentado ou pensionista. Daí porque a proteção dos salários e benefícios contra os interesses da família.

Salários e Benefícios, embora sejam conceitos jurídicos distintos, guardam entre si forma recíproca e intercorrente. Exemplificando: o valor do Salário determina, conforme cada caso, o valor do Benefício; a finalidade de ambos é semelhante; ambos têm expressão monetária e não se confundem com o capital e seus riscos.

O salário, portanto, 'não é preço do trabalho, porque trabalho não é mercadoria. Não é indenização dada ao operário em compensação do dispêndio de energia dedicada à produção, porque a natureza e o escopo da indenização são essencialmente diversos do da retribuição. Não é, tampouco, um crédito alimentar, porque, além dessa, possui outras finalidades, como sejam educação, transporte, vestuário, higiene, etc.'¹³⁹

¹³⁸ VANDRÉ, Geraldo; BARROS, Theo. **Disparada**. Captado de <http://letras.terra.com.br/geraldo-vandre/46166/>, em 16/04/2008, as 18:23 h.

¹³⁹ LACERDA, Dorival. **O contrato individual de trabalho**. 1939, p.166, 167. *Apud* SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 16. ed., São Paulo: LTR, 1996, v. 1, p. 342, 343.

O salário é, a nosso ver, a retribuição devida pela empresa ao trabalhador, em equivalência subjetiva ao valor da contribuição deste na consecução dos fins objetivado pelo respectivo empreendimento. E a *natureza jurídica* dessa dívida há de corresponder à natureza jurídica da própria relação de emprego. Se esta, apesar de todos os limites imperativos impostos à vontade das respectivas partes, é, como sustentamos, de índole contratual, certo é que as obrigações relativas ao salário são, igualmente, explicadas pela teoria contratualista, sem embargo das inúmeras restrições ao livre ajuste entre empregados e empregadores. É que as normas vigentes, visando à tutela do trabalho, não desconfiguram a contratualidade da relação de emprego, cujo vínculo nasce do encontro de vontade de um trabalhador e de um empregador.¹⁴⁰

Bem, visto que o salário não pode ser caracterizado como lucro ou renda, nem como mercadoria, indenização ou crédito alimentar, mas como retribuição devida pelo empregador para o empregado em razão da índole contratual da relação de emprego, resta agora conhecer sobre a noção de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social, a que aduz o art. 6º, caput, da Lei 10.820/2003:

Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º desta Lei, bem como autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS.

Desde o nascimento, o ser humano, fundado na experiência e na razão, sobre si mesmo, adquire uma certeza inabalável: a morte. Ele é finito. Do mesmo modo, percebe que envelhecer é próprio da vida; ou que, eventualmente, terminar sua existência antes do envelhecimento também o é.

Igualmente, adquire a noção de que, independentemente de sua cautela e prudência, durante sua existência poderá estar desempregado, adoecer ou acidentar-se. No sistema capitalista, se aquele indivíduo não for proprietário de bens suficientes, estar

¹⁴⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 16. ed., São Paulo: LTR, 1996, v. 1, p. 343.

desempregado, velho, doente ou acidentado poderá significar incapacidade, absoluta ou relativa, de "prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção"¹⁴¹.

Ainda, na sociedade moderna constitui indignidade o abandono de seus indivíduos incapazes, o abandono daqueles que apenas nascem com vida e nem adquirem consciência de sua existência. Daí, a solidariedade como fundamento do Ordenamento Jurídico. Daí a Previdência e Assistência Social.

O art. 7º, XXIV, da Constituição de 1988, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais o Direito a Aposentadoria: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXIV - aposentadoria".

No art. 201, quando preceitua sobre a Organização da Previdência Social, seus objetivos e finalidades, a Constituição Federal, além de aposentadoria, trata acerca de Pensão:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

[...]

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

[...]

§ 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

[...]

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

¹⁴¹ Código Civil de 2002, trecho do Art. 1.695: São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento."

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

[...]

Observe-se, porque pertinente aos propósitos do presente trabalho, que o Regime Próprio de Previdência mencionado no § 5º antes transcrito, não se relaciona com a chamada previdência complementar ou privada, refere-se ao Regime que trata da aposentadoria dos funcionários públicos, o qual tem tratamento diferenciado do Regime Geral de Previdência Social referido no art. 6º da Lei 10.820/2003, e será melhor conhecido adiante.

Conforme o *caput* do art. 201, a Previdência Social organiza-se "sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial". Atuária, segundo o Dicionário, é a "parte da estatística que investiga problemas relacionados com a teoria e o cálculo de seguros numa coletividade"¹⁴².

Atualmente, as atribuições relativas ao pagamento de benefícios encontram-se vinculadas ao INSS, enquanto a arrecadação e fiscalização das contribuições sociais encontram-se a cargo da Secretaria da Receita Federal do Brasil, criada pela Lei n. 11.457, de 16-03-2007, através da fusão da Secretaria da Receita Federal e da Secretaria da Receita Previdenciária.¹⁴³

Ainda, a Constituição de 1988 para atender aos objetivos fundamentais do Estado Democrático elencados no seu art. 3º -

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

¹⁴² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 200.

¹⁴³ TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

- faz distinção entre Previdência e Assistência Social.

Melhor dizendo: enquanto, por um lado, sob a noção de Previdência Social ou Seguridade Social, o equilíbrio financeiro depende de contribuições do Empregado, do Empregador e, se necessário, de recursos do próprio Estado - a quem compete sua Administração e Manutenção - continua vinculada a idéia de contrato de seguro que, conforme dispuser a Lei, poderá ser pago no futuro, sob a forma de benefício de aposentadoria concedido em contrapartida das contribuições efetuadas, em pecúnia, pelo Empregado; por outro lado, a Assistência Social, poderá conceder benefício de aposentadoria, nas condições que a Lei estabelecer, independentemente de qualquer espécie contribuição ou contrapartida do beneficiário.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Neste contexto, portanto, o Estado brasileiro deve atuar para assegurar a efetividade do Direito de seus cidadãos, em quaisquer circunstância, a uma existência digna; ajustando, sempre que necessário, sem contrariar os Princípios do Sistema Jurídico, a Ordem Econômica.

Evidentemente, para os chamados neoliberais, a idéia de impor-se ao Estado a obrigação de pagar benefícios de aposentadoria, sem qualquer contrapartida anterior dos beneficiários, causa repulsa e a acusação de que tais Direitos são os responsáveis pelo chamado Déficit Público: despesas acima das receitas do Estado.

Contudo, inobstante tal repulsa, para superar o verdadeiro contexto do capitalismo tardio da sociedade brasileira - como se vê do entendimento do Prof^o. Augusto Massiuki Tsutya - tais medidas são imperativas:

Certo que se deveria ensinar a pescar em vez de dar o peixe. Mas o que fazer diante de 55 milhões de brasileiros situados abaixo da linha da miséria, que não têm o que comer?

É necessário alimentar essa população para efetivamente começar um trabalho de formação de cidadania.

[...]

Pelo visto, estamos longe do Estado do Bem-Estar Social de inspiração européia. Um dos instrumentos de sua efetivação é a Seguridade Social, que se acha disposta nos arts. 194 a 204 da Constituição brasileira.¹⁴⁴

Segundo o Professor Mozart Victor Russomano, "Benefício é a prestação pecuniária exigível, a todo tempo, pelos beneficiários, segundo as condições taxativamente estabelecidas no direito em vigor."¹⁴⁵ Portanto, benefício corresponde a créditos mensais, em dinheiro (=forma líquida), que a Lei confere aos aposentados e pensionistas.

Destas "prestações pecuniárias exigíveis", tais quais os empregados, os aposentados e pensionistas poderão, conforme a Lei nº 10.820/2003, desde que observadas as normas editadas pelo INSS, utilizar até 30% do líquido de seus benefícios para amortizar prestações oriundas de contratos de empréstimos, financiamentos ou arrendamento mercantil celebrados, de forma irrevogável e irrevogável, com os Bancos.

Como adiante continuará sendo melhor avaliado, o problema reside no teor de seu artigo 1º que, de forma irrevogável e irrevogável autoriza o desconto em folha de pagamento do valor das prestações do empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil e, em conseqüência, termina por retirar do empregado, aposentado ou pensionista o Direito de estabelecer, após o recebimento de seu salário ou benefício, suas prioridades quanto ao modo que irá gastar seu dinheiro.

¹⁴⁴ TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

¹⁴⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Lei Orgânica da Previdência Social**. 2.ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, p. 153, v. 1.

3.4.1 Desconto em Folha: Modo de Pagamento ou Garantia de Pagamento?

Apesar de intangíveis, os salários e benefícios, por determinação de Lei ou mediante autorização expressa dos empregados, aposentados ou pensionistas, geralmente sofrem determinados descontos que incidem e são lançados como débitos sobre o valor dos pagamentos devidos, ou seja, são retidos na fonte pelo Empregador ou INSS ou, ainda, no caso dos servidores públicos excepcionalmente contratados por algum Órgão da Administração Pública.

Para alguns descontos - tais como Imposto de Renda retido na fonte e Contribuição Previdenciária - a lei determina ao Empregador, Instituto de Previdência, ou ao Órgão Público, o seja, à Fonte Pagadora, que efetive o(s) débito(s) e o(s) repasse(m) para aqueles aos quais a Lei confere o título de credor da importância retida. Para outros, considerados facultativos, a Lei só autoriza a retenção pela Fonte Pagadora mediante prévio consentimento do empregado, aposentado ou pensionista credor do salário, ou benefício.

Quanto aos salários dos empregados

Os descontos autorizados por lei são, entre outros, da contribuição sindical (art. 582 da CLT), do pagamento de prestação alimentícia prevista em ordem judicial, do pagamento de pena criminal pecuniária, de custas judiciais, de dívidas contraídas para a aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro de Habitação (Lei nº 5.725/71) da retenção do saldo salarial quando o empregado pede demissão e não dá aviso prévio ao empregador (§ 2º do art. 487 da CLT), da mensalidade devida pelo empregado sindicalizado (art. 548, *b*, *c/c* art. 545 da CLT), da multa em relação ao jogador de futebol (§ 1º do art. 15 da Lei 6.354/76), da contribuição previdenciária (Lei nº 8.212/91), do imposto de renda na fonte (§ 1º do art. 7º da Lei nº 7.713), do vale-transporte até 6% do salário do empregado (art. 9º, I, do Decreto nº 95.247/67) e até 20% do custo direto da refeição (art. 2º, I, do Decreto nº 5/91).

[...]

Os empregados regidos pela CLT podem autorizar, de forma irrevogável e irretirável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de

arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos (art. 1º da Lei nº 10.820/2003).¹⁴⁶

Quanto aos benefícios dos aposentados e pensionistas, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe:

Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:

I - contribuições devidas pelo segurado à Previdência Social;

II - pagamento de benefício além do devido;

III - Imposto de Renda retido na fonte;

IV - pensão de alimentos decretada em sentença judicial;

V - mensalidades de associações e demais entidades de aposentados legalmente reconhecidas, desde que autorizadas por seus filiados.

VI - pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, públicas e privadas, quando expressamente autorizado pelo beneficiário, até o limite de trinta por cento do valor do benefício.

O Legislador, no texto da Lei nº 10.820/2003, utiliza-se da expressão "folha de pagamento". A expressão Folha de Pagamento, em sentido amplo, é utilizada para designar o documento que contenha uma relação de credores, com a discriminação de seus nomes, valores e demais dados respectivos que forem necessários para identificar, individualmente, cada um deles; um demonstrativo que contenha o valor bruto, os descontos efetivados, os valores retidos, o valor líquido e a data do pagamento.

Assim, descontam-se e/ou retêm-se na Folha de Pagamento das Empreiteiras, dos Fornecedores da Merenda Escolar, dos Medicamentos Adquiridos pelo SUS, etc, os valores adiantados ou devidos ao Fisco.

Aqui, no presente trabalho, emprega-se as expressões Folha de Pagamento e Desconto em Folha, em um sentido mais estrito, ou seja, apenas para identificar aqueles relativos aos salários, benefícios ou vencimentos.

Bem, como visto anteriormente, no contexto da Lei nº 10.820/2003, salário e benefício são fatores que possibilitam aos Bancos aferir, de forma cabal e definitiva, a capacidade de pagamento do "cliente" interessado - ou induzido - a tomar, imediatamente, para si e em seu próprio nome, mediante contrato, determinada quantia em dinheiro correspondente ao valor do crédito ofertado pelos Bancos.

¹⁴⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 285.

Como modo de pagamento das prestações, o Poder Soberano, com a Lei nº 10.820/2003, permitiu ao empregado, aposentado ou pensionista, a faculdade de, querendo, autorizar o prévio Desconto em Folha de Pagamento dos valores das prestações previstas, por escrito, em Contrato de Empréstimo, Financiamento ou Arrendamento Mercantil, bem como, o repasse do valor descontado pela fonte pagadora diretamente para os Bancos.

Ainda, a mesma Lei nº 10.820/2003, simultaneamente, retirou do empregado, aposentado ou pensionista, em razão da forma irretratável e irrevogável que confere aos Contratos que enuncia, o Direito Subjetivo de, querendo, desautorizar, por escrito, o Desconto em Folha de Pagamento dos valores das prestações que deve para os Bancos.

Assim, ao retirar do empregado, aposentado ou pensionista, após a celebração do Contrato, a faculdade de escolher entre pagar diretamente para os Bancos os valores das prestações devidas ou, indiretamente, através de Desconto em Folha, a Lei nº 10.820/2003, conferiu aos Bancos, por Lei de Ordem Pública, o Direito Subjetivo de escolher, antes da celebração do Contrato, aquele modo de pagamento para assegurar o recebimento do crédito que concederem.

Dizendo melhor: na relação contratual em tela, desloca-se o atributo "Confiança na pessoa do devedor" para Confiança no modo de pagamento das prestações, ou seja, os Bancos têm a faculdade de só contratar se o empregado, aposentado ou pensionista concordar, previamente, de forma irretratável e irrevogável, com o Desconto em Folha autorizado pela Lei nº 10.820/2003:

Art. 1º Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos.

Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º desta Lei, bem como autorizar, de forma irrevogável e irretratável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições

estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS.

Põe-se assim, para proteger as operações de Crédito Bancário ou de Arrendamento Mercantil, no Ordenamento Jurídico brasileiro - além do aval, fiança, hipoteca, etc - uma nova forma de garantia de pagamento. E mais, sem a necessidade de prévia avaliação do bem hipotecado ou do cadastro do avalista ou fiador.

Ainda, para assegurar a efetividade da nova forma de garantia de pagamento, a Lei nº 10.820/2003, impôs ao empregador e ao INSS, positivando, através da mesma norma jurídica de ordem pública, o dever de informar, de modo discriminado, o montante do salário ou benefício retido dos empregados, aposentados ou pensionistas correspondente às prestações devidas, bem como, repassar tais valores para os Bancos credores.

Para melhor conhecimento da matéria, embora extenso, transcreve-se a seguir o teor dos arts. 3º, 5º e 6º, da Lei nº 10.820/2003:

Art. 3º Para os fins desta Lei, são obrigações do empregador:

I - prestar ao empregado e à instituição consignatária, mediante solicitação formal do primeiro, as informações necessárias para a contratação da operação de crédito ou arrendamento mercantil;

II - tornar disponíveis aos empregados, bem como às respectivas entidades sindicais, as informações referentes aos custos referidos no § 2º deste artigo; e

III - efetuar os descontos autorizados pelo empregado em folha de pagamento e repassar o valor à instituição consignatária na forma e no prazo previstos em regulamento.

§ 1º É vedado ao empregador impor ao mutuário e à instituição consignatária escolhida pelo empregado qualquer condição que não esteja prevista nesta Lei ou em seu regulamento para a efetivação do contrato e a implementação dos descontos autorizados.

§ 2º Observado o disposto em regulamento e nos casos nele admitidos, é facultado ao empregador descontar na folha de pagamento do mutuário os custos operacionais decorrentes da realização da operação objeto desta Lei.

§ 3º Cabe ao empregador informar, no demonstrativo de rendimentos do empregado, de forma discriminada, o valor do desconto mensal decorrente de cada operação de empréstimo, financiamento ou arrendamento, bem como os custos operacionais referidos no § 2º deste artigo.

§ 4º Os descontos autorizados na forma desta Lei e seu regulamento terão preferência sobre outros descontos da mesma natureza que venham a ser autorizados posteriormente.

Art. 5º O empregador será o responsável pelas informações prestadas, pela retenção dos valores devidos e pelo repasse às instituições consignatárias, o qual deverá ser realizado até o quinto dia útil após a data de pagamento, ao mutuário, de sua remuneração mensal.

Art. 6º [...]

§ 1º Para os fins do *caput*, fica o INSS autorizado a dispor, em ato próprio, sobre:

I - as formalidades para habilitação das instituições e sociedades referidas no art. 1º;

II - os benefícios elegíveis, em função de sua natureza e forma de pagamento;

III - as rotinas a serem observadas para a prestação aos titulares de benefícios em manutenção e às instituições consignatárias das informações necessárias à consecução do disposto nesta Lei;

IV - os prazos para o início dos descontos autorizados e para o repasse das prestações às instituições consignatárias;

V - o valor dos encargos a serem cobrados para ressarcimento dos custos operacionais a ele acarretados pelas operações; e

VI - as demais normas que se fizerem necessárias.

§ 2º Em qualquer circunstância, a responsabilidade do INSS em relação às operações referidas no *caput* deste artigo restringe-se à:

I - retenção dos valores autorizados pelo beneficiário e repasse à instituição consignatária nas operações de desconto, não cabendo à autarquia responsabilidade solidária pelos débitos contratados pelo segurado; e

II - manutenção dos pagamentos do titular do benefício na mesma instituição financeira enquanto houver saldo devedor nas operações em que for autorizada a retenção, não cabendo à autarquia responsabilidade solidária pelos débitos contratados pelo segurado.

Concluindo, na Lei nº 10.820/2003, evidencia-se um claro nexo entre o modo de pagamento - Desconto e Folha - e a garantia de pagamento - Forma Irretratável e Irrevogável.

Criou-se uma espécie de Contrato que, se não compromete a Intangibilidade dos Salários e Benefícios, pode violentar a sua Livre Disposição em razão da nova garantia contratual instituída sob a expressão, condizente com o vocabulário politicamente correto deste início do Século XXI: "poderão autorizar, de forma irretratável e irrevogável, o desconto em folha de pagamento".

Assim, aos empregados, aposentados e pensionistas - e, como se verá, também para os funcionários públicos - ampliou-se, concretamente, sua possibilidade de acesso ao crédito com um mínimo de burocracia.

3.4.2 A Proteção do Hipersuficiente: Razões de Ordem Pública ou de Estado?

No Dicionário Aurélio, para o adjetivo suficiente, encontram-se os significados: "1. Que satisfaz; bastante. 2. Que está entre o bom e o sofrível. 3. Assaz numeroso ou considerável. 4. Capaz, apto, hábil." Para o prefixo *hiper*: "posição superior"; "além"; "excesso". E, para o prefixo *hipo*: "posição inferior"; "escassez".¹⁴⁷ Daí, os adjetivos hipossuficiente e hipersuficiente.

A educação formal ensina de modo metódico e sistemático que a história, a literatura, os documentos legais, enfim, os escritos que sobreviveram, desde os tempos mais remotos até os mais recentes, registram fenômenos, contrastes, conflitos entre hiper e hipossuficientes, ou seja, pessoas ou grupo de pessoas que na sociedade humana convivem, relacionam-se e desaparecem nas brumas do tempo.

Não é diferente na sociedade brasileira deste final da 1ª década do Século XXI, caracterizada por seu capitalismo tardio, por seu estágio de incompetência, de desenvolvimento ou subdesenvolvimento, pela normalidade da insuficiência, pela boa ou má-sorte que pode determinar o início ou o fim da abundância ou da escassez.

Neste cenário, a ascensão, decadência ou queda de pessoas naturais ou jurídicas hiper-suficientes é o incomum verificado pelas ciências sociais, festejado pela mídia e folhetins. A fortuna e o infortúnio. A *Belíndia*: ambientes confortáveis de *shopping centers* e condomínios ao lado de camelôs e favelas. Esta é a distância entre o *hiper* e o *hipo* concretamente traduzida pelas desigualdades sociais e regionais do Brasil.

Em cada um dos contratos de empréstimo, financiamento e arrendamento mercantil, de que trata a Lei nº 10.820/2003, invariavelmente, comparecem: de um lado,

¹⁴⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 1602, 904, 905.

o hiper-suficiente, em posição superior, o Banco, aquele que, dentro da Lei, tem ou detém quantidade de dinheiro adequada para além de sua necessidade material e espiritual, em situação de abundância, ou seja, tem liquidez imediata e, mediatamente, suas chances são de maior ou menor abundância; e, de outro lado, o suficiente ou hipossuficiente, em posição inferior, o empregado, aposentado ou pensionista, aquele que, dentro da Lei, não tem nem detém quantidade de dinheiro adequada para suprir toda a sua necessidade material e espiritual, em situação de escassez, ou seja, falta-lhe liquidez imediata e, mediatamente, suas chances são de maior ou menor escassez.

Portanto, sem dúvida é um relação jurídica entre desiguais.

Como anteriormente foi reiterado várias vezes, nesta hipótese justifica-se a intervenção do Estado Democrático de Direito, por meio de Leis de Ordem Pública, nos contratos e no mercado para a proteção do hipossuficiente.

Assim também pode ser descrita a evolução do Estado Moderno: edição de Leis de Ordem Pública para a proteção do hipossuficiente - trabalhador, consumidor, idoso, etc; da Ordem Econômica; do meio ambiente; dos recursos naturais; do patrimônio histórico, cultural, artístico e científico, etc.

A imperatividade do Direito não se manifesta, porém, sempre com a mesma intensidade. Existem graus de imperatividade, o que implica no aparecimento de várias categorias de normas, envolvendo a apreciação das possíveis posições de seus destinatários.

Não há legislador que edite uma lei sem pensar naqueles que a deverão cumprir ou executar. [...]

[...]

O primeiro tipo de regras jurídicas que nos cumpre estudar são as chamadas regras jurídicas *cogentes* ou de *ordem pública*.

[...]

Ordem pública aqui está para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. O Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontade dos obrigados.

Quando certas regras amparam altos interesses sociais, os chamados interesses de ordem pública, não é lícito as partes contratantes disporem de maneira diversa. [...]

[...]

Pois bem, uma regra, a que todos estamos adstritos, chama-se regra de *ordem pública* ou *cogente*, termos, a nosso ver, sinônimos, não passando de filigrana a afirmação de que as normas de ordem pública seriam, propriamente, as normas cogentes em virtude de um interesse superior da sociedade e do Estado. Quem declara que tais regras são de ordem pública? As vezes, o próprio legislador, como ocorre nas hipóteses previstas pelo Código Civil de 2002, no Capítulo V - *Da invalidade do negócio jurídico*, onde se recusa a validade a certos negócios jurídicos por não terem obedecido a determinados requisitos.¹⁴⁸

Geralmente enfatiza-se a norma de ordem pública relacionada com a proteção do hipossuficiente. Mas também há normas de ordem pública voltadas para, direta ou indiretamente, proteger o hiper-suficiente. Quando ocorre tal hipótese - norma de ordem pública voltada para proteger o hiper-suficiente - os Capitalistas preferem o emprego das expressões: Proteção da Ordem Econômica ou do Mercado. Trata-se de um artifício que pode ser politicamente correto, mas não traduz a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela.

Dáí porque dizer-se que o Direito do Trabalho ou do Consumidor contém inúmeras normas de ordem pública que visam à proteção do hipossuficiente. Mas, da mesma forma, também não será incorreto afirmar que o Direito do Trabalho ou do Consumidor visam proteger o mercado e a Ordem Econômica. O art. 170, caput, da Constituição de 1988 diz expressamente: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, [...]".

De qualquer maneira, sem meias palavras, existem muitas normas de ordem pública que traduzem a ascendência ou primado da proteção do hiper-suficiente, especialmente quando voltam-se para o incentivo da chamada livre iniciativa.

Anteriormente, quando foi tratado do Estado Social e Democrático, transcreveu-se um trecho da Riqueza das Nações onde, Adam Smith, sem meias palavras, demonstrava sua preocupação com a necessidade do Estado proteger o "sono dos proprietários". Na verdade, ele reclamava do Estado proteção para o hiper-suficiente. Veja-se:

¹⁴⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130, 131, 132.

Onde quer que haja grande propriedade, há grande desigualdade. Para cada pessoa muito rica deve haver no mínimo quinhentos pobres, e a riqueza de poucos supõe a indigência de muitos. A fartura dos ricos excita a indignação dos pobres, que muitas vezes são movidos pela necessidade e induzidos pela inveja a invadir as posses daqueles. Somente sob a proteção do magistrado civil, o proprietário dessa propriedade valiosa — adquirida com o trabalho de muitos anos, talvez de muitas gerações sucessivas — pode dormir à noite com segurança.¹⁴⁹

Muito bem! Com a derrocada do Estado Social do Direito, ou melhor dizendo, com a escolha, pelo Constituinte de 1988, da feição Democrática para o Estado brasileiro, de acordo com o art. 174 da Constituição, com relação à Ordem Econômica, ao Governo - leia-se Executivo, Legislativo e Judiciário - resta, "na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento".

Ora, não se pode negar que, com a edição da Lei nº 10.820/2003, os banqueiros - proprietários dos créditos contratados com os empregados, aposentados e pensionistas para pagamento sob consignação em folha de pagamento - poderão "dormir à noite com segurança", porque o retorno de seu dinheiro, de sua propriedade - "adquirida com o trabalho de muitos anos, talvez de muitas gerações sucessivas" - estará protegido pela cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade do desconto em folha autorizado pelo tomador do crédito e constante dos contratos.

Assim, esclarecida a noção de proteção ao hiper-suficiente conferida pela Lei nº 10.820/2003, volta-se agora para conhecer seu nexos com a idéia de Razões de Estado.

A um primeiro e superficial exame, "Razões de Estado" aparece como sendo "cobertura de legitimidade para atos que os governantes consideram úteis ao interesse público, embora em si mesmos devam reputar-se injustificáveis". Nessa acepção, o conceito esconde um plano de legitimação de meios em razão de fins, árbitros dos quais acabam sendo os detentores mesmos da força política. Muitos, por certo, assim o entenderam, convencidos de que a ação política racionalmente objetiva segue seu processo natural, tendo imanente em si mesma a sua legitimidade, na medida em que realiza com êxito uma ordem social segundo as exigências do poder, resultando como subordinadas todas as esferas de estimativa à consecução do fim posto como supremo valor.

¹⁴⁹ SMITH, Adam. **A riqueza das nações** investigação sobre a sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, v. II, p. 188.

Não nos parece, porém, que a idéia de "cobertura", ou seja, de "intencional disfarce de legitimidade", seja essencial ao conceito de "Razão de Estado", cujos significados cambiantes escapam, no entanto, à possibilidade de uma definição.

Poder-se-á talvez afirmar que a idéia de Razão de Estado brota da consciência de que existe no âmbito do poder estatal um domínio insuscetível de valoração segundo critérios estranhos às exigências mesmas da ação política, excluindo-se, assim, a possibilidade de *controle* por qualquer outra instância valorativa. Daí o sentimento de vinculação necessária e exclusiva do poder a seus fins: todos os fins se integram e se ordenam no processo de realização plena de uma comunidade social nos limites de sua condicionalidade histórica. [...]¹⁵⁰

Portanto, o problema que aqui se revela não está em condenar ou absolver a iniciativa da Lei nº 10.820/2003, mas conhecer as Razões de Estado que levaram o Poder Executivo a editar a Medida Provisória nº 130/2003, bem como, ao Congresso Nacional a aprová-la tal como foi encaminhada, sem qualquer emenda.

Sabe-se apenas que a intenção foi, em consonância com os objetivos da Constituição de 1988, reduzir as desigualdades sociais e regionais possibilitando maior acesso ao crédito pelos Sem Banco.

Contudo, como se verá em seguida, durante os trabalhos da "Comissão Parlamentar Mista de Inquérito criada pelo Requerimento nº 3, de 2005-CN, para investigar as causas e as conseqüências das denúncias e atos delituosos praticados por agentes públicos nos Correios e Telégrafos"¹⁵¹, instalada em 2005, que ficou notoriamente conhecida como CPMI dos Correios, conhece-se um pouco, com relação à Lei nº 10.820/2003, das Razões dos Bancos confundindo-se com as Razões de Estado.

Importa ainda investigar sobre a "lei que poderíamos ter" em relação à "lei que temos".

¹⁵⁰ REALE, Miguel; **Horizontes do direito e da história**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1977, p. 79, 80.

¹⁵¹ Cfe. Relatório parcial da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito criada pelo Requerimento nº 3, de 2005-CN, para investigar as causas e as conseqüências das denúncias e atos delituosos praticados por agentes públicos nos Correios e Telégrafos. Disponível em: http://www.cpmidoscorreios.org.br/relatorios/relatorio_parcial_movfin.htm. Captado em: 20 mai 2008.

3.4.2.1 O Salário ou Benefício do Hipossuficiente

Um parâmetro razoável para uma noção jurídica de hipossuficiente pode ser encontrado na redação que a Lei nº 6.707/1979, dava para a parte final do § 1º, do art. 4º, da Lei de Assistência Judiciária (Lei nº 1.060/1950): se o requerente à assistência gratuita percebesse salário igual ou inferior ao dobro do Salário Mínimo, dispensava-se a apresentação de Atestado de Pobreza.

Art. 4º A parte, que pretender gozar os benefícios da assistência judiciária, requererá ao Juiz competente lhes conceda, mencionando, na petição, o rendimento ou vencimento que percebe e os encargos próprios e os da família.

§ 1º [...]

§1º A petição será instruída por um atestado de que conste ser o requerente necessitado, não podendo pagar as despesas do processo. Este documento será expedido, isento de selos e emolumentos, pela autoridade policial ou pelo Prefeito Municipal, sendo dispensado à vista de contrato de trabalho comprobatório de que o mesmo percebe salários igual ou inferior ao dobro do mínimo legal regional.

Dizendo de outra maneira: uma renda de até dois Salários Mínimos por mês permite pressupor que aquela pessoa natural está em situação de subsistência, no limite da insuficiência / suficiência, ou seja, é pobre, sua renda permite apenas o necessário para a sua manutenção. Quem ganha menos de um Salário Mínimo estaria abaixo da linha de pobreza.

Assim, os empregados e os titulares de benefícios de aposentadoria podem ter renda igual ou superior a dois Salários Mínimos, ou seja, nem sempre estarão em condições de hipossuficiência. Daí porque, insiste-se, a feitura do Cadastro é etapa indispensável para a avaliação da situação econômica, financeira e social dos candidatos ao crédito oferecido pelos Bancos mediante consignação em folha de pagamento.

Contudo, em relação aos empregados e titulares de benefícios de aposentadoria, os Bancos sempre estarão em condição de hiper-suficiência e, a eles - Bancos - compete a responsabilidade de atuar para que os Contratos celebrados na forma permitida pela Lei nº 10.820/2003, cumpram sua função social.

Então, como atuam os Bancos?

Tem-se uma idéia, no texto que segue, extraído dos esclarecimentos prestados, no mês de outubro de 2005, pelo Banco BMG perante a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional, conhecida como CPMI dos Correios, considerado suspeito de favorecer indevidamente o Partido dos Trabalhadores em troca de um ambiente mais favorável para o crédito consignado¹⁵², seu principal foco de atuação:

O BMG passou a dar destaque especial aos empréstimos conhecidos como "crédito consignado" em 1998 e hoje quase 90% de sua carteira estão concentrados nesse segmento. O banco tem uma participação individual de cerca de 35% em todos os empréstimos consignados de todos os bancos existentes no país, o que totaliza cerca de R\$ 6,5 bilhões de reais. O BMG mantém em todo o Brasil aproximadamente 300 correspondentes bancários e 20 mil agentes que vão de porta em porta oferecer seu melhor produto: empréstimo bancário a juros baixos. O banco disponibiliza uma central 0800, faz propaganda dirigida e tem uma estrutura informatizada para atender aos clientes, inclusive nos finais de semana, além de manter um modelo operacional ágil e simplificado. Este é o diferencial do Banco BMG.¹⁵³

Assim, independente das necessidades vitais dos empregados, aposentados e pensionistas, para os Bancos importa apenas o mercado aberto pela Lei nº 10.820/2003 que, em 2005, totalizava "cerca de R\$ 6,5 bilhões de reais".

Registre-se: a referida Lei não exigiu qualquer contrapartida ou cautela dos Bancos, nem impôs qualquer possibilidade de relativizar-se a forma irretroatável e irrevogável da autorização para desconto em folha após celebrado o contrato.

¹⁵² Cfe.: Relatório parcial da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito criada pelo Requerimento nº 3, de 2005-CN, para investigar as causas e as conseqüências das denúncias e atos delituosos praticados por agentes públicos nos Correios e Telégrafos. Disponível em: http://www.cpmidoscorreios.org.br/relatorios/relatorio_parcial_movfin.htm. Captado em: 20 mai 2008.

¹⁵³ Disponível em: <http://www.bmgvirtual.com.br/MemorialBMG.PDF>. Captado em 20 mai 2008, p. 7.

3.4.2.2 A Equação Viável

O Código Civil de 2002, ao tratar da questão dos alimentos, no Livro IV, Subtítulo III, art. 1.694, dispõe:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Aqui, a Lei dá mais parâmetros para a compreensão das noções de suficiência, hipossuficiência e hiper-suficiência: a) estará em condições de suficiência a pessoa que tiver os alimentos que necessita "para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação"; e, b) estará em condições de hipossuficiência a pessoa que tiver apenas os alimentos "indispensáveis à subsistência".

No cotidiano da vida forense, especialmente, nas Varas de Família, os operadores de direito - juízes, promotores, defensores públicos, advogados, peritos e estagiários - convivem, entre tantos, com dois tipos de problemas de difícil equacionamento: 1º) fixar, de forma adequada, o valor dos alimentos necessários por aquele que reclama quando a pessoa que está obrigada mal tem - ou não tem - recursos para atender às necessidades de sua própria subsistência? 2º) se o devedor não tem meios materiais suficientes, como garantir o pagamento dos alimentos fixados?

Não resolve a equação que desonere da obrigação o devedor porque a ausência ou insuficiência de meios materiais não elimina o seu dever legal de pagar. O pedido daquele que necessita é juridicamente possível e amparado pelo Ordenamento Jurídico. A inadimplência, a violação de um Direito, voluntária ou não, está caracterizada pelo não pagamento da dívida.

Posto assim o conflito, equacionar o montante dos alimentos pedido não é mesma coisa que equacionar a concretização do seu pagamento - satisfação.

Contudo, se o devedor de alimentos estiver empregado ou for titular de benefício do INSS, sua renda não será inferior a um Salário Mínimo. Então, na hipótese, emerge na equação uma possibilidade de garantir a satisfação do pagamento dos alimentos ainda que fixados em valor aquém das necessidades do reclamante.

Desse modo, como parâmetro para a fixação do montante dos alimentos, é usual utilizar-se o percentual de 30% do valor líquido do salário ou benefício daquele que deve em favor daquele outro que reclama. Mais, para garantir a satisfação do pagamento, conforme permite a Lei, o Desconto em Folha de Pagamento também é determinado habitualmente.

Dizendo de outro modo: habitualmente o Juiz determina ao empregador ou ao INSS que efetue o Desconto em Folha do valor fixado, a título de alimentos, e o repasse diretamente para o credor, ou seja, daquele que necessita, o alimentando.

Portanto, a hipótese de deixar-se para a livre disposição do empregado, aposentado ou pensionista apenas 70% do valor líquido do salário ou benefício, não constitui algo totalmente inusitado na experiência jurídica brasileira. "O critério usual, para arbitramento da provisão devida pela marido à mulher, é o de um terço dos vencimentos líquidos daquele."¹⁵⁴

Ainda, como se verá melhor adiante, mesmo antes da Lei nº 10.820/2003, os Bancos já tinham a faculdade de contratar com os servidores públicos, ativos e inativos, empréstimos para pagamento através do Desconto em Folha, em prestações correspondentes ao valor de até 30% de seus rendimentos líquidos.

Observe-se: não se está simplesmente misturando coisas distintas com o propósito de confundir para justificar a prática de crueldades contra aqueles que nada têm. Tampouco quer-se um discurso a favor ou contra os Bancos. Busca-se aqui apenas descrever um fenômeno com repercussões sobre a Ordem Econômica.

Apesar do ditado popular de que "de pedra não sai leite", está comprovado: é perfeitamente viável aos Bancos extrair do hipossuficiente assalariado ou titular de benefícios do INSS, de forma garantida, até 30% de sua renda líquida.

¹⁵⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: família**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1, 1982.

A Garantia, como já dito anteriormente, resulta da forma irrevogável e irrevogável da prévia autorização para o Desconto em Folha do valor das prestações contraídas através de contrato de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil.

Assim - inobstante possa ser considerado como crueldade, abuso ou solução genial - obtém-se uma prática e operacional Equação Viável que, com a Lei nº 10.820/2003, permite o acesso dos Sem Banco ao Crédito. Ponto para o Hiper-suficiente.

4. O INTERESSE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS FRENTE À LEGITIMIDADE MATERIAL DA LEI.

O Prof. Moacyr Amaral Santos, discorrendo sobre a noção de interesse, com a clareza e simplicidade que caracterizou a sua obra, escreveu:

Os bens da vida se destinam à utilização pelo homem. Sem uns, este não sobreviveria, sem outros, não se desenvolveria, não se aperfeiçoaria. A razão entre homens e bens, ora maior, ora menor, é o que se chama interesse. Assim, aquilata-se o interesse do homem, em relação a um bem, variável conforme suas necessidades. Donde consistir o interesse na posição favorável à satisfação de uma necessidade. Sujeito do interesse é o homem; o bem é o seu objeto.

Mas o homem não vive isolado. A par de suas necessidades individuais surgem necessidades do agrupamento a que pertence, e que são aquelas mesmas necessidades consideradas em função do grupo. Fala-se assim em interesse individual e interesse coletivo. No interesse individual a razão está entre o bem e o homem, conforme suas necessidades; no interesse coletivo, a razão está entre o bem e o homem, mas apreciadas as suas necessidades em relação a necessidades idênticas do grupo social. Por isso a determinação dos interesses coletivos - da família, da sociedade civil ou comercial, do sindicato, do município, do Estado - é função dos próprios grupos sociais que se constituíram para a satisfação, a realização e o desenvolvimento daqueles interesses.¹⁵⁵

Os Bancos, enquanto Instituições Financeiras, têm interesses próprios e distintos dos interesses da sociedade brasileira refletidos na Constituição de 1988. Enquanto que a sociedade espera que o Estado atue para "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, III) em prol da "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III), os Bancos têm interesse nos novos incentivos que o Estado, através de Lei, possa conceder para a sua atividade (art. 174).

Dizendo melhor: embora tenham a responsabilidade de "promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade" (art. 192), os Dirigentes dos Bancos, defendem a vontade e os interesses de seus acionistas; o Governo - leia-se: Executivo, Legislativo e Judiciário -, "como agente normativo e

¹⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 3, 4.

regulador da atividade econômica" (art. 174) representa a vontade e os interesses da sociedade.

Daí, novamente, a distinção, nem sempre clara, entre interesse público e interesse privado na atividade econômica: se, ao Estado, salvo raras exceções, não se permite a "exploração direta de atividade econômica" (art. 173); do mesmo modo, à livre iniciativa privada é vedado interferir na soberania nacional (art. 170, I). Daí a expressão que traduz demérito: privatização do Estado.

De acordo com o Sistema Jurídico posto pela Constituição de 1988, ao particular não é legítimo usurpar, manipular ou prejudicar a Vontade do Poder Soberano para atender a interesses privados. O sentido e o alcance das Normas Jurídicas que o Estado edita - Leis, Decretos, etc - não podem ser distorcidos por ninguém - Governo ou iniciativa privada. Também, a validade das Normas Jurídicas está condicionada à sua Legitimidade.

A imensa maioria dos estudiosos do direito foge à questão da *legitimidade do direito* como se diz que do alho foge o vampiro, ou o diabo da cruz. E um dos expedientes mais aprestados a ensejar essa fuga encontra-se na afirmação de que a *legitimidade* está subsumida na *legalidade*, o que não se pode, contudo, logicamente sustentar.

Deveras, quando cogitamos da *legalidade*, geralmente indagamos se determinado comportamento verificado no *mundo do ser é legal*, ou seja, conforme ou não contrário à lei - isto é, se esse comportamento é dotado de *legalidade*. Quando indagamos se uma norma infralegal (uma norma de decreto ou portaria, por exemplo) é dotada de *legalidade*, a ponderamos em relação a uma entidade do *mundo do dever ser*.

Já, ao cuidarmos da *legitimidade* do direito, o que indagamos é se o direito, um conjunto de normas jurídicas ou uma delas, elementos do *mundo do dever ser*, são dotados de *legitimidade*.

[...]

Logo, concluí: podemos afirmar que a norma jurídica é *legítima* - dotada de *legitimidade* - quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado. A *legitimidade* é um *conceito material*, ao passo que a *legalidade* é um *conceito formal*.¹⁵⁶

Assim, para conhecer sobre o Interesse dos Bancos frente à Legitimidade Material da Lei nº 10.820/2003, é preciso perquirir, não só a respeito de sua eficácia ou

¹⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.84, 86.

repercussão social, mas, também, sobre os fatos e antecedentes que motivaram a sua existência. Entretanto, nesta altura, pode-se estar "pisando em ovos".

A seguir, transcrevem-se alguns parágrafos extraídos do Memorial do BMG apresentado ante a CPMI dos Correios, com referências expressas à iniciativa da Lei nº 10.820/2003:

A Medida Provisória 130, de 17 de setembro de 2003, regulamentada pelo Decreto 4.840, da mesma data, dispôs sobre a concessão de empréstimos consignados para os empregados regidos pela CLT, atendendo a antigas reivindicações dos próprios trabalhadores. Para aderir ao programa, as centrais CUT e Força Sindical fizeram uma seleção criteriosa entre todas as instituições financeiras que se propuseram a operar com crédito consignado, de forma a assegurar que elas fossem selecionadas e recomendadas por terem, além de capacitação técnica, as melhores condições comerciais. O Banco BMG candidatou-se e foi selecionado na primeira rodada de negociações, juntamente com outros 18 bancos, iniciando suas operações em novembro de 2003, apenas para trabalhadores ativos do setor privado.

É importante reafirmar que antes da regulamentação promovida pela MP 130, o empréstimo consignado em folha de pagamento era centrado em servidores públicos municipais, estaduais e federais. A regulamentação estendeu aos trabalhadores da iniciativa privada esta opção de crédito.

A MP, em seu art.6º, estendia a operação de crédito consignado aos aposentados e pensionistas do setor privado, condicionando-as, porém, à regulamentação que deveria ser feita pelo INSS.

[...]

Somente em 13 de agosto de 2004, por meio do Decreto 5.180, que alterou novamente o art.154 do Regulamento da Previdência Social, foi permitido a toda e qualquer instituição consignatária, independentemente de ser pagadora de benefício, operar o crédito consignado para os beneficiários do INSS.

Ressalte-se que no período compreendido entre a edição do Decreto 4.862 (21.10.2003) e a edição do Decreto 5.180 (13.08.2004), ou seja, por cerca de 300 dias, criou-se uma reserva de mercado para os bancos pagadores de benefícios.

Tal reserva de mercado para bancos pagadores de benefício, a que nos referimos, não só restringia o poder de escolha dos beneficiários do INSS em relação ao mercado financeiro de modo geral, como também restringia essa operação apenas ao banco pagador de cada segurado.

Durante todo esse período, de 17 de setembro de 2003, quando da edição da MP 130, a 13 de setembro de 2004, quando foi firmando o primeiro contrato do **BMG**, os bancos não

pagadores de benefício, inclusive o BMG, ficaram fora desse mercado.¹⁵⁷

Do trecho do Memorial do BMG antes transcrito, depreende-se que a Lei nº 10.820/2003, atende uma reivindicação antiga dos trabalhadores do setor privado que, conforme manifestado por suas Centrais Sindicais, não tinham acesso ao produto: Crédito para Pagamento das Prestações Sob Consignação em Folha.

Mais: fica-se sabendo que tal privilégio, antes só possível aos servidores públicos, com o advento da Nova Lei, foi estendido aos aposentados e pensionistas do INSS; e que, de 17/09/2003 até 12/09/2004, houve uma injusta reserva de mercado que favoreceu os Bancos pagadores de benefício do INSS, em prejuízo do poder de escolha dos Titulares de Aposentadoria e Pensão pagas por aquele instituto previdenciário.

Na outra ponta, por meio da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 130/2003, sobre o interesse dos Bancos frente a Legitimidade Material da Lei nº 10.820/2003, pode-se conhecer do seu próprio Autor a "correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado":

3. Conforme é do conhecimento de Vossa Excelência, um dos principais componentes do elevado custo dos empréstimos e financiamentos disponíveis aos cidadãos está relacionado ao risco potencial de inadimplência por parte dos tomadores. Tais riscos são estimados pelas instituições financeiras com base em modelos estatísticos próprios, e repassados às taxas de juros exigidas nas diversas formas de crédito oferecidas à clientela.

4. Neste sentido, a possibilidade de consignação das prestações em folha de pagamento, em caráter irrevogável e irreatável, por parte do empregado, virtualmente elimina o risco de inadimplência nessas operações, permitindo a substancial redução deste componente na composição das taxas de juros cobradas.¹⁵⁸

Portanto, a Lei nº 10.820/2003, através da eliminação do risco de inadimplência conferido pela Garantia de Pagamento das Prestações consubstanciada pela vinculação do salário ou benefício do devedor à dívida, buscou uma redução da taxa de juros praticados pelo mercado.

¹⁵⁷ Disponível em: <http://www.bmgvirtual.com.br/MemorialBMG.PDF>. Captado em: 20 mai 2008.

¹⁵⁸ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/EMI-176-mf-mps--03.htm. Captado em: 16 out 2007.

Ante o exposto, não descortina-se uma feliz coincidência entre o Interesse dos Bancos e a Legitimidade Material da Lei nº 10.820/2003.

4.1. O FUNCIONÁRIO PÚBLICO CIVIL FEDERAL

Neste fim desta 1ª Década do Século XXI, num País caracterizado por seu capitalismo tardio como o Brasil, a maioria da população, em termos de renda, encontra-se no limite da suficiência ou insuficiência, provendo seu sustento através da chamada economia informal, ou seja, empregados sem Registro na Carteira Profissional, empresas sem Registro na Junta Comercial, camelôs, etc.

Lamentavelmente, a realidade impõe, para uma boa parte de brasileiros, uma sobrevivência nos limites da legalidade e/ou marginalidade.

Tal fato tem sido debatido no decorrer do presente trabalho porque quando procura-se compreender a noção de Ordem Econômica - Norma Jurídica como instrumento de transformação da sociedade para obtenção da redução das desigualdades regionais e sociais - é sempre recorrente.

Nesta linha de entendimento, em termos de renda, constituem os Servidores Públicos significativa parcela da população que consegue escapar de uma vida sempre no limite da suficiência ou insuficiência. Mais: uma parcela que tem segurança sobre a sua renda futura.

Melhor dizendo: os Servidores Públicos, se admitidos por concurso, após algum tempo, não podem ser despedidos conforme os humores do Empregador, pois têm a chamada “estabilidade no emprego”. Constituição Federal de 1988, art. 41: “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.”

Para o Estado Democrático de Direito, a estabilidade dos Servidores Públicos constitui importante garantia, não só para a pessoa do servidor mas, também, para toda a

sociedade contra eventuais abusos de direito ou malversação dos recursos públicos pelos gestores da Administração Pública.

Entretanto, para os Bancos, o que importa, é a segurança da não interrupção da renda mensal que têm os Servidores Públicos que, diferentemente dos celetistas e dos informais, por força da Constituição Federal, gozam da estabilidade e, não podem ser exonerados sem prévio processo administrativo que garanta o contraditório e a ampla defesa (art. 41 e parágrafos).

Desde antes da Lei nº 10.820/2003, a legislação já permitia aos Bancos explorar o Nicho de Mercado decorrente da renda dos Servidores Públicos.

O empréstimo sob consignação em folha de pagamento é uma operação de crédito que existe no Brasil há mais de 30 anos, iniciado pelas instituições que atuavam junto aos funcionários públicos federais civis e militares e, em seguida, pelas que atuavam junto aos servidores estaduais e municipais.¹⁵⁹

O atual Regime Jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, é regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é convencionalmente nomeado como o Estatuto dos Servidores Federais e, sobre Desconto em Folha de Pagamento, preceitua, no seu art. 45:

Art. 45. Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento.

Parágrafo único. Mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento.

Para melhor compreensão, observe-se que: a) enquanto os empregados, aposentados ou pensionistas do Regime Geral de Previdência Social recebem salários ou benefícios, aqueles do Regime Jurídico do Servidor Público Federal, recebem remuneração ou proventos; b) tal qual o salário e o benefício do Regime Geral da Previdência Social, a remuneração e o provento do Servidor Público também são protegidos pelos Princípios da Intangibilidade e Livre Disposição; e, b.1) também, podem ocorrer, na sua Folha de Pagamento de Remuneração ou Proventos, consignações de Descontos facultativos ou obrigatórios.

¹⁵⁹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/EMI-176-mf-mps--03.htm. Captado em: 16 out 2007, p. 8.

A Regulamentação do art. 45 antes transcrito, inicialmente, aconteceu através do Decreto nº 1.502, de 25 de maio de 1995, o qual:

- a)** definiu como consignações facultativas aquelas que, "a critério da Administração, se efetuam por consenso entre o consignante, o consignatário e a União" (art. 1º, §2º);
- b)** não autorizou aos Bancos Privados as operações de empréstimos ou financiamentos, mas apenas operar com "planos de pecúlio, saúde, seguro de vida ou renda mensal" (arts. 2º e 20);
- c)** fixou como limite das consignações facultativas o percentual de 30% da remuneração (art. 4º); e,
- d)** numa versão mais sutil, ao invés de empregar a expressão forma irretroatável e irrevogável, dispôs: " O pedido de cancelamento formulado pelo servidor deverá ser acompanhado da comprovação da anuência da entidade consignatária, quando for objeto de contrato" (art. 5º, Parágrafo único).

Assim, evidencia-se que, já em 1995, Bancos não Privados podiam se valer, por contrato, dessa modalidade de garantia para operações de crédito: Desconto em Folha de Pagamento.

Até agora, neste final da 1ª Década do Século XXI, a Regulamentação do art. 45 do Estatuto dos Servidores Federais, sofreu diversas modificações com a edição dos Decretos nº 1.534, de 22 de junho 1995; nº 1.903, de 10 de maio de 1996; nº 1.955, de 11 de abril de 1996; nº 2.065, de 12 de novembro de 1996; nº 2.784, de 18 de setembro de 1998; nº 3.297, de 17 de dezembro de 1999; nº 4.961, de 20 de janeiro de 2004; e, nº 6.386, de 29 de fevereiro de 2008.

Dizendo de outra maneira: algo muito incomum ocorre com a regulamentação do art. 45, Parágrafo único, do Estatuto dos Servidores Federais (Lei nº 8.112/1990) pois, num período de menos de 13 anos - de maio de 1995 até fevereiro de 2008 - sofreu oito (8) modificações.

Interessante: tal Parágrafo único é exatamente aquele que dispõe sobre a permissão para consignação em folha de pagamento a favor de terceiros. Mais: efetuando-se a leitura, com o devido enfoque, das modificações acima mencionadas resulta, claramente, um reflexo do interesse dos Bancos Privados no Nicho de Mercado

que os rendimentos e a estabilidade dos servidores federais representam para as operações de crédito consignado.

Primeiro, foram autorizadas as cooperativas de crédito voltadas para o atendimento de Servidores Públicos Federais, realizar operações de crédito na modalidade de pagamento das prestações sob consignação em folha (Decreto nº 1.534/1995, art. 2º, VII).

Segundo, num breve retrocesso para o interesse dos Bancos, o servidor passou a poder obter, unilateralmente, o cancelamento da consignação em folha de pagamento que autorizara (Decreto nº 1.903/1996, art. 6º).

Embora tenha sido breve, tal dispositivo representa um notável ponto para os trabalhadores frente ao interesse dos Bancos, vez que, uma coisa é a obrigação de pagar dívida contraída e outra coisa, bem distinta, é impedir ou tolher a livre disposição do salário, rendimento, vencimento, soldo, benefício ou provento.

Terceiro, abriu-se a possibilidade para os Bancos Privados contratarem com os Servidores Federais financiamentos, com a cláusula do Desconto em Folha, para aquisição de imóvel residencial (Decreto nº 1.955/1996, art. 2º, VIII).

Quarto, voltou-se a exigir a aquiescência da consignatária para o cancelamento do Desconto em Folha para pagamento de empréstimos concedidos por Cooperativas de Crédito; planos de pecúlio, saúde, seguro de vida, renda mensal, previdência complementar e empréstimo concedidos por entidades fechadas ou abertas de previdência privada; e operações similares efetivadas por instituições federais oficiais de crédito (Decreto nº 2.065/1996, art. 5º, § 2º).

Quinto, as entidades fechadas de previdência privada passaram a poder operar com empréstimo consignado para os servidores federais. Foi fixado um limite máximo para o valor das consignações em folha de pagamento, ou seja, a soma das facultativas com as compulsórias não pode exceder a 70% da remuneração do servidor. Voltou-se a exigir a concordância dos Bancos para o cancelamento do Desconto em Folha das prestações. Passou-se a prever, explicitamente, a responsabilização daqueles que processem a consignação mediante fraude, simulação, dolo, conluio ou culpa.. Foi estendido a possibilidade de operação de crédito sob consignação em folha de pagamento também aos titulares de proventos de aposentadoria e pensão (Decreto nº 2.784/1998; art. 4º; art. 11, § 1º; art. 17, II; art. 18 e art. 19).

Sexto, releva dizer aqui que, por meio de um Decreto, desrespeitando a hierarquia da normas, alterou-se o alcance da Lei nº 8.112/90, violentando a integridade do Ordenamento Jurídico. Dizendo melhor: o Decreto nº 3.297/99, estendeu a efetivação de operações de crédito sob consignação em folha de pagamento para os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista regidos pela CLT. Não se pode, por meio de Decreto Regulamentador do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, editar uma Regra Jurídica que alcancem as relações dos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista regidas pela CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, recepcionada pela Constituição de 1988 a nível de Lei Ordinária (Decreto nº 3.297/1999; art. 20).

Sétimo, nesta quadra, após o advento da Lei nº 10.820/2003, novamente, por mero Decreto invade-se matéria de competência de Lei (Lei nº 10.633/2002), possibilitando que as operações de crédito consignado alcance as folhas de pagamentos da polícia civil, da polícia militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, custeadas com recursos do Tesouro Nacional (Decreto nº 4.961/2004; art. 19).

Oitavo, no final de fevereiro do corrente ano, o Governo Federal, finalmente, editou o Decreto nº 6.386/2008, estabelecendo meios mais adequados para controle e fiscalização da ganância dos Bancos, através de mecanismos de proteção do servidor público federal nos contratos sob consignação em folha de pagamento.

Como se verá adiante, normas semelhantes foram editadas para proteção dos titulares de aposentadoria e pensão do Regime Geral da Previdência Social. Sem dúvida, não há como evitar a ilação entre a existência de tais normas jurídicas e as denúncias, constantemente noticiadas pela mídia, de abusos cometidos pelos Bancos nas operações de crédito consignado, especialmente, contra os mais carentes.

Agora, a Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão passará a cadastrar - e a cada doze meses Recadastrar - os Bancos habilitados para operar com o crédito consignado junto aos servidores federais e empregados das empresas de economia mista.

Os Bancos passaram a ser obrigados a, em "sítio próprio", divulgar "informação quanto às taxas máximas de juros e todos os demais encargos inerentes à operação que serão praticados na concessão de empréstimo pessoal no mês subsequente.

Mais, ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão foi conferido o dever de fixar o limite máximo para as taxas de juros a serem praticadas pelos Bancos Cadastrados, sob pena de sua suspensão ou descredenciamento como Consignatário. Os valores cobrados indevidamente deverão, em 30 dias, ser ressarcidos ao prejudicado (Decreto nº 6.386/2008; arts. 5º; 7º; 8º; 12, caput, § 1º, § 2º e § 3º; arts. 13 e 14).

Por fim, os arts. 20 e 21 prevêm as hipóteses de inabilitação ou impedimento dos Bancos nos seguintes termos:

Art. 20. Ocorrerá a inabilitação permanente do consignatário nas hipóteses de:

I - reincidência em práticas que impliquem seu descredenciamento;

II - comprovada prática de ato lesivo ao servidor ou à administração, mediante fraude, simulação, ou dolo; e

III - prática de taxas de juros e encargos diversos dos informados à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em atendimento à exigência do art. 12, na concessão de empréstimo pessoal.

Art. 21. O consignado ficará impedido, pelo período de até sessenta meses, de incluir novas consignações em seu contracheque quando constatado, em processo administrativo, prática de irregularidade, fraude, simulação ou dolo relativo ao sistema de consignações.

Como visto, o crédito consignado não pode ser havido apenas como mais um mero mecanismo para os Bancos realizarem suas operações com tranquilidade e segurança. Mas, principalmente, como um mecanismo eficiente e honesto para a redução das desigualdades regionais e sociais.

4.2. OS SERVIDORES E INSTITUTOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS

Conforme o art. 18 da Constituição Federal de 1988, "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição."

Decorre desta autonomia que os Estados e Municípios, no âmbito de sua competência, passaram a instituir o regime jurídico e o plano de carreira para os seus servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas.

Dá a distinção entre os Estatutos dos Servidores da União, dos Estados e dos Municípios. Do mesmo modo, os Estados e Municípios passaram a instituir seus próprios Institutos de Previdência para pagamento dos proventos de aposentadoria ou pensões dos seus servidores efetivos.

Assim, todo estado e todo município que instituíssem um regime próprio, transformando seus funcionários de celetistas em estatutários, se beneficiariam da não-contribuição para o INSS e para o FGTS (redução de gasto em torno de 30% da folha), da disponibilidade adicional de recursos provenientes das contribuições dos servidores públicos e da compensação financeira entre regimes previdenciários. A perspectiva de melhora imediata na situação financeira dos Tesouros locais fez com que uma série de estados e municípios criassem seus Regimes Únicos [...] Além da redução na alíquota de contribuição, o ingresso no Regime Jurídico Único permitiu aos servidores com remuneração alta uma aposentadoria maior do que o teto assegurado pelo Regime Geral. Os dados indicam que, atualmente, para a grande maioria dos estados e municípios, mais de 40% da folha de pagamentos seriam constituídos apenas por aposentados.¹⁶⁰

Art. 12. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social. (Lei nº 8.213/1991, de 24/07/1991, que “Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências”)

Para os Bancos, o que importa, é o fato de que os Servidores Estaduais e Municipais, admitidos por concurso, após três anos, adquirem a estabilidade, ou seja, só perdem sua remuneração por sua livre vontade ou se - após cumprido o devido processo legal - forem exonerados (art. 41 da Constituição Federal).

E, depois, se aposentados, doentes ou mortos, haverá os proventos de aposentadoria ou pensão pagos pelos Institutos de Previdência dos Estados e

¹⁶⁰ NAJBERG, Sheila; IKEDA, Marcelo. **Previdência no Brasil: desafios e limites**. p.270. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/eco90_08.pdf. Captado em: 22 jul 2008.

Municípios que, por regime próprio de previdência social, amparam seus aposentados e pensionistas.

Afora o número de servidores ativos e inativos dos 27 Estados da Federação, para se ter uma noção do Nicho de Mercado que os Bancos visualizam, tome-se os dados abaixo, relativos aos 5.560 Municípios brasileiros, conforme o Senso realizado em 2000 pelo IBGE:

Tabela 5 - Municípios, total e por classes de número de funcionários ativos nas administrações direta e indireta, segundo classes de tamanho da população dos municípios, Grandes Regiões e Unidades da Federação - 2002

Número de funcionários ativos nas administração direta e indireta:

Até 100 = 335

De 101 a 200 = 1.433

De 201 a 300 = 962

De 301 a 500 = 1.101

De 501 a 1000 = 1.027

Mais de 1000 = 701

Tabela 5 - Municípios, total e por classes de número de funcionários ativos nas administrações direta, por vínculo empregatício - Grandes Regiões e Unidades da Federação:

Estatutários = 2.355.200

CLT = 544.542

Outros = 721.991

Total = 3.629.948

Tabela 10 - Municípios, total e por existência de Instituto ou Fundo Municipal de Previdência e Total de Funcionário aposentados e pensionistas - Grandes Regiões e Unidades da Federação:

Existência de Instituto ou Fundo Municipal de Previdência = 1.674

Total de Funcionários Aposentados = 350.740

Total de Pensionistas = 119.128 ¹⁶¹

Ainda, é preciso considerar o diferencial dos chamados Regimes Próprios para aposentadorias e pensões dos servidores públicos dos Estados, Municípios e União, que permitem o pagamento de proventos (ou benefícios) em valores correspondentes

¹⁶¹ Cfe.: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Perfil dos municípios brasileiros: gestão pública 2001**. Rio de Janeiro: IBGE, 2002, p. 159, 164.

àqueles percebidos pelos servidores que estão em atividade, ou seja, embora inativos matêm sua “renda” e seu “poder aquisitivo”.

No âmbito dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos, o desequilíbrio financeiro e atuarial é ainda mais gritante. Diversos privilégios precisam ser urgentemente eliminados, como a paridade entre ativos e inativos, valor dos proventos e da pensão correspondentes à última remuneração e baixo limite de idade para aposentadoria.¹⁶²

Independentemente de ser justo ou injusto, o fato é que o valor máximo dos benefícios pagos aos aposentados e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social – atualmente correspondente a R\$ 3.038,99 (Portaria Interministerial MPS/MF de nº 77, de 12.03.2008) – não é o mesmo daqueles que são pagos, a título de aposentadoria ou pensão, pelos Regimes Próprios dos Estados, Municípios e União.

Justo ou injusto, o Ordenamento Jurídico trata de forma diferente os trabalhadores brasileiros inativos ou seus dependentes. Embora não seja objeto do presente trabalho, a questão é notória, desconfortável e tem sido objeto de intensos debates políticos, econômicos e jurídicos no seio da sociedade. Veja trechos do trabalho intitulado “Livro branco da previdência social”:

[...] assegurando proventos de aposentadoria à última remuneração em atividade, acrescida da promoção de um nível hierárquico e a garantia dos reajustes aplicáveis aos vencimentos dos ativos, representou encargos extremamente elevados, sobretudo para os estados e municípios, [...]

[...]

Na década de 90, enquanto declinava o número de servidores ativos, crescia vertiginosamente, o número de aposentados e pensionistas. Chegou-se em 2000 a uma relação de um servidor ativo para cada inativo, relação essa que não tem precedentes na história da humanidade.¹⁶³

Visando corrigir tal distorção, embora timidamente, atualmente, após mais de uma Emenda, a Constituição de 1988, após fixar limites máximos para a remuneração dos servidores efetivos dos Estados, Municípios e da União (art. 37, XI), para as aposentadorias e pensões preceitua e dispõe no art. 40:

¹⁶² Brasil, Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). **Livro branco da previdência social**. Brasília: MPAS/GM, 2002, p. 7. Disponível em: http://www.previdenciasocial.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_14_06.asp. Captado em: 22.05.2008, 9:30 h.

¹⁶³ Brasil, Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). Op. Cit.

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

De qualquer modo, os Bancos, como é legítimo e de seu interesse, sempre perceberam o tratamento distinto que o Estado brasileiro dispensa aos trabalhadores inativos -e seus dependentes - provenientes da Administração Pública. Não é culpa sua se os trabalhadores regidos pela CLT não têm a mesma sorte que os servidores públicos. Ou, se o Tesouro – Municipal, Estadual ou Municipal –, às custas da sociedade como um todo, banca tal privilégio ou diferencial.

Dizendo de outra maneira: os Bancos lêem o mercado conforme ele existe. Se a intervenção do Estado na Ordem Econômica amplia as desigualdades sociais e regionais: paciência. Aos Capitalistas, o que interessa, é a segurança no cumprimento dos contratos e a renda do consumidor. Afinal, este é seu ofício.

Desse modo, sempre que Leis pertinentes dos Estados e Municípios autorizam a modalidade de contratos sob consignação em folha de pagamento para os seus servidores ativos, inativos ou pensionistas, os Bancos, cumprindo sua função social, atuam para facilitar e possibilitar o seu acesso ao mercado formal de crédito.

4.3 AINDA SOBRE O INTERESSE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Colimando a realização de seu objeto, os bancos desempenham, em relação a seus clientes, uma série de atividades negociais, que tomam o nome técnico de operações bancárias.

[...]

Dois são, portando, os aspectos da operação bancária: o econômico e o jurídico.

Economicamente, há que se considerar a prestação de serviços no setor creditício que redundam em proveito tanto para o banco, como para o cliente.

Juridicamente, a operação bancária, para se ultimar, depende de um acordo de vontades entre o cliente e o banco, razão pela qual se diz que se insere no campo contratual, [...] ¹⁶⁴

Aos negócios realizados pelos bancos, no exercício de sua atividade mercantil, chamam-se *operações bancárias*, se a função é creditícia.

[...]

São *operações típicas* as que se realizam para o cumprimento da função creditícia dos bancos. Dividem-se em *operações passivas* e *ativas*. Nas primeiras, o banco assume a posição de *devedor*; nas segundas, de *credor*. Se recolhe capital, tornando-se devedor dos clientes, realiza operação passiva; se aplica suas disponibilidades, concedendo crédito, pratica operação ativa. ¹⁶⁵

[...]

Aos Bancos só importa operar com quem tem dinheiro. Como, num país de capitalismo tardio, o dinheiro está concentrado na mão de poucos, a renda da maioria dos trabalhadores – formais e informais - é aquém dos níveis razoáveis de suficiência e seu poder aquisitivo, sua disponibilidade de dinheiro em espécie é praticamente inexistente.

Daí, tradicionalmente, aos Bancos, só importa operar com os trabalhadores regidos pela CLT que comprovem renda, pessoal ou familiar, razoavelmente acima dos níveis de suficiência; ofereçam garantias aos créditos que tomam – fiança, aval, hipoteca – e com vida pregressa que demonstre uma conduta sem restrições negativas – leia-se: nome limpo.

Então, o Governo, objetivando viabilizar as operações de crédito dos Bancos com os trabalhadores celetistas que, embora hipossuficientes, formalmente, integram o mercado de trabalho, ou seja, têm registro em Carteira Profissional, editou a Lei nº 10.820/2003. Como visto anteriormente neste trabalho, este é o fundamento do discurso desde a Exposição de Motivos.

¹⁶⁴ ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 41, 42.

¹⁶⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 382, 383.

Contudo, como o trabalhador normalmente não dispõe de patrimônio - seu único meio de sobrevivência é a sua força de trabalho -, se estiver desempregado, mesmo esta força de trabalho seria inútil para a Garantir o pagamento do crédito tomado dos Bancos. Logo, caso a Lei nº 10.820/2003 apenas alcançasse os trabalhadores celetistas, ela não teria a repercussão que teve.

Dizendo de outra maneira: os Bancos, embora contando com a nova Garantia representada pelo Desconto em Folha, permaneceriam realizando operações de crédito apenas com aqueles empregados qualificados, contratados por grandes empresas particulares ou de economia mista ou que têm representação sindical forte e, a grande maioria daqueles trabalhadores hipossuficientes continuaria Sem Banco.

Entretanto, a renda do aposentado e do pensionista, ainda que mínima, não vem de sua força de trabalho, não cessa em razão de desemprego e, no mínimo, complementa a renda de muitas famílias de empregados que têm pouca ou nenhuma qualificação.

Logo, da mesma forma que a remuneração dos servidores públicos estáveis, é uma Garantia para a operação de crédito. Ora, agora este é um assunto que, sobremaneira, interessa aos Bancos.

A previdência brasileira administra um dos maiores programas de renda mínima do mundo, na exata proporção em que paga benefícios de um salário mínimo por mês a 7,9 milhões de brasileiros que não contribuíram para a previdência social. Estima-se que cerca de 71% da renda média domiciliar nos municípios do Nordeste tenham origem no pagamento da previdência rural.¹⁶⁶

Mais: segundo consta da Base de Dados Históricos do Anuário Estatístico da Previdência Social – Resumo de Manutenção – 2003¹⁶⁷, a Previdência Social (Regime Geral) pagava em 2003, ano de aprovação da Lei nº 10.820:

¹⁶⁶ NAJBERG, Sheila; IKEDA, Marcelo. **Previdência no Brasil: desafios e limites**. p.289. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/eco90_08.pdf. Captado em: 22 jul 2008.

¹⁶⁷ *In*, **Base de dados históricos do enuário estatístico da Previdência Social: resumo de manutenção – 2003**. Disponível em: <http://creme.dataprev.gov.br/temp/DMAN01consulta23340507.htm>. Captado em: 20.05.2008, 9:30 horas.

Grupo/Principais Espécies	Quantidade Benefícios Mantidos	Vlr Benef Mantidos (R\$)
42-Ap Tempo Contrib LOPS	3.007.579	2.553.762.602,18
Pensões por Morte	5.459.355	1.758.862.195,77
Ap Idade	6.156.779	1.689.425.179,94
Ap Invalidez	2.381.922	814.700.168,40
46-Ap Tempo Contrib Especial	418.084	390.448.956,23

Então, se a soma dos benefícios de aposentadoria e pensão, em 2003, perfazia um total de R\$ 7.207.199.102,52 (sete bilhões, duzentos e sete milhões, cento e dois mil e cinqüenta e dois centavos), por que não incorporar ao Discurso, melhor dizendo, ao texto da Norma Jurídica, um artigo para alcançar também os Titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social?

Assim, tem-se o art. 6º da Lei nº 10.820/2003 - uma Lei que só tem nove artigos – alterado pela Lei nº 10.953, de 27 de setembro de 2004:

Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º desta Lei, bem como autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS.

E, aparando eventuais arestas, no art. 7º, para viabilizar legalmente as retenções mensais a favor dos Bancos Privados, a Lei nº 10.820/2003 também alterou a o art. 115 do Planos de Benefícios da Previdência Social relativo ao Regime Geral de Previdência:

Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:

[...]

VI - pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, públicas e privadas, quando expressamente autorizado pelo beneficiário, até o limite de trinta por cento do valor do benefício.

§ 1º Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé.

§ 2º Na hipótese dos incisos II e VI, haverá prevalência do desconto do inciso II. (Lei nº 8.213/1991)

Assim, a partir da Lei nº 10.820/2003, os Bancos formaram uma sólida e segura Carteira de Contratos Sob Consignação em Folha de Pagamento. Veja-se, a seguir trechos do Relatório de Economia Bancária e Crédito do Banco Central – 2005¹⁶⁸:

Relativamente à evolução do crédito livre doméstico, é importante ressaltar que o crescimento não se restringe a uma modalidade específica, tratando-se de uma expansão generalizada (tabela 7). Examinando as variações observadas em 2004 e 2005, verifica-se aceleração no crescimento do crédito em 2005, explicado basicamente pela forte expansão do crédito a pessoas físicas. Todas as operações do segmento cresceram em 2005 mais do que em 2004, com destaque para o financiamento de outros bens que não veículos (+41,6%) e crédito pessoal (+46,1%), este último influenciado pela expansão do crédito consignado (+82,2%).

Ainda com base em dados do Banco Central do Brasil, na Tabela 7 mencionada, elaborada com base nas treze maiores instituições que operam com crédito pessoal, verifica-se que o volume das operações com crédito consignado no 1º ano de vigência da Lei nº 10.820/2003 – dezembro de 2004 - atingiram o montante de R\$ 12.611.000.000,00 (doze bilhões e seiscentos e onze milhões de reais) e, no 2º ano de vigência – dezembro de 2005- o montante evoluiu para R\$ 22.981.000.000,00 (vinte e dois e novecentos e oitenta e um milhões de reais).

Tabela 7 – Saldo das operações de crédito livre doméstico –Composição*

Discriminação	R\$ milhões			Variação (%)	
	Dez/03	Dez/04	Dez/05	Dez/04 Dez/03	Dez/05 Dez/04
Pessoas jurídicas	88.126	111.891	137.347	27,0	22,8
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Pessoas Físicas	88.099	113.272	155.190	28,6	37,0
-Cheque especial	8.919	9.800	10.794	9,9	12,0
-Crédito pessoal	30.494	43.423	63.444	42,4	46,1
Créd Consignado**	...	12.611	22.981	...	82,2
-Aquis veículos	29.987	38.065	50.685	26,9	33,2
-Aquis outros bens	5.344	7.225	10.229	35,2	41,6
Total	176.225	225.163	292.537	27,8	29,9

¹⁶⁸ In, Banco Central. **Relatório de economia bancária e crédito – 2005**. p.15. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pec/spread/port/rel_econ_ban_cred.pdf#page=70. Captado em: 21 out 2007.

Fonte BCB – Departamento Econômico (Depec)

**Crédito Referencial para taxa de juros (Circular 2.957, de 30.12.1990)

*Valores da amostra das treze maiores instituições que operam com crédito pessoal.¹⁶⁹

Portanto, no período de um ano verificou-se um aumento de 82,2%. Ou seja, muito superior ao crescimento da população e da própria renda das pessoas físicas. Logo, houve uma significativa inclusão da população dos Sem Banco nas operações regulares e oficiais de crédito.

Os relatórios econômicos oficiais e não governamentais idôneos, indicam claramente que os juros cobrados pelos Bancos nas operações com pessoas físicas, caíram significativamente, especialmente, em virtude da melhor Garantia daquelas sob consignação em folha de pagamento.

Em setembro de 2005, a média da taxa de juros das operações de crédito consignadas em folha era de 36,55 a.a. (cerca de 2,6% a.m.), enquanto nas operações de crédito pessoal a taxa de juro alcançava 76,9% (aproximadamente 4,9% a.m.), expondo a diferença significativa entre as duas modalidades, quase o dobro. [...] aponta também a queda das taxas do crédito consignado desde o início da coleta dos dados: de 41,4 a.a. (2,93% a.m.) em janeiro de 2004 e 36,5% a.a. em setembro de 2005, devido à crescente concorrência da modalidade.¹⁷⁰

Desse modo, ponto para a eficácia da Lei nº 10.820/2003.

Aqui, para melhor conhecimento da questão, considerando que os Bancos trabalham com crédito – dinheiro próprio ou obtido de terceiros - é importante fazer-se uma reflexão sobre um possível nexos entre o “custo dos empréstimos, financiamentos ou arrendamentos” e as “taxas de juros cobradas” pelos Bancos.

Os juros, como qualquer mercadoria - e eles não passam de uma mercadoria -, sofrem os efeitos da oferta e da demanda, lei imutável da natureza econômica: se há mais gente querendo comprar juros, o preço sobe, caso contrário, ele cai.

[...].

Finalmente, é digno de nota que todos somos .gananciosos.. O fito do banqueiro, como o de qualquer empresário, é o lucro, o retorno sobre seu investimento. Ninguém corre riscos à toa. As

¹⁶⁹ *In*, Banco Central. **Relatório de economia bancária e crédito – 2005**. p.15. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pec/spread/port/rel_econ_ban_cred.pdf#page=70. Captado em: 21 out 2007.

¹⁷⁰ TAKEDA, Tony; BADER, Fani Léa C. Consignação em folha de pagamento – fatores da impulsão do crédito. *In*, Op. Cit., p. 73.

taxas estão elevadas porque há um excesso de custos e tributos sobre a taxa de captação, e não por outra razão. Muitos banqueiros prefeririam emprestar mais com juros menores, desde que seu risco fosse também menor.¹⁷¹

Então, convencionalmente, a palavra juros pode traduzir, simultaneamente, as idéias de mercadoria, custo, lucro, ônus ou bônus.

Por outro lado, não se pode esquecer que a palavra juros ainda pode, dependendo – e as vezes, não dependendo – da pessoa do intérprete, dos interesses em jogo, ou seja do contexto, traduzir as idéias de vantagem, desvantagem, usura, generosidade ou compensação. Também, o mesmo fenômeno ocorre com o texto das Leis que integram o Ordenamento Jurídico e exigem cautela do hermeneuta.

Simplificadamente, os juros são prestados em coisas fungíveis, embora ordinariamente em dinheiro, e podem ser normalmente classificados em remuneratórios e moratórios. Os primeiros são aqueles que resultam da manifestação bilateral ou unilateral da vontade, geralmente tendo por fonte o contrato ou o acordo de vontades. Já os juros moratórios resultam do retardamento indevido no cumprimento daquela obrigação, isto é, da mora em solver aquela avença.¹⁷²

Sob a expressão “taxas de juros cobradas” estão as justificativas para o montante de dinheiro que o empregado, aposentado ou pensionista, em prestações, pagará para o Banco; montante este que é maior do que a quantia de dinheiro que recebeu do Banco quando contratou o empréstimo, financiamento ou arrendamento.

Dizendo de outro modo: além do lucro pretendido pelos Bancos, sob o valor que efetivamente será pago pelo do tomador do crédito estão refletidas e contabilizadas pelas Instituições Financeiras: a) a quantia de dinheiro de propriedade dos Bancos; b) a quantia de dinheiro de propriedade de terceiros que os Bancos, através de contrato(s), obtêm no mercado (de clientes, outras Instituições Financeiras, etc); c) a quantia de dinheiro que os Bancos, para operar, têm de manter, compulsoriamente, junto ao Banco Central; d) a quantia de dinheiro que os Bancos têm de devolver para o mercado [quantia obtida mais os juros (rendimentos sobre o capital)]; e) a quantia de dinheiro

¹⁷¹ SAADI, Jairo. **Notas sobre juros e o custo financeiro Brasil.** In: 2000, RAE - Revista de Administração de Empresas / EAESP / FGV, São Paulo, Brasil. Disponível em: <http://www.rae.com.br/rae/index.cfm?FuseAction=Artigo&ID=400&Secao=CONTRAPONTE&Volume=40&numero=4&Ano=2000>. Captado em: 15 jul 2008.

¹⁷² Op. Cit.

que os Bancos gastam para a sua própria manutenção (salários, prédios, equipamentos, tributos, etc); f) a quantia de dinheiro referente aos tributos incidentes diretamente sobre o valor do crédito objeto do empréstimo, financiamento ou arrendamento; g) a quantia de dinheiro que os Bancos estimam como Risco de Inadimplência.

Agora, se, embora estimada, a Inadimplência não acontece, a quantia de dinheiro referente ao Risco não realizado converte-se em “lucro acima da expectativa” dos Bancos. Se acontece a inadimplência, justifica-se a quantia cobrada ou, quando a importância cobrada a título de risco for menor que a inadimplência realizada, esta converte-se em prejuízo para os Bancos.

Entretanto, nunca é assim tão simples. Na verdade, ao longo do tempo, num universo de milhares ou milhões de contratos similares, tal discurso existe para justificar um contexto repleto de fatores imprecisos, de idéias indeterminadas, de interesses nem sempre “pronunciáveis” ou “traduzíveis”, de nexos sem rigor lógico, etc.

Contudo, não importa a denominação – “juros compensatórios”, “custo”, “lucro”, “risco” ou *spread* –, na verdade, em troca da vantagem do dinheiro que de imediato não têm, os empregados, servidores, aposentados ou pensionistas, quando autorizam, mediante contratos confeccionados pelos Bancos, o Desconto em Folha de Pagamento, concedem aos Banqueiros acesso à riquezas inestimáveis.

Mas, parece que mesmo com a diminuição dos riscos, dos custos e o acesso possível aos recursos dos milhões de hipossuficientes brasileiros, os Bancos não consideram que, em troca das excelentes oportunidades e riquezas conferidas pela Lei nº 10.820/2003, a sociedade exige que eles cumpram sua função social.

Melhor esclarecendo: a sociedade espera que, em troca das vantagens recebidas, a conduta dos Bancos seja adequada às necessidades e limitações dos Sem Banco. Os Bancos, independentemente da fiscalização do Estado, na condição de hipersuficientes beneficiados por Lei de Ordem Pública, quando contratam com os hipossuficientes, têm evidentes responsabilidades sociais e não podem onerar ainda mais os carentes.

Sobre o assunto, o jornal O Estado de São Paulo publicou em 24 de janeiro de 2007, notícia sob o título Juro maior para os “Sem Banco”, da qual destaca-se os trechos que seguem:

Taxas chegam a ser até 40% mais altas para aposentado que não tem conta corrente.

Os aposentados e pensionistas sem conta corrente são os que mais pagam juros para ter acesso ao crédito consignado (com desconto em folha). O não-bancarizado, na linguagem do sistema financeiro, chega a pagar até 40% de juros a mais ao final de 36 meses do que um aposentado com conta corrente na Caixa Econômica Federal ou no Banco do Brasil, instituições que oferecem as menores taxas para operações de crédito de até três anos. Os dois bancos cobram juros de 2,41% e 2,30% ao mês, respectivamente.

[...]

A questão é que o custo da operação para disponibilizar o empréstimo a um sem-banco se tornou um problema para as instituições médias e pequenas. Além de serem obrigadas a contratar vendedores de crédito consignado em regiões remotas do País, as menores necessitam dos grandes bancos para fazer com que o dinheiro chegue ao tomador por meio de Ordem de Pagamento (OP). Essas instituições tentam reduzir o peso dessa despesa. Os pequenos acham que a tarifa bancária dos grandes é excessiva - varia entre R\$ 18 e R\$ 45 por operação -, mas o principal problema é que poucos bancos com redes nacionais se dispõem a oferecer a OP. Isso tem provocado perdas de negócios entre pequenos e médios, confirmou um executivo de um banco com grande volume de operações de empréstimo consignado.¹⁷³

Ora, é inaceitável qualquer interesse ou justificativa para manipular a eficácia da Lei nº 10.820/2003 contra os hipossuficientes. Se os Bancos não podem contratar com os Sem Banco, mesmo na modalidade de Consignação em Folha de Pagamento, nas mesmas condições que oferecem aos seus clientes, então: não contratem.

A sociedade brasileira espera e confia que a conduta dos Bancos seja compatível com os objetivos da Lei nº 10.820/2003. Sem mais delongas: sempre que os Bancos, qualquer deles, assim não aja, mesmo que formalmente esteja regular, perde inteiramente sua legitimidade e vicia – coloca sob suspeição - a validade de todos os contratos que celebrou com empregados, aposentados, pensionistas ou servidores.

Assim, é inegável e inevitável a intercorrência entre o interesse dos Bancos frente a legitimidade material da Lei nº 10.820/2003.

¹⁷³ Disponível em: <http://www.idec.org.br/noticia.asp?id=7733>. Captado em: 21 ago 2007.

4.4 A REGULAMENTAÇÃO DA LEI

O art. 8º da Medida Provisória nº 130, de 17 de setembro de 2003, conferiu ao Poder Executivo poderes para regulamentá-la. O Decreto regulamentador de nº 4.840, tem a mesma data da Medida Provisória, ou seja, ambos foram publicados no dia 18 de setembro de 2003 e têm um único autor.

Portanto, por um expediente ou mecanismo que a democracia posta pela Constituição de 1988 permite, antes de sua promulgação e publicação, a Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, já produzia efeitos e estava regulamentada.

Ou melhor, já estava em parte regulamentada porque, com relação aos titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social, nos termos do § 1º do art. 6º, foi autorizado ao INSS, por ato próprio, dispor sobre a regulamentação. Desse modo, primeiro vai-se conhecer os procedimentos que o Decreto 4.840 dispõe para assegurar a eficácia da Lei nº 10.840/2003.

O Decreto nº 4.840/2003 contém 18 artigos. Em 2006, foi acrescentado ao seu art. 7º, o “§ 7º-A” (Dec. 5.892, de 17.09.2006). No art. 2º define as principais palavras ou expressões que utiliza.

Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - empregador, a pessoa jurídica assim definida pela legislação trabalhista;

II - empregado, aquele assim definido pela legislação trabalhista;

III - instituição consignatária, a instituição autorizada a conceder empréstimo ou financiamento ou realizar operação de arrendamento mercantil mencionada no *caput* do art. 1º;

IV - mutuário, empregado que firma com instituição consignatária contrato de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil regulado por esta Lei; e

V - verbas rescisórias, as importâncias devidas em dinheiro pelo empregador ao empregado em razão de rescisão do seu contrato de trabalho.

Em substituição às designações usualmente utilizadas para nomear o tomador do crédito nas operações de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil – “contratante”, “financiado”; “adquirente”, “arrendatário”, “consignado”, etc – os

Bancos, nos contratos regulados pela Lei nº 10.820/2003 que redigirem para massificação, devem usar a palavra única: Mutuário.

Nos §§ 1º e 2º do art. 2º, faz distinção entre as expressões “remuneração básica” e “remuneração disponível”; “consignações compulsórias” e “consignações voluntárias”.

Remuneração básica: “a soma das parcelas pagas ou creditadas mensalmente em dinheiro ao empregado, excluídas:” diárias (I); ajuda de custo (II); adicional pela prestação de serviço extraordinário (III); gratificação natalina (IV); auxílio-natalidade (V); auxílio-funeral (VI); adicional de férias (VII); auxílio-alimentação, mesmo se pago em dinheiro (VIII); auxílio-transporte, mesmo se pago em dinheiro (IX); e, parcelas referentes a antecipação de remuneração de competência futura ou pagamento em caráter retroativo (X) (§ 1º, art. 2º).

Remuneração disponível: “a parcela remanescente da remuneração básica após a dedução das consignações compulsórias, assim entendidas as efetuadas a título de:” contribuição para a Previdência Social oficial (I); pensão alimentícia judicial (II); imposto sobre rendimentos do trabalho (III); decisão judicial ou administrativa (IV); mensalidade e contribuição em favor de entidades sindicais (V); outros descontos compulsórios instituídos por lei ou decorrentes de contrato de trabalho (VI) (§ 2º, art. 2º)

No § 3º do art. 2º, o Decreto 4.840/2003 define como “consignações voluntárias” “as autorizadas pelo empregado e não relacionadas no § 2º”.

Dizendo melhor: por sua livre vontade, o empregado tem a faculdade de, querendo, autorizar o empregador para que, a partir daí, seja lançado aquele(s) débito(s); após assim consignado, poderá ser materializado o Desconto em Folha de Pagamento descrito e retido o dinheiro do empregado.

No art. 3º, I e II, o mencionado Decreto define o “limites máximos” para o cálculo do valor de cada prestação que o empregador poderá descontar do salário do empregado-mutuário em favor dos Bancos, ou melhor, das instituições consignatárias.

Limite máximo: até 30% (trinta por cento) do valor da “remuneração disponível”. Entretanto, se o empregado-mutuário já tiver, voluntariamente, autorizado outros descontos, a soma das “consignações voluntárias” lançadas na sua Folha de

Pagamento não poderá ultrapassar o percentual de 40% (quarenta por cento) da “remuneração disponível”.

Dizendo de outro modo: subtraído o valor das “consignações compulsórias” que a Lei determina, sobre o saldo remanescente da remuneração, é vedado e constitui ato jurídico ilícito do empregador registrar – leia-se: lançar como débito - na Folha de Pagamento de Salário do empregado, mesmo com a autorização deste, quantia que ultrapasse a 40% por cento da “remuneração disponível”.

Em qualquer hipótese, 60% da “remuneração disponível” será intangível e o empregado poderá dela livremente dispor conforme prioridades que estabelecer. Se, subtraído o valor das “consignações compulsórias”, sobre o saldo remanescente da remuneração não incidir alguma outra “consignação voluntária”, mediante autorização do empregado, o empregador poderá reter até 30% (ver itens 3.4 e 3.4.1 anteriores).

Daí, a favor dos Bancos, a Equação Viável para a fixação da quantia de dinheiro que poderá emprestar, amparado pela Garantia que a Lei nº 10.820/2003 confere ao crédito consignado que, por contrato, for concedido aos empregados regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (ver itens 3.4.2, 3.4.2.1 e 3.4.2.2 anteriores).

O Decreto nº 4.840/2003, no mesmo sentido da Lei nº 10.820/2003 - na forma de imposições de Norma Jurídica de Ordem Pública ou de meras faculdades -, estabelece uma série de atribuições ao empregador, entidades e centrais sindicais, ou seja, cria mecanismos ou procedimentos que, se realizados na prática, asseguram razoável proteção para o empregado-mutuário, enquanto consumidor, frente aos Bancos.

De qualquer modo, o empregador pode - usando sua experiência, conhecimentos técnicos, tirocínio, dons naturais e capacidade financeira – melhor cumprir a função social que a sociedade espera dos empresários, ou seja, atuar no sentido de favorecer e proteger o empregado-mutuário, nos contratos sob consignação em folha de pagamento, contra eventuais “abusos” ou “espertezas” que os Bancos possam praticar.

Veja-se, com base no Decreto 4.840/2003, as possibilidades para atuações positivas do empregador em defesa dos interesses de seu empregado, ao cumprir as atribuições que a ele são impostas ou facultadas:

a) quando firma com os Bancos acordo que defina condições gerais e critérios mínimos, parâmetros e condições financeiras diferenciados por situação cadastral e demais

características individuais do empregado a serem observados nos empréstimos, financiamentos ou arrendamentos que venham a ser realizados com seus empregados (art. 4º, §§ 1º e 5ª);

b) quando presta ao empregado e à instituição consignatária-Banco, mediante solicitação formal do primeiro, as informações necessárias para a contratação da operação de crédito ou arrendamento mercantil (art. 5º, I);

c) quando, previamente, dá publicidade e torna disponível para o empregado informações referentes aos custos operacionais decorrentes da operação de crédito ou arrendamento mercantil, ou seja, tarifa bancária cobrada pelo Banco referente à transferência dos recursos da conta-corrente do empregador para a conta-corrente da instituição consignatária, e, despesa com alteração das rotinas de processamento da folha de pagamento para realização da operação (arts. 5º, II e 10, §§ 1º e 3º);

d) quando, não impõe ao empregado-mutuário e/ou aos Bancos, qualquer condição que não esteja prevista – leia-se: que não prejudique o hipossuficiente - no Decreto Regulamentador para a efetivação do contrato e a implementação dos descontos autorizados (art. 5º, § 1º);

e) quando, confirma aos Bancos, por escrito ou por meio eletrônico certificado, quanto à possibilidade da realização dos descontos, em função do limite máximo de 30% ou 40% da remuneração disponível do empregado (art. 5º, § 3º, I);

f) quando, somente após receber do empregado, a outorga, escrita ou por meio eletrônico certificado, em caráter irrevogável e irretroatável, e conferir se os valores das prestações estão dentro do limite máximo, retém os valores correspondentes aos pagamentos das prestações e os repassa aos Bancos em até cinco dias (art. 5º, § 3º, §4º, e art. 6º); e,

g) quando, ao informar no demonstrativo de rendimentos do empregado, de forma discriminada, o valor do desconto mensal decorrente de cada operação de empréstimo ou financiamento, bem como os custos operacionais, preocupar-se em utilizar linguagem adequada ao nível de entendimento do mutuário (art. 11).

Com relação a eventual co-responsabilidade do empregador quanto ao pagamento dos empréstimos, financiamentos ou arrendamentos contraídos pelos empregados, dispõe o art. 7º do Decreto nº 4.840/2003:

Art. 7º O empregador, salvo disposição contratual em sentido contrário, não será co-responsável pelo pagamento dos empréstimos, financiamentos ou arrendamentos concedidos aos mutuários, mas responderá sempre, como devedor principal e solidário, perante a instituição consignatária, por valores a ela devidos, em razão de contratações por ele confirmadas na forma deste Decreto, que deixarem, por sua falha ou culpa, de serem retidos ou repassados.

Por outro lado, dos Bancos a sociedade espera um padrão de conduta compatível com os objetivos da Lei nº 10.820/2003. Uma atuação positiva que contribua para a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, IV, da Constituição de 1988). É fundamento da Ordem Econômica "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170, caput, Constituição Federal).

Daí, não se justifica mais a "cantilena" seguidamente repetida de que aos Bancos só interessa o lucro e que, portanto, não têm responsabilidades com a concretização fática, eventualmente negativa, da Lei nº 10.820/2003. O Estado Democrático de Direito impõe para todos agentes econômicos - públicos e privados - uma atenção especial com a função social dos contratos e da propriedade.

Assim, com base nas atribuições impostas - leia-se: Norma de Ordem Pública - ou facultadas pelo Decreto nº 4.840/2003, os Bancos, na condição de hipersuficientes, têm uma excelente oportunidade para, simultaneamente, lucrar - "ganhar mais dinheiro" - e prestar sua contribuição para que a Lei nº 10.820/2003 atinja uma repercussão positiva para a Nação brasileira:

a) se não celebrarem nenhum contrato com os empregados além dos limite máximo, ou seja, que o resultado da Equação Viável ao menos assegure a intangibilidade e livre disposição de 60% da remuneração disponível do mutuário (art. 3º);

b) se, na hipótese firmarem acordo com o empregador, entidade ou central sindical, não negarem a operação de crédito ao empregado que observar os requisitos e condições definidos no citado acordo (art. 4º, §§ 1º, 2º e 3º)

c) se, nos acordos referidos no item "b" acima, utilizando sua experiência no ramo de concessão de créditos, não aceitarem definir critérios mínimos, parâmetros e condições financeiras diferenciados por situação cadastral e demais características individuais do empregado ou da empresa que, diferenciem prejudicando, onerando ou desfavorecendo os mutuários de menor renda. Se, na qualidade de instituição consignatária, procederem

do mesmo modo quando tais acordos delegar-lhes a responsabilidade de receber, processar e encaminhar ao empregador as autorizações do empregado para o processamento do Desconto em Folha de Pagamento((art. 4º, §§ 5º, 6º e 8º).

d) se, toda vez que o empregador deixar de repassar integralmente o valor exato do Desconto em Folha, informar por escrito ou por meio eletrônico ao mutuário, bem como, nunca incluir o nome do mutuário em qualquer cadastro de inadimplentes por este motivo (arts. 8º e 9º)

e) se absorverem, total ou parcialmente, os custos do empregador decorrentes das obrigações impostas pela Lei nº 10.820/2003 (art. 10, § 4º); e,

f) se, na hipótese de liquidação, pelo empregado-mutuário, antes do vencimento da dívida, calcularem corretamente o saldo devedor líquido para a quitação, ou seja, o valor presente das prestações vincendas na data da amortização, descontado à taxa de juros contratualmente fixada referente ao período não utilizado em função da quitação antecipada (art. 16, § 1º).

Inobstante as cláusulas dos contratos de que trata a Lei nº 10.820/2003 serem sempre elaborados pelos Bancos, o Regulamento ainda dispõe que os contratos poderão prever:

a) que, se ocorrer a rescisão do contrato de trabalho do empregado-mutuário antes do pagamento de todas as prestações, a incidência de Desconto de até 30% (trinta por cento) das verbas rescisórias, em favor dos Bancos, para a quitação, total ou parcial do saldo devedor líquido;

c) como serão reguladas as relações entre o empregado e os Bancos na hipótese de entrada em gozo de benefício previdenciário temporário pelo mutuário. Tal cláusula deverá constar obrigatoriamente do contrato (art. 14 e Parágrafo único);

b) a faculdade de contratação, pelo mutuário-empregado, de seguro em favor da instituição consignatária, junto a ela própria ou a outra instituição de sua escolha, para cobertura do risco de inadimplência, em caso de morte, desemprego involuntário ou redução de rendimentos, nas operações sob consignação em folha de pagamento;

Ainda, reforçando a forma irrevogável e irretroatável prevista pela Lei, o Decreto nº 4.840/2003 impõe ao empregador: até o integral pagamento do empréstimo ou

financiamento, as autorizações dos descontos somente poderão ser canceladas mediante prévia aquiescência da instituição consignatária e do empregado (art. 12).

Tanto a Lei 10.820/2003, como o Decreto nº 4.840/2003, fazem referências "as entidades sindicais representativas da maioria dos trabalhadores" e "centrais sindicais", facultando-lhes atuar no sentido de conferir, nas operações de crédito consignado, maior poder de negociação dos empregados junto aos Bancos e/ou empregadores.

Sem dúvida, tais entes representativos de uma categoria ou de várias categorias de trabalhadores, têm maior experiência e poder para defender os interesses dos empregados e, num acordo coletivo com os Bancos e empregadores, obter juros, taxas e/ou encargos menores para o padrão dos contratos sob consignação em folha que serão celebrados com aqueles sindicalizados ou representados.

Inclusive, para evitar abusos, a Lei nº 10.820/2003, veda aos empregadores, entidades e centrais sindicais a cobrança de qualquer taxa ou exigência de contrapartida pela celebração dos acordos ou anuência com os seus termos (art. 4º, § 7º).

Entretanto, se considerar-se o tamanho e a multiplicidades das relações trabalhistas que acontecem em todo o território brasileiro, a maioria dos empregados, na celebração dos contratos com os Bancos, não contam com este reforço para a negociação dos termos das cláusulas que constarão nos contratos de empréstimo, financiamento ou arrendamentos mercantil.

Aí, lamentavelmente - como já foi dito anteriormente - sem limitações na Lei ou no Decreto nº 4.840/2003, os juros, taxas e/ou demais encargos, fixados apenas pela livre concorrência - muitas vezes maquiada -, serão aqueles que os Bancos disserem que é devido. Convenha-se: os chamados "pequenos empresários", na sua maioria, nem sempre têm condições de auxiliar seus empregados nas negociações com os Bancos.

Detecta-se assim, a falta de uma norma de ordem pública protetiva dos empregados que, ao menos em parte, compensaria aquelas outras que, protegendo os Bancos, possibilitam a Equação Viável e a Garantia da Operação de Crédito por meio da autorização de forma irrevogável e irretroatável para o Desconto em Folha de Pagamento do mutuário.

Mais: é pouco condizente com a realidade brasileira, causa enorme preocupação e dificulta sobremaneira o controle e fiscalização do Estado sobre as operações de

crédito consignado realizadas pelos Bancos, a permissão contida na expressão por escrito ou por meio eletrônico certificado (art. 5º, § 3º, I, II e § 4º; art. 16, § 2º).

Ora, nesse final da 1ª Década do Século XXI, a maioria dos trabalhadores brasileiros são empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, nem todos têm acesso ao mundo dos computadores e da *internet*. Além disso, a chamada certificação eletrônica, mesmo para as camadas mais privilegiadas da sociedade, constitui novidade que poucos conhecem e dominam.

Embora o assunto não seja objeto do presente trabalho – e nem possível aqui conhecer-se sobre a sua complexidade - com o auxílio do Professor Augusto Tavares Rosa Marcacini, visando apenas a sua contextualização, veja-se a razão da inquietação:

Escrever sobre a certificação eletrônica e sua legislação mostra-se uma tarefa até certo ponto dificultosa, eis que se trata de um tema em franco movimento. As assinaturas digitais e a certificação eletrônica são uma novidade para o mundo e, certamente, ainda há muito o que a ciência jurídica possa desenvolver sobre o tema.

Embora o título aqui proposto envolva a "certificação eletrônica", é necessário dizer que o verdadeiro aspecto central, de onde partir qualquer discussão sobre o tema, é o documento eletrônico. Afinal, o problema prático que se quer ver resolvido é a possibilidade de uso de documentos eletrônicos, em substituição ao tradicional papel.

O documento pode ser entendido como um registro de um fato. Em sua modalidade eletrônica, o documento consiste em uma seqüência de bits que, traduzida por determinado programa de computador, seja representativa de um fato.

Como documentos eletrônicos podem ser alterados, sem deixar vestígios físicos, e por não ser possível lançar sobre eles uma assinatura autógrafa, a literatura jurídica que se desenvolveu até meados da década de 90 recusava aceitá-lo como prova documental.

Esses problemas vieram a ser contornados por meio de assinaturas digitais, produzidas por uma variante da criptografia, denominada criptografia assimétrica. É esse o único meio conhecido e demonstrado de atribuir-se ao documento eletrônico duas qualidades essenciais, para que possa ser racionalmente aceito como meio de prova: a autenticidade e a integridade.¹⁷⁴

¹⁷⁴ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **A certificação eletrônica na legislação brasileira atual.** Disponível em: http://www.arquivar.com.br/espaco_profissional/sala_leitura/artigos/A_Certificacao_Eletronica_na_Legislacao_Brasileira_Atual.doc. Captado em: 20 dez 2007.

Na verdade, a certificação eletrônica - e suas repercussões jurídicas - tem sido debatido pela melhor doutrina com muita cautela. A Medida Provisória nº 2.200, de 28.06.2001, que instituí a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras (art. 1º), já foi reeditada duas vezes e, até agora, não foi convertida em Lei.

Se, a informatização da atividade bancária, no Brasil, atingiu níveis compatíveis com o chamado Primeiro Mundo e permite margens excelentes de segurança para as suas operações de crédito ou relações com terceiros, é notório que esta não é a realidade usual e cotidiana dos brasileiros e demais empresas. Veja-se:

Para assinar digitalmente, é pressuposto inicial que o sujeito tenha gerado, primeiramente, um par de chaves, único e exclusivo para si, formado por uma chave privada e uma chave pública. O resultado da codificação de um documento utilizando criptografia assimétrica, tendo uma destas chaves como "senha", só pode ser decifrado com o uso da outra chave do mesmo par.

Desta forma, cifrando o documento com o uso da chave privada, que deve ser mantida em poder exclusivo do titular, o resultado dessa operação é o que chamamos de assinatura digital. A sua conferência é feita com o uso da chave pública, que pode e deve ser livremente distribuída.

[...]

Por outro lado, é de se notar que a edição da MP 2.200 praticamente congelou o nascente mercado de certificados eletrônicos, dado que os agentes econômicos, e mesmo as várias estruturas administrativas do Estado, estão com as mãos amarradas aguardando para ver no que a ICP-Brasil vai dar. Ou que rumo vai tomar, após tantas idas e vindas.¹⁷⁵

Por fim, no seu art. 4º, § 4º, o Decreto nº 4.840/2003, assegura ao empregado o Direito de escolher livremente com quem contratar o empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil:

§ 4º Para a realização das operações referidas neste Decreto, é assegurado ao empregado o direito de optar por instituição consignatária que tenha firmado acordo com o empregador, com sua entidade sindical, ou qualquer outra instituição consignatária de sua livre escolha, ficando o empregador

¹⁷⁵ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **A certificação eletrônica na legislação brasileira atual.** Disponível em: http://www.arquivar.com.br/espaco_profissional/sala_leitura/artigos/A_Certificacao_Eletronica_na_Legislacao_Brasileira_Atual.doc. Captado em: 20 dez 2007.

obrigado a proceder aos descontos e repasses por ele contratados e autorizados.

De qualquer modo, restou a inquietação deixada pela Lei nº 10.820/2003 e pelo Decreto que a regulamentou: podem os Bancos, nos contratos sob consignação em folha de pagamento, onerar aqueles empregados-mutuários que não mantêm conta-corrente-bancária junto à Instituição Consignatária - ou mesmo não as tem junto à qualquer outro Banco - cobrando-lhes juros, taxas e/ou encargos mais elevados?

4.4.1 As Normas Editadas pelo INSS

A norma que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social - Lei nº 8.213/1991 - preceitua no art. 114:

Art. 114. Salvo quanto a valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou seqüestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento.

Os incisos do art. 115 da mesma Lei, nomeiam discriminadamente os Descontos que podem incidir sobre o valor dos benefícios. A Lei nº 10.820/2003, alterou o art. 115 da norma que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, acrescentando-lhe o "inciso VI".

Com o acréscimo do "inciso VI" mencionado, viabilizou-se o Desconto em Folha de Pagamento de Benefícios, quando expressamente autorizado pelo beneficiário, dos valores correspondentes às prestações decorrentes de contratos de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, públicas e privadas (art. 7º, Lei nº 10.820/2003).

Nesta etapa vai-se falar sobre este assunto que, com o advento da Lei nº 10.820/2003, mais repercussão tem causado no seio da sociedade brasileira, tanto positiva como negativamente: os contratos sob consignação em folha de pagamento celebrados com os aposentados e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social.

Justifica-se tamanha repercussão porque, dos grandes centros até as regiões mais remotas, existem aposentados e pensionistas que, sob os mais variados títulos - aposentadoria por tempo de serviço, aposentadoria por idade, aposentadoria rural, aposentadoria por invalidez, pensão por morte do segurado, etc - recebem, mensalmente, do INSS, benefícios em quantia não inferior a um Salário Mínimo.

O assunto já foi abordado anteriormente, sob diversos enfoques, a partir do Capítulo 2. Não é demais lembrar - nem eles escondem - que os Bancos tem especial interesse com o Nicho de Mercado representado pelos milhões de benefícios que o INSS paga, mensalmente. Veja-se o trecho do Memorial do BMG apresentado ante a CPI dos Correios:

A MP, em seu art. 6º, estendia a operação de crédito consignado aos aposentados e pensionistas do setor privado, condicionando-as, porém, à regulamentação que deveria ser feita pelo INSS.

Em 21 de outubro de 2003, pelo Decreto 4.862, o disposto no inciso VIII do § 6º do art. 154 do Regulamento da Previdência Social passou a ter a seguinte redação:

“O empréstimo deve ser concedido somente pela instituição consignatária responsável pelo pagamento do benefício.”¹⁷⁶

O Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, sobre a questão da pertinência, limite e necessidade de utilização de regulamento para garantir a plena eficácia e efetividade da Lei, inclusive citando trecho de um artigo do Professor Geraldo Ataliba, intitulado "O decreto regulamentador no sistema brasileiro", publicado na revista RDA 97/28, ensina:

a)Onde não houver espaço para uma atuação administrativa, não haverá cabida para o regulamento. Foi o que Geraldo Ataliba esclareceu luminosamente: *"Só cabe regulamento em matéria que vai ser objeto de ação administrativa ou desta depende. O sistema só requer ou admite regulamento como instrumento de adaptação ou ordenação do aparelho*

¹⁷⁶ Banco BMG. **Esclarecimentos à CPI dos Correios.** Disponível em: <http://www.bmgvirtual.com.br/MemorialBMG.PDF>. Captado em: 20 mai 2008.

administrativo, tendo em vista, exatamente, a criação de condições para a fiel execução das leis".

b) onde não houver liberdade administrativa alguma a ser exercida (discricionariedade) - por estar prefigurado na lei o único modo e o único possível comportamento da Administração ante hipóteses igualmente estabelecidas em termos de objetividade absoluta -, não haverá lugar para regulamento que não seja mera repetição da lei ou desdobramento do que nela se disse sinteticamente.¹⁷⁷

Para poder atender às disposições contidas no § 1º, do art. 6º, da Lei nº 10.820/2003 -

§ 1º Para os fins do *caput*, fica o INSS autorizado a dispor, em ato próprio, sobre:

I - as formalidades para habilitação das instituições e sociedades referidas no art. 1º;

II - os benefícios elegíveis, em função de sua natureza e forma de pagamento;

III - as rotinas a serem observadas para a prestação aos titulares de benefícios em manutenção e às instituições consignatárias das informações necessárias à consecução do disposto nesta Lei;

IV - os prazos para o início dos descontos autorizados e para o repasse das prestações às instituições consignatárias;

V - o valor dos encargos a serem cobrados para ressarcimento dos custos operacionais a ele acarretados pelas operações; e

VI - as demais normas que se fizerem necessárias.

- o Executivo, alterando o Regulamento da Previdência Social regido pelo Decreto nº 3.048, de 06.05.1999, editou os Decretos nº 4.862, de 21.10.2003; e, nº 5.180, de 13.10.2004.

Com a mesma finalidade, a Diretoria Colegiada do Instituto Nacional de Seguro Social, editou as seguintes Instruções Normativas INSS/DC: nº 97, de 17.11.2003; nº 110, de 14.10.2004; e, nº 121, de 01.07.2005. E, por último, o Presidente do INSS, editou a Instrução Normativa INSS/PRES nº 28, de 16.05.2008.

Tudo quanto se disse a respeito do regulamento e de seus limites aplica-se, ainda com maior razão, a instruções, portarias, resoluções, regimentos e quaisquer outros atos gerais do Executivo. [...]

¹⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2006, p. 334.

Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento.¹⁷⁸

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social, instituída com fundamento no disposto no art. 17 da Lei nº 8.029/1990, "tem por finalidade promover o reconhecimento, pela Previdência Social, de direito ao recebimento de benefícios por ela administrados, assegurando agilidade, comodidade aos seus usuários e ampliação do controle social" (art. 1º, do Anexo I, do Decreto nº 5.870/2006 - Capítulo que trata da Natureza, Sede e Competência da Instituto).

A Dataprev - Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social, empresa pública instituída pela Lei nº 6.125/1974, "hoje é responsável pelo processamento da maior folha de pagamento do país, ajudando na distribuição de renda a 25 milhões de brasileiros em todos os recantos do Brasil"¹⁷⁹.

Colocada assim a questão, passa-se a conhecer as principais especificidades postas pelas referidas Instruções Normativas do INSS - normas de ordem pública - para a operacionalização e regência dos contratos sob consignação em folha de pagamento celebrados entre os Bancos e os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social, bem como, a evolução das modificações havidas.

Aqui, pelos aposentados e pensionistas, não está prevista a participação dos empregadores, sindicatos ou Centrais Sindicais para, na negociação coletiva com os Bancos, obter condições mais vantajosas e seguras para os beneficiários, bem como, coibir e denunciar os eventuais abusos ou ilegalidade. Portanto, com ou sem estrutura preparada, também este papel a sociedade espera que o INSS cumpra.

Primeiro, é importante entender-se como o dinheiro dos benefícios do INSS chega até as mãos dos aposentados e pensionistas espalhados por todo o Brasil. O art. 1º e § 3º, da Instrução Normativa INSS/DC nº 97/2003, nos dá uma idéia: através da rede bancária credenciada, principalmente os chamados Bancos Oficiais (Banco do Brasil,

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2006, p. 351.

¹⁷⁹ Disponível em: http://www.dataprev.gov.br/Apres/a_empresa.htm. Captado em: 20 jul 2008.

Caixa Econômica, etc); por intermédio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT; por meio de representante legal do segurado: dependente, tutelado ou curatelado; por intermédio de empresa conveniente; e, por intermédio de cooperativas de créditos que não possuam contratos para pagamento e arrecadação de benefícios.

Ainda, a Instrução Normativa INSS/DC nº 97/2003, no seu art. 1º, estabeleceu a seguinte vinculação para contratos de crédito consignado somente em favor dos Bancos pagadores de benefícios de aposentadoria ou pensão:

Art. 1º Podem ser consignados descontos na renda mensal dos benefícios de aposentadoria ou de pensão por morte, para pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil contraídos pelo titular do benefício em favor da instituição financeira pagadora do benefício, desde que:

[...]

Acontece que, por força da Lei nº 10.820/2003, todas as instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, públicas ou privadas, têm permissão para contratar com os titulares de aposentadoria e pensão com a cláusula de Desconto em Folha de Pagamento.

Mas, como se vê do art. 1º antes transcrito, restringindo o permissivo legal, a Instrução Normativa INSS/DC nº 97/203 excluiu aqueles que não fossem “instituição pagadora”.

Daí, em nome da livre concorrência, a irresignação dos Bancos excluídos, inclusive o BMG. Esta questão da restrição indevida foi resolvida pela Instrução Normativa INSS/DC nº 110, de 14.10.2004, que deu nova redação ao art. 1º:

Art. 1º Podem ser consignados e/ou retidos descontos na renda mensal dos benefícios de aposentadoria ou de pensão por morte, para pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil contraídos pelo titular do benefício em favor da instituição financeira pagadora ou não do benefício, desde que:

[...]

Acertadamente foi mantida a obrigatoriedade da celebração de Convênio específico com o INSS para todos os Bancos interessados nas operações de crédito consignado com os aposentados e pensionistas (art. 1º, III).

Pela leitura das Instruções Normativas antes nomeadas, uma revogando a outra, percebe-se a preocupação de controlar a atuação dos Bancos para proteger os interesses dos aposentados e pensionistas, bem como, operacionalizar adequadamente as consignações na folha de pagamento dos benefícios.

Também vê-se uma atuação do Governo, através do INSS, para criar mecanismos que possibilitem aos aposentados e pensionistas melhores condições de acesso ao crédito oficial, bem como, tornarem-se clientes dos Bancos.

Neste sentido, em março de 2005, por meio da Instrução Normativa INSS/DC nº 117, houve a inclusão dos §§ 5º e 6º, ao art. 1º da Instrução Normativa 110, de outubro de 2004, criando a Reserva de Margem Consignável - RMC, para ser operacionalizada por meio de cartão de crédito, desde que autorizadas, por escrito ou por meio eletrônico, pelo titular do benefício:

§ 5º. Os titulares dos benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social do INSS poderão constituir Reserva de Margem Consignável – RMC, de até 10% (dez por cento) do valor do benefício atualizado, observando-se o limite de 30% (trinta por cento) sobre o valor do benefício, já deduzidas as consignações previstas no § 1º;

§ 6º. A Reserva de Margem Consignável – RMC, de que trata o § 5º, será utilizada exclusivamente para a consignação futura de descontos e/ou retenções destinados ao pagamento de empréstimos, financiamentos ou operações de arrendamento mercantil que sejam operacionalizados por meio de cartão de crédito, observando-se:

Apesar desta e outras alterações impostas pelas Instruções Normativas, o fato é que, como sempre, as dificuldades têm sido geradas pela tendência dos Capitalistas em manipular - ou interpretar de modo tendencioso – o Ordenamento Jurídico - por eles havido como mais um obstáculo a ser vencido.

Ainda, com relação ao crédito consignado para os aposentados e pensionistas, é notório e a mídia tem noticiado inúmeras violações perpetradas pelos Bancos, não só contra os direitos do consumidor e demais princípios consagrados que devem reger os contratos, mas, muito além, até mesmo contra Fundamentos da República - como a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Então, em 16 de maio de 2008, foi editada a Instrução Normativa INSS/PRES nº 28, precedida pelo seguinte

Considerando a necessidade de estabelecer critérios para as consignações nos benefícios previdenciários, disciplinar sua operacionalização entre o INSS, as instituições financeiras e a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social - Dataprev, simplificar o procedimento de tomada de empréstimo pessoal e cartão de crédito e possibilitar a redução dos juros praticados por instituições financeiras conveniadas, resolve:

Daí, levando-se em conta que a norma jurídica é também um instrumento para modificação da realidade, pode-se fazer a seguinte leitura da situação anterior a 16.05.2008: falta de critérios estabelecidos – ou critério inadequados - para as consignações nos benefícios previdenciários; pouca disciplina - ou indisciplina - na operacionalização entre o INSS, as instituições financeiras e a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – Dataprev; procedimentos complexos e inacessíveis para a maioria dos tomadores de empréstimo pessoal e cartão de crédito – aposentados e pensionistas; prática abusiva de juros elevados pelos Bancos conveniados.

Muito pode ser falado sobre a Instrução Normativa INSS/PRES nº 28/2008. A seguir destaca-se principais aspectos que poderão contribuir para conter ou ampliar os desmandos que tanta indignação têm causado na sociedade, bem como, - e por melhores que sejam as chamadas boas intenções – aqueles aspectos que caracterizam verdadeiro arbítrio do Poder Executivo.

No art. 2º define a os termos que utiliza. Embora mantenha uma certa uniformidade com o Regulamento da Lei analisado no item anterior, por necessário ao entendimento do tema, transcreve-se os específicos porque são pertinentes para a compreensão:

II - averbação: o aceite do contrato de crédito no sistema informatizado do INSS / Dataprev;

III - beneficiário: o titular de aposentadoria ou de pensão por morte;

[...]

VII - cartão de crédito: modalidade de crédito em que a instituição financeira concede ao titular do benefício crédito para ser movimentado até o limite previamente estabelecido, por meio do respectivo cartão de crédito;

VIII - glosa: às exclusões de valores no repasse financeiro às instituições financeiras;

IX - instituição financeira mantenedora de benefícios: a instituição pagadora de benefícios da Previdência Social

autorizada a conceder empréstimo pessoal e cartão de crédito, por meio de retenção no ato do pagamento do benefício;

X - instituição financeira pagadora de benefícios: a instituição pagadora de benefícios da Previdência Social autorizada a conceder empréstimo pessoal e cartão de crédito, por meio de troca de informações em meio magnético, com desconto no valor do benefício pelo INSS / Dataprev e repasse desse valor em data posterior;

XI - instituição financeira não pagadora de benefícios: a instituição que concede empréstimo pessoal e cartão de crédito por meio de troca de informações em meio magnético, com desconto no valor do benefício pelo INSS/Dataprev e repasse desse valor em data posterior;

XII - repactuação / refinanciamento: a renegociação pelo beneficiário do empréstimo pessoal em novos prazos, taxas e/ou novos valores;

XIII - Reserva de Margem Consignável - RMC: o limite reservado no valor da renda mensal do benefício para uso exclusivo do cartão de crédito; e

XIV - retenção: o desconto do valor da prestação no ato do pagamento do benefício.

Ocorre que, em alguns momentos, a Instrução Normativa em tela, restringe ou amplia o próprio sentido e alcance da Lei nº 10.820/2003. Repetindo-se os ensinamentos do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, por via de “atos subalternos” “o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento”¹⁸⁰.

Poder-se-ia justificar “tais deslizes” sob o entendimento que eles visam proteger o hipossuficiente da relação contratual. Logo, numa escala de valores, refletem a aplicação de princípios mais justos que o Executivo, via ponderação de princípios almeja. Não uma ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Acontece que, independentemente dos resultados que advierem – e aqui torce-se para que sejam positivos – são preceitos que violam o Ordenamento Jurídico. Se o Executivo está convencido do seu novo entendimento e a urgência de sua efetivação, o seu caminho correto é a alteração da Lei nº 10.820/2003 via Medida Provisória – não via Instrução Normativa.

Veja-se, por exemplo, o caso do art. 3º:

Art. 3º [...]

[...]

¹⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2006, p. 351.

§ 1º Os descontos de que tratam o *caput* não poderão exceder o limite de 30% (trinta por cento) do valor da renda mensal do benefício, considerando que o somatório dos descontos e/ou retenções não exceda, no momento da contratação, após a dedução das consignações obrigatórias e voluntárias:

- a) até 20% (vinte por cento) para as operações de empréstimo pessoal; e
- b) até 10% (dez por cento) para as operações de cartão de crédito.

§ 2º Observado o disposto no § 1º, a não utilização do limite de uma modalidade de crédito não implica ampliação do percentual da outra.

§ 3º A autorização, por escrito ou por meio eletrônico, para a efetivação da consignação, retenção ou constituição de RMC valerá enquanto inscrita pelo titular do benefício, não persistindo, por sucessão, em relação aos respectivos pensionistas e dependentes.

§ 4º No caso de redução da renda do titular do benefício durante a vigência do contrato, aplica-se o limite previsto no § 1º, para as novas averbações.

§ 5º É proibida a consignação das modalidades de crédito financiamento e arrendamento mercantil.

Aqui, foi tirado do aposentado e pensionista a faculdade de, querendo, utilizar os 30% permitidos pela Lei nº 10.820/2003, para pagamento de prestações contraídas mediante contrato de financiamento e arrendamento mercantil, ou mesmo, para pagamento de empréstimo. Só poderão contar com 20% para operações de empréstimo pessoal e 10% para operações de cartão de crédito. Contudo, corrigiu-se a questão da transmissão da autorização para Desconto em Folha para os pensionistas e dependentes.

Mais: os *Bancos* também foram atingidos com a limitação imposta, além da Lei, por tal regra subalterna. Ou será que os Bancos estão interessados nos juros maiores que a Instrução Normativa agora, expressamente, autoriza para as operações de cartão de crédito? Ou na taxa pela emissão do cartão de crédito?

As relações entre os Bancos – ou interbancárias - não são objeto de Instruções Normativas do INSS. Contudo, mesmo os “pequenos” Bancos poderão ser beneficiados com a os novos preceitos da Instrução Normativa INSS/PRES nº 28/2008:

Art. 56. A cessão de créditos entre instituições financeiras poderá ser realizada, desde que atenda às normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, especialmente o contido na Resolução nº 2.836, de 30 de maio de 2001.

Parágrafo único. Na hipótese de ocorrência da cessão de crédito de que trata este artigo, o INSS fará o repasse dos valores

consignados mediante crédito na conta de reservas bancárias indicada pela instituição financeira conveniada.

Por outro lado, a definição de uma taxa máxima para os juros dos empréstimos e operações de cartão de crédito, no entendimento aqui adotado, é uma medida saudável e dentro da competência regulamentar do Executivo. Traduz interferência no mercado usualmente utilizada pelos Estados Democráticos para a defesa da sociedade e contenção de eventuais manipulações por parte de alguns agentes econômicos.

Para as operações de empréstimos, a Instrução Normativa INSS/PRES nº 28/2008, definiu como critérios a serem obrigatoriamente observados pelos Bancos nos contratos sob consignação em folha de pagamento dos aposentados e pensionistas: o número de prestações não poderá exceder a sessenta parcelas mensais e sucessivas; a taxa de juros não poderá ser superior a 2,5%(dois inteiros e meio por cento) ao mês, devendo expressar o custo efetivo do empréstimo; é vedada a cobrança da Taxa de Abertura de Crédito - TAC, e quaisquer outras taxas administrativas; e é vedado o estabelecimento de prazo de carência para o início do pagamento das parcelas (art. 13).

Para as operações de cartão de crédito, a Instrução Normativa INSS/PRES nº 28/2008, nos arts. 15 e 16, definiu critérios semelhantes a serem obrigatoriamente observados pelos Bancos, destacando-se o seguinte: os Bancos poderão cobrar até R\$ 15,00 (quinze reais) de taxa pela emissão do cartão que, a critério do beneficiário, poderá ser parcelada em até três vezes; o limite máximo de comprometimento é de até duas vezes o valor da renda mensal do benefício; a taxa de juros não poderá ser superior a 3,5% (três inteiros e meio por cento) ao mês, de forma que expresse o custo efetivo; o beneficiário, ao constituir a RMC, não poderá ser onerado com a cobrança de qualquer custo adicional de manutenção ou anuidade, excetuando o previsto nesta Instrução Normativa, de forma que a taxa de juros expresse o custo efetivo do cartão de crédito.

Na outra ponta, e sem a pretensão de esgotar o assunto, a Instrução Normativa em questão poderá impedir e/ou coibir que os Bancos, por sua conduta ou através dos Contratos Padronizados que elaboram, violem o Ordenamento Jurídico: no Capítulo XI trata Das Reclamações à Ouvidoria-Geral da Previdência Social – OGPS; no Capítulo XII que trata Das Penalidades, e nos Anexos traz quatro Modelos para uso dos Titulares de Aposentadoria e Pensão.

A tipificação das condutas e as penalidades correspondentes, estão descritas no art. 52 e, conforme a situação acontecida, poderá ocorrer a suspensão ou a rescisão do Convênio com o INSS:

Art. 52. Constatadas irregularidades nas operações de consignação/retenção/RMC realizadas pelas instituições financeiras ou por correspondentes bancários a seu serviço, na veiculação, na ausência de respostas ou na prestação de informações falsas ou incorretas aos beneficiários, sem prejuízo das operações regulares, o INSS aplicará as seguintes penalidades:

I - suspensão do recebimento de novas consignações/retenções/RMC pelo prazo de cinco dias úteis a partir da data do recebimento pela Dirben, nos casos de:

a) reclamações ou recomendações oriundas de órgãos de fiscalização e/ou de defesa do consumidor, por prática lesiva ao beneficiário, referente à concessão de créditos; ou

b) sentenças judiciais transitadas em julgado em que a instituição financeira tenha sido condenada por prática lesiva ao beneficiário ou ao INSS;

II - suspensão do recebimento de novas consignações/retenções/RMC, pelo prazo mínimo de cinco dias e enquanto perdurar o motivo determinante, nos seguintes casos:

a) não atendimento ao disposto nos §§ 3º e 5º do art. 47, art. 48 e inciso I do parágrafo único do art. 49 desta Instrução Normativa; ou

b) descumprimento das cláusulas do convênio ou das instruções emanadas pelo INSS;

III - suspensão do recebimento de novas consignações/retenções/RMC por 45 dias corridos, a contar da comunicação, quando for confirmada a existência de ocorrência que contrarie o disposto no inciso II do art. 3º e inciso I do art. 15, independentemente dos procedimentos estabelecidos no art. 46 desta Instrução Normativa;

IV - suspensão do recebimento de novas consignações/retenções/RMC por um ano, na hipótese de reincidência da situação prevista no inciso III, a contar da notificação formal à instituição financeira; e

V - rescisão do convênio e proibição de realização de um novo convênio pelo prazo de cinco anos, contados da data da notificação:

a) na hipótese de reincidência na ocorrência de que trata o inciso III, após o cumprimento da suspensão prevista no inciso IV; e

b) na ocorrência de dez incidências consecutivas ou concomitantes no cometimento dos motivos ensejadores da suspensão de que trata a alínea “b” do inciso II, dentro do mesmo exercício financeiro.

Ainda, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do referido art. 52, a Diretoria de Benefícios, Órgão Específico do INSS, conhecida pela sigla Dirben - o órgão com competência para “normatizar, orientar e uniformizar os procedimentos de reconhecimento inicial, manutenção, recurso e revisão de direitos ao recebimento de benefícios previdenciários e assistenciais, consignações em benefícios, controle interno de benefícios, [...]”¹⁸¹ - nos termos da Instrução Normativa em pauta, é quem deverá analisar as irregularidades praticadas pelos Bancos e concluir sobre a eventual aplicação das sanções correspondentes.

§ 1º As suspensões a que se referem os incisos II, III e IV deste artigo serão mantidas, independentemente da expiração do prazo estabelecido, até a conclusão da análise da Dirben sobre a manifestação apresentada pela instituição financeira de cada situação que deu causa à sanção.

§ 2º A Dirben poderá, sempre que tomar ciência de atos lesivos ao beneficiário ou à imagem do INSS, inclusive com publicidade enganosa ou abusiva, suspender o recebimento de novas averbações da instituição financeira até que esta apresente as informações conclusivas que justifiquem ou contradigam tais atos.

§ 3º No caso de publicidade enganosa ou abusiva comprovada, a instituição financeira deverá se retratar ou corrigir a informação divulgada no mesmo veículo de comunicação então utilizado e, no mínimo, com igual espaço e destaque.

Como se vê, mais uma vez, o Crédito Consignado, no âmbito do Direito Positivado, ainda é uma experiência aberta, suscetível de transformações e modificações de entendimentos. A própria expressão acima utilizada - consignações em benefícios – traduz uma contradição: onerar beneficiando.

Finalizando: percebe-se que, embora ainda não totalmente testada e suscetível à inúmeras críticas, a Instrução Normativa INSS/PRES nº 28/2008, trouxe inovações necessárias para o atendimento dos objetivos da Lei nº 10.820/2003. Destaca-se duas medidas que a sociedade esperava da função de fiscalização do Governo para proteção do consumidor: uma, a fixação de um limite para os juros; outra, a expressa previsão da ação de responsabilizar, a nível administrativo, os Bancos e os seus correspondentes bancários por má conduta, publicidade enganosa ou abusiva.

¹⁸¹ Cfe. art. 13, V, da Estrutura Regimental do INSS, aprovada pelo Decreto nº 5.870, de 08.08.2006.

Aliás, neste final da Primeira Década do Século XXI, “somos todos consumidores”.

4.5 A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

Pode-se afirmar, que o entendimento do STJ sobre a Lei nº 10.820/2003, foi firmado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 8 de junho de 2005, no julgamento do Recurso Especial nº 728.563 - RS (2005/0033209-4), interposto pela Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores Públicos Municipais de Porto Alegre – COOPERPOA, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior.¹⁸²

A ação que originou o recurso – ação de obrigação de não fazer – visava o “cancelamento de descontos em folha de pagamento, relativos a contrato de crédito pessoal”, foi ajuizada por Paulo Ricardo do Amaral Elias, julgada procedente em 1ª Instância por Sentença monocrática e, em 2ª Instância, a Decisão foi confirmada pela 19ª Câmara Cível do TJRS.

Para entender-se o momento e a expectativa que precedeu o Julgamento, transcreve-se a descrição contida no Voto da Ministra Nancy Andrighi:

A delimitação precisa da matéria devolvida ao conhecimento do STJ, com a interposição do recurso especial, é fundamental na presente demanda, em face da relevância que o tema relativo ao empréstimo com consignação em folha de pagamento adquiriu no cenário econômico nacional.

Com efeito, uma série de argumentos têm sido divulgados, em discussões públicas pelos meios de imprensa, tanto a favor como contra tal modalidade de crédito; nesse sentido, confirmam-se as recentes reportagens publicadas em grandes meios de comunicação como a Revista Veja (“Ressaca do crédito”, em 15.05.2005) e o Jornal da Tarde, de São Paulo (“Os riscos do crédito consignado”, de 08.05.2005), sendo que em ambas há

¹⁸² Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=20050033209_4&dt_publicacao=22/08/2005. Captado em: 20 nov 2007. Documento: 1685366 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJ: 22/08/2005.

expressa referência à importância do julgamento deste recurso especial para os rumos da política econômica brasileira.¹⁸³

Neste julgamento o Tribunal, à unanimidade, conheceu e deu provimento ao Recurso Especial e, conforme o Extrato da Ata,

Ficaram vencidos, em parte, quanto à fundamentação os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Castro Filho. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Nancy Andrichi, Castro Filho, Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros e Cesar Asfor Rocha. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Do Venerando Acórdão resultou a seguinte Ementa:

CIVIL. CONTRATO DE AUXÍLIO FINANCEIRO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. CLÁUSULA INERENTE À ESPÉCIE CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA DE ABUSIVIDADE. PENHORA SOBRE REMUNERAÇÃO NÃO CONFIGURADA. SUPRESSÃO UNILATERAL DA CLÁUSULA DE CONSIGNAÇÃO PELO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE.

I. É válida a cláusula que autoriza o desconto, na folha de pagamento do empregado ou servidor, da prestação do empréstimo contratado, a qual não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, eis que da essência da avença celebrada em condições de juros e prazo vantajosos para o mutuário.

II. Recurso especial conhecido e provido.

Pela Ementa, percebe-se que o Julgamento decidiu, não só a controvérsia dos autos, mas a matéria sobre a validade de cláusula contratual que permite a irretratabilidade e irrevogabilidade do Desconto em Folha de Pagamento, do aposentado, pensionista, empregado ou servidor público, do valor da prestação de empréstimo contratado com os Bancos.

O Relator, Ministro Aldir Passarinho Junior, durante a fundamentação de seu Voto, de modo sintético, faz distinção entre penhora e livre disposição contratual, destacando:

No julgamento do REsp n. 533.719/RS, consignei em despacho monocrático, como relator, que:

¹⁸³ Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500332094&dt_publicacao=22/08/2005. Captado em: 20 nov 2007. Documento: 1846516 - VOTO VISTA - Site certificado.

“Por fim, relativamente ao desconto em folha de pagamento, com razão igualmente o recorrente, eis que não se cuida de penhora de vencimentos de funcionário público, pois não se está diante de processo de execução, de natureza forçada e constritiva, mas de mero exercício de livre disposição contratual, comum em operações dessa natureza, quando em geral oferecidas taxas inferiores à média de mercado” (DJU de 18.06.2004).

No mesmo rumo foram as considerações e decisões proferidas pelos Exmos. Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira (MC n. 7.021/RS, DJU de 17.09.2003), Barros Monteiro (MC n. 7.022/RS, DJU de 15.09.2003 e 7.979/RS, DJU de 4.03.2004) e Fernando Gonçalves (MC n. 7791/RS, DJU de 18.02.2004 e 8.001/RS, DJU de 26.03.2004).

E, conclui a fundamentação do seu Voto fazendo expressa referência à Lei nº 10.820/2003 e ao art. 45 do Estatuto do Servidor Público Federal, ou seja, encaminha a votação para decidir, não só a controvérsia dos autos, mas a Posição do STJ sobre os contratos sob consignação em folha de pagamento:

A par de não identificar, na legislação processual, vedação à consignação, o que, em meu entendimento, empresta validade a todos os contratos que contenham tal cláusula, presentemente há, inclusive, expressa regulamentação a respeito, trazida pela Lei n. 10.820, de 17.12.2003, dirigida ao desconto em folha de empregados regidos pela CLT, e o Decreto n. 4.691, de 20.01.2004, regulamentando o art. 45 da Lei n. 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público), de modo que as futuras avenças a tais condições e limites deverão se amoldar.

O Voto da Ministra Nancy Andrighi, conclui pelo provimento do Recurso Especial nº 728.563, mas sob outro enfoque:

Nessas circunstâncias, fica claro que a solução jurídica a ser dada não pode ser a mesma anteriormente definida para a hipótese de mútuo firmado entre trabalhador e banco; não só pela ausência de intuito lucrativo por parte da cooperativa, o que já afasta a colisão de interesses entre as partes mutuantes, mas também pela possibilidade de se vislumbrar, aqui, um verdadeiro interesse do mutuário na permanente disponibilidade das linhas de crédito privilegiadas a partir da manutenção da higidez financeira da cooperativa de crédito.

Adequando-se o quanto exposto ao caso concreto, nota-se que a recorrente é cooperativa de crédito destinada a favorecer servidores públicos municipais da cidade de Porto Alegre – RS. Não há, assim, que se estender aquelas conclusões relativas às instituições financeiras de natureza bancária, conforme

pretendeu o acórdão, à relação jurídica aqui versada, porquanto outra a disposição de interesses que a demanda apresenta.¹⁸⁴

Mais adiante, quando discorrer-se sobre o "contrato de crédito sob consignação em folha", outros aspectos do voto da Ministra Nancy Andriahi merecerão conhecimento e análise. Por agora, é importante salientar que em julgamento ocorrido posteriormente, a Ministra, adequando-se ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, refluíu no seu entendimento:

RECURSO ESPECIAL Nº 863.425 - RS (2006/0144130-5)
 RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
 RECORRENTE : MBM PREVIDÊNCIA PRIVADA
 ADVOGADO : CRISTINE COUTINHO DE PAIVA E
 OUTROS
 RECORRIDO : SARA CHRISOSTOMO
 ADVOGADO : RENATO SCHENKEL DA CRUZ E OUTRO

EMENTA

Processo civil. Contratos bancários. Recurso especial. Contrato de mútuo. Empréstimo com desconto em folha de pagamento.

- *Não ofende o art. 649 do CPC a permissão para que se proceda ao desconto em folha de pagamento. Precedentes.*

Recurso especial provido. Ônus sucumbenciais invertidos.¹⁸⁵

Retornando-se ao Recurso Especial nº 728.563, é importante anotar que o Ministro Castro Filho, acompanhando o voto da Ministra Nancy Andriahi, manifestou assim seu voto:

Sr. Presidente, na esteira do voto da Sra. Ministra Nancy Andriahi, em determinadas situações, tendo em vista fato futuro, para o qual não tenha contribuído o devedor - mesmo que não seja caso fortuito ou força maior -, parece-me que seria de conveniência garantir a possibilidade à apreciação judicial.

Por isso, com a devida vênia do Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, estou acompanhando o voto de S. Exa. na conclusão,

¹⁸⁴ Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500332094&dt_publicacao=22/08/2005. Captado em: 20 nov 2007. Documento: 1846516 - VOTO VISTA - Site certificado.

¹⁸⁵ Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500332094&dt_publicacao=22/08/2005. Captado em: 20 nov 2007. Documento: 2559369 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJ: 24/08/2006.

dando provimento ao recurso especial, porém com os fundamentos da Sra. Ministra Nancy Andrighi.¹⁸⁶

Os demais Ministros que participaram do julgamento do Recurso Especial nº 728.563 - RS (2005/0033209-4), acompanharam os fundamentos do Voto do Ministro Relator.

Assim, resta claro que o entendimento firmado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, é pela validade da Lei nº 10.820/2003 e, portanto, pela legalidade do Contrato Sob Consignação em Folha de Pagamento celebrado de forma irrevogável e irrevogável, entre os Bancos e, do outro lado, os empregados regidos pela CLT, aposentados e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social, e servidores públicos.

4.6 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO

Aqui, a idéia é conhecer o "contrato sob consignação em folha de pagamento", tomando-se por base o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor sobre as operações dos Bancos (ADI 2.591 / DF).

A pretensão dos Bancos com a referida ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, era suspender a eficácia da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, integrante do art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor. Para melhor compreensão, transcreve-se o inteiro teor dos dois dispositivos:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação,

¹⁸⁶ Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500332094&dt_publicacao=22/08/2005. Captado em: 20 nov 2007. Documento: 1864274 - VOTO VENCIDO - Site certificado.

exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...]

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Ou seja, a vontade dos Bancos representados pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF era não ser havido como Fornecedor. Ora,

A possibilidade de o consumidor obter imediatamente uma prestação, seja sob a base contratual de um mútuo, uma venda ou mesmo um *leasing*, enquanto o fornecedor do crédito aceita esperar até um certo tempo para só então exigir o seu pagamento, em outras palavras, o fornecimento de crédito ao consumo considera-se hoje um dos fatores mais importantes da atual sociedade de consumo de massa. A operação envolvendo crédito é intrínseca e acessória ao consumo, utilizada geralmente como uma técnica complementar e necessária ao consumo, seja pela população com menos possibilidades econômicas e sociais, que utilizam seguidamente as vendas à prestação, seja pelo resto da população para adquirir bens de maior valor, como automóveis ou casas próprias, ou simplesmente para alcançar maior conforto e segurança nas suas compras, utilizando o sistema de cartões de crédito.¹⁸⁷

O julgamento da ação foi iniciado em 17 de abril de 2002, na Sessão Plenária em que o Ministro Carlos Velloso, Relator, proferiu seu Voto. Então, após o Voto do Ministro Néri da Silveira – pela improcedência da ação -, o Ministro Nelson Jobim pediu vista. O mesmo Ministro Nelson Jobim, dois anos depois, em 28.04.2004, novamente em Sessão Plenária, renovou o pedido de vista “justificadamente”.

Somente em 7 de junho de 2006, quando o Relator já havia aposentado, terminou o julgamento. Então, ao Ministro Eros Roberto Grau foi transferida a missão de Relator para o Acórdão.

Tem-se aí, outra peculiaridade desta ação direta de inconstitucionalidade proposta pelos Bancos: um Relator Originário e outro Relator para o Acórdão. A Ementa é longa, por isso transcreve-se apenas alguns trechos pertinentes:

[...]

¹⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 430.

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.
 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.
 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.
 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro.
 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia.
 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros.
- [...]

Daí, a validade das permissões da Lei nº 10.820/2003, do art. 45 do Estatuto dos Servidores Federais, da maioria – ou a totalidade - dos Estatutos dos Servidores Estaduais e Municipais, da maioria – ou a totalidade - dos Estatutos dos Institutos Próprios de Previdência, para que os Bancos possam contratar com os trabalhadores ativos, inativos e pensionistas - em condições privilegiadas - estão condicionadas:

a) “pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor” sobre as cláusulas constantes do modelo de Contrato Padrão que cada Banco elabora para massificação, sobre a qualidade e veracidade da publicidade que veiculam para a captação dos empregados, aposentados, pensionistas e servidores públicos; sobre a idoneidade do atendimento que emprestam; enfim, sobre as eventuais indignidades que pratiquem contra as pessoas destes consumidores e, por conseqüência, contra a sociedade;

- b)** pela “incidência da taxa base de juros praticável no mercado financeiro” fixadas “desde a perspectiva macroeconômica”, pelo Conselho Monetário Nacional, e seus reflexos sobre os contratos de empréstimo, financiamento e operações arrendamento mercantil, especialmente considerando-se que mesmo o mercado não considera razoável contratar juros elevados quando o risco da operação é próximo a 0% (zero por cento);
- c)** pelo dever-poder de fiscalização do Banco Central do Brasil “na estipulação contratual das taxas de juros” calculadas – ou estimadas -, com base na razoabilidade do mercado, para operações de risco insignificante;
- d)** pelas disposições do “Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros”.

Ainda é preciso ressaltar que, da mesma forma e conforme a situação concreta, condicionam a validade dos contratos sob consignação em folha de pagamento a incidência: das cláusulas convencionadas pelos sindicatos, centrais sindicais e empregadores; dos Decretos Regulamentadores da matéria – Federais, Estaduais e Municipais; das Instruções Normativas do INSS e outros Institutos Próprios de Previdência.

Resta ressaltar, outro diferencial a ser ponderado quando da interpretação, caso a caso, do contrato permitido pela Lei nº 10.820/2003, que a Ministra Nancy Aldrighi, em trecho do Voto que proferiu no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça antes comentado, denominou como “relações jurídicas intercambiadas”:

São duas, portanto, as relações jurídicas que se intercambiam na questão do desconto em folha: há a *relação de mútuo* e a *relação de emprego*, cada uma com seu próprio regimento, mas aqui unidas na figura do empregador, que passa a reter verba salarial para pagamento de crédito de terceiros.

[...]

Expõe-se, nesse momento, de maneira clara, o principal aspecto da controvérsia, que é a ponderação acerca dos *motivos* da manutenção desse privilégio ao credor em face do *direito da parte à plena fruição de sua remuneração*. Trata-se, portanto, de confrontar a *natureza alimentar* da remuneração paga pelo trabalho em relação ao interesse na preservação da *modalidade de pagamento* representada pelo desconto em folha.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500332094&dt_publicacao=22/08/2005. Captado em: 20 nov 2007. Documento: 1846516 - VOTO VISTA - Site certificado.

Finalizando, a Garantia de Qualidade dos milhões de unidades do Produto Crédito Consignado depende diretamente da seriedade dos Fornecedores, ou seja, os Bancos.

Assim, reitera-se: a sociedade espera que, em troca das vantagens recebidas, a conduta dos Bancos seja adequada às necessidades e limitações dos consumidores. Ainda, os Bancos, independentemente da fiscalização do Estado, na condição de hipersuficientes beneficiados por Lei de Ordem Pública, quando contratam com os suficientes e hipossuficientes, têm evidentes responsabilidades sociais e não podem onerar ainda mais os carentes.

CONCLUSÃO

Primeiro, como todo novo Nicho de Mercado, as operações de crédito consignado poderão - após transcorrido este período inicial de euforia e dependendo da atuação e conduta dos Bancos - perdurar e contribuir significativamente para a redução das desigualdades sociais e regionais.

Por outro lado, o crescimento exagerado das operações de crédito consignado pode comprometer a saúde das demais operações bancárias necessárias para o crescimento e estabilidade da economia como um todo. Não devem os Bancos atuar com a ansiedade própria de quem explora uma jazida de ouro sabendo que um dia aquela riqueza vai acabar.

A recente intervenção do Governo, por meio da Instrução Normativa INSS/PRES nº 28, de 16.05.2008, demonstra essa preocupação em conter a euforia dos Bancos com relação às operações de crédito consignado em detrimento do mercado. Não é razoável “matar a galinha dos ovos de ouro”, especialmente quando ela desempenha uma importante função social.

Segundo, a Posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a validade da Lei nº 10.820/2003, dos demais dispositivos que regulamentam o crédito consignado para os servidores públicos, por um lado, pacifica as inquietações dos Bancos, confere legitimidade formal para tais operações bancárias e para a intervenção na Ordem Econômica havida; por outro lado, exige efetiva atuação dos Órgãos Públicos encarregados da fiscalização correspondente, das entidades não governamentais de defesa do consumidor, dos Sindicatos e Centrais Sindicais, dos empregadores e do controle interno que, com certeza, os Bancos têm.

Terceiro, é da essência do Estado Democrático de Direito o respeito à dignidade da pessoa humana, a busca de condições concretas para uma existência digna à todos os seus cidadãos, o incentivo para o desenvolvimento das atividades econômicas e o respeito às regras do jogo. Também, é de sua essência, a punição exemplar daqueles que insistem em desrespeitar seus Princípios Fundamentais.

Portanto, as manipulações - ou “habilidades especiais” – dos homens de fortuna não podem ultrapassar dos limites que o Ordenamento Jurídico suporta. Melhor dizendo: a Lei nº 10.820/2003 não confere aos Bancos qualquer autorização para a prática reiterada de abusos e ilegalidades contra aqueles que pouco ou nada têm.

Quarto, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelos Bancos - ADI 2.591 / DF – não resta mais dúvidas quando a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos bancários.

Assim, caso a caso, e de acordo com a situação apresentada, deve-se fazer a leitura das Cláusulas de cada Contrato Padrão que os Bancos elaboram, massificam e divulgam.

A reprodução em massa de tais Contratos Padrão geram as “chamadas relações jurídicas homogêneas” e, portanto, exigem a constante atuação do Ministério Público na defesa dos consumidores.

É importante ressaltar que, na prática, evidencia-se a estratégia dos Bancos em arriscar-se presumindo que a demora do Judiciário, abarrotado de processos, constitui vantagem a seu favor.

Quinto, a segurança jurídica que a sociedade reclama do Estado Democrático advém também de sua capacidade de conferir a certeza de que, até mesmo aos Capitalistas ou Banqueiros, não será concedido privilégios de qualquer espécie.

Desse modo, o chamado equilíbrio entre direitos e obrigações - vantagens e desvantagens - das partes nos contratos, a desigualdade material dos contratantes, devem ser o norte para a interpretação das cláusulas padronizadas pelos bancos para as operações de crédito consignado.

Sexto, a permissão da Lei nº 10.820/2003, para a autorização do Desconto em Folha, em caráter irretratável e irrevogável, independentemente de outras considerações, constitui uma nova modalidade de Garantia para os Contratos Bancários.

Por fim, concluindo, para um País de capitalismo tardio como o Brasil, a Lei nº 10.820/2003 constitui um importante instrumento para o acesso de grande parte de sua população, não só aos Produtos dos Bancos, mas, também, aos bens materiais necessários para uma existência digna.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- ANDRADE, Rogério Emilio de. A capacidade normativa da administração pública. *In*: ANDRADE, Rogério Emílio de. **Regulação pública da economia no Brasil**. Campinas,SP: Edicamp, 2003.
- ARAÚJO, Alan Henriques de. **Belíndia**. Disponível em <http://www.economiabr.net/colunas/henriques/belindia.html>. Acesso em 16.12.2007
- ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *In*: **Novo Código Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Método, v. 2 2004.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). *In*: **Novo Código Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Método, v. 2 2004.
- _____. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BATTELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. *In*, MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- BMG. **Memorial do BMG**. Disponível em <http://www.bmgvirtual.com.br/MemorialBMG.PDF>. Acesso em 20.05.2008.
- BARROS NETO, João Pinheiro de. O estado vertebrado. *In*: ANDRADE, Rogério Emílio de. **Regulação pública da economia no Brasil**. Campinas,SP: Edicamp, 2003.
- BARROSO, Lucas Abreu. Evolução histórica. *In*: MORRIS, Amanda Zoe e BARROSO, Lucas Abreu. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. Agências reguladoras. Constituição, transformação do estado e legitimidade democrática. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990)**, Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

_____. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tadução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1986.

_____. **O positivismo jurídico; lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Nello Morra, Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

_____. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BONESANA, Cesare – Marques de Beccaria. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Atena Editora: São Paulo, 1959.

BRASIL. Banco Central. **Relatório de economia bancária e crédito – 2005**.p.15. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pec/spread/port/rel_econ_ban_cred.pdf#page=70. Acesso em 21.10.2007

BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório parcial da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI dos Correios**. Disponível em http://www.cpmidoscorreios.org.br/relatorios/relatorio_parcial_movfin.htm. Acesso em 20.05.2008.

Brasil. Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) **Base de dados históricos do anuário estatístico da Previdência Social: resumo de manutenção – 2003**. Disponível em: <http://creme.dataprev.gov.br/temp/DMAN01consulta23340507.htm>. Acesso: 20.05.2008.

Brasil. Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). **Livro branco da previdência social**. Brasília: MPAS/GM, 2002, p. 7. Disponível em http://www.previdenciasocial.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_14_06.asp. Em 22.05.2008.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição de 1946**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 11.06.2006.

BRASIL. Presidência da República. **Exposição de motivos da Medida Provisória nº 13**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/EMI-176-mf-mps--03.htm. Acesso em 16.10.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Despacho / Decisão**. Disponível em https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500332094&dt_publicacao=22/08/2005. Em 20.11.2007, 23:30 horas. Documento: 2559369. Site certificado - DJ: 24/08/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EMENTA / ACÓRDÃO** Disponível em https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500332094&dt_publicacao=22/08/2005. Em 20.11.2007. Documento: 1685366 - - Site certificado - DJ: 22/08/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **VOTO VENCIDO**. Disponível em https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500332094&dt_publicacao=22/08/2005. Acesso em 20.11.2007. Documento: 1864274. Site certificado.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **VOTO / VISTA**. Disponível em https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500332094&dt_publicacao=22/08/2005. Acesso em 20.11.2007. Documento: 1846516. Site certificado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591-1 – Distrito Federal**, Tribunal Pleno, Diário da Justiça de 29. 09.2006.

BRAZ, Lúcio Torreão. Petição para admissão como *amicus curiae*. In, MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Castellanos. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos: ADIn 2.591**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Elementos. In : MORRIS, Amanda Zoe e BARROSO, Lucas Abreu. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CARPENA, Heloisa. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado**. Revista dos Direito do Consumidor nº 161, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, Antonio Raimundo Barros de. Competências implícitas dos entes federativos na Constituição de 1988. In: ANDRADE, Rogério Emílio de. **Regulação pública da economia no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2003.

CASTRO, Claudio de Moura. **Crônicas de uma educação vacilante**. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

CATALAN, Marcos Jorge. **A hermenêutica contratual no Código de Defesa do Consumidor**. Revista dos Direito do Consumidor nº 161, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Resolução e revisão por onerosidade excessiva. In : MORRIS, Amanda Zoe; BARROSO, Lucas Abreu. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Geraldo de Faria Martins. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. *In*, MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 14. ded. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUNHA, Belinda Pereira da. **Antecipação da tutela no Código de Defesa do Consumidor**: tutela individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. Parecer complementar – o sentido da expressão “interpretação conforme a Constituição. *In*, MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Castellanos. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos**: ADIn 2.591. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativos**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção do consumidor**: conceito e extensão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. *In*, MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil (abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil): Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005. Tomo I, v. 4.

GALBRAITH, John Kenneth. **Pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica**. Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira: Editora da USP, 1989.

GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas abusivas no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Obrigações**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed., Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1986.

KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre**. Tradução de Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KIRCHENER, Felipe. **Os novos poderes oriundos do contrato: readaptação e ruptura do vínculo contratual em razão da impossibilidade material**. Revista dos Direito do Consumidor nº 161, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LAGOS, Maria. **O termômetro latino**. Revista Veja: São Paulo, ed. 2046, ano 41, n. 5. Amarelas, 6, fev, 2008, p. 12.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Contratos bancários. *In* : MORRIS, Amanda Zoe e BARROSO, Lucas Abreu. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: LTR, 1999.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **A certificação eletrônica na legislação brasileira atual**. Disponível em http://www.arquivar.com.br/espaco_profissional/sala_leitura/artigos/A_Certificacao_Eletronica_na_Legislacao_Brasileira_Atual.doc. Em 20.12.2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **O novo Direito Privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos:** observações sobre a garantia institucional-constitucional do Direito do Consumidor e a *Drittwirkung* no Brasil. Revista do Direito do Consumidor, nº 61, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 22. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Processual do Trabalho.** 27. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 21. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2006.

MIRAGEM, Bruno Nubens. **A ADIn 2.591 e a Constitucionalidade da aplicação do CDC às instituições bancárias, de crédito e securitárias:** fundamento da ordem pública constitucional de proteção do consumidor. Revista do Direito do Consumidor nº 161, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron. **O espírito das leis.** Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1993

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003

MORRIS, Amanda Zoe. *Leasing* ou arrendamento Mercantil. In : MORRIS, Amanda Zoe; BARROSO, Lucas Abreu. **Direito dos Contratos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NAJBERG, Sheila; IKEDA, Marcelo. **Previdência no Brasil:** desafios e limites. p.270. Disponível em http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/eco90_08.pdf.

PAUPÉRIO, A. Machado. **Introdução à ciência do direito.** 3 ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1996.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINHEIRO, Armando Alencar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: ANDRADE, Rogério Emílio de. **Regulação pública da economia no Brasil.** Campinas: Edicamp, 2003.

PRUX, Oscar Ivan. **A proteção do consumidor na prestação de serviços.** São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.

PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime, PINSKY; Carla Bassanesi. **História da cidadania.** São Paulo: Contexto, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologias.** 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

- _____. **Horizontes do direito e da história.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1977.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Cometários à Lei Orgânica da Previdência Social.** 2.ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.
- SAADI, Jairo. **Notas sobre juros e o custo financeiro Brasil.** In: 2000, RAE - Revista de Administração de Empresas / EAESP / FGV, São Paulo, Brasil. Disponível em <http://www.rae.com.br/rae/index.cfm?FuseAction=Artigo&ID=400&Secao=CONTRAPONTE&Volume=40&numero=4&Ano=2000>. Acesso em 15.07.2008.
- SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de. **Regulação pública da economia no Brasil.** Campinas: Edicamp, 2003.
- SARAIVA, Paulo Lopo. Constituição e economia. In: ANDRADE, Rogério Emílio de. **Regulação pública da economia no Brasil.** Campinas, SP: Edicamp, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, Márcio Antônio da. **Elaboração de um modelo de análise e concessão de crédito para pessoas físicas em um banco.** Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2003, p. 85. Disponível em <http://teses.eps.ufsc.br/defesa/pdf/10817.pdf>. Acesso em 25.05.2008.
- SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: PINSKY, Jaime, PINSKY; Carla Bassanesi. **História da cidadania.** São Paulo: Contexto, 2003.
- SOUTELLO, Luiz Haroldo Gomes de. Regulação financeira. In: ANDRADE, Rogério Emílio de. **Regulação pública da economia no Brasil.** Campinas: Edicamp, 2003.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7. ed. rev., aum. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado.** Brasília: Livraria do Advogado de Brasília, 2004.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho.** 16. ed., São Paulo: LTR, 1996.
- TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2005.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico.** 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.
- TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social.** São Paulo: Saraiva, 2007.
- VANDRÉ, Geraldo; BARROS, Theo. **Disparada.** Disponível em Captado de <http://letras.terra.com.br/geraldo-vandre/46166/>. Acesso em 16.04.2008.
- VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- ZANETTI,. Exceção de contrato não cumprido. MORRIS, Amanda Zoe; BARROSO, Lucas Abreu. **Direito dos Contratos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)