

**DA VALIDADE DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO REALIZADO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA COM PARTICULAR SEM PRÉVIA CERTIDÃO DA QUITAÇÃO DO INPS**

Arnoldo Wald (\*)

**Ementa:** Inaplicabilidade às sociedades de economia mista dos artigos 141 e 142 da Lei n.º 3807, de 26 de agosto de 1960, com a redação que lhes deu o artigo 25 do Decreto-lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966, por estarem derogados pelo artigo 163, § 2, da Constituição de 1967, reiterado pelo artigo 170, § 2, da Emenda Constitucional n.º 1 e o artigo 27, § único, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Interpretação do texto constitucional. Normas aplicáveis à matéria.

Exegese do artigo 142 da Lei da Previdência Social. Caso de anulabilidade ou de inoponibilidade do ato jurídico e não de nulidade absoluta. Interpretação literal e análise da *mens legis*. Conseqüências da desobediência à norma jurídica.

O princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* e seus efeitos no caso *sub iudice*.

Aplicação imediata do Decreto-lei n.º 413, de 9 de janeiro de 1969 (artigo 42). Convalescimento do ato anulável pela dispensa, pela lei posterior, do requisito legal não preenchido.

---

(\*) Advogado no Estado da Guanabara e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.

Validade das notas promissórias, como títulos de crédito autônomos e abstratos. Posição jurisprudencial e doutrinária.

Responsabilidade do avalista independentemente do protesto da nota promissória. Normas sobre a matéria contidos na Convenção de Genebra.

### CONSULTA

Em fevereiro de 1968, o BANCO DO ESTADO DE ALAGOAS S. A., sociedade de economia mista, concedeu à firma INDÚSTRIA E COMÉRCIO L. CARVALHO, S. A., contribuinte do INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (INPS), um financiamento de Cr\$ 133.439,49 (cento e trinta e três mil, quatrocentos e trinta e nove cruzeiros e quarenta e nove centavos), para a aquisição de máquinas e equipamentos industriais, na qualidade de Agente Financeiro do FINAME, mediante garantias pignoratícias (penhor das máquinas) e fidejussória (aval).

Ao tempo da celebração do contrato, já estava em vigor o artigo 141, § 2.º, da Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, modificado pelo Decreto-lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966, o qual dispõe *in verbis*:

“O Certificado de Regularidade de Situação (CRS), a ser trasladado no instrumento pelo servidor público ou escrevente juramentado, juntado por cópia autêntica, ao processo ou ao pedido inicial da empresa, ou ainda caracterizado pelo seu número e data de emissão mediante certidão passada no documento fornecido à empresa, conforme o caso, será exigido obrigatoriamente:

- a) “Omissis”;
- b) ”
- c) para a concessão de financiamento, empréstimo e ajuda financeira etc. ....”.

Por outro lado, o artigo 3.º do Decreto n.º 60.368, de 11 de março de 1967, diz o seguinte:

“Será obrigatória a consignação de que foi feita a apresentação do Certificado de Regularidade da Situação (CRS):

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

a) pelas repartições, ....., sociedades de economia mista, estabelecimentos de crédito oficiais ou seus agentes, mediante o traslado de seus termos nos instrumentos públicos ou particulares, referentes à concessão de financiamentos, empréstimos ou ajudas financeiras, em convênios, contratos ou quaisquer outros atos em que sejam interessados empresas, entidades ou pessoas sujeitas à contribuição para a Previdência Social”.

No caso concreto, não ficou consignado que a empresa financiada tivesse feito a apresentação do Certificado de Regularidade de Situação (CRS), a fim de obter o financiamento.

Nem a financiada exibiu, nem o BANCO exigiu CRS.

Passados quatro (4) anos, recebida e aplicada toda a quantia objeto do negócio, eis que a financiada, estribada no estatuído no artigo 142 da citada lei, requer seja decretada a “nulidade” do contrato de financiamento, exatamente por inobservância do prescrito nos dispositivos supratranscritos.

O artigo 142 da Lei n.º 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social), modificado pelo artigo 25 do Decreto-lei n.º 66/66, prescreve:

“Os atos praticados e os instrumentos assinados ou lavrados com inobservância do estipulado no artigo 141 são considerados nulos de pleno direito, para todos os efeitos, assim como os respectivos registros públicos a que estiverem sujeitos”.

Alega ser nulidade prevista no artigo 145, V, do Código Civil Brasileiro.

Pergunta-se:

- 1.º — Pode a financiada, que deixou de apresentar o CRS, objetivando locupletar-se ilicitamente ou mesmo auferir determinadas vantagens, argüir a nulidade do Contrato de Financiamento que, concretamente, nenhum prejuízo acarretou para o INPS?

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

- 2.º — Ad argumentandum tantum, admitida a nulidade absoluta do contrato, para a qual, no mínimo, também concorreu (culpa concorrente) a financiada, poderia aplicar-se, contra o BANCO, o princípio da sucumbência?
- 3.º — Admitida a nulidade absoluta do contrato, qual o **remedium juris** a ser empregado, a fim de ser cobrada judicialmente a dívida?

Nessa cobrança ordinária é lícito exigir-se, também, juros e correção monetária?

Adiantaria que o financiamento foi para fins de aquisição de máquinas, portanto se trata de um financiamento industrial, e, disciplinando a espécie, no ano de 1969, surgiu o Decreto-lei n.º 413, o qual, no seu artigo 42, estabelece:

“A concessão dos financiamentos previstos neste Decreto-lei bem como a constituição de suas garantias, pelas instituições de crédito, públicas e privadas, **independe da exibição de comprovante de cumprimento de obrigações fiscais, da previdência social ou de declaração de bens e certidão negativa de multas**”.

Mesmo sendo posterior à celebração do contrato, pode o Decreto-lei n.º 413/69 ser aplicado à hipótese ocorrenté?

A vista desse novo diploma legal, que regula matéria totalmente idêntica àquela do contrato — FINANCIAMENTO INDUSTRIAL (embora através de cédula e não de contrato), estão ou não derogados (revogação parcial) os dispositivos da Lei Orgânica da Previdência Social citados?

Os artigos da Lei Orgânica da Previdência Social — os transcritos — ferem algum princípio legal, mesmo não constitucional?

## P A R E C E R

### I. DA INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 142 DA LEI DA PREVIDÊNCIA SOCIAL ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

1. O artigo 142 da Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, com a redação que lhe deu o artigo 25 do Decreto-lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966, vedou a alienação de bens e a realização de contratos de financiamento com órgãos da administração direta e indireta, por parte de empresas que não tivessem a quitação do INPS.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

Estabeleceu, na sua redação originária, o artigo 142 do referido diploma, que:

“As empresas abrangidas por esta Lei não poderão receber qualquer subvenção ou participar de qualquer concorrência promovida pelo Governo ou autarquias federais, nem alienar, ceder, transferir ou onerar bens imóveis, embarcações ou aeronaves sem que provem a inexistência de débito para com a instituição de previdência social a que estejam ou tenham estado vinculadas sob pena de nulidade do ato e do registro público a que estiverem sujeitas”.

Posteriormente, o artigo 25 do Decreto-lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966, deu nova redação aos artigos 141 e 142 da Lei n.º 3.807, determinando, na sua nova redação, o artigo 141, § 2.º, que:

“O “Certificado de Regularidade de Situação” (CRS), a ser trasladado no instrumento pelo servidor público ou escrevente juramentado, juntado por cópia autenticada ao processo ou ao pedido inicial da empresa, ou ainda caracterizado pelo seu número e data de emissão mediante certidão passada no documento fornecido à empresa, conforme o caso, será exigido obrigatoriamente:

- a) .....
- b) .....
- c) para a concessão de financiamento, empréstimo e ajuda financeira, para o pagamento de parcelas dos mesmos, quotas-partes e alíquotas de impostos ou de subvenções de qualquer espécie por parte das repartições públicas, estabelecimentos de crédito oficiais e seus agentes financeiros, autarquias, entidades de economia mista e empresas públicas ou de serviços públicos;
- d) .....
- e) para a assinatura de convênios, contratos ou quaisquer outros instrumentos com repartições ou entidades públicas, autarquias, sociedades de economia mista ou seus agentes;
- f) .....
- g) .....
- h) .....

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

O artigo 142 teve, por sua vez, a sua redação modificada pelo Decreto-lei n.º 66, passando a ter o seguinte teor:

“Art. 142. Os atos praticados e os instrumentos assinados ou lavrados com inobservância do estipulado no artigo 141, são considerados nulos de pleno direito, para todos os efeitos, assim como os respectivos registros públicos a que estiverem sujeitos.

§ 1.º. A previdência social poderá intervir nos instrumentos nos quais é exigido o “Certificado de Quitação” para dar quitação de dívida do contribuinte ou para dar autorização para a sua lavratura, independente da liquidação da dívida, desde que fique assegurado o seu pagamento com oferecimento de garantia de natureza real ou do próprio preço, quando o mesmo seja parcelado”.

2. Em virtude das referidas normas, as sociedades de economia mista deixaram de poder conceder financiamento sem a prévia apresentação da certidão de quitação do INPS (alíneas c e e do § 2.º do artigo 141 da Lei n.º 3.807 com a redação do Decreto-lei n.º 66/66).

3. A exigência de só conceder financiamentos a empresas que tenham quitação do INPS foi estabelecida pelo Decreto-lei n.º 66 para as repartições públicas, autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas, não se aplicando, tal condição, às demais sociedades comerciais e instituições financeiras do setor privado, embora tal norma tenha implicado numa limitação ao funcionamento das empresas estatais e de economia mista. A discriminação se evidencia pelo fato de poderem as instituições financeiras privadas conceder financiamentos sem a quitação do INPS, enquanto, pelo Decreto-lei n.º 66, as entidades financeiras públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas foram obrigadas a exigir tal quitação, como condição necessária dos seus negócios.

4. Ocorre, todavia, que, nesse particular, o Decreto-lei n.º 66 foi revogado pelo artigo 27, § único, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 e pelo artigo 163, § 2.º, da Constituição de 1967.

Efetivamente, o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, determina, no seu artigo 27, § único, que:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

“Assegurar-se-á às empresas públicas e AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA CONDIÇÕES DE FUNCIONAMENTO IDÊNTICAS ÀS DO SETOR PRIVADO.....”.

Por sua vez, a Constituição de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor em 15 de março de 1967 (artigo 189), estabelece, no seu artigo 163, § 2.º, que:

“Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA REGER-SE-ÃO PELAS NORMAS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PRIVADAS, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações”.

5. Como a Constituição foi promulgada em 24 de janeiro de 1967, o Decreto-lei n.º 200 é de 25 de fevereiro de 1967 e o início da vigência da Constituição data de 15 de março de 1967, parece-nos que o Decreto-lei n.º 66 foi derogado pelo artigo 27, § único, do Decreto-lei n.º 200, cujos princípios foram consagrados no texto constitucional. A Constituição de 1967, no momento em que entrou em vigor, já teria, pois, encontrado o Decreto-lei n.º 66 derogado no particular, dando, tão-somente, garantia constitucional à disposição que anteriormente era de lei ordinária. Poder-se-ia, talvez, entender que a simples promulgação da Constituição teria revogado o Decreto-lei n.º 66, mas tal tese nos parece infundada, pois, não estando ainda em vigor, não teria a Constituição como produzir quaisquer efeitos jurídicos antes do seu início de vigência. O debate sobre a matéria não apresenta, todavia, qualquer interesse prático por ser evidente que:

a) a partir de fevereiro de 1967, não vigoravam mais, em relação às sociedades de economia mista, os artigos 141 e 142 da Lei n.º 3.807 (com a redação do Decreto-lei n.º 66);

b) a partir de 15 de março de 1967 nenhuma lei poderia estabelecer qualquer discriminação entre empresas privadas e sociedades de economia mista no que se refere ao funcionamento, exploração e organização das mesmas.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

6. Verificamos, pois, que, em virtude do disposto no artigo 27, § único, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, deixou de ser aplicável às sociedades de economia mista a norma contida nos artigos 141 e 142 da Lei da Previdência Social com a redação que lhes deu o artigo 26 do Decreto-lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966, pois a quitação do INPS, sendo requisito exigido, tão-somente, nos financiamentos concedidos por sociedades de economia mista e empresas públicas, não mais pode prevalecer, diante de uma legislação que estabelece a completa equiparação das condições de funcionamento das instituições financeiras públicas e privadas. É indiscutível a revogação da norma do Decreto-lei n.º 66 diante do texto inequívoco do Decreto-lei n.º 200, que exige tenham as sociedades de economia mista “condições de funcionamento idênticas às do setor privado”, não se admitindo mais qualquer espécie de discriminação contra as instituições financeiras estaduais, no sentido de delas exigir condições e providências não estabelecidas em relação às suas congêneres de natureza privada.

7. Se não bastasse o texto da lei ordinária, no mesmo sentido se afirmou a norma constitucional, que passou a vigorar a partir de 15 de março de 1967, sujeitando as sociedades de economia mista “AS NORMAS APLICÁVEIS AS EMPRESAS PRIVADAS” (artigo 163, § 2.º), sem favores ou benefícios especiais (artigo 163, § 3.º), mas sem qualquer sobrecarga ou discriminação odiosa, expressamente vedada pela norma fundamental.

8. Os comentadores da Constituição e os estudiosos das sociedades de economia mista salientam a inovação decorrente do texto do artigo 163, que eliminou as dúvidas no tocante ao regime legal das empresas estatais e que foi mantido, com pequenas alterações, na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, passando a constituir o artigo 170, § 2.º, com a seguinte redação:

“§ 2.º. Na exploração, pelo Estado, de atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações”.

9. Examinando o novo texto constitucional, pondera a Professora ROSAH RUSSOMANO que:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

“Para que o Estado organize e explore a atividade econômica diretamente, é mister que, de acordo com o texto constitucional, o faça tão-só em caráter supletivo, face à iniciativa privada.

Em se verificando essa hipótese (exploração, pelo Estado, da atividade em foco), os órgãos referidos no texto (empresas públicas e sociedades de economia mista) ficarão no mesmo nível das empresas privadas, regendo-se pelas normas a estas aplicáveis, inclusive no setor do Direito do Trabalho e das Obrigações”. (Rosah Russomano, *Anatomia da Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, página 317)

10. No mesmo sentido se manifesta ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, nos seguintes termos:

“A Constituição Federal de 1967 mantém o princípio da livre iniciativa privada para organizar e explorar as atividades econômicas. É influência ainda do regime capitalista, baseado no interesse particular. Entretanto, a norma assegura o direito “preferencialmente” e, não, com exclusividade, realizando-se “com estímulo e o apoio do Estado” (termo empregado no sentido técnico amplo e, não, restrito às unidades da federação, ou estados-membros; abrange a palavra “Estado” a União, o Estado-membro e o Município). Como ato de caráter suplementar da iniciativa privada, “o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”. Não haverá, normalmente, concorrência entre o Estado e as empresas privadas. O Estado apenas agirá para complementar, quando houver interesse social. Mas, nessa hipótese, as empresas públicas e as sociedades de economia mista ficarão equiparadas às entidades privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações” (art. 170 e §§ 1.º a 3.º). (Alcides de Mendonça Lima, *As novidades da Constituição Federal*, São Paulo, Editora Juriscredi Ltda., 1971, página 160)

11. A doutrina brasileira sempre entendeu, aliás, que a sociedade de economia mista era uma pessoa jurídica de direito privado, sujeita às normas do direito comercial e do direito do trabalho, como se verifica pelas lições de VICENTE RÃO (*O di-*

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

reito e a vida dos direitos, S. Paulo, Max Limonad, 1952, 1.º volume, página 361); HELY LOPES MEIRELLES (**Direito municipal brasileiro**, 2a. edição, S. Paulo, Revista dos Tribunais, volume 1, 1964, páginas 208 e seguintes e **Direito administrativo brasileiro**, 2a. edição, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, páginas 303 e seguintes); OSCAR SARAIVA (**Estudos de direito administrativo e social**, Rio de Janeiro, Editora Melso, sem data, página 73); SEABRA FAGUNDES (**Parecer**, in **Revista de Direito administrativo**, volume 32, página 475); ARNO SCHILLING (**Sociedades de economia mista**, artigo publicado in **Revista de Direito Administrativo**, volume 50, página 36); ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA (**As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado**, artigo, in **Revista de Direito administrativo**, volume 60, página 1 e seguintes e, especialmente, página 7) e FRANCISCO CAMPOS (**Parecer**, in **Revista de direito administrativo**, volume 72, página 385).

No mesmo sentido se manifestaram, ainda, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (**Tratado de direito administrativo**, volume IV, 2.ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1949, página 334); RUY CIRNE LIMA (**Pareceres (Direito Público)**, Porto Alegre, Sulina, 1963, página 18 e **Princípios de direito administrativo**, 4a. edição, Porto Alegre, Sulina, 1964, páginas 182 e seguintes); BILAC PINTO (**O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas**, in **Revista de Direito administrativo**, volume 32, páginas 14 e seguintes); TULLIO ASCARELLI (**Problema das sociedades anônimas**, 2a. edição, São Paulo, Saraiva, 1969, página 348); WALDEMAR MARTINS FERREIRA (**A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo**, S. Paulo, Max Limonad, 1956, "passim" e, especialmente, página 156); THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS (**As sociedades de economia mista no direito brasileiro**, Rio, 1964, "passim" e, especialmente, página 54) e J. C. SAMPAIO DE LACERDA (**As sociedades anônimas e sua utilização pelo Estado em suas empresas**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, página 11).

12. A doutrina brasileira já entendia, pois, antes da Constituição de 1967, que a sociedade de economia mista devia ser considerada como pessoa jurídica de direito privado, subordinada, nas suas transações externas, ou seja, nos seus negócios com terceiros, às normas de direito comercial e de direito de trabalho, sob pena de não se justificar a sua própria existência. Já, naquela

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

época, os autores criticavam a aplicação de normas de direito administrativo nas relações entre as sociedades de economia mista e terceiros (**quoad extra** na palavra de RUY CIRNE LIMA). Aliás, o problema já tinha surgido no exterior e tinha sido objeto de comentários dos estudiosos de direito na França, na Inglaterra e na Itália.

13. O Professor SAMPAIO LACERDA em monografia intitulada **As sociedades anônimas e sua utilização pelo Estado em suas empresas** (Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, página 20) lembra, nos seguintes termos, a posição da doutrina francesa e inglesa:

"HAMEL et LAGARDE, em seu Tratado (1954, n.º 889), acentuam as inconveniências das normas do direito público às empresas de Estados: "As regras do direito administrativo e da contabilidade pública são inconciliáveis. O funcionário é levado à prudência e não à audácia. Em princípio, todas as despesas do ano devem ter sido autorizadas pela inscrição de um crédito no orçamento e os créditos não utilizados no período previsto são anulados, repetindo-se o processo de inscrição no ano seguinte". Concluem, então, os tratadistas franceses: "A aplicação de tudo isso aos negócios comerciais ou industriais significaria a paralisia e a falência. À medida que se ampliava o intervencionismo, havia preocupação "de industrializar" a gestão dos novos serviços, substituindo os processos de direito e de contabilidade comerciais". Outro não é o pensamento de WILLIAM ROBSON, professor de Economia em Londres (**La società pubbliche in Gran Bretagna**, in "Riv. delle società", 1956, 405, página 949 e segs.). A razão bastante para a criação do moderno tipo de sociedade pública foi a necessidade de um alto grau de liberdade, flexibilidade, audácia e espírito empreendedor na direção da empresa de propriedade pública tendo o caráter industrial ou comercial e o desejo de fugir às cautelas e prudências típicas dos negócios da administração governativa. "Duplo desejo ensejou a criação das sociedades públicas, afirma ROBSON: de um lado garantir a liberdade do controle cotidiano parlamentar sobre a gestão das indústrias nacionalizadas e por outro evitar a supervisão do Te-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

souro sobre o seu pessoal e sobre seu balanço, pois, como se expressou o primeiro Ministro Trabalhista, CLEMENT ATTLEE, o controle do Tesouro é de todo incompatível com a elasticidade necessária à direção de uma empresa comercial ("Post Office Reform", in "New Statesman and Nation" de 7/11/1931)".

14. Examinando a evolução da legislação francesa sobre a matéria, o Professor JEAN MAYNAUD (**Aspectos atuais da empresa pública na França**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1957, páginas 35 a 37), colocou o problema nos seguintes termos:

"Tratando-se particularmente da França, a tendência dos últimos anos parece ter sido de reforçar e multiplicar os controles. Esta situação foi criticada em certos meios que nela viram uma defesa do Estado e conseqüentemente um abandono dos princípios que haviam guiado o legislador na realização das nacionalizações. De diversos lados, foi invocado o espectro da rigidez burocrática geradora da ineficácia e da desordem; mas, a maior parte das críticas é exagerada, sem dúvida alguma.

.....

A falta de elasticidade do sistema de autorização prévia foi particularmente criticada pela demora que causava na execução das decisões, prejudicando a boa marcha da empresa (essa lentidão teria comprometido a realização de diversas transações imobiliárias). Tais críticas não são desprovidas de fundamentos, sobretudo nos casos correntes em que o processo de aprovação exige a intervenção de diversas administrações. Porém, tratando-se de decisões importantes compreendendo-a a política geral da empresa, ou suscetível de exercer influência na política nacional, parece-nos difícil a renúncia a todo poder de tutela.

O problema se resume, pois, em tornar exequível, em vez de fazer desaparecer o sistema de autorização prévia, limitar a tutela às decisões realmente importantes e sobretudo tornar fáceis as formalidades de aprovação".

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

15. No mesmo sentido, M. T. CARVALHO BRITTO DAVIS, no seu **Tratado das sociedades de economia mista** (Rio de Janeiro, José Konfino, 1969, página 479), invoca a lição idêntica que encontramos nos autores italianos, nos seguintes termos:

"Merecem assentada as seguintes palavras de TREVES, que servem de advertência àqueles que tentam sobrecarregar, excessivamente, as empresas estatais, de controles os mais diversos, que possam ocasionar transtornos à sua eficiência operacional, etc."

"L'espedito dell'ente pubblico economico e ancor di più quello della società commerciale esonerano l'amministrazione dal sistema rigido ed ingombrante di iperazioni e di controlli, istituito nel passato nei confronti di servizi di natura differente, e antiquato ormai perfino per questi. Nessuna impresa commerciale potrebbe svilupparsi in tali condizioni con speranza di successo. È fuori dubbio il bisogno di maggiori elasticità, celerità e indipendenza".

16. Trazendo o problema para a realidade brasileira, o insuspeito THEMÍSTOCLES CAVALCANTI chegou a lamentar que, em vez de se ter processado uma crescente autonomia das sociedades de economia mista, tenha-se verificado "um movimento inverso no sentido de uma integração crescente no organismo estatal". E, conclui o antigo Procurador da República e Ministro do Supremo Tribunal Federal:

"Perderam, assim, as empresas públicas, características fundamentais e que motivaram a sua criação". (Prefácio à obra de JEAN MAYNAUD já citada, página 15).

17. Há quase vinte anos atrás escrevíamos a esse respeito (**As sociedades de economia mista e as empresas públicas no direito comparado**, in **Revista Forense**, volume 152, página 521) que:

"A tendência atual do direito administrativo é dominada pelos princípios de padronização excessiva. Já se falou na **desautorização das autarquias**. Transformam-se as autarquias, as empresas públicas e as próprias sociedades de economia mista em simples repartições públicas, perdendo a sua iniciativa e o seu sen-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

so de responsabilidade própria sob o peso esgotante dos múltiplos controles. Já vimos que, tanto na França, como nos Estados Unidos, as empresas públicas desaparecem devido à excessiva fiscalização, integrando-se nos ministérios e de sociedade comercial só conservando o nome”.

.....

E concluímos no sentido de ser necessário manter a flexibilidade das sociedades de economia mista, para que pudessem ter um caráter competitivo.

Pouco tempo depois, a mesma tese foi levantada por ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, que concluiu excelente estudo sobre a matéria nos seguintes termos:

“Nos limites de trabalho sem maiores pretensões, cumpre-nos finalmente assinalar que tanto as sociedades de economia mista, quanto as denominadas empresas públicas, constituem preciosos e eficientes instrumentos jurídicos postos a serviço do Estado moderno, no instante em que as solicitações do interesse público reclamam e exigem sua crescente intervenção no domínio econômico.

Entretanto, à medida que tais sociedades se afastam das normas e da técnica das empresas privadas, despiando-se de suas características de independência de ação e consequente liberdade administrativa, deixarão de ser os instrumentos simples, flexíveis e eficientes e correrão, por conseguinte, o risco de falharem às suas finalidades.

Torna-se, por isso mesmo, indispensável não se repetir com tais tipos de sociedades o que ocorreu com as entidades autárquicas que, segundo OSCAR SARAIVA, envelheceram precocemente: “surgidas”, diz ele, “em maior número no quinquênio de 1937 a 1942, trazendo em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornavam instrumentos flexíveis e eficientes de ação, logo a seguir, as influências centralizadoras de padronização, uniformização e controle as alcançaram, tornando em muitos casos sua administração quase tão rígida quanto a do próprio Estado, e fazendo desaparecer as razões de conveniência que originaram sua instituição”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

As sociedades de economia mista e as chamadas empresas públicas evidentemente haverão que subsistir como instrumentos jurídicos a serviço do Estado moderno, no seu mister e empenho de atender aos interesses gerais da coletividade, mas isto realmente só será possível na medida em que se mantiverem fiéis às suas características de empresa privada, de forma a não permitir sua transformação em simples órgão da administração pública descentralizada”. (Revista de Direito Administrativo, volume 60, página 15) (grifamos)

18. A evolução tributária se realizou no sentido de aproximar, cada vez mais, as sociedades de economia mista das demais empresas comerciais, denegando-lhes imunidades fiscais, conforme se verifica pelas Súmulas n.ºs 76 e 79 do Supremo Tribunal Federal (v. ainda THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, obra citada, páginas 81 e seguintes).

19. Finalmente, a Constituição de 1967, cujos termos foram, no particular, mantidos na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, firmou os princípios da plena equiparação das empresas de economia mista às demais sociedades comerciais no tocante ao seu funcionamento e à exploração de suas atividades, consagrando a tese da flexibilidade indispensável a quem exerce o comércio sob qualquer forma e da não-discriminação, positiva ou negativa, entre entidades de capital privado e público, desde que estas não exerçam um monopólio.

20. Os autores que trataram da matéria, após a vigência do Decreto-lei n.º 200 e da Constituição de 1967, reconhecem que há perfeita identidade entre o regime das empresas particulares e das sociedades de economia mista. Nesse sentido se manifestam, em estudos recentes, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, CRETILLA JUNIOR e JOSÉ NABANTINO RAMOS. Afirma o primeiro que as condições especiais da constituição de capital das sociedades de economia mista não alteram a sua conceituação e acrescenta:

“É a lei que declara a sua natureza de direito privado, pela sua estrutura que obedece geralmente à forma anônima, à composição de sua diretoria, à participação de todos os constituintes do seu capital, na formação da Assembléia Geral.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972



Também, as relações de empresas se definem como de natureza trabalhista e escapam às normas que se aplicam aos funcionários públicos.

Por ser de direito privado o seu sistema de controle interno e externo, obedecem ao regime das sociedades comerciais e escapam à fiscalização financeira dos órgãos públicos". (Themístocles Cavalcanti, **Sociedades de economia mista**, Revista de direito administrativo, volume 103, página 11)

21. Por sua vez, o Professor CRETELLA JUNIOR, tratando das empresas públicas, esclarece que:

"As relações da empresa pública com clientes, fornecedores, terceiros, enfim, obedecem os processos do direito comercial e, eventualmente, do direito civil, não do direito público.

.....  
Submissão às regras e usos do direito comercial é, enfim, mais um traço do regime jurídico das empresas públicas, o que se evidencia na organização da entidade, na esfera dos contratos, nos processos de financiamento". (Cretella Junior, **Regime Jurídico das Empresas públicas**, in **Revista de direito administrativo**, volume 106, página 73)

22. Finalmente, NABANTINO RAMOS vê na determinação constitucional do artigo 170, § 2.º, da Emenda n.º 1, uma vinculação ao regime de direito privado da organização e exploração das sociedades de economia mista, que não envolveria, necessariamente, a sua criação, mas abrangeria o conjunto de operações para atingir as finalidades sociais da empresa (v. José Nabantino Ramos, **Empresas públicas**, in **Revista de direito administrativo**, volume 107, página 19).

23. Essa igualdade constitucionalmente determinada entre empresas públicas e privadas já tinha, aliás, encontrado um precedente específico no campo financeiro, pois a Lei de reforma bancária (Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964) estabeleceu no seu artigo 24 que:

"As instituições financeiras públicas não federais ficam sujeitas às disposições relativas às instituições financeiras privadas .....

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

24. Concluimos, pois, que, a partir de 1967, a Constituição e a lei ordinária estabeleceram a plena igualdade de tratamento, em todos os seus aspectos, das empresas privadas e das sociedades de economia mista, ficando revogadas as disposições anteriores que estabeleciam regimes peculiares ou especiais para os financiamentos concedidos por sociedades de economia mista e passando a ser, a partir daquela data, inconstitucional qualquer nova lei que pretendesse fazer tal discriminação.

25. Aplicando o princípio ao caso concreto, chegamos à conclusão de que, em 1968, quando foi realizado o contrato entre o Banco do Estado de Alagoas e a firma Indústria e Comércio L. Carvalho S. A., já estava revogada, em relação às sociedades de economia mista, a disposição dos artigos 141 e 142 da Lei da Previdência Social (com a redação do Decreto-lei n.º 66), em virtude do que dispunham expressamente o artigo 163, § 2.º, da Constituição de 1967 e o artigo 27, § único, do Decreto-lei n.º 200.

26. Inaplicáveis as mencionadas disposições por terem sido revogadas, evidentemente que não se impunha, na hipótese, a exigência de quitação do INPS como condição do contrato, não havendo assim qualquer vício no contrato de financiamento que obedeceu à legislação vigente no momento da sua feitura, preenchendo todos os requisitos legais.

27. Qualquer eventual lei posterior que viesse restabelecer tal exigência não se aplicaria ao fato por ser o mesmo anterior às novas determinações legais e seria inconstitucional por violar o artigo 163, § 2.º, da Constituição de 1967, que passou a constituir o artigo 170, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

## II. DA VALIDADE DO CONTRATO

28. Mesmo se se admitisse, *ad argumentandum*, a aplicação dos artigos 141 e 142 da Lei da Previdência Social, não teríamos dúvida em reconhecer a validade do contrato, embora, em tal hipótese, pudesse ser suscetível de anulação em ação própria intentada pelo INPS, o que não ocorreu no caso.

29. Efetivamente, depois de ter sido fixada a norma de conduta no artigo 141, o artigo 142 estabelece a sanção aplicável no caso de infração às determinações anteriormente estabelecidas, esclarecendo que ocorre, na hipótese, "nulidade de pleno direi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

to". Acrescenta, todavia, o § 1.º do artigo 142, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 66, que "a previdência social poderá intervir nos instrumentos", seja para dar quitação, seja "para dar autorização a sua lavratura, independentemente da liquidação da dívida, desde que fique assegurado o seu pagamento com oferecimento de garantia de natureza real ou do próprio preço, quando o mesmo seja parcelado".

30. Verifica-se, pois, que o interesse protegido, no caso, não é de ordem pública, mas de natureza privada e de caráter patrimonial, consistindo em garantir o pagamento dos eventuais débitos existentes em favor da previdência social. Acresce que o direito é, no caso, disponível, sujeito a convalescer em virtude de acordo com o credor, pois os órgãos da previdência podem dispensar a mencionada quitação, o que revela que a apresentação da mesma não tem caráter imperativo, tanto assim que o interessado (INPS) pode comparecer à escritura e abrir mão da quitação, mediante o recebimento de garantias.

31. Tratando-se de sanção estabelecida no interesse privado e que pode ser afastada pelo assentimento do INPS na forma do § 1.º do artigo 142 acima referido, evidencia-se que a nulidade no caso não é absoluta, mas sim relativa, tratando-se mais de uma inoponibilidade da operação ao INPS do que de uma nulidade propriamente dita, numa situação muito análoga à existente na hipótese de fraude contra credores.

32. A lei estabelece, pois, no caso, a necessidade da autoridade prévia do INPS com a finalidade de garantir os seus eventuais créditos. Assim, tanto a letra do § 1.º do artigo 142 como a mens legis do referido dispositivo legal, nos levam à conclusão de ser o interesse protegido, no caso, o interesse privado de caráter patrimonial do INPS, do qual ele pode dispor, fazendo com que convalesça o ato mesmo quando lavrado sem a apresentação da quitação, no caso denominada "Certificado de regularidade de situação" (CRS).

33. A idéia de se proteger com tal disposição os eventuais créditos do INPS se encontra também em vários outros diplomas legislativos que asseguram o caráter privilegiado desses créditos, a fim de evitar que contra o seu pagamento se utilize qualquer forma de fraude. Neste sentido, disposição análoga se encontra no artigo 42, § único, do Decreto-lei n.º 413, de 9 de janeiro de 1969.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

34. Na realidade, trata-se de ato jurídico que necessita de assentimento de caráter resguardativo, conforme bem salienta PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, tomo IV, 2a. edição, Rio, Borsoi, 1954, página 268, § 427). A ausência do assentimento vinculado a interesse patrimonial de uma entidade, que pode dispensar a quitação, torna o ato anulável, mas não implica na sua nulidade absoluta.

35. A doutrina distingue a nulidade absoluta da relativa, esclarecendo que a primeira não permite que o ato jurídico produza qualquer efeito, excluindo, pois, a sua ratificação ou o seu convalescimento, enquanto a segunda, violando apenas um interesse privado, pode ensejar a dispensa do requisito ou a ratificação posterior. A matéria é pacífica tanto no entender da jurisprudência como para os autores estrangeiros e nacionais.

36. Já o *Traité pratique de droit civil français*, de PLANIOL e RIPERT, esclarece que a doutrina clássica distingue dois tipos de nulidades: a absoluta e a relativa, sendo que aquela: 1.º) opera independentemente de qualquer decisão judicial; 2.º) pode ser invocada por qualquer pessoa; 3.º) vicia o ato de modo a que ele não produza efeito jurídico algum; 4.º) não admite confirmação; 5.º) não convalesce com o tempo. E acrescenta que há nulidades que protegem interesses particulares e outras que atendem a interesses de ordem pública. No primeiro caso, só as pessoas protegidas podem invocar a anulabilidade e podem renunciar à mesma; no segundo, qualquer interessado tem condições de invocar a nulidade (v. Planiol e Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tomo VI, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930, n.º 287, página 398 e n.º 283, página 400).

37. Na mesma ordem de idéias, HENRI DE PAGE pondera que:

"La nullité absolue est celle qui se fonde sur un motif d'ordre public. La nullité relative est celle qui n'est édictée qu'en vue de protéger les intérêts privés. Telle est la distinction fondamentale qui gouverne la matière". Henri de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2a. edição, tomo II, Bruxelas, Établissements Émile Bruylant, 1948, página 703)

Após consagrar essa distinção entre nulidade absoluta e relativa de acordo com o interesse protegido (ordem pública e in-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

teresse privado), acrescenta o mestre belga que o ato nulo não é suscetível de confirmação (obra citada), página 715).

38. Idêntica é a posição dos irmãos MAZEAUD, que ensinam:

“Les nullités sont fondées tantôt sur des considérations d'ordre public, tantôt sur des motifs d'intérêt privé.

D'une part, le législateur veut protéger la société toute entière contre un acte dont le maintien serait susceptible de lui nuire; ainsi un contrat immoral. . . .

D'autre part, le législateur vient au secours des personnes dont les intérêts lui paraissent particulièrement dignes d'intérêts, et qu'il protégera contre elles-mêmes . . .

C'est sur ces deux fondements que repose la distinction traditionnelle entre les nullités absolues et les nullités relatives. En principe, les nullités absolues sanctionnent la violation d'une règle d'ordre public, les nullités relatives la violation de règles édictées pour la protection d'intérêts privés” (Henri et Léon Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tomo I, Paris, 1955, n.º 350).

39. Finalmente, JEAN CARBONNIER vê, na nulidade relativa, uma nulidade de proteção, que visa a salvaguardar o interesse do lesado, para que, durante algum tempo, possa ele alegar o vício existente e pedir a restituição das partes ao *statu quo ante* ou confirmar o ato, dando-lhe plena e definitiva validade (v. Jean Carbonnier, *Droit civil*, tomo I, Paris, Presses Universitaires de France, 1955, página 142).

40. Na hipótese *sub judice*, evidencia-se que a sanção pela falta de assentimento resguardativo é a nulidade de proteção, tanto mais que a própria lei protege um interesse privado (o crédito do INPS) e não a ordem pública e admite a renúncia do interessado (INPS) o privilégio que a lei lhe concedeu, mediante a concessão de garantias adequadas para o pagamento das eventuais contribuições devidas.

41. Se passarmos da doutrina estrangeira para a nacional, os mesmos princípios são reiterados e confirmados pelos mestres do nosso direito.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

42. No Brasil, em estudo pioneiro sobre a matéria publicado na *Revista Forense*, SOLON nos lembra que:

“As nulidades dividem-se em absolutas e relativas. As primeiras são as que a lei estabeleceu em favor de todos os que podem ter interesse em arguí-las; semelhantes nulidades reduzem o acto a um puro facto; são tão graves que exoneram as partes contratantes, das respectivas promessas. Taes são as que resultam da violação das leis cujo motivo principal é o interesse publico. Taes são as que provêm de omissão das formalidades estabelecidas para um contracto solenne; as que resultam de falta de causa de uma obrigação, etc., etc. As nulidades relativas são as que resultam de infracção de uma lei, cujas disposições não interessam sinão a certas pessoas ou associações.

.....

A definição que acabamos de dar e os exemplos de que a fizemos acompanhar provam que é com razão que se afirma que esta nulidade é antes uma faculdade que o legislador quiz conceder a uma ou muitas pessoas de fazer anullar um acto ou um processo que não pode ser impugnado por outros, do que nma nulidade.

A distinção entre as nulidades absolutas e relativas é essencial; é uma das que mais importa conhecer-se, por ser invariável o caracter que as separa. Não há nulidade que possa tornar-se absoluta ou relativa segundo as circunstancias. Uma nulidade relativa não pode, em caso algum, tornar-se absoluta, pois não tem força sinão em virtude de reclamação daquelles a favor dos quaes é estabelecida”. Solon, *Theoria da nulidade das convenções e dos actos de tôda a espécie em matéria civil*, in *Revista Forense*, volume I, 1904, páginas 95 e seguintes) (Grifamos)

Coube a SOLON lembrar que a referência do texto legislativo à nulidade de pleno direito não implica, necessariamente, em considerá-la como sendo absoluta, invocando o artigo 444 do Código Comercial e o artigo 35 da Lei n.º 859, de 16 de agosto de 1902, a respeito do qual tece as seguintes considerações:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

“O artigo 444 do Código Comercial mostra-nos um outro exemplo de nulidade de pleno direito e nulidade dependente de ação, nos termos seguintes:

“Todos os atos translativos de propriedade imóvel praticados pelo falido, a título gratuito, nos dias que precedem a abertura da falência são nulos e sem efeitos **RELATIVAMENTE AOS CREDORES**; todos os atos do mesmo gênero, a título oneroso são suscetíveis de ser anulados por ação dos credores si envolverem fraude”. (obra citada, página 98).

.....  
“O artigo 35 (da Lei n.º 859, de 1902) declara nulos de pleno direito, **MAS SOMENTE A BENEFÍCIO DA MASSA**, todos os atos e alienações a título gratuito ....” (obra citada, página 98, nota 5).

Embora entendamos que, nos casos citados, a referência à nulidade de pleno direito não seja correta, verificamos que a própria legislação admitiu hipóteses de nulidade de pleno direito somente suscetíveis de serem invocadas pelos interessados, ou seja, por aqueles em favor de quem se estabeleceu a anulabilidade de proteção.

A legislação posterior preferiu considerar todos os casos de fraude contra credores como hipóteses de anulabilidade, como se verifica pelos artigos 106 do Código Civil, 52 da Lei falimentar e 185 do Código Tributário Nacional.

Dispõe o artigo 106 do Código Civil:

“Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzidos à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos”.

Estabelece, por sua vez, o artigo 52 da Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945):

“Não produzem efeitos relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

I — o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal da falência, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;

II — o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal da falência, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;

III — a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal da falência, tratando-se de dívida contraída antes desse termo; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada;

IV — a prática de atos a título gratuito, salvo os referentes a objetos de valor inferior a Cr\$ 1.000,00, desde dois anos antes da declaração da falência;

V — a renúncia a herança ou alegado, até dois anos antes da declaração da falência;

VI — a restituição antecipada do dote ou a sua entrega antes do prazo estipulado no contrato antenupcial;

VII — as inscrições de direitos reais, as transcrições de transferências de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis, realizadas após a decretação do seqüestro ou a declaração da falência, a menos que tenha havido prenotação anterior; a falta de inscrição do ônus real dá ao credor o direito de concorrer à massa como quirografário e a falta da transcrição dá ao adquirente ação para haver o preço até onde bástar o que se apurar na venda do imóvel;

VIII — a venda, ou transferência de estabelecimento comercial ou industrial, feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao falido bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, dentro de trinta dias, nenhuma oposição fizerem os credores à venda ou transferência que lhes foi notificada; essa notificação será feita judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos”.

Finalmente, determina o artigo 185 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966) que:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

“Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução”.

§ único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução”.

São todas hipóteses de anulabilidade ou de revogação do ato ou de inoponibilidade do mesmo aos credores, não havendo casos que se refiram à nulidade de pleno direito.

43. Na realidade, tratando-se da defesa de um interesse privado e de ato confirmável pelo INPS, toda a doutrina exclui a possibilidade de considerá-lo como nulo, quando não obedecida essa formalidade. Ato nulo são, ao contrário, aqueles que não podem ter eficácia jurídica, não podendo ser confirmados ou supridos por qualquer forma, ao critério da parte interessada. É o que já ensinava CLÓVIS BEVILACQUA (*Theoria Geral do direito civil*, 2a. edição, Rio, Livraria Francisco Alves, 1929, páginas 337 e seguintes).

Disserta a respeito PONTES DE MIRANDA, dizendo que as nulidades absolutas são insupríveis. E acrescenta:

“O ato jurídico nulo é nulo para sempre, ainda que cesse a causa da nulidade . . .

O nulo é irratificável como o é o inexistente; ratificação do nulo seria *contradictio in terminis*” (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2a. edição, Rio, Borsoi, 1954, §§ 366 e 367, páginas 44 e 45).

Se o ato nulo de pleno direito é irratificável, a *contrario sensu*, o ato ratificável, nos termos do § 1.º do artigo 142 da Lei n.º 3.807, não é nulo de pleno direito, mas, simplesmente, anulável.

44. É manso e pacífico, em toda a doutrina brasileira, que a nulidade decorre de ato que viola a ordem pública, a anulabilidade de lesão a direitos de terceiros protegidos pela lei, implicando a nulidade em impossibilidade de convalidação do ato, seja pela ratificação do interessado, seja pelo decurso do tempo.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

Na sua monografia sobre *Nulidades dos atos jurídicos*, esclarece MARTINHO GARCEZ que são nulos os atos que violam as leis de ordem pública e acrescenta:

“Quaes são as leis de interesse publico, ou, ainda, de direito publico, segundo a expressão dos romanos — *jus publicum*? São: a) as que estabelecem os impostos; b) as que regulam a ordem das jurisdições; c) as que regulam o estado das pessoas, sua capacidade, ou incapacidade; d) as que interessam aos bons costumes e sã moral, e as leis criminaes, porque ou se trate de punir um criminoso, ou de justificar um innocente, a preocupação do legislador é o interesse publico.

Do exposto podemos concluir que leis que interessam à ordem publica são as que estabelecem os impostos, as criminaes, as que regulam a ordem das jurisdições, o estado das pessoas, sua capacidade, e respeitam aos bons costumes” (Martinho Garcez, *Nulidades dos actos jurídicos*, 2a., edição, Rio, Jacinto Ribeiro dos Santos, 1910, página 139).

45. A tese é aceita e consagrada por todos os autores contemporâneos, conforme se verifica pelo ensinamento de SILVIO RODRIGUES, que a respeito tece os seguintes comentários:

“De fato preceitos há que são de ordem pública, pois interessam diretamente à sociedade. São regras ligadas à organização política, social e econômica do Estado, de modo que a infringência a um preceito dessa natureza representa ofensa direta à estabilidade, senão à estrutura da comunidade. Não raro o ato tem uma finalidade que colide com a ordem pública, ou que machuca a idéia de moral social ou de bons costumes. É um interesse público que é lesado e, por conseguinte, a própria sociedade reage, e reage violentamente, fulminando de nulidade o ato que a vulnerou. São os atos nulos.

Noutras hipóteses tem o legislador por escopo proteger determinadas pessoas, que se encontram em dadas situações, tal o menor púbere ou, ainda, o que consentiu inspirado num erro, induzido pelo dolo, forçado pela coação ou ludibriado pela simulação e pela fraude”. (Silvio Rodrigues, *Direito civil — Parte geral*, 3a. edição, São Paulo, Max Limonad, 1967, página 317)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

46. Idênticos são os ensinamentos de SERPA LOPES (Curso de direito civil, 4a. edição, volume I, Rio, Freitas Bastos, 1962, página 508, n.º 357); WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (Curso de direito civil, Parte geral, 8a. edição, São Paulo, Saraiva, 1971, página 276); CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de direito civil, 2a. edição, Rio, Forense, 1966, página 374 e seguintes) e ARNOLDO WALD (Curso de direito civil brasileiro — Parte geral, 3a. edição, São Paulo, Sugestões Literárias, 1971, página 245), que convergem no sentido de admitir que a proteção de interesses privados enseja a nulidade relativa ou anulabilidade do ato que não atendeu à determinação legal e que a confirmação do ato ou o seu convalidamento pelo decurso do tempo somente são possíveis em relação aos atos anuláveis.

Não há também dúvida quanto à anulabilidade do ato praticado em fraude ou sem o assentimento de quem devia aprovar previamente a operação.

47. Como salienta WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, no trecho acima referido:

“A anulabilidade é decretada no interesse privado da pessoa prejudicada .....; a nulidade é de ordem pública .....

A anulabilidade pode ser suprida pelo juiz a requerimento das partes ou sanada expressa ou tacitamente pela ratificação .....

48. Na hipótese *sub judice*:

- a) o interesse é de uma pessoa jurídica (INPS);
- b) a própria lei admite a ratificação do ato pela interveniência do INPS, independentemente do pagamento da totalidade do débito.

Trata-se, pois, incontestavelmente, de ato anulável ou revogável por fraude, cabendo ainda lembrar, em virtude da analogia, as normas aplicáveis aos créditos tributários que também justificam a revogação dos atos praticados em fraude como vimos pela transcrição que fizemos do artigo 185 da Lei n.º 5.172.

49. Assim, tanto a interpretação literal da lei, como o estudo da *mens legis* e o estudo sistemático da legislação vigente

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

na matéria (artigo 106 do Código Civil, artigo 52 da Lei falimentar e artigo 185 do Código Tributário), nos levam à conclusão de que se trata de uma anulabilidade que só pode ser levantada pelo INPS, como interessado em receber os seus eventuais créditos. Em boa técnica diríamos até que o ato jurídico é perfeito, mas se apresentaria como inoponível ao INPS, se aplicáveis à hipótese os artigos 141 e 142 da Lei da Previdência Social.

50. A melhor doutrina entende que quem não foi parte no ato não tem condições de alegar a sua nulidade, apenas podendo considerá-lo inoponível. MARCEL PLANIOL faz, com nitidez, a distinção entre a nulidade e a inoponibilidade, esclarecendo que:

“parfois un acte est inefficace à l'égard des tiers ou de certains tiers, tout en restant valable dans les rapports entre les parties .....” (Planiol, obra citada, página 387).

51. Concluimos, pois, que a hipótese não se enquadra, de modo algum, entre as nulidades absolutas, podendo, quando muito, ensejar uma nulidade relativa ou uma inoponibilidade, cabendo a ação própria com exclusividade ao INPS.

52. Acresce, finalmente, que é evidente que o mutuário não pode alegar a nulidade relativa, pois foi ele que lhe deu ensejo, aplicando-se o princípio romano *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Tratando-se de nulidade relativa, o artigo 152 do Código Civil só dá legitimidade à parte para invocá-la quando, em virtude da violação da norma, sofreu algum prejuízo. Não sendo este o caso, falta legitimidade ao mutuário para invocar a ausência de certidão de regularidade da situação, como causa de nulidade do ato jurídico.

53. A jurisprudência citada no processo, como sendo um precedente para a sentença proferida no caso *sub judice*, se refere a hipótese totalmente distinta, pois, no caso do Recurso Extraordinário n.º 67.435 de São Paulo, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 9 de outubro de 1969, o pleito se travava entre o INPS, que foi o recorrente e um contribuinte que pretendia transferir bens seus a terceiros, sem a respectiva quitação da previdência, conforme se verifica pelo acórdão publicado na *Revista trimestral de jurisprudência*, volume 53, página 759. A diferença entre os dois casos decorre do fato de ter sido alegada a irregu-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

laridade na outra hipótese pelo INPS, enquanto, no presente caso, quem invocou a eventual nulidade relativa foi o próprio devedor em processo no qual o INPS não era parte, nem interveniente sob qualquer forma.

### III. DA INEXIGIBILIDADE DA QUITAÇÃO NOS FINANCIAMENTOS COM PENHOR INDUSTRIAL

54. Trata-se, no caso, de financiamento industrial para aquisição de máquinas e equipamentos que foram dados em penhor industrial ao Banco do Estado de Alagoas, conforme se verifica pelas cláusulas 1 a 6 do contrato de 9 de fevereiro de 1968.

55. Sobre a matéria foi baixado o Decreto-lei n.º 413, de 9 de janeiro de 1969, que revogou toda a legislação anterior, aplicando-se, de imediato, a todos os financiamentos industriais, conforme se verifica pelo seu artigo 66. Examinando o problema dos Títulos de crédito industrial, em artigo publicado na Revista do BNDE (N.º 2, julho-dezembro de 1969, página 64), o advogado JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA esclarece que:

“O Decreto-lei n.º 413 revoga, de forma expressa, toda a legislação sobre penhor industrial, inclusive suas extensões .....

56. Ao tratar das disposições especiais, o mencionado Decreto determina, no seu artigo 42 e respectivo § único, que:

“Art. 42. A concessão dos financiamentos previstos neste Decreto-lei, bem como a constituição de suas garantias, pelas instituições de crédito, públicas e privadas, independe da exibição de comprovante de cumprimento de obrigações fiscais da previdência social ou de declaração de bens e certidão negativa de multas.

§ único. O ajuizamento da dívida fiscal ou previdenciária impedirá a concessão do financiamento industrial, desde que sua comunicação pela repartição competente às instituições de crédito seja por estas recebida antes da emissão da cédula, exceto se as garantias oferecidas assegurarem a solvabilidade do crédito em litígio e da operação proposta pelo interessado”. (Grifamos)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

57. Verifica-se, pois, que a partir de 1969, não mais se exigiu nos financiamentos industriais, como é o caso da presente consulta, em que, na realidade, se repassa recursos do FINAME, qualquer quitação, seja fiscal, seja da previdência social. É verdade que o Decreto-lei n.º 413 não estava em vigor quando foi lavrado o contrato de financiamento, mas, aplicando-se a todos os financiamentos em curso, implica em fazer convallescer o ato inicialmente irregular, desaparecendo assim a causa de anulabilidade ou de inoponibilidade que existia anteriormente em favor do INPS. Com o desaparecimento da exigência de quitação da previdência social (Certificado de regularidade de situação), ex vi do artigo 42 do Decreto-lei n.º 413, o requisito que faltava para a perfeição do contrato desapareceu e o financiamento se transformou num ato jurídico impecável, cuja validade não mais pode ser discutida.

58. Como vimos nos parágrafos anteriores do presente parecer, a eventual anulabilidade convallesce com a ratificação do ato, o decurso do tempo ou o desaparecimento da exigência do preenchimento de determinado requisito, anteriormente indispensável. Anteriormente, o financiamento podia ser considerado, *ad argumentandum*, como dependente de prévia certidão ou autorização do INPS. Desaparecendo tal exigência, não mais pode a Previdência Social, mesmo em relação aos casos anteriores ao Decreto-lei n.º 413, anular o contrato pela falta de um requisito que a legislação atual não mais prevê. O artigo 42 do Decreto-lei n.º 413 importou, pois, em fazer convallescer o financiamento, dando-lhe plena e completa validade.

### IV. DA INEXISTÊNCIA DE FRAUDE

59. O Decreto-lei n.º 413 admitiu que o ajuizamento da ação fiscal ou da previdência pudesse impedir a concessão do financiamento, pressupondo sempre a ocorrência de um eventual prejuízo para o credor.

60. No caso *sub judice*, o financiamento foi integralmente utilizado para adquirir máquinas e equipamentos, dados em penhor industrial ao Banco do Estado de Alagoas. Não havia, na época do contrato, qualquer ação ajuizada e o INPS não se manifestou para impugnar o contrato. A aquisição das máquinas decorrente do financiamento não importa em reduzir o patrimônio do mutuário, aumentando, ao contrário, o seu ativo. A operação assim não trouxe qualquer diminuição patrimonial ao mutuário não alterando, de modo algum, as garantias do INPS.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

61. Pelo exposto, evidencia-se a inexistência de qualquer fraude que pudesse justificar a anulação do contrato de financiamento, pois o mesmo não prejudicou, de maneira nenhuma, qualquer terceiro e, muito menos, o INPS.

#### V. DA VALIDADE DAS NOTAS PROMISSÓRIAS E DO AVAL CONCEDIDO

62. As notas promissórias são títulos autônomos, abstratos e literais e, em relação a elas, nenhum vício foi alegado e, muito menos, provado.

63. O devedor cambiário deve pagar a cambial por força da abstração da obrigação cambiária, desde que a mesma preencha os requisitos legais e não se possa provar má-fé do portador. Neste sentido é a determinação do artigo 17 da Convenção de Genebra, sendo evidente que, no presente caso, nenhum argumento existe para invalidar as notas promissórias ou discutir a sua validade.

64. No título abstrato, que é a nota promissória, a *causa debendi*, "isto é, a causa do débito, a causa que deu origem à dívida não é posta em relevo..." (V. THEOPHILO DE AZEVEDO SANTOS, *Manual dos títulos de crédito*, Rio, Companhia Editora Americana, sem data, página 11).

65. A responsabilidade do avalista também é incontestável, tendo sido distorcidos os textos da Convenção de Genebra na contestação apresentada na ação. Efetivamente, tanto na aplicação da Lei n.º 2.044, quanto de acordo com a Convenção de Genebra, chegamos à conclusão de que a responsabilidade do avalista é independente de protesto.

66. Em relação à Lei n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908, cabe lembrar que o artigo 15 esclarece ser o avalista equiparado "àquele cujo nome indicar; na falta de indicação, àquele abaixo de cuja assinatura lança a sua; fora destes casos ao aceitante, e não estando aceita a letra, ao sacador".

Por sua vez, o artigo 32 da mesma lei, determina que:

"O portador que não tira em tempo útil e forma regular o instrumento do protesto da letra, perde o direito de regresso contra o sacador, endossadores e avalistas".

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

Evidentemente que o mencionado artigo somente se refere ao direito de regresso, ou seja, ao direito de quem pagou a nota promissória contra os co-obrigados e não ao direito do titular do crédito contra o devedor e o fiador que lhe é equiparado. Não há, por outro lado, dúvida de que a referência do artigo 32 aos avalistas se destina aos avalistas dos sacadores e endossadores e não ao do aceitante, ou emitente, pois este, ex vi do artigo 15, é equiparado ao próprio emitente.

67. É altamente elucidativa, na matéria, a lição de JOÃO EUNÁPIO BORGES, que põe termo a qualquer dúvida quando ensina:

"Não tirado oportunamente o protesto, ficando exonerados todos os devedores de regresso, o portador só poderá exigir a letra dos devedores diretos: do aceitante (se houver) e de seus avalistas.

Já se pretendeu (por faltar o adjetivo *respectivos* entre as palavras *endossadores* e *avalistas* no final do art. 32) que todos os avalistas, os do aceitante, inclusive, seriam beneficiados pela falta do protesto.

Tal opinião foi superada, há muito, quer na doutrina, quer na jurisprudência. É que o artigo 32 se refere à perda do direito de regresso. E não é de regresso, mas, direta e principal a obrigação do avalista do aceitante, a ele equiparado. Era assim de todo superflua, no art. 32, a restrição decorrente da palavra *respectivos*, pois que ela já estava contida no significado preciso que tem no direito cambiário a expressão *direito de regresso*. E o eminente Saraiva, autor do projeto da lei n.º 2.044, conhecia a fundo a teoria e a técnica do direito cambial.

Fique, pois, bem claro que, mesmo sem o protesto, conservará o portador seu direito não apenas contra o aceitante, como contra os seus avalistas". (João Eunápio Borges, *Títulos de crédito*, Rio, Forense, 1971, página 112, n.º 146) (Grifamos)

68. Também PONTES DE MIRANDA entende que, na legislação brasileira, só se impõe o protesto contra os endossantes e respectivos avalistas, sendo facultativo quando não há endossantes, nem avalistas dos mesmos. (V. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo XXXV, Rio, Borsoi, 1961, página 422 e § 3.998, n.ºs 2 e 3)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972



69. Idêntica é a lição de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (*Tratado de Direito comercial brasileiro*, Rio, 1922, volume V, livro III, Parte II, n.º 766, página 359) e de J. DA SILVA PINTO (*Direito cambiário* n.º 260, página 438), que consideram facultativo o protesto contra o avalista do emitente, citando jurisprudência nesse sentido.

70. Os princípios constantes na Convenção Uniforme de Genebra são idênticos, na matéria, aos aplicados pela lei brasileira, como bem salientou recentemente EGBERTO LACERDA TEIXEIRA (in *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n.º 1, 1971, página 164). Deixando de lado o problema da aplicação ou não da Convenção de Genebra nas relações internas, concluímos que a sua incidência, no caso, em nada modificaria a posição das partes e a exigibilidade do crédito em relação ao avalista.

71. Efetivamente, a Lei Uniforme de Genebra de 7 de junho de 1930, à qual o Brasil aderiu em 26 de agosto de 1942 e foi aprovada pelo Decreto legislativo n.º 54, de 1964 e promulgada pelo Decreto n.º 57.663, de 24 de janeiro de 1966, estabelece as seguintes normas sobre a matéria:

a) no artigo 32 determina que::

“O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada. A sua obrigação mantém-se mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que seja um vício de forma”.

b) no artigo 44 fixa os prazos para o protesto;

c) no artigo 53 esclarece que depois de expirado o protesto “o portador perdeu os seus direitos de ação contra os ENDOSSANTES, contra o SACADOR e contra os OUTROS CO-OBRIGADOS, À EXCEÇÃO DO ACEITANTE;

d) o artigo 77 manda aplicar às notas promissórias os artigos acima referidos que tratam das letras de câmbio.

72. Conclui-se, assim, que o protesto somente é necessário para resguardar a responsabilidade dos endossantes e respectivos avalistas, mas não do emitente (que corresponde ao aceitante da

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

letra de câmbio — art. 53 da Lei uniforme), nem do avalista, equiparado ao emitente, ex vi do artigo 32 já referido.

73. O Professor RUBENS REQUIÃO, ao estudar a Lei Uniforme, esclarece que o protesto é necessário nos casos de falta de aceite ou de pagamento para conservar os direitos do portador contra o sacador e contra os outros co-obrigados, à exceção do aceitante. (Rubens Requião, *Curso de direito comercial*, São Paulo, Saraiva, 1971, página 344)

74. A jurisprudência brasileira, aplicando a Convenção de Genebra, chegou à conclusão de que o protesto não é necessário para que perdure a responsabilidade do avalista do emitente, pois enquanto este último for responsável, continua o seu avalista, que lhe é equiparado, respondendo pelo débito, conforme se verifica pela seguinte ementa:

“Sobre o protesto necessário, a 1a. Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou que “nesta Câmara já se decidiu hipótese idêntica no sentido de que a Lei Uniforme, ao estabelecer o prazo de decadência para o credor promover o protesto contra os coobrigados cambiários, quis referir-se aí aos endossadores e seus avalistas, ou a todos quantos entraram na relação cambiária, exceto o executado e seu avalista, pois estes figuram como devedores principais e solidários. É o sentido, aliás, do art. 32 da Lei Cambial, mantido pela Lei Uniforme, que nenhuma inovação trouxe a respeito” (Incola, F-34, 1.108/68-14). (Apude Rubens Requião, obra citada, página 344)

## VI. CONCLUSÕES

75. Pelo exposto e respondendo à consulta formulada, concluímos que:

- 1.º) Não se aplicam às sociedades de economia mista os artigos 141 e 142 da Lei da Previdência Social com a redação que lhes deu o Decreto-lei n.º 66 por estarem derogados em relação às empresas públicas e sociedades mistas, em virtude do que dispõe o artigo 27, § único, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 e o artigo 163, § 2.º, da Constituição de 1967, atualmente com a redação do artigo 170, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

- 2.º) São inconstitucionais quaisquer normas que estabeleçam um tratamento distinto no funcionamento e na exploração das empresas privadas e públicas, pois a Constituição estabeleceu que o regime legal de ambas deve ser idêntico e a lei ordinária não pode criar qualquer discriminação constitucionalmente vedada.
- 3.º) Se aplicáveis fossem as mencionadas disposições legais ao contrato, o mesmo não seria nulo, mas, simplesmente, anulável ou não suscetível de oposição ao INPS, pois o § 1.º do artigo 142 admite a possibilidade de dispensa da certidão de regularidade da situação da Previdência Social, comprovando que a norma não é de ordem pública e que a exigência legal pode ser dispensada pela parte, enquanto o próprio *caput* do artigo, embora se refira, numa técnica errônea, à nulidade de pleno direito, não a considera como sendo absoluta.
- 4.º) De acordo com a interpretação literal, o estudo da *mens legis* e a análise sistemática do nosso direito, concluímos que se trata de hipótese de anulabilidade do ato jurídico, idêntico aos casos previstos pelo Código Civil na fraude contra credores, pela Lei Falimentar em relação aos atos praticados pelo falido antes de ser declarada a sua insolvência e pelo devedor do fisco em fraude de execução.
- 5.º) O ato anulável só pode ter a sua anulação pedida por aquele cujo interesse legalmente protegido não foi resguardado no contrato, de modo que o INPS poderia pedir a anulação, se aplicável no caso a Lei n.º 3.807.
- 6.º) O mutuário não pode invocar a anulabilidade do ato, por faltar-lhe interesse legítimo e não se admitir que alguém pretenda locupletar-se com a própria fraude (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).
- 7.º) Tratando-se de financiamento industrial garantido com penhor de máquinas, a irregularidade constante da não-apresentação da certidão do INPS desapareceu, em virtude da dispensa da mencionada exigência pelo artigo 42 do Decreto-lei n.º 413, de 9 de janeiro de 1969.
- 8.º) A operação não implicou em qualquer diminuição patrimonial para o mutuário, não desfalcando assim as garantias do INPS e excluindo, pois, qualquer ação do mesmo.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

- 9.º) As notas promissórias, sendo títulos autônomos e abstratos, são válidas e não podem ser impugnadas por inexistir qualquer vício formal ou material.
- 10.º) O avalista é responsável, tanto de acordo com a lei interna brasileira (Decreto n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908), como pela Convenção de Genebra, pois o avalista, sendo equiparado ao emitente, continua responsável independentemente de protesto, enquanto se mantiver a responsabilidade do seu afiançado, que é o emitente, conforme têm entendido a doutrina e a jurisprudência.

É este o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 24 de maio de 1972.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972