

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL II

LITON LANES PILAU SOBRINHO

NIVALDO DOS SANTOS

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto, Liton Lanes Pilau Sobrinho, Nivaldo Dos Santos –
Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-174-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito. 3. Economia.
4. Desenvolvimento Sustentável. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL II

Apresentação

A importância do estudo e da pesquisa multidisciplinar mostra-se fundamental nos dias de hoje, tendo em vista os inúmeros desafios pelos quais a humanidade vem passando. As relações entre o direito e a economia estão cada vez mais próximos, demonstrando a relevância da análise econômica do direito nos programas de pós graduação stricto sensu, principalmente no que tange ao estudo do desenvolvimento sustentável, já que este busca o equilíbrio entre os seus três pilares: ambiental, social e econômico.

A ONU (Organização da Nações Unidas), através de conferências a nível mundial, vem demonstrando sua preocupação com o meio ambiente, com o desenvolvimento econômico e social dos países. Isso fica claro ao se analisar os documentos e declarações provenientes dessas conferências, os quais buscam a implementação de objetivos com o fim de que toda a humanidade possa viver em melhores condições, de forma saudável. Para isso, o desenvolvimento deve tornar-se sustentável, em todos os seus âmbitos, ou seja, o desenvolvimento econômico deve cooperar com o meio ambiente, a fim de que se encontrem alternativas para que os seus fins sejam atingidos, de forma a não prejudicar um ou outro, com isso a sociedade poderá viver com qualidade, ou seja, o desenvolvimento social estará atingindo o seu fim.

A pesquisa nesses assuntos é fundamental, por isso o GT Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável tem como fim promover a discussão de temas que envolvam essas preocupações. Os pesquisadores, em todos os seus níveis, tem o dever e a função de colaborar para que isso ocorra. Assim, os trabalhos selecionados versam sobre essa temática, trazendo novas contribuições para a sociedade científica.

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto (UPM)

Prof. Dr. Nivaldo dos Santos (UFG)

A DÍVIDA PÚBLICA BRASILEIRA: UM ENSAIO JURÍDICO PARA O NÃO PAGAMENTO DO DÉBITO.

LA DEUDA PÚBLICA BRASILEÑA: UN ENSAYO LEGAL PARA HACER FRENTE A EL PAGO DE LA DEUDA.

Gabriela Caramuru Teles

Resumo

O mercado financeiro da dívida pública brasileira é relevante para os gastos financeiros do Estado, comprometendo significativamente a receita pública atual. Os questionamentos ao pagamento do débito no campo do direito financeiro são escassos internacionalmente e quase inexistentes no Brasil. O presente estudo busca formular, com fundamento na doutrina da dívida odiosa, a construção de uma tese jurídica a partir dos princípios da equidade das gerações, princípio da transparência e da legalidade, princípio do rebus sic stantibus e o princípio que proíbe a usura e o anatocismo, de modo à dar viabilidade jurídica ao enfrentamento do débito.

Palavras-chave: Dívida pública, Doutrina da dívida odiosa, Anatocismo

Abstract/Resumen/Résumé

El mercado financiero de la deuda publica brasileña es relevante para los gastos financieros, lo que compromete significativamente ingresos publicos actuales. Las discusiones sobre el pago de la deuda en el derecho financiero son escasos a nivel internacional y casi inexistentes en Brasil. Este estudio formula, basado en la doctrina de la deuda odiosa, la construcción de una tesis jurídica a partir de los principio de equidad de generaciones, principio de transparencia y legalidad, principio rebus sic stantibus y el principio de prohibición de la usura y anatocismo, con el fin de dar viabilidad legal para hacer frente a deuda.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Deuda pública, Doctrina de la deuda odiosa, Anatocismo

I. Introdução

O objetivo desse trabalho é compreender um tema determinante no orçamento público brasileiro: a dívida pública, especialmente no que tange aos argumentos jurídicos para o não pagamento do débito.

Para iniciar é necessário consolidar o mercado financeiro e seu capital fictício nos termos da teoria do valor. O ciclo do capital produtivo, como a única fonte irradiadora de valor real, é aquele que alimenta o capital comercial, o capital rentista e o capital monetário (ou bancário/ fictício/ de empréstimo/ crédito). Logo, de maneira oposta, não é correto reduzir a circulação do capital de empréstimo apenas à produção real de mercadorias,¹ mas compreender sua relação com diversas outras estruturas econômicas e políticas e seus agentes, como o próprio Estado e seu poder executivo e legislativo, os organismos internacionais, os fundos financeiros e agências reguladoras, os Estados estrangeiros e etc.

Na contemporaneidade do modelo produtivo do capital, quando o próprio capital se torna mercadoria no mercado financeiro, verificamos que o sistema de crédito já pode ser encarado como um sistema amadurecido. O recorte desse trabalho é, portanto, o capital de empréstimo, em particular sua materialização em capital fictício através do mercado financeiro de títulos da dívida pública.

Como veremos no desenvolvimento, a dívida tem se consolidado como uma matéria muito mais política que técnica, na medida em que, além da ausência de doutrina quanto aos marcos legais para o endividamento e políticas de pagamento do débito, os Estados agem como convêm seus interesses econômicos.

Exemplos dessa política são os mais incomuns, como ilustra a posição de rechaço dos Estados Unidos ao pagamento da dívida Cubana à Espanha em 1898. O fundamento americano para o descumprimento à época foi que o então rei Miguel de Bragança “habia usurpado el trono y en consecuencia su gobierno era ilegítimo”.² Para os EUA empréstimos aos governos ilegítimos não precisam

¹ TRINDADE, José Raimundo. A dívida pública como componente estrutural do sistema de crédito. p. 95.

² OLMOS GAONA, Alejandro. La deuda odiosa – el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución política. p. 76.

ser pagos (quando convém, já que dificilmente esse país estaria aqui corroborando a doutrina da dívida odiosa).

Ainda na esteira do que convém, o exemplo da dívida da Europa frente aos EUA é notório, já que o débito foi totalmente reestruturado no 1º pós-guerra, tendo em vista o (para nós) valioso argumento de ser impossível o desenvolvimento de países subordinados ao endividamento massivo:

Aunque se formalizaron convênios con quince países, reduciéndose en un 23% la deuda británica, un 46% la deuda belga, un 52% la deuda francesa y un 75% la deuda italiana, la realidad es que hacia 1933 sólo Finlandia había conseguido pagar los intereses de su deuda; Gran Bretaña, Italia, Letonia, Checoslováquia, Rumania y Lituania sólo habían pagado una cantidad simbólica, y Bélgica, Francia, Hungría, Polonia y Estonia no habían pagado un solo centavo de lo adeudado.³

A relação dos Estados com a dívida pública é determinante para sua existência e manutenção do endividamento. Essas ligações perpassarão quase que obrigatoriamente todo o estudo. Tal a relação entre Estado e capital financeiro que verificamos majoritariamente a sucumbência da soberania política dos Estados em face das estratégias do mercado internacional dominadas pelos bancos.⁴

O mercado financeiro de títulos da dívida tem no Estado papel decisivo, já que é dirigido pelas políticas de Estado com títulos emitidos pelo Banco Central brasileiro. Dessa maneira, é o Estado também aquele que nos momentos de crise econômica e crises do capital financeiro é reiteradamente chamado a resolver os conflitos econômicos decorrentes da desregulamentação dos mercados, na linguagem dos movimentos sociais “coletivizando os prejuízos”:

³ OLMOS GAONA, Alejandro. La deuda odiosa – el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución política. p. 53.

⁴ Um exemplo dessa interferência aparece em 200 quando a “Goldman Sachs deu consultoria em ‘arrumação de contas’ para a Grécia, de modo a facilitar seu ingresso na Comunidade Europeia. Tais serviços lhe renderam de US\$ 200 a 300 milhões. Quatro anos mais tarde, descobriu-se, anota o *Le Monde*, que “todas as contas são falsas. *Du jamais-vu*. Em fevereiro de 2010, a Grécia entrou em crise porque não conseguiu levantar empréstimos, ou seja, vender seus títulos no mercado financeiro internacional. Nesse exato momento de plena crise descobriu-se que a Goldman Sachs tinha ligação com a explosão da crise; teria especulado sobre os títulos da dívida externa grega, ganhando comissões de milhões de dólares.” BENAKOUCHE, Rabah. Bazar da dívida externa brasileira. p. 76

Politicamente, havendo crises sérias de insolvência dos grandes bancos, os governos são obrigados a socorrer-los, porque o sistema capitalista não pode sustentar-se sem o sistema bancário; ou seja, esses grandes banqueiros fazem grandes financiamentos e conseguem construir garantias para seus lucros, garantias que provêm do tomador final dos empréstimos ou do socorro estatal – para evitar “crises sistêmicas”.⁵

A dívida pública consome ainda hoje quase a metade da arrecadação do Estado brasileiro. São títulos que se posicionam entre os maiores juros do mundo.⁶ Constituídos no Brasil em grande parte diante do enorme endividamento da ditadura militar (governo juridicamente ilegal), acordados em situações fáticas que se alteraram unilateralmente, celebrados muitas vezes na obscuridade e ilegalidade, bem como, após a Constituição de 1988, emitidos sem o devido controle do Senado e desobedecendo em absoluto o princípio constitucional da publicidade.

O presente trabalho almeja à produção doutrinária acerca da reestruturação das dívidas, elencando argumentos jurídicos para o não pagamento do débito.

II. O incumprimento

O incumprimento do pagamento da dívida é uma realidade impossível de se esquivar no funcionamento do sistema financeiro.

Vale salientar que o incumprimento é conceituado acomodando de modo mais amplo todos os tipos de não pagamento do débito, como por exemplo: a moratória, ou *default* e as suspensões de pagamento por diversos motivos.

Conforme LOUÇÃ, em análise a obra dos economistas do FMI Rogoff e Reinhart,⁷ a regra do modelo econômico de crédito é o incumprimento.

Estudando 66 países dos anos de 1800 a 2009 o autor verifico 250 casos de incumprimento externo e 68 incumprimentos de dívida pública interna, tendo,

⁵ BENAKOUCHE, Rabah. Bazar da dívida externa brasileira. p. 72

⁶ Enquanto a Selic faz história tendo o menor valor até então: 7,12%, conforme o Banco Central (<http://www.bcb.gov.br/?COPOMJUROS>) podemos compara a taxa brasileira à taxa estadunidense que caiu de 2,8% ao ano nos anos 90 para 0,3% entre 2000 e 2007 (<http://www.valor.com.br/brasil/3726386/crise-na-europa-juros-baixos-por-mais-tempo>).

⁷ REINHART, Carmen e ROGOFF, Kenneth. This time is different – Eight Centuries of Financial Folly, Princeton University Press, 2009.

por exemplo, a Espanha declarado bancarrota por treze vezes e França por oito vezes. Relata Zaldueño, citado por OLMOS GAONA:

(...) durante el siglo XIX, cesaron los pagos en Europa cinco Estados alemanes; Austria, cinco veces, España, siete veces; Russia, dos veces; vários países de America Latina; Turquía, em 1875, 1876 y 1881, y hasta el rey de Dinamarca Federico VI em 1813, durante las guerras napoleónicas⁸

Na América Latina o movimento não é diferente. De 1824 a 2004 os peritos do FMI Borensztein e Panizza registraram 126 incumprimentos, sendo 40 desses dos anos de 1991 à 2004. É notável, dessa maneira, que o incumprimento dos pagamentos e as dificuldades orçamentais dos países, devido ao endividamento excessivo, são constantes dilemas econômicos para o desenvolvimento das nações.

As políticas monetárias são extremamente relevantes para o peso e as consequências do endividamento. A quantidade de dívida em relação ao PIB também é um importante fator para medir as potencialidades de desenvolvimento de determinada economia, bem como a capacidade de pagamento e refinanciamento da dívida pelo governo. Exemplos de gastos com a Dívida no Brasil são de 31,6% do PIB em 1994, 61,6% em 2002, 51,6% em 2005,⁹ 42% em 2013¹⁰. Conforme FATORELLI:

Quase a metade do orçamento federal do próximo ano, exatos 42%, está destinada ao pagamento da dívida pública brasileira. Dos 2,14 trilhões de reais, 900 bilhões serão gastos com o “pagamento de juros e amortizações da dívida pública, enquanto estão previstos, por exemplo, 71,7 bilhões para educação, 87,7 bilhões para a saúde, ou 5 bilhões para a reforma agrária¹¹

É visível, em face do exposto, a dificuldade de desenvolvimento social nos marcos de um endividamento, que consome quase a metade da riqueza produzida.

⁸ OLMOS GAONA, Alejandro. La deuda odiosa – el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución política. p. 44.

⁹ BORGES, Daniel Araújo de. Impactos das políticas monetária e fiscal no gerenciamento da dívida pública: uma análise macro estrutural. p.14.

¹⁰ Auditoria Cidadã da dívida.

¹¹ FATORELLI, Maria Lucia. Orçamento federal de 2013: 42% vai para a dívida pública. Instituto Humanitas UNISINOS.

Quanto aos juros dos títulos da dívida, a fixação pode ser realizada de diferentes formas: fixados pelo câmbio, pré-fixados, fixados pela Taxa Selic ou ainda pós-fixados, ou flutuantes. Mas foram os “juros sobre juros”, aplicados principalmente a partir da década de 90, os principais responsáveis pelo crescimento do endividamento.

No caso da dívida externa, que em regra é paga em dólares, os juros fixados pelo câmbio são mais estáveis para o país, mas dependem de uma balança comercial favorável com forte exportação e entrada de dólares, vez que dependem do valor da moeda em relação ao dólar.

Verificamos com exemplos recentes brasileiros, que conforme a expectativa do mercado, e o risco de não cumprimento, os juros são fixados de modo mais custoso ao Estado.

Nos momentos de crescimento e estabilidade é possível ao Estado vender títulos com juros pré-fixados, já que o futuro de incumprimento parece distante e os compradores aceitam comprar os títulos por rendas inferiores, vez que, se demonstram mais seguros.

Em contrapartida, em momentos de fragilidade ou crises econômicas, verificamos que o Estado é obrigado a juros flutuantes, tendo em vista que com a majoração do risco os títulos somente conseguirão ser vendidos mediante a uma maior perspectiva de rendimento aos compradores. Ilustra tal situação o movimento no ano de 2002, em face da vitória da centro-direita no Brasil e o receio do mercado às políticas menos liberais, que aumentaram o risco e, portanto, impuseram ao Estado aumentar os juros para vender os mesmos títulos. A procura por títulos públicos decresceu, o refinanciamento tornou-se mais difícil e custoso.

No que se refere às altas taxas de juros, que tradicionalmente aumentam a procura por títulos da dívida pública e atraem capital estrangeiro, vale destacar o caso particular de países altamente endividados. Conforme FATORELLI, enquanto os juros do título americano variam de 0 a 1%, no Brasil os juros no ano de 2013 foram de no mínimo 13%, escancarando a relevante diferença de gastos entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos.

O aumento de juros pode aumentar a probabilidade de *default*, tornando a dívida pública menos atrativa e condizendo a uma apreciação de câmbio, que pode propiciar um posterior aumento da inflação. Esse efeito depreciativo do

cambio provocado pela elevação da taxa de juros torna-se mais provável para níveis elevados de dívida, para ambientes de alta aversão ao risco e quando o percentual da dívida denominada em moeda estrangeira é elevado. Para compreendermos esse efeito é importante notar que o fluxo de entrada de capitais estrangeiros ocorre em função do aumento de retorno esperado dos títulos brasileiros, da redução ao retorno esperado dos títulos internacionais e do coeficiente de aversão ao risco. Quando a probabilidade de *default* aumenta drasticamente, o retorno esperado dos títulos brasileiros tende a piorar em relação aos títulos internacionais, e a aversão dos investidores internacionais aumenta, acarretando menos ingresso de capitais, podendo até gerar depreciação cambial.¹²

Nessa esteira de juros crescentes o incumprimento do pagamento torna-se intrínseco a política de endividamento, tendo em vista períodos de pouco crescimento onde o risco de não pagamento aumenta, majorando os juros dos títulos públicos e os custos do endividamento aos países sem desenvolvimento.

Na política internacional de crédito o medo do não pagamento e consequências geradas aos países é discurso severo presente em todos os órgãos internacionais de financiamento. A propaganda é que ao optar o Estado soberano por renegociar, auditar ou suspender o pagamento da dívida (mesmo para garantir a retomada de crescimento, como no caso da Islândia, Grécia, Itália, Portugal e Espanha) essa política destruiria para sempre as relações internacionais de comércio do país não pagador.

Na contramão do medo instaurado, os Estudos de Borensztein e Panizza apresentados por LOUCÃ e MORTAGUÁ revelam que os constantes incumprimentos do pagamento da dívida são sempre superados pelos mercados: *“(...) o default não conduz a exclusão permanente do mercado internacional de capitais [e que,] em quatro anos, em média, estes países recuperam o acesso ao crédito internacional”*.¹³

Outros estudos se colocam na mesma direção, inclusive em perspectivas mais otimistas. GELOS, SANDLERIS e SAHAY, também peritos do FMI, calcularam que o tempo de normalização das relações financeiras com o

¹² BORGES, Daniel Araujo de. Impactos das políticas monetária e fiscal no gerenciamento da dívida pública: uma análise macro estrutural. p. 40-41.

¹³ LOUÇA, Francisco. MORTÁGUA, Mariana. A dividadura – Portugal na crise do euro. p. 108.

exterior de 1980 à 1990 era de em média um ano. Richmond e Dias, da Universidade da Califórnia analisaram 106 incumprimentos e uma média de regresso de cinco anos m 1980 e dois anos e meio em 1990.¹⁴

Diante do exposto, é notável que a política de temor que permeia esse tema é mais uma construção ideológica favorável a manutenção do estado de pagamento do que uma realidade observável nos mercados.

III. Argumentos jurídicos para o não pagamento

Para além das justificativas sociais e compreensão econômica do sistema da dívida pública é essencial o trabalho de inclusão desse debate no sistema jurídico. Poucos são os trabalhos no campo do direito que se debruçam sobre a legalidade do débito e seu mecanismo de rolagem.

A doutrina da dívida odiosa, construída pelo argentino OLMOS GAONA faz uma importante separação entre débitos adquiridos por Estados legítimos e os chamados *Estados de facto*. Citando o italiano NITTI, OLMOS GAONA defende:

Aunque muchos juristas no quieran admitirlo existe una profunda diferencia entre las deudas de Estado y las deudas de régimen. En un país donde han sido suprimidas todas las manifestaciones de libertad, donde los parlamentos han sido suprimidos de hecho, donde no existen, las libertades locales ni la libertad de prensa, el derecho de reunión, etc., el gobierno contrae empréstitos para consolidar su regimen de violència [...] Los capitalistas que les acuerdan dinero saben que prestan a gobierno de hecho (de facto) pero no de derecho (de iure); que prestan a gobiernos que han suprimido las garantias constitucionales, y, por lo tanto, no ignoran los riesgos a los que se exponen.¹⁵

Expõem ainda NITTI, sobressaltado por GAONA, quanto à impossibilidade de cobrança de dívidas em atos ilegais:

¹⁴ LOUÇA, Francisco. MORTÁGUA, Mariana. A dividadura – Portugal na crise do euro. p. 108-109.

¹⁵ Francesco NITTI, In: OLMOS GAONA, Alejandro. La deuda odiosa – el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución política. p. 81.

Em tales casos los capitalistas corrien el riesgo de todos aquellos que prestan a um regimen ilegal, bajo el qual la vonluntad del pueblo no es dable manifestarse, pero que puede em rigor revocar legitimamente mañana lo que hoy se hizo al margen de la ley, com um acto que contiene um vicio de consentimiento, y em el que está excluída absolutamente la unanimidad.¹⁶

Além do critério do debito público ter sido realizado dentro da legalidade e em condições normais de participação política e de controle do povo e do parlamento, um segundo critério é formulado pelo jurista francês Gaston Jezé. Para o autor é determinante na averiguação da legalidade do débito público que o valor arrecadado seja utilizado para atividades que estejam de acordo com o interesse público. É impossível, dessa maneira, que empréstimos realizados para manutenção do regime autoritário, ou que contrariem notoriamente o desenvolvimento e interesse do país sejam encarados como legais:

(...) la cuestion depende del empleo de los fondos. Si estos fueron utilizados em beneficio del Estado, es decir, de la sociedad toda toda, se considerará uma deuda de Estado, con presidencia de si fue contituida por un regimen de iures o por um regimen de facto debido a la competencia jurídica de un governante regular o de un governante de facto. ¹⁷

Sendo assim, a dívida brasileira deve ser analisada sem a exclusão dos argumentos jurídicos do debate do débito público, vez que a decorrente carência de doutrina tem papel ideológico na manutenção do modelo ilegal brasileiro, que pauta-se em um significativo endividamento durante o período de governo ilegítimo da ditadura militar, e portanto, eivado de vícios no que se refere à legalidade do pactuado e seu controle, bem como, quanto ao interesse nacional.

Para o inglês Ernest Feilchenfeld, a doutrina da dívida odiosa se resume a três critérios de ilegalidade: contraída sem a autorização dos representantes legítimos do povo, uma dívida de regimes ditatoriais ou ainda para assumir

¹⁶ Francesco NITTI, In: OLMOS GAONA, Alejandro. La deuda odiosa – el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución política. p. 82.

¹⁷ Gaston JEZÉ, In: OLMOS GAONA, Alejandro. La deuda odiosa – el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución política. p. 82

dívidas de regimes ditatoriais e a ausência de benefícios para o povo, de modo a objetivar a manutenção do regime ditatorial.¹⁸

Além da doutrina internacional da dívida odiosa, que se encaixa como uma luva na crítica ao endividamento brasileiro e de países subdesenvolvidos, no que se refere aos princípios do direito que podem ser trazidos à baila elencamos os que se aplicariam no caso brasileiro.

a) Equidade das gerações

O princípio da equidade das gerações é central para o enfrentamento do endividamento no Brasil. Ele consiste na impossibilidade de políticas realizadas no presente que comprometam o desenvolvimento das gerações futuras. Em se tratando de débito público não se podem contrair empréstimos num valor que possa prejudicar as gerações futuras. Verifica-se o prejuízo social quando a geração futura não pode mais escolher como realizará seus gastos por ter significativo comprometimento do orçamento com o pagamento da dívida pública.

No caso do Brasil essa limitação é latente, já que embora ocupe a posição de 7ª economia do mundo, com o comprometimento de cerca de 40% de sua receita com gastos com a dívida é impossível políticas de desenvolvimento que o retirem do 79º lugar no ranque de desenvolvimento humano – IDH da Organização das Nações Unidas – ONU.¹⁹ Deve haver assim, certa razoabilidade na realização e na perpetuação das políticas que comprometam o orçamento futuro, proposição não levada em consideração durante o endividamento.

O princípio da equidade das gerações é extremamente importante para questionarmos o endividamento, conforme TORRES:

(...) significa que os empréstimos públicos e as despesas governamentais não devem sobrecarregar as gerações futuras, cabendo à própria geração que delas se beneficia arcar com o ônus respectivo.²⁰

¹⁸ OLMOS GAONA, Alejandro. La deuda odiosa – el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución política. p. 91.

¹⁹ PNUD – ONU.

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O orçamento na constituição. p. 176.

Para TORRES, esse princípio aplicar-se-ia apenas no que se refere ao endividamento externo e não interno, o que podemos facilmente discordar, tendo em vista que o desenvolvimento humano e equidade que sustentam o princípio não deixam de ser afetados em se tratando de endividamento interno, já que, como vimos, o endividamento interno é hegemonicamente junto às instituições financeiras que não garantem desenvolvimento às gerações futuras, como poderia ser assegurado por políticas estatais sociais consumadas pela liberação do orçamento.

b) Princípio da transparência e legalidade

O princípio da transparência é um princípio da administração pública, nos termos do art. 5º, incisos XXXIII, XXXIV e LXXII, e do art. 37, *caput*, da Constituição Federal que garantem aos cidadãos brasileiros, por exemplo, o direito a ter acesso a dados de órgãos públicos do Estado, como as informações acerca da dívida que hoje são extremamente difíceis de submeter-se ao controle social. O princípio da transparência se mescla ao princípio da legalidade na medida em que todos os recursos recebidos em empréstimos devem estar previstos na lei do orçamento, exceto os recursos provenientes da antecipação da receita orçamentária. A transparência é uma das maiores fragilidades do debate do endividamento brasileiro. Conforme BENAKOUCHE, é gritante a ausência de documentação acerca dos contratos efetuados.²¹

Podemos observar que o período de maior endividamento brasileiro se deu em um momento não democrático. Conforme o princípio da legalidade, é necessária previsão legal para realização de quaisquer empréstimos pelo Estado, em analogia aparece a necessidade da legalidade no orçamento público:

No liberalismo tanto o tributo quanto o orçamento devem ser aprovados por diferentes leis formais (...) O princípio da legalidade se expressa através de três subprincípios: o da superlegalidade [primazia da constituição], o da reserva da lei e do primado da lei.²²

Como se observa nos art. 165, § 8º, da Constituição Federal – “a lei orçamentária deve ter previsto um dispositivo que autorize o endividamento público”; no art. 62, também da Constituição Federal, em seu inciso V e ss.

²¹ BENAKOUCHE, Rabah. Bazar da dívida externa brasileira. p. 81.

²² TORRES, Ricardo Lobo. O orçamento na constituição. p. 180.

verificamos a competências do senado para regulamentar os empréstimos públicos. Durante o período de *governo de facto* o endividamento não obedeceu a qualquer controle legislativo, tendo em vista que a separação dos poderes não era mais obedecida e o poder legislativo foi suspenso.

c) Princípio do *rebus sic stantibus*

O princípio da *rebus sic stantibus* consiste em compreender o contrato dentro de seu momento histórico contratado. Levam-se em consideração as circunstâncias econômicas e sociais ao redor do contrato. O contrato nesse caso não é visto isolado da materialidade, mas faz parte dela. O *princípio rebus sic stantibus*, dessa maneira, relativiza a imutabilidade dos contratos, já que, em caso de alteração das circunstâncias que permearam aquela situação é possível a alteração proporcional dos contratos. Essa alteração se justifica na medida em que as relações devem ter sido alteradas de tal maneira que não se estaria respeitando a autonomia da vontade do sujeito contratante se o contrato fosse mantido nos moldes como foi celebrado em outra conjuntura:

Algunos doctrinarios pensaron que esa regla de inmutabilidad es de una rigidez inaceptable y ocasiona ingentes perjuicios, derivados de una modificación de circunstancias totalmente ajenas a la voluntad de los deudores y generalmente originadas en manipulaciones que efectúan los acreedores por mesio del poder financeiro de que disponen.²³

Talvez o melhor exemplo para o *rebus sic stantibus* para nós seja a dívida brasileira. Esse princípio é muito importante para a análise do endividamento brasileiro, já que a variação de juros exigidos pelos credores se consolidou em um dos principais motivos de exacerbado endividamento.

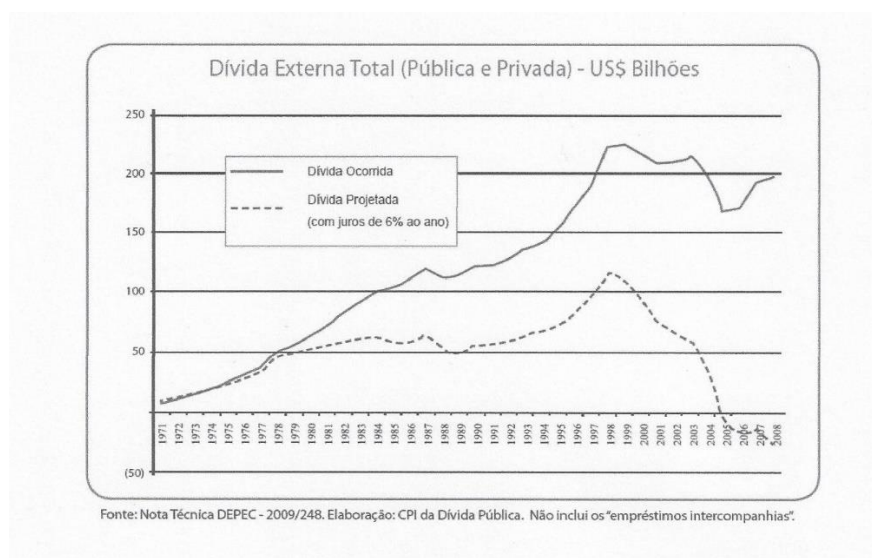
Para se ter ideia, conforme a CPI realizada no ano de 2010, apenas os gastos com juros e amortizações no ano de 2009 chegaram à 35,57% do orçamento federal. Vale dizer aqui que não estamos contando a “rolagem” da dívida, ou seja, seu refinanciamento, a dívida propriamente dita. Apenas em juros e amortizações os gastos somam 35,57%, enquanto 4% sustenta toda a

²³ OLMOS GAONA, Alejandro. La deuda odiosa – el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución política. p. 108.

educação federal, menos de 5% para todo o sistema SUS e gastos federais e repasses estaduais com saúde, por exemplo.

Esses gastos advêm de uma contratação abusiva que, a partir da década de 70, elevou os juros a pelo menos 3 vezes em relação aos valores inicialmente acordados. As relevantes alterações das condições da celebração do contrato não podem ser mais claras no caso brasileiro em que *“caso os juros tivessem sido mantidos a 6% ao ano, os pagamentos realizados teriam sido suficientes para pagar toda a dívida externa – atualmente em US\$ 282 bilhões, e o Brasil ainda teria valores a serem ressarcidos”*²⁴.

É o que percebemos na tabela²⁵ a seguir:



Para OLMOS GAONA, quanto à aplicação do princípio em questão, é necessário o cessar dos efeitos do contrato, quando esses acontecem em situações alteradas em relação ao momento da celebração:

(...) el efecto de los tratados sólo cesa cuando se verifica, em la situación recíproca de las partes contratantes, um câmbio tal que pueda determinar que el fin se propone conseguir el convenio no pueda alcanzarse, convirtiendo-se el mantenimiento de lacto em um peligro para el Estado.²⁶

²⁴ CPI da Dívida brasileira 2010. Voto em separado Deputado Federal Ivan Valente (PSOL/SP). p. 11.

²⁵ CPI da Dívida brasileira 2010. Voto em separado Deputado Federal Ivan Valente (PSOL/SP). p. 12.

²⁶ OLMOS GAONA, Alejandro. La deuda odiosa – el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución política. p. 108.

O princípio nos levaria a ilegalidade da alteração proposta pelos credores brasileiros, de modo que o Brasil não só já teria pagado os empréstimos que fez como deveria receber de volta valores pagos a maior. O procedimento formulado pelo Projeto de Convenção sobre Direito dos Tratados de Washington, 1944, citado por OLMOS GAONA estabelece que:

(...) cuando um tratado há sido celebrado, considerando la existência de um estado de cosas, cuya prolongación fue contemplada por las partes como fator determinantes de las obligaciones estipuladas, el mismo puede ser declarado caduco por um tribunal ou autoridade competente internacional, siempre que se pruebe que las circunstancias han cambiado esencialmente.²⁷

d) Princípio que proíbe a usura e o anatocismo

O anatocismo, ou “juros compostos” acontece quando os juros vencidos e não pagos pelo governo passam a fazer parte do capital do débito, ou seja, passam a compor o montante da dívida. Desse montante novamente se pagam juros, juros dos valores emprestados somados aos valores acrescidos com juros anteriormente não pagos. Em linguagem vulgar o anatocismo é conhecido como “juros sobre juros”. Assim, se o montante de juros é exacerbado, como o caso brasileiro, paga-se mais juros dos juros que não conseguiram ser pagos, e agora compõem a dívida, do que juros pelo valor devidamente emprestado.

O desenvolvimento histórico do instituto do anatocismo no ordenamento brasileiro não foge à regra de abertura dos mercados e políticas de incentivo ao mercado financeiro que já relatamos, principalmente no período da ditadura militar.

O artigo 253 do Código Comercial estabelecia a proibição da contagem de juros sobre juros, tendo sido revogado pelo Código Civil de 2002.²⁸ Já no Código Civil de 2016, foi permitido a fixação de juros ao empréstimo (de dinheiros ou coisas fungíveis) desde que com cláusula expressa no contrato.²⁹ Tal

²⁷ OLMOS GAONA, Alejandro. La deuda odiosa – el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución política. p. 109.

²⁸ Art. 253, Código Comercial – É proibido contar juros de juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano. Depois que em juízo se intenta ação contra o devedor, não pode ter lugar a acumulação de capital e juros.

²⁹ Art. 1.262, Código Civil de 1916 – É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis. Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal, com ou sem capitalização.

proibição foi reafirmada pelo art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e a súmula 121 do STF, salvo em casos de juros cobrados por instituições que integram o sistema financeiro:

As disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional” (Súmula 596 do STF).³⁰

Curiosamente a Súmula 596 foi publicada na década de 70, exatamente quando, conforme estudado, foi construído uma ampla política de instituição de um mercado da dívida brasileira, organizado pelos governos militares.

Nessa linha de permissão ao anatocismo, o Recurso Extraordinário 90.341/80 do STF reconheceu a possibilidade de capitalização semestral de juros, e em seguida a Súmula 93 do STJ permitiu a capitalização mensal.³¹

No código Civil de 2002, o artigo 591 teria derogado o artigo 253 do Código Comercial, já que, *“destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anua.”*³²

Cumprе salientar, contudo, a permanência da Súmula 121 do STF que, embora em desuso em face da súmula do STJ, ainda prevê a proibição dos juros sobre juros: *“É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.”*³³

Com fulcro nesse entendimento é possível para além da declaração de nulidade dos contratos com alteração significativa do valor dos juros fundamentar o não pagamento da dívida pública no que se refere ao anatocismo proibido pela Súmula 121 do STF.

Por fim, cumpre destacar quanto à ilegalidade do processo o claro conflito de interesse entre aqueles que estipulam juros teoricamente com o intuito de saída de títulos que financiem o planejamento orçamental do governo, e

³⁰ Supremo Tribunal Federal. Súmula 596.

³¹ Supremo Tribunal de Justiça. Súmula 93: “A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros”:

³² Código Civil.

³³ Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal.

aqueles que almejam uma política de juros favorável a um maior rendimento para os compradores de títulos no mercado financeiro (materializada em juros cada vez maiores).

O Comitê de Política Monetária - COPOM, órgão vinculado ao Banco Central, realiza frequentemente reuniões com o intuito de apurar expectativas de inflação e outras variáveis que interfeririam nos juros. Cabe destacar que é o COPOM quem indica os juros aplicados pelo governo. O curioso nesse caso é a composição das reuniões instrutivas do COMPOM, onde por exemplo na 36ª reunião do Banco Central com analistas os representantes dividem-se em 51% de representantes de bancos, 35% de representantes de gestão de ativos, 8% de consultores, 4% do setor produtivo, 1% do setor público e 1% do FMI.

É notório o conflito de interesse na definição das taxas de juros, de modo que se torna impossível a prevalência do interesse público quando o Estado tem a participação de 1% nos espaços decisórios, equiparando-se apenas ao Fundo Monetário Internacional.

Infelizmente, as ilegalidades na definição dos juros não acontecem apenas na atualidade. Conforme a CPI da dívida em 2010:

A dívida Externa atual é resultado de sucessivas renegociações de uma mesma dívida que cresceu a partir da aplicação de juros flutuantes. Com a alta unilateral e ilegal das taxas de juros internacionais pelos bancos privados nos Estados Unidos (Prime) e Inglaterra (Libor), a partir de 1979, as taxas saltaram do patamar de 6% para 20,5% ao ano.³⁴

Em face das visíveis obscuridades e notória ilegalidade acerca dos contratos e atual composição do débito, cabe a juristas comprometidos com a soberania e legalidade questionar a legitimidade do sistema da dívida pública inicialmente concretizando o dispositivo constitucional da auditoria.

³⁴ CPI da Dívida brasileira 2010. Voto em separado Deputado Federal Ivan Valente (PSOL/SP), p. 11.

IV. Apontamentos finais

A dívida pública, para além de um relevante comprometimento das receitas do Estado, é um caro debate dos movimentos sociais brasileiros. Entretanto, o objeto desse trabalho é a formulação jurídica do que pode vir a ser a prática de enfrentamento legal do pagamento do débito. Esse esforço é necessário em face da determinação da impossibilidade de avanços estruturais brasileiros diante da conjuntura histórica de dívida pública e da escassa produção internacional e quase inexistente produção brasileira do direito financeiro sobre o tema.

O devido debate esteve com relevante importância durante a década de 80 no Brasil, como proposta de governo, como pauta unificada dos movimentos sociais e logrou o surpreendente êxito com a constitucionalização do principal processo de esclarecimento do débito e combate as ilegalidades impostas por seguidos governos: a instauração da auditoria pública da dívida.

Essa pesquisa se estabeleceu no desafio de compreensão do campo jurídico e as variadas dimensões em que se relacionam todos as garantias legais do nosso ordenamento.

A esse respeito aparece a inquietude inicial dessa pesquisa: retomar uma reflexão central para na divisão de receitas públicas de modo não panfletário e preocupado com os instrumentos jurídicos e legais de concretização dessa tese.

A doutrina da dívida odiosa, o enfrentamento do objeto nos marcos do princípio da equidade de gerações, da *rebus sic stantibus*, da transparência e legalidade almejam materializar, ou dar uma inicial sustentação, a disputa de interpretação e aplicação das hipóteses de não pagamento.

O estudo da viabilidade legal do não pagamento do débito público, no caso brasileiro talvez se depare com argumentos de que, afinal, “ainda estamos conseguindo cumprir os acordos”. Separando toda as denúncias de ilegalidade que precedem a resposta, essa pesquisa se posiciona na impossibilidade de o Estado brasileiro continuar alimentando o sistema de sua dívida pública. E em direção simetricamente oposta, se apresenta o argumento que a conjuntura brasileira não consegue pagar (novamente) pelos créditos, vez que, tal pagamento hoje, representa indiscutivelmente o comprometimento de uma parcela das receitas que não está disponível ao mercado financeiro em um país

com índices de pobreza, de ausência de saneamento, de acesso à universidade, de déficit habitacional, de condições de aprisionamento de seres humanos, de grande propriedade de terra e outros elementos tão materiais quanto os papéis emitidos pelo Tesouro Nacional.

Após alguns poucos anos de rompimento com as transferências de valores à Portugal, com a consolidação do consenso acadêmico e popular em que as riquezas produzidas por cada país devem pertencer ao povo do respectivo país, construíram-se nos mercados e no Brasil tecnologias distintas, mas não menos subordinadas, de extrair dos países endividados o fruto do trabalho de seus nativos.

No compromisso dos juristas críticos com as transformações da realidade, ser abolicionista hoje quiçá exija formular o direito ao não pagamento da sangria orçamentária da dívida pública.

V. Bibliografia

BENAKOUCHE, Rabah. **Bazar da dívida externa brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2013.

BORGES, Daniel Araujo de. **Impactos das políticas monetária e fiscal no gerenciamento da dívida pública: uma análise macro estrutural**. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/10109/000595747.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 de dezembro de 2015.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Código Comercial**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm. Acesso em 15 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Súmula 121. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200. Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

_____. Súmula 596. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Sumula 93. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=93&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 12 de março de 2016.

FATTORELLI, Maria Lucia. **Orçamento federal de 2013: 42% vai para a dívida pública**. Instituto Humanitas UNISINOS. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/513556-orcamento-federal-de-2013-42-vai-para-a-divida-publica-entrevista-especial-com-maria-lucia-fattorelli>>. Acesso em 25 de outubro de 2015.

LOUÇA, Francisco. MORTÁGUA, Mariana. **A dividadura – portugal na crise do euro**. Lisboa: Bertrand Editora, 2012.

OLMOS GAONA, Alejandro. **La deuda odiosa – el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución política**. Argentina, Continente, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Programa das nações unidas para o desenvolvimento – pnud. organização das nações unidas - ONU**. Disponível em <<http://www.pnud.org.br/noticia.aspx?id=3909>>. Acesso em 16 de setembro de 2015.

REINHART, Carmen e ROGOFF, Kenneth. **This time is different – Eight Centuries of Financial Folly**, Princeton University Press, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Curitiba: Renovar, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TRINDADE, José Raimundo. **A dívida pública como componente estrutural do sistema de crédito**. *Revista Econômica*. Rio de Janeiro, v 13, n1, p.94-125, junho 2011.

VALENTE, IVAN. **Voto em separado**. Deputado Federal IVAN VALENTE (PSOL/SP). Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a dívida pública da União, Estado e Municípios, o pagamento de juros da mesma, os beneficiários destes pagamentos e o seu monumental impacto nas políticas sociais e no desenvolvimento sustentável do país. Disponível em: <<http://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2012/08/Voto-emseparado.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.