

Instituto Mackenzie  
Biblioteca George Alexander  
Direito

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,  
respectivamente anexos aos  
Departamentos de Direito Comercial e de  
Direito Econômico e Financeiro da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da  
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

*Fundador:*

WALDEMAR FERREIRA

*Diretor:*

PHILOMENO J. DA COSTA

*Diretor Executivo:*

FÁBIO KONDER COMPARATO

*Coordenador:*

WALDÍRIO BULGARELLI

*Redatores:*

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

*Serviços gráficos:* Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280  
- CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

*Edição e distribuição da*

**EDITORA**   
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678  
Tel. (011) 607-2433 Fax (011) 607-5802  
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

# SUMÁRIO

---

## DOCTRINA

- **Do regime legal das operações realizadas no mercado de câmbio** — Arnoldo Wald ..... 5
- **Banco Central: questões jurídico-políticas na Constituição de 1988** — Luis Fernando Schuartz ..... 36
- **“Capital requirements and the Brazilian banking system”** — Paulo de Lorenzo Messina ..... 49
- **Construção e operação do gasoduto para importação do gás boliviano: o exercício do monopólio do gás pela União** — Luiz Gastão Paes de Barros Leães ..... 70
- **O preço de emissão das ações em aumento de capital** — José Mário Bimbato ..... 81

## ATUALIDADES

- **As licitações e contratos públicos: algumas anotações à Lei 8.666** — João Luiz Coelho da Rocha ..... 95
- **Quotas de fundos imobiliários — Novo valor mobiliário** — Rachel Sztajn ..... 104
- **O ICMS e a transferência interestadual de bens do ativo fixo** — Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo ..... 109

## JURISPRUDÊNCIA

- **Sociedade Anônima — Assembléia geral extraordinária de debêntures — Emissão — Conversão em ações preferenciais com e sem direito de voto — Direito de recesso dos acionistas minoritários** — José Alexandre Tavares Guerreiro ..... 114

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- **As recentes mutações do sistema bancário francês, Jean Thibaud, advogado em Paris** — Arnoldo Wald ..... 123
- **“Droit privé allemand, 1, Actes juridiques, droits subjectifs”, Claude Witz — (BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires)** — Arnoldo Wald ..... 125
- **O Direito na década de 1990: novos aspectos** — André Tunc..... 127

## **CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO:**

### **ANDRÉ TUNC**

Professor de Direito da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

### **ARNOLDO WALD**

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ

### **JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA**

Advogado

### **JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO**

Professor Assistente e Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogado em São Paulo e Brasília

### **JOSÉ MÁRIO BIMBATO**

Mestre em Direito pela Universidade de Yale (EUA); Procurador do Estado do Rio de Janeiro

### **LUIS FERNANDO SCHUARTZ**

Mestre em Direito pela Johann-Wolfgang-Goethe Universität (Frankfurt am Main); Monitor da Cadeira de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP

### **LUIZ ANTONIO MATTOS PIMENTA ARAÚJO**

Professor Doutor de Legislação Tributária da Faculdade de Direito da USP

### **LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES**

Professor titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

### **PAULO DE LORENZO MESSINA**

Advogado

### **RACHEL SZTAJN**

Professora livre-docente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogada em São Paulo

# DOCTRINA

---

## DO REGIME LEGAL DAS OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO DE CÂMBIO

ARNOLDO WALD

1. Introdução — 2. Evolução histórica e direito comparado: 2.1 Considerações gerais; 2.2 A evolução de 1957 a 1988; 2.3 A resolução 1.552 e a regulamentação posterior; 2.4 O direito comparado — 3. Do regime legal vigente — 4. Dos direitos e deveres dos participantes do mercado e da competência das autoridades — 5. Conclusões.

“Before outside private investment will occur in any magnitude, currencies also have to be made convertible” (Para que o investimento privado (externo) adquira a necessária dimensão, é preciso que as moedas sejam convertíveis”. (Lester Thurow, *Head to head*, Warner Book Editions, New York, 1993, p. 102).

“Vamos flexibilizar e liberalizar o que for possível, para tirar progressivamente do *black* todas as operações que possam ser legalizadas. (A intenção do BC) é segregar o ilegal no *black* (para que) o dolheiro acabe sendo comparsa do tráfico e do contrabando”.

.....  
“A CC-5 é um veículo de movimentação de dinheiro que pode ser usado por qualquer pessoa. Ela não tem nada de ruim, as pessoas são identificadas (desde julho do ano passado, para depósitos superiores a US\$ 10.000) e a conta foi trazida à luz do dia.

.....(Quando se fala em evasão de divisas) confunde-se o veículo com a carga. As operações cambiais estão excessivamente regulamentadas e a regulamentação é antiga, (resultado de uma) cultura intervencionista antiga”.

(Gustavo Franco, Diretor do Banco Central, incumbido da Área Externa: entrevistas dadas aos jornais *O Globo*, em 13.10.93, e *A Gazeta Mercantil*, de 17.9.93).

### 1. INTRODUÇÃO

1. As questões que se referem ao regime das operações de câmbio flutuante e às contas de não residentes, denominadas no jargão bancário CC-5, suscitadas recentemente, especialmente pela imprensa, num clima emocional de “caça às bruxas”, decorrente, em parte, de alguns escândalos políticos, devem ser examinadas tecnicamente, de acordo com a legislação vigente e com o pró-

prio contexto econômico no qual o nosso país e o mundo têm evoluído nos últimos anos, como aliás o tem feito, nas últimas semanas, o próprio Banco Central do Brasil.<sup>1</sup>

1. V. o estudo do Banco Central de novembro de 1993 denominado o “Regime Cambial Brasileiro”, pub. na imprensa e especialmente na *Gazeta Mercantil* de 25.11.93, p. 24, doravante denominado “Cartilha do Banco Central”.

2. Não é possível desconhecer a globalização crescente da economia mundial, com a multiplicação de operações comerciais e financeiras internacionais, que derrubaram as fronteiras econômicas tradicionais dos países, ensejando grandes correntes de movimentos de capitais, que se tornaram da maior importância, ensejando, inclusive, uma ampla literatura a este respeito.<sup>2</sup>

3. Se o comércio internacional cresceu amplamente, o movimento financeiro internacional sofreu uma multiplicação em progressões geométricas, criando-se, nos últimos anos, um mercado dinâmico, que impôs a prevalência da lei da oferta e da procura sobre os eventuais interesses estatais. Este movimento ensejou inclusive a valorização ou desvalorização de moedas no plano internacional, provocando a chamada "dança das moedas", muitas vezes contrariamente aos desejos dos próprios governos e não obstante a resistência inútil e desesperada dos mesmos, com recursos dos Bancos Centrais utilizados para a defesa das moedas nacionais, como aconteceu, ainda recentemente, na Europa, no caso do peseta espanhol, do escudo português, da lira italiana e até do franco francês.

4. Com a derrubada do muro de Berlim e a abertura econômica da China, tornou-se verdadeira a afirmação feita por Wendell Wilkie, na década de 1940, quando intitulava o seu livro *Um mundo só*, prenunciando o fim das economias fechadas.<sup>3</sup> Efetivamente, o consenso que

se estabeleceu, atualmente, em relação à economia de mercado, à necessária prevalência do Estado do Direito e à consolidação da democracia, no mundo inteiro, significa o fim de um certo tipo de confronto, que alguns historiadores chegaram a identificar com o fim da história ou, ao menos, de uma fase da história.<sup>4</sup>

5. No momento em que se intensificou o movimento de recursos financeiros entre os vários países, desenvolvendo-se de modo acelerado o sistema bancário internacional e o mercado global de capitais, abrangendo inclusive os chamados "mercados emergentes", nenhum Estado pode continuar a manter uma economia fechada. Foi com este sentido que já se disse que o Brasil era excessivamente importante, na economia internacional, para assumir uma posição autárquica, mantendo uma economia fechada, que a China e a Rússia já abandonaram e que, modernamente, a Albânia foi um dos únicos países a adotar.

6. Na realidade, as empresas multinacionais perderam a sua nacionalidade de origem e passaram a constituir verdadeiras redes de sociedades com suas sedes em diversos países e objetivos comuns, que trabalham com as mais diversas moedas e obedecem a legislações diferentes, mas complementam reciprocamente a sua produção e colaboram na comercialização dos seus produtos.<sup>5</sup>

7. No campo do mercado de capitais, também ocorreu, mais recentemente, uma globalização, ensejando o aumento dos investimentos dos poupadores das áreas mais industrializadas nas economias do

2. John Williamson, *The open economy and the world economy*, Basic books, 1983; Robert Raymond e Alain Chaussard, *Les relations économiques et monétaires internationales*, 3.<sup>a</sup> ed., La Revue Banque Éditeur, 1986, Bertrand Nczeycs, *Commerce Internacional, Croissance et Développement*, 2.<sup>a</sup> ed., Economica (editor), Paris, 1990.

3. A respeito do assunto, sob aspectos mais recentes, consulte-se a publicação da OCDE, *Un monde ou plusieurs?* Paris, 1989.

4. Francis Fukuyama, *The end of history and the last man*, ed. de Free Press, Maximilian Inc., Nova Iorque, 1992.

5. Robert B. Reich, *The work of nations*, Vintac Book, Random House Inc. 1992, p. 81 e ss., que se refere ao "new web of enterprise" (p. 87).

terceiro mundo<sup>6</sup> e, em particular, dos países em vias de desenvolvimento, ensejando a entrada de importantes capitais norte-americanos e europeus na Ásia e na América Latina e, especialmente, no Chile, no México, na Argentina e no Brasil, sendo que em nosso país podemos sentir os respectivos efeitos a partir de 1987 e, em grande parte, em virtude da conversão da dívida, da criação de fundos de ações brasileiras no exterior e da admissão de investidores estrangeiros nas Bolsas brasileiras.<sup>7</sup>

8. Finalmente, nos últimos vinte últimos anos, consolidou-se a internacionalização dos bancos<sup>8</sup> como uma das formas da renovação e modernização das instituições financeiras.<sup>9</sup> Multiplicaram-se, outrossim, as operações de câmbio, que chegaram a representar mais de trinta vezes o comércio mundial de bens e serviços, fazendo com que toda ope-

6. Norman Berryessa and Eric Kirzner, *Global investin: The Templeton Way*, Dow Jones — Irwin, Homewood, 1988, *passim*. Consulte-se ainda Roy C. Smith/Ingo Walter, *Global Financial Services*, Harper & Row, New York, 1990.

7. Arnoldo Wald, "O futuro do mercado de capitais", in *Revista de Informação Legislativa* 100/287, out-dez./88, e "The conversion of the Brazilian debt into investment" in *International Business Law* (Paris), 1990, n. 2.

8. Stuart W. Robinson, *Multinational Banking*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1972; Bernard Marois, *Internationalisation des banques*, Economica, Paris, 1979, e, mais recentemente, Michel Aglietta, Antkn Brender e Virginie Couderc, *Globalisation financière: l'aventure obligée*, Economica, Paris, 1990.

9. David Rogers, *The Future of American Banking: Managing for Change*, Mac Graw Hill, N. York, 1992; Elbert V. Bowden, Judith L. Holbert, *Revolution in banking*, 2.<sup>a</sup> ed., Reston Publishing C., Reston 1984; Lowel L. Bryan, *Brankrupt-Restoring the helth and profitability of our banking system*, Harper Business, 1991 e Hervé de Carmoy, *Stratégie bancaire, Le refus de la dérive*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988.

ração primária e autônoma (uma venda de mercadorias ou um investimento de capital) desse ensejo a até uma dezena de operações de câmbio derivadas ou decorrentes, abrangendo o *hedging* sob as suas diversas formas, *swaps*, opções etc.

9. A informática e o rápido desenvolvimento das comunicações têm permitido uma integração vertical do mercado financeiro mundial, em virtude da qual se aproximam cada vez mais, chegando a se mesclarem, as operações dos mercados monetários e financeiros e as de câmbio, de um lado, e as opções e demais instrumentos financeiros de outro, com modificações sucessivas e rápidas de divisas e de formas de investimento, assim como mudança de mercado e de cobertura.

10. Também ocorreu uma integração horizontal devido em grande parte à desregulamentação e à liberação que passaram a ser generalizadas, a partir de 1980, com a supressão do controle de câmbio na maioria dos países, permitindo a mudança da divisa em que foram feitos os investimentos, que são mantidos no mesmo local, ou a rápida transferência de recurso de um país para outro, com uma mobilidade que se realiza imediatamente, em tempo real.

11. Um estudioso chegou a escrever a este respeito que: "O extraordinário crescimento do mercado de câmbio é, ao mesmo tempo, causa e consequência da globalização (ou mundialização) dos mercados financeiros. Efetivamente, a mobilidade dos capitais e sua fungibilidade quando se aceleram, exigem e provocam, simultaneamente, a multiplicação das operações de câmbio e, conseqüentemente, a diversificação das estratégias de cobertura ou especulação".<sup>10</sup>

12. Ora, a moeda, que já foi definida, por Keynes, como sendo a ponte entre

10. Henri Bourguignat, *Finance internationale*, Presses Universitaires de France, 1992, p. 25.

o passado e o futuro, constitui também o instrumento de ligação entre as várias economias nacionais. De acordo com as definições tradicionais, a moeda não é apenas um instrumento de pagamento, mas também deve funcionar como um denominador comum de valores, um “valorímetro”, um instrumento de troca.<sup>11</sup>

13. Assim sendo, a moeda deve refletir, no plano interno, um determinado poder aquisitivo e, no plano externo, a verdade cambial, ou seja, a correspondência efetiva existente, no mercado internacional, entre a moeda nacional e as moedas estrangeiras.

14. A existência de um lastro para a moeda ou a sua vinculação a um padrão monetário externo é condição necessária e indispensável da sua credibilidade, sem a qual não podemos alcançar nem o progresso econômico, nem o desenvolvimento social ou a própria estabilidade política.

15. Como bem salientava Milton Friedman, em recente obra, precisamos encontrar uma âncora monetária para substituir a limitação física da emissão de papel-moeda, que existia no passado.<sup>12</sup> É esta, aliás, a idéia dominante defendida pela atual equipe econômica do Min. Fernando Henrique Cardoso e que se reflete nas suas várias propostas de

11. Arnoldo Wald, *A Cláusula de escala Móvel*, Max Limonad editor, S. Paulo, 1956, pp. 24 e ss. Sobre a moeda em geral consulte-se ainda Mário Henrique Simonsen, Julian Chacel e Arnoldo Wald, *A Correção Monetária*, APEC Ed. S/A., Rio, 1976; Eugenio Gudín, *Princípios de Economia Monetária*, Agir Ed., Rio, 1954; Milton Friedman, *Money Mischief*, Harcourt Brace Jovanovich Publishers, Nova Iorque, 1992, e do mesmo autor *Dollars and deficits*, Prentice Hall (editor), New Jersey, 1968 e ainda John Kenneth Galbraith, *A moeda* (trad. brasileira), Livraria Pioneira Ed., S. Paulo, 1977.

12. Milton Friedman, *Monetary Mischief*, ob. cit., na nota anterior, p. 254.

luta contra a inflação e da maior integração do Brasil na economia internacional.

16. Na história moderna, o lastro monetário foi sucessivamente representado pelo ouro, as reservas cambiais e uma cesta de moeda, como é o caso dos direitos especiais de saque (DTS) ou do ECU (European Currency Unit) da comunidade européia.<sup>13</sup>

17. Durante algum tempo, admitiu-se a chamada soberania monetária, permitindo a cada Estado que livremente fixasse o valor de sua moeda, de acordo com a vontade do príncipe, ou seja, atendendo tão-somente à política governamental. Aos poucos, verificou-se a inviabilidade de se considerar como unidade de conta, no plano dos negócios internacionais, um valor determinado unilateralmente pelas autoridades monetárias de um país, que não atendessem à realidade econômica, pois mesmo ao poder político não é dado revogar a lei da oferta e da procura. A onipotência estatal encontra, assim, os seus limites nas leis do mercado e nos direitos individuais<sup>14</sup> e na própria ética, não se admitindo a “ditadura monetária”.<sup>15</sup>

18. O problema, aliás, não é novo na vida econômica, política e jurídica brasileira.

19. Efetivamente, já tinha surgido na década de 1930, quando houve quem pretendesse impedir as operações em

13. Joseph Gold, *SDRs, Gold and Currencies, Third Survey of New Legal Developments*, pub. n. 26 do Fundo Monetário Internacional, 1979.

14. Arnoldo Wald, “Aspectos Constitucionais do Poder Monetário”, in *RDP* 95/19, e “A Constituição de 1988 e o Sistema Financeiro Nacional”, *Carta Mensal da Confederação Nacional do Comércio* n. 420, mar./90, p. 3.

15. Conclusões do Prof. Jean Carbonnier in *Droit et Monnaie*, pub. da Association Internationale de Droit Economique, Litec, Paris, 1988, p. 533.

moeda estrangeira, em todos os casos, adotando legislação similar à da *Joint Resolution* norte-americana e das leis européias que vedaram as cláusulas ouro e moeda estrangeira e foram promulgadas após a crise de 1929, que ensejou o abandono do padrão ouro. Naquela fase, suscitou-se, no Brasil, a tese de acordo com a qual deveria ser aplicada, também às operações internacionais, a proibição legal de recurso à moeda estrangeira como moeda de conta.

20. Ora, a própria Exposição de Motivos do Dec. 23.501, de 27.11.33, referia precedentes estrangeiros que se tinham limitado a proibir as cláusulas ouro e moeda estrangeira nas relações jurídicas internas.<sup>16</sup>

21. Respondendo, pois, àqueles que pretendiam dar efeitos internacionais à nossa legislação interna na matéria, o Prof. Haroldo Valladão, já naquela época, teve o ensejo de salientar que: "A admitir que o Decreto visasse proibir quaisquer dívidas em moeda estrangeira, ter-se-ia, na realidade, proibido o comércio do Brasil com qualquer outra nação".<sup>17</sup>

22. Reconhecida assim a importância de se assegurar o livre movimento dos

16. Consta na mencionada Exposição de Motivos que: "Considerando que, além dos países cujos sistemas monetários sofreram profundo abalo, pela desvalorização quase total de sua moeda fiduciária, a França, a Inglaterra e os Estados Unidos adotaram rigorosas medidas, entre as quais muitas das abaixo prescritas, para evitar, ou sustar, a depreciação de sua moeda papel. Considerando que em França, mesmo antes da lei de 25.6.28, a jurisprudência, desde 1873, se firmara pela nulidade da cláusula ouro, por contrária à ordem pública, no regime do curso forçado, exceto para os pagamentos internacionais, como se deduz e verifica dos arestos da Corte de Cassação, de 11.2.1873, de 7.6.29, 23.1.24, 9.3.25, 15.4.26, 7.5.27 e 13.6.28".

17. Haroldo Valladão, *Estudos de Direito Internacional Privado*, pp. 256-257.

capitais internacionais no país e a necessidade de se atender a este imperativo, mediante uma legislação adequada, examinaremos a evolução do direito brasileiro, na matéria, e analisaremos a regulamentação atualmente vigente e a jurisprudência para, afinal, apresentar as nossas conclusões.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DIREITO COMPARADO

### 2.1 Considerações Gerais

23. Basicamente a tradição do direito brasileiro sempre foi no sentido de ampla liberdade individual e comercial, que somente em virtude de lei em sentido formal pode sofrer restrição, descabendo, na matéria, qualquer interpretação extensiva ou analógica de determinações legais proibitivas ou a prevalência de normas regulamentares não emanadas do legislador.

24. Essa orientação liberal do nosso ordenamento jurídico, que tem sofrido distorções de fato, nas fases de regime autoritário, encontra o seu fundamento no art. 5.º, inc. III da CF vigente (de 5.10.88), que reitera o princípio, que já constava de todas as Constituições que a precederam, de acordo com o qual: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

25. No tocante à utilização da moeda, considerada como medida de valor e instrumento de reserva da riqueza nacional, o curso forçado da unidade monetária nacional data de regulamentação do século passado e a sua inconvertibilidade em ouro foi determinada, pela primeira vez, em 1914, sendo proibida a saída do país do metal precioso, naquela época.

26. Em 1933, o Dec. 23.501 declarou nula qualquer estipulação de pagamento em ouro ou moeda estrangeira e a jurisprudência entendeu, inicialmente,

que tanto eram nulas as cláusulas de pagamento efetivo, em divisas, como as de pagamento em moeda nacional de acordo com o valor da moeda estrangeira (cláusula valor divisa), embora viesse a evoluir posteriormente.<sup>18</sup> No mesmo ano, o Dec. 23.258, de 19 de outubro, definiu as operações de câmbio legítimas e ilegítimas, estabelecendo penalidades para as infrações.<sup>19</sup>

27. Todas essas medidas tinham a finalidade de proteger a moeda nacional — e em certo sentido os devedores brasileiros — e de evitar que as obrigações internas pudessem ser vinculadas à moeda estrangeira, perturbando eventualmente o equilíbrio contratual, que deve existir entre credores e devedores e que iria ocorrer especialmente quando estes não tivessem recursos vinculados à divisa externa.

18. Arnoldo Wald, *Contratos de Mútuo em Moeda Corrente Nacional com Cláusula de Indexação baseada na Variação do Dólar Norte-Americano*, parecer, ago./93 e art. na RDM 89/37. V. ainda o acórdão do RE 73.635-GB in RTJ do STF 65/446 e ss., e a recente jurisprudência do STJ especialmente a decisão da 3.ª Turma do STJ no REsp. 36.120-6 j. em 21.9.93, do qual foi relator o c. Min. Waldemar Zveiter, que sobre a matéria, proferiu brilhante voto, tendo sido acompanhado pela unanimidade dos seus pares.

19. O mencionado decreto definiu as operações de câmbio ilegítimas nos seus dois primeiros artigos nos seguintes termos: "Art. 1.º. São consideradas operações de câmbio ilegítimas as realizadas entre bancos, pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas ou estabelecidas no país, com quaisquer entidades do exterior, quando tais operações não transitarem pelos bancos habilitados a operar em câmbio, mediante prévia autorização da fiscalização bancária a cargo do Banco do Brasil. Art. 2.º. São também consideradas operações de câmbio ilegítimas as realizadas em moeda brasileira por entidades domiciliadas no país, por conta e ordem de entidades brasileiras ou estrangeiras domiciliadas ou residentes no exterior".

28. Posteriormente, houve uma evolução legislativa, no sentido de explicitar a permissão de utilizar a cláusula valor-divisa estrangeira (usando o dólar com unidade de conta), tanto nas operações internacionais como, ainda, nos contratos internos delas decorrentes, criando-se, assim, o conceito de contrato internacional por acessoriedade ou derivação (art. 2.º, inc. V do Dec.-lei 857, de 11.9.69), que proliferou nas chamadas operações 63 e nas que lhes sucederam.<sup>20</sup>

29. Por longo tempo, não tivemos qualquer legislação que vedasse a livre entrada e saída de recursos em moeda estrangeira ou nacional, ressalvados os eventuais controles fiscais e regulamentares cabíveis em cada caso e a repressão às operações ilegítimas.

30. Existia todavia uma penúria de divisas estrangeiras que tinha levado o governo a uma política restritiva em relação à venda dos chamados dólares no câmbio oficial, de acordo com um sistema de prioridades adotado pelo Poder Público, cujos critérios variaram no tempo. Essa situação tinha ensejado a criação de uma dualidade de mercados de câmbio — o oficial e o paralelo.

31. A primeira regulamentação das contas de residentes no exterior foi o Dec.-lei 170, de 5.1.37, que só autorizou o cumprimento de ordens de pagamento oriundas do exterior, em moeda nacional, mediante a venda simultânea ao Banco do Brasil das cambiais correspondentes em moeda estrangeira de curso internacional, em cobertura de ditas ordens (art. 1.º), além de estabelecer outras disposições complementares. O mencionado decreto também restringia os valores que podiam integrar as men-

20. A este respeito, confira-se o nosso artigo intitulado "Da licitude da inclusão da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil" in *Revista de Informação Legislativa* 83/309 e ss., jul.-set./84.

cionadas contas, determinando que representassem o produto de cobranças do exterior, de venda de mercadoria ou de juros, aluguéis ou prestações contratuais (art. 3.º). Estabeleceu-se, assim, um sistema de restrição que iria vigorar por quase meio século, embora viessem a se suceder os textos regulamentares referentes à matéria.

32. Após a assinatura do Acordo de Bretton Woods e a adesão do Brasil ao mesmo, surgiu um movimento de liberalização dos pagamentos internacionais que repercutiu, no Brasil, com a elaboração e publicação do Dec.-lei 9.025, de 27.2.46 e, em seguida, com a respectiva regulamentação.

33. O Dec.-lei 9.025, de 27.2.46, determinou nos seus arts. 10 a 13 que:

“Art. 10. É vedada a realização de compensação privada de créditos ou valores de qualquer natureza, sujeitos os responsáveis às penalidades previstas no Dec. 23.258, de 19.1.33.

Art. 11. As operações resultantes de intercâmbio em moeda compensada continuarão sujeitas ao regime a que as subordinar a Carteira de Câmbio do Banco do Brasil S/A.

Art. 12. É assegurado o livre uso no País de fundos em moeda nacional pertencentes a residentes no estrangeiro.

Parágrafo único. Não se incluem os fundos a que se refere o Dec.-lei 4.166, de 11.3.42.

Art. 13. Somente os bancos autorizados a operar em câmbio poderão manter contas em moeda nacional ou estrangeira em nome de residentes no exterior.

Parágrafo único. Excetuam-se da exclusividade mencionada neste artigo as contas de registro transitório de valores a transferir, que o titular tenha confiado a residentes no País”.

34. A regulamentação do mencionado Decreto-lei foi realizada na época, mediante instruções baixadas pela Fiscalização Bancária do Banco do Brasil, que determinou, nas matérias que nos

interessam para o presente estudo, o seguinte:

“*Contas correntes em moeda estrangeira*

São permitidas as contas em moeda estrangeira, unicamente em nome de residente no exterior, em Bancos e Casas Bancárias, desde que autorizadas pela Fiscalização Bancária do Banco do Brasil S/A, e movimentados sob as suas vistas.

“*Contas em cruzeiros, de residentes no exterior*

1. As contas-correntes em cruzeiros, de residentes no exterior, só poderão ser mantidas em Bancos ou Casas Bancárias autorizadas a operar em câmbio, ficando a sua movimentação sob as vistas da Fiscalização Bancária, a fim de evitar as operações de compensação privada, nos termos do art. 10.

2. O movimento comum das contas será visado pelo próprio fiscal em exercício no Banco.

3. Excetuam-se da exclusividade em Bancos, as contas de registro transitório de importâncias a transferir para o exterior”.<sup>21</sup>

35. Posteriormente, o Dec. 42.820, de 16.12.57, definiu o regime cambial, distinguindo as operações realizadas no mercado de taxa oficial daquelas sujeitas à taxa livre e reiterou, no seu art. 17, que: “É livre o ingresso e a saída de papel-moeda nacional e estrangeira, bem como de ações e de quaisquer outros títulos representativos de valores”.

36. Por sua vez, o art. 19 do mesmo Decreto salientou que: “As operações de que tratam os arts. 17 e 18 e seus §§ independem de autorização da Fiscalização Bancária do Banco do Brasil S/A”.

37. Em seguida e, especialmente, a partir da Lei 4.131, surgiram novas

21. *Código Comercial e leis posteriores em vigor*, coligidas e anotadas por Aloysio Lopes Pontes, Ed. Nacional de Direito, Rio, 1951, p. 154.

restrições à movimentação da moeda estrangeira e em relação ao capital estrangeiro investido no país, com a finalidade de assegurar um certo equilíbrio entre os investimentos realizados no país e os dividendos remetidos para o exterior. Essa legislação, em momento algum, tratou das operações em moeda nacional, a não ser para fins de caráter tributário (art. 17 da Lei 4.131, de 3.9.62).

38. Toda a legislação restritiva que existe na matéria pressupõe a existência de operações decorrentes de um contrato de câmbio, que é definido pela regulamentação do Banco Central como: "Instrumento especial firmado entre o vendedor e o comprador de moedas estrangeiras, no qual se mencionam as características completas das operações de câmbio e as condições sob as quais se realizam".

39. Já era, aliás, esta a conceituação de Carvalho de Mendonça que, no seu *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* (1928), esclarecia que: "Pela palavra câmbio, entende-se aqui o poder que tem a moeda de um país de adquirir a moeda de outro".<sup>22</sup>

40. É evidente que o ingresso, no país, de cruzeiros, o depósito dos mesmos em instituição financeira e a remessa dos mesmos para o exterior por pessoa física ou jurídica brasileira não constitui operação de câmbio, sendo, pois, lícita e regular, ressalvada a prova da origem dos recursos, para fins fiscais e a necessidade de declaração, prevista pela legislação vigente (art. 17 da Lei 4.131). Na realidade, a remessa de cruzeiros para o exterior não se confunde com operações de moeda estrangeira e não está sujeita ao regime legal das divisas (estrangeiras) e, quando feita por

empresa brasileira, sobre ela não incide, evidentemente, a legislação referente ao capital estrangeiro.

41. Neste sentido, tem sido entendido, de modo reiterado, pelo próprio Banco Central do Brasil que: "De acordo com o Dec. 42.820, de 16.12.57 (art. 17) a transferência de cruzeiros para o exterior é livre e independe de autorização deste Banco Central".

42. Examinaremos agora a evolução legislativa e regulamentar que ocorreu até agora, dividindo-a em duas fases, a primeira até 1988 e a segunda a partir da Res. 1.552/88.

## 2.2 A evolução de 1957 a 1988

43. Como vimos, o Dec. 42.820, de 16.12.57, estabeleceu a disciplina jurídica das operações em cruzeiros, determinando que: a) é livre o ingresso e a saída de papel-moeda nacional e estrangeiro, bem como de ações e de quaisquer outros títulos representativos de valores (art. 17); b) é permitido o pagamento, no país, dos cheques em cruzeiros, contra bancos nacionais, emitidos ou endossados no exterior (art. 18); c) as operações de que tratam os arts. 17 e 18 independem de autorização da Fiscalização do Banco Central (art. 19); d) o Banco Central poderá, se julgar necessário, estabelecer restrições sobre a entrada e saída de papel-moeda brasileiro no ou do território nacional, bem como sobre as normas fixadas no art. 18 e seus §§ (art. 20); e) é assegurado o livre uso de fundos, títulos ou valores em moeda nacional, pertencentes a residentes no exterior (art. 22).

44. Até agora, o mencionado Dec.-lei 42.820, de 16.12.57, não foi objeto, na sua totalidade, de revogação expressa, nem de revogação implícita, pois nenhum texto novo regulou inteiramente a matéria nele contemplada e ainda, recentemente, em trabalho de divulgação,

22. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. VI, parte III, p. 258.

o Banco Central reconheceu a sua plena vigência.<sup>23</sup>

45. Efetivamente, a Lei 4.131/62 e o Dec. 55.762, de 17.2.65, versaram apenas sobre parte da matéria abrangida no Dec.-lei de 1957, deixando, porém, intactos os preceitos que não colidem com as novas regras introduzidas pelos referidos diplomas, em obediência ao princípio segundo o qual a “lei nova que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” (art. 2.º, § 2.º da LICC).

46. Pelo contrário, a legislação posterior confirmou a vigência dos seus dispositivos que não colidem com a nova sistemática. Assim, o art. 27 do citado Dec. 55.762, de 17.2.65, reafirmou a liberdade de remessas em cruzeiros para o exterior, impondo apenas a obrigação dos estabelecimentos brasileiros bancários encaminharem ao Banco Central a respectiva nota de remessa. *A contrario sensu*, as eventuais restrições só se devem aplicar às remessas em moeda estrangeira.

47. Enfim, o Manual de Normas e Instruções do Banco Central do Brasil, no capítulo das operações cambiais, remete expressamente para o Dec. 42.820/57 (4.1.10.7), reconhecendo assim a sua vigência.

48. As normas que se referem de modo específico ao capital estrangeiro também incidem no caso de transferência de recursos de pessoas físicas ou jurídicas nacionais e/ou domiciliadas ou sediadas no país, nenhuma razão havendo para estabelecer tratamentos distintos para os nacionais e os estrangeiros, em virtude da equiparação legal entre ambos e da admissão de restrições tão-

somente em relação ao capital estrangeiro (Lei 4.131/62).

49. A razão de ser da vigência destes preceitos resulta de não afetarem as reservas de câmbio do país, estas sim objeto dos controles do Banco Central, criados pela Lei 4.131/62 e legislação e regulamentação posteriores. Acresce que não há interesse em restringir a circulação internacional da nossa moeda nacional, ao contrário do que sucedeu em alguns países, que estabeleceram, no passado, limitações à respectiva saída para o exterior das suas próprias divisas, como ocorreu, durante muito tempo, com vários países europeus (França, Inglaterra, Itália) que vedavam a circulação externa das suas moedas.

50. No sentido da vigência das citadas disposições do Dec. 42.820, pronunciou-se, também, Jayme Bastian Pinto que já foi, no passado, Consultor Jurídico da SUMOC, em palestra realizada na Associação Brasileira de Direito Financeiro, em 24.7.85, sob o título “Normas sobre a moeda nacional e estrangeira; seu uso e emprego; transferências internacionais”.

51. Da liberdade de movimentação dos valores em cruzeiros, conclui-se também pela licitude dos depósitos de não residentes e da viabilidade da emissão de cheque em moeda nacional sacados sobre os mesmos.

52. Efetivamente, a lei brasileira relativa ao cheque (Lei 7.357 de 2.9.85) prevê, em diversas passagens, a existência de cheques emitidos num país e endossados ou pagáveis noutro ou noutros. Assim, o art. 33 do referido diploma legal dispõe que: “o cheque deve ser apresentado para pagamento, a contar da data de emissão, no prazo de 30 dias quando emitido no lugar onde houver de ser pago; e de 60 dias, quando emitido em outro lugar do País ou no exterior”.

53. Por sua vez, o art. 42 estabelece que: “cheque em moeda estrangeira é pago, no prazo de apresentação, em moe-

23. Cartilha referente à evolução do câmbio no Brasil, referida na nota 1 do presente estudo. A menção ao Dec.-lei 42.820 consta no n. 8 da cartilha, que menciona e transcreve o art. 17 do citado diploma legal.

da nacional ao câmbio do dia do pagamento, obedecida a legislação especial”.

54. Finalmente, o art. 56 dispõe que: “excepcionalmente o cheque ao portador, qualquer cheque emitido em um país e pagável em outro pode ser feito em vários exemplares idênticos, que devem ser numerados no próprio texto do título, sob pena de cada exemplar ser considerado cheque distinto”.

55. Os cheques emitidos em um país e negociáveis e pagáveis em outro, ou outros, ensejam, aliás, uma questão de conflito de leis, cuja solução é dada pela convenção especial destinada a regular conflitos de leis em matéria de cheques, à qual o Brasil aderiu pelo Dec. 57.595, de 7.1.66, que se seguiu ao Dec. Legisl. 54/64. Nos termos dessa convenção, a lei do país em que o cheque é pagável regula os aspectos fundamentais do exercício do direito de crédito nele consubstanciados.

56. Assim, no que tange a cheques emitidos no exterior e pagáveis no Brasil, aplica-se o art. 18 do Dec. 42.820, de 16.12.57, segundo o qual, desde que o sacador disponha de provisão no banco brasileiro sacado: “é permitido o pagamento, no país, dos cheques em cruzeiros, contra bancos nacionais, emitidos ou endossados no exterior”.

57. O sacador pode ser residente no Brasil ou no exterior, pois a lei assegura a este último o direito a deter contas bancárias expressas em cruzeiros e de livre movimentação. Este direito, como vimos, já era assegurado pelo próprio Dec. 42.820/57, cujos arts. 21 e 22 estabeleciam respectivamente que: “soamente os estabelecimentos bancários autorizados a operar em câmbio poderão manter contas em moeda nacional, em nome de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior” e que: “é assegurado o livre uso de fundos, títulos ou valores em moeda nacional, pertencentes a residentes no exterior”.

58. O § 1.º do citado art. 18 acrescentava que: “a remessa do equivalente desses cheques para o exterior, pelo mercado de taxa livre, só poderá realizar-se por intermédio de estabelecimento bancário autorizado a operar em câmbio”.

59. Quando foi abolido, pela primeira vez, o então chamado mercado de taxa livre, este dispositivo específico foi revogado e substituído pelo art. 57 do Dec. 55.762, de 17.2.65, segundo o qual: “as contas de depósitos, no país, de pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, qualquer que seja a sua origem, são de livre movimentação, independentemente de qualquer autorização, prévia ou posterior”.

60. Desta forma, conclui-se que não existe qualquer restrição legislativa à negociabilidade, no exterior, de cheque sacado contra bancos brasileiros, em moeda nacional, respeitadas, entretanto, as normas legais vigentes no país da negociação.

61. A negociação de valores em cruzeiros remetidos para o exterior por via bancária é lícita por inexistir qualquer vedação legal ou regulamentar na matéria. Ela não se confunde com a disposição de reservas cambiais, pois estas são constituídas por divisas estrangeiras. Os cruzeiros, constituindo moeda nacional, nunca podem ser considerados como integrando as reservas cambiais, que sempre são em divisas estrangeiras.

62. Cabe, ainda, salientar que o art. 8.º da Lei 4.595, que regula o Sistema Financeiro Nacional, atribui ao Banco Central do Brasil a competência privativa de efetuar o controle dos *capitais estrangeiros* (art. 10, VI) e atuar no sentido de funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio do balanço de pagamentos, podendo inclusive, para esse fim, comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem

como realizar operações de crédito no exterior, inclusive as referentes aos Direitos Especiais de Saque e separar os mercados de câmbio financeiro ou comercial (art. 11, item III da Lei 4.595, com a redação que lhe deu o Dec.-lei 581, de 14.5.69).

63. Assim sendo, entendemos que não é competente o Banco Central para autorizar ou fiscalizar as transferências de valores em moeda brasileira de pessoas físicas ou jurídicas nacionais, a não ser nas hipóteses de fraude ou de remessa realizada por instituição não autorizada a fazê-lo, entendimento esse, aliás, que é o da própria autoridade monetária.

64. Como corolários lógicos de reserva exclusiva das operações de câmbio aos estabelecimentos autorizados, a lei considerava operações de câmbio ilegítimas as realizadas: a) entre bancos, pessoas naturais ou jurídicas, domiciliadas ou estabelecidas no país, com quaisquer entidades do exterior, quando tais operações não transitem pelos bancos autorizados a operar em câmbio; b) em moeda brasileira, por entidades domiciliadas no país, por conta e ordem de entidades brasileiras ou estrangeiras domiciliadas no exterior (arts. 1.º e 2.º do Dec. 23.258/33).

65. Ainda como consequência deste sistema, a lei dispunha que “é vedada a realização de compensação privada de créditos ou valores de qualquer natureza, isto é, sem o prévio atendimento das normas cambiais vigentes” (art. 10 do Dec.-lei 9.025/46).

66. Essa proibição de compensação privada foi reiterada pela Carta-Circular 5, do Banco Central, de 27.2.69, aplicável às contas em cruzeiros de residentes no exterior, segundo a qual: “continua vedada a realização de compensações privadas de crédito ou valores de qualquer natureza, bem como a utilização, no país, de recursos pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior em pagamen-

tos, por conta de terceiros, que se refiram a aplicações ou a liquidações de despesas, salvo mediante expressa autorização do Banco Central”.

67. No excelente trabalho sobre os aspectos econômicos e jurídicos da matéria que divulgou, sob a forma de cartilha, o Banco Central explicou a situação que se criou no Brasil em matéria de câmbio nos seguintes termos:

“Até recentemente, era possível descrever o regime cambial brasileiro como aquele onde havia um mercado “oficial”, inteiramente regulado pelo Banco Central, e um outro denominado “paralelo”, onde a divisa estrangeira era negociada em mercado, ainda que de forma ilegal. A existência desta dualidade se devia a pelo menos três circunstâncias importantes:

I — dificuldades crônicas de balanço de pagamentos forçando o racionamento de divisas;

II — uma taxa de câmbio oficial determinada por critérios administrativos e freqüentemente “defasada”, o que se devia ao temor dos impactos inflacionário e distributivo de desvalorizações cambiais; e

III — pouca mobilidade de capitais devido à reduzida inserção da economia brasileira nos circuitos financeiros internacionais.

Com o tempo estas três circunstâncias deixaram de se verificar:

I — a escassez de divisas se transforma em abundância especialmente no início dos anos 1990, quando são reforçadas as entradas de capital no País, e a balança comercial continua a registrar os mesmos superávits observados a partir de meados dos anos 1980;

II — perde sentido, diante da prática continuada das mini-desvalorizações diárias, o argumento de que a taxa de câmbio oficial não refletia uma realidade de mercado, especialmente após 1990, quando são eliminados os subsídios às exportações e removidos os controles

quantitativos e reduzidas as tarifas para importações; e

III — por fim, como consequência do aprofundamento dos vínculos financeiros do País com o exterior e das “fugas de capital” observadas ao fim dos anos 1980, aumenta, de forma extraordinária, a mobilidade de capitais em resposta a diferenciais de taxa de retorno no Brasil e no exterior.

As mudanças recentes na regulamentação das operações de câmbio, bem como as novas circunstâncias que as motivaram, nem sempre são adequadamente compreendidas. A natural inquietação de alguns acerca dessas mudanças é plenamente justificada, motivo pelo qual o Banco Central procura, através deste documento, transmitir à sociedade a sua percepção acerca dos novos rumos da inserção internacional do País, em especial no que toca às operações cambiais e ao papel que lhe cabe como órgão regulatório nessa área”.<sup>24</sup>

68. Em seguida, examinando a situação que existia no mercado “oficial” e no “paralelo”, em virtude das exigências burocráticas que geravam situações aberrantes, que transformavam qualquer brasileiro que viajasse para o exterior em infrator das normas cambiais, conclui o Banco Central a visão panorâmica dessa fase de nossa legislação, esclarecendo que: “Dessa forma, o racionamento de divisas motivado por sucessivas crises cambiais gerava regulamentos excessivamente rígidos, que podiam tornar o cidadão comum uma espécie de contraventor. Não há dúvida de que, no processo de modernização da regulamentação cambial associada à nova inserção internacional do País, essas distorções teriam de ser eliminadas”.<sup>25</sup>

69. Em seguida, o estudo do Banco Central salientou o crescimento no para-

lelo na década de 1980 e a distorção crescente da economia em virtude do ágio existente entre o valor do dólar no paralelo e no mercado oficial, que chegou a 100%, da seguinte forma:

“A existência do ágio é, com certeza, o maior incentivo para que determinadas operações tenham curso no “mercado paralelo” e, mais importante, para que práticas fraudulentas tenham lugar. Na presença de ágio:

I — os turistas estrangeiros aqui chegavam e vendiam sua moeda no “mercado paralelo” ao invés de negociá-lo em estabelecimentos autorizados. Isso porque neste mercado pagava-se um preço mais alto, isto é, dava-se mais cruzeiros ao turista estrangeiro;

II — exportadores brasileiros podiam declarar ao governo que estavam exportando por um preço e cobrar do importador estrangeiro um preço mais alto (subfaturamento de exportações). Ou então, declaravam exportação de uma tonelada e embarcavam mais do que isso. Ou ainda, declaravam exportação de produtos de qualidade inferior àqueles efetivamente embarcados, ou mesmo mandavam seu produto para o exterior sem obter do Governo a necessária licença prévia e sem submeter a mercadoria ao exame da Receita Federal (desembarço aduaneiro), recebendo, em pagamento, moeda estrangeira diretamente do importador estrangeiro. Em todos os casos, recebiam a diferença “por fora” em moeda estrangeira e, quando precisavam, vendiam a moeda no “mercado paralelo” para receber mais cruzeiros. Obviamente, quanto maior fosse o ágio, maior o incentivo a essas práticas; e

III — importadores brasileiros declaravam que estavam importando por um preço mais alto e adquiriam mais moeda estrangeira no mercado oficial do que o necessário (superfaturamento de importações). A diferença era vendida no

24. “Cartilha do Banco Central”, 1.º cap., intitulado *A política cambial com perspectiva*.

25. Idcm, *ibidem*, cap. 2.º.

“mercado paralelo” e, da mesma forma como para as exportações, quanto maior o ágio maior o incentivo à fraude”.<sup>26</sup>

### 2.3 A Resolução 1.552 e a Regulamentação Posterior

70. Na medida em que se multiplicaram os investimentos estrangeiros no Brasil, ensejando tanto a reaplicação de recursos externos que já se encontravam no país, embora não tenham obtido o registro de capital estrangeiro, por não terem atendido os requisitos legais, como a sua aplicação, cada vez mais importante, nos mercados de capitais e financeiro com grande rotatividade de operações, sentiu-se a necessidade de uma legislação própria que incentivasse tanto o ingresso como o reinvestimento do capital estrangeiro em nosso país.

71. Assim, a partir de 1975 e até 1988, várias medidas foram tomadas, tanto no plano tributário, como na legislação do mercado de capitais, para assegurar a maior abertura da economia nacional. Foi assim que se estabeleceu a isenção do imposto de renda das sociedades de investimento com participação estrangeira (Dec.-lei 1.401) e as sucessivas medidas que permitiram a conversão da dívida estrangeira em capital de empresas nacionais e outras tantas medidas.<sup>27</sup>

72. Mas foi com o voto CMN 327/88 que o Conselho Monetário Nacional, atendendo à proposta do Banco Central, inspirada nos estudos do seu Diretor Arnim Lore, decidiu estruturar um mercado livre de câmbio, com regulamentação e características próprias, baixando a Res. 1.522, de 22.12.81. Inicialmente destinado a um setor limitado de atividades, a idéia era, desde então,

considerá-lo como uma operação piloto com a dupla finalidade de liberalizar o câmbio em geral e excluir a responsabilidade governamental — via Banco Central — pela garantia da entrega das divisas estrangeiras, que podia implicar em verdadeira política de subsídio, tendo, outrossim, incontestáveis efeitos inflacionários, que se fazem sentir, até hoje, nos limites em que as exportações brasileiras e o ingresso de capital estrangeiro impõem, muitas vezes, a emissão de papel moeda pelo Banco Central.

73. No voto que ensejou a nova orientação do Banco Central, o Diretor Arnim Lore salientou inicialmente que:

“Como é do conhecimento de V. Sas., dois mercados de câmbio são identificados, hoje, no País:

a) taxas administradas (monopólio de câmbio): por intermédio do qual são cursadas todas as operações permitidas pelas normas vigentes e que têm suas cotações fixadas pelo Banco Central;

b) taxas flutuantes (mercado paralelo): mercado não institucional, por intermédio do qual são cursadas todas aquelas operações não abrigadas pelo primeiro segmento.

Este segundo segmento ampara tanto transações que se poderiam considerar genuínas como outras típicas de mercado negro. Tal dicotomia dificulta sobremaneira a ação fiscalizadora e mesmo policial, pois esse mercado é veículo, p. ex., de transações de compra e venda de divisas de viajantes, operação que a sociedade como um todo aceita como legítima, ao lado de operações típicas do mercado negro, que amparam o contrabando, o tráfico etc.

Dessa forma, se por um lado o Banco Central impõe ao viajante brasileiro um limite sabidamente insuficiente para sua compra de divisas — limite esse determinado pela necessidade de preservar nosso Balanço Cambial — por outro lado tolera a existência desse mercado, reconhecendo implicitamente sua legitimidade.

26. Idem, *ibidem*, cap. 4.º.

27. Arnaldo Wald, “A conversão da dívida”, in *Revista de Informação Legislativa* 99/271-274, jul.-set./88.

Evidentemente, essa dualidade estimula o funcionamento de tal mercado e da existência desse segmento alternativo decorrem fatores perniciosos diversos, entre os quais merecem destaque:

a) a transparência inadequada e a possibilidade de manipulação;

b) o ônus administrativo decorrente da necessidade de concessão de autorizações prévias para compra de câmbio de viajantes além da parcela regulamentar, que se traduz pela sobrecarga na estrutura administrativa do Banco Central em prejuízo do exame de questões mais relevantes;

c) a venda de câmbio às taxas oficiais representa um subsídio implícito às viagens internacionais, mesmo quando o diferencial entre as cotações do mercado oficial e aquelas praticadas no paralelo é nulo ou muito próximo de zero, vez que a cotação oficial da moeda estrangeira não representa seu custo real pois dela estão excluídos todos os benefícios fiscais que, direta ou indiretamente, são oferecidos ao vendedor da divisa e que encarecem seu preço;

d) a condenação à ilegalidade de todo um segmento importante da economia voltado para a atividade de turismo emissor e receptor;

e) inibição ao uso de instrumentos de pagamento universalmente consagrados, como cartões de crédito;

f) o constrangimento imposto ao turista brasileiro, que se vale de um mercado ilícito para complementar o montante de divisas que obrigatoriamente precisa levar para o exterior;

g) o montante dessas operações, por praticadas à margem das instituições oficiais, não integra a contabilidade cambial do País e é avaliado apenas por estimativa, distorcendo a real importância do segmento;

h) o Banco Central não tem nenhum instrumento direto que lhe possibilite eventual intervenção no mercado”.

74. Em seguida, justificou a sua proposta nos seguintes termos:

“Como se verifica, e aceitos os créditos básicos utilizados em nossas estimativas, o mercado paralelo abriga volume de operações próximo de 11,5% do movimento cambial do País cursado no segmento oficial.

Nada obstante seja freqüentemente supervalorizado em termos de volume, sua principal importância decorre de sua função de indicador econômico que, tanto no Brasil como no exterior é objeto de atento acompanhamento. Além disso, sua situação “paralegal” representa alternativa de aplicação para os investidores, que nesse mercado estão imunes à ação disciplinadora da autoridade.

Nesse sentido, entendemos como um passo importante, inclusive para facilitar a fiscalização desse mercado, a institucionalização, desde já, de um dos seus principais segmentos, a saber o de viagens internacionais, por meio de uma fórmula que faculte ao BC alguma ação reguladora sobre as taxas.

A escolha desse item em detrimento dos demais apóia-se aos seguintes motivos:

a) é um segmento significativo tanto na oferta como na demanda de divisas;

b) é o segmento ao qual recorrem, anualmente, cerca de três milhões de pessoas (dois milhões de turistas que chegam mais um milhão de turistas que partem), o que concede uma indesejável capa de legalidade a uma operação intrinsecamente ilícita;

c) segundo nossas estimativas, é francamente superavitário, o que viabiliza a transferência, para o segmento, de parte de outras demandas do mercado paralelo, inclusive e principalmente, a demanda adicional causada pela cessação de cobertura do BC;

d) sua legalização conta com o apoio formal dos agentes de mercado que

atuam nesse segmento (agentes de turismo) e é praticamente aceita como necessária pela sociedade como um todo;

e) por ser uma operação intrinsecamente genuína, pode-se esperar que a legalização canalize para o segmento institucional a quase totalidade das operações da espécie;

f) o maior ou menor sucesso dessa operação piloto pode sinalizar adequadamente quanto à conveniência de se estender o procedimento a outros itens do mercado oficial.

Assim, propomos a criação de um segmento do mercado de câmbio, restrito e regulamentado, de taxas livres — distinto daquele a que se refere a Lei 4.131/62, art. 23, regulamentado pelo Dec. 55.762/65, art. 25 — que abrigue inicialmente as operações de compra/venda de câmbio de viajante, cujo modelo obedeceria às seguintes linhas gerais”.<sup>28</sup>

75. Essa visão feliz e construtiva da Diretoria do Banco Central, que foi adotada pelo Conselho Monetário Nacional, permitiu que, nos anos seguintes, o mercado de taxas flutuantes, também denominado do dólar-turismo, se desenvolvesse ensejando a sua gradativa ampliação, que acaba de permitir que, em novas áreas de atuação das pessoas físicas e jurídicas, possa ocorrer a utilização das taxas flutuantes, conforme se verifica pela recente Circular 2.370, pub. no *DO* de 8.10.93 e baseada na Res. 1.925.

76. Na realidade, fez-se a distinção, que foi consagrada pela Res. 1.552, entre dois segmentos do mercado de câmbio, o referente ao câmbio comercial, de responsabilidade do Banco Central, e o segmento de taxas flutuantes

(ou dólar-turismo), sob a fiscalização das autoridades monetárias, mas sem a responsabilidade das mesmas.

77. Permitiu-se, assim, aos bancos, que repassassem a instituições financeiras, no exterior, as suas posições compradas de câmbio, recebendo o pagamento em moeda nacional. Houve, assim, uma autorização regulamentar expressa e genérica para a livre movimentação e transferência ao exterior do saldo apresentado nas contas de depósitos domiciliados no exterior, independentemente de ser o mencionado saldo proveniente ou não de vendas de câmbio, ou de outras origens específicas, desde que o titular da conta fosse instituição financeira não-residente.

78. Na realidade, em virtude da delegação legislativa decorrente da Lei 4.595, atualmente considerada lei complementar, foram modificadas a legislação e regulamentação anteriores, que limitavam a livre transferência aos saldos oriundos de ordens em moedas estrangeiras ou decorrentes de operações de câmbio, ou seja, aos valores que efetivamente tinham ingressado no país.

79. O mercado de taxas flutuantes só pode ser usado nas hipóteses expressamente autorizadas pela regulamentação do Banco Central, conforme já esclareciam as Circulares 1.500 de 22.6.89 e 1.533 de 15.9.89.

80. Por outro lado, a Carta Circular 2.259, de 20.2.92, estabeleceu a criação do subtítulo 4.1.1.60.30.1. — Contas Livres de Instituições Financeiras — Mercado de Câmbio Flutuante, na conta 4.1.1.60.00-2 — Depósitos de domiciliados no exterior. Destacaram-se, assim, do universo dos não-residentes, com contas no Brasil, as entidades financeiras estrangeiras que, em virtude da regulamentação vigente, podem ser parceiros dos bancos brasileiros nas operações de compra e venda de moeda estrangeira com o pagamento (pelo comprador) em moeda nacional.

28. Exposição do Diretor Arnim Lore, de 19.10.88, que constituiu o voto, Direx 88/61, que ensejou o encaminhamento da questão, em 23.11.88, ao Conselho Monetário Nacional, pelo então Presidente do Banco, Elmo de Araújo Camões.

81. Passamos, pois, a ter dois tipos de contas de domiciliados no exterior, ou seja, de não-residentes, as comuns, regidas pela Carta-Circular 5, e as de entidades financeiras estrangeiras, com um regime próprio e especial.

82. Já se disse que, em síntese, pela Carta-Circular 5, as contas são de livre movimentação no país, para fins de interesse dos próprios titulares, pelo que o seu uso independe de autorização do Banco Central. Todavia, há a necessidade de se efetuarem os registros referentes à origem dos recursos, à identidade do depositante e do favorecido, sendo livre a transferência para o exterior do saldo proveniente de vendas de câmbio, no qual são contabilizados exclusivamente os recursos resultantes de ordens de pagamento ou créditos em moeda estrangeira aqui negociados, com bancos autorizados a operar câmbio. De outra parte, a Res. 1.552 tornou possível aos bancos sediados no Brasil efetuarem contratos de compra e venda de moedas estrangeiras, no mercado de taxas flutuantes, com pagamento em moeda nacional, com instituições financeiras no exterior, não havendo, no caso, a limitação vinculada à origem dos recursos.

83. Desta forma, as normas cambiais relativas às operações de espécie realizadas no mercado de taxas flutuantes, isoladamente, não facilitam, nem induzem a perpetração de fraudes.

84. Ao contrário, as entregas e as saídas de moeda estrangeira e/ou da moeda nacional, sob este prisma, são absolutamente lícitas.

85. Registre-se, ademais, que as operações hoje cursadas nesta sistemática já eram praticadas anteriormente à criação do mercado de câmbio de taxas flutuantes. Todavia, estas eram realizadas sem qualquer transparência para as autoridades, por serem cursadas irregularmente no mercado paralelo. Assim, a institucionalização deste segmento, além de trazer transparência para grande parte

dessas operações, permitiu a condução de outras que, embora lícitas (p. ex.: tratamento de saúde, câmbio para viajantes, transferência de patrimônio etc.), eram limitadas ou não tinham amparo regulamentar para sua realização.

86. A evolução ocorrida foi descrita, com precisão, na *Cartilha* oriunda do Banco Central, na qual foram esclarecidos a importância e os efeitos da introdução do dólar turismo em nosso sistema jurídico, nos seguintes termos:

“Em resposta ao aparente crescimento do “mercado paralelo”, em dezembro de 1988, o Banco Central do Brasil encaminhou ao Conselho Monetário Nacional proposta de criação de um segmento de mercado de câmbio, apartado do mercado de câmbio oficial, no qual as pessoas pudessem negociar moedas estrangeiras, por preços e condições livremente pactuadas com instituições financeiras especificamente credenciadas para esse fim. O Conselho Monetário Nacional aprovou a proposta do Banco Central, transformando-a na Resolução n. 1.522, de 22.12.88. Criou-se, assim o Segmento de Câmbio de Taxas Flutuantes (de início apelidado de “dólar turismo”). O adjetivo desse novo segmento era o de fazer com que operações antes realizadas no “mercado paralelo” passassem a ser realizadas aos olhos das Autoridades Governamentais. O novo mercado teria as seguintes características básicas:

I — a taxa de câmbio (preço da moeda estrangeira) flutuaria conforme a oferta e procura pelas moedas, sem intervenção direta do Banco Central, numa mecânica parecida com a existente no “mercado paralelo”, porém com todas as operações realizadas em instituições credenciadas e registradas, diariamente, no Sistema de Informações Banco Central — SISBACEN;

II — a regulamentação manteve limites quantitativos para cada tipo de operação, por exemplo: US\$ 4.000,00 para

turismo e US\$ 8.000,00 para utilização de cartão de crédito pessoal. Esses limites foram fixados com margem suficiente para atender à demanda dos viajantes;

III — a regulamentação permitia também que os agentes que tivessem comprado moeda estrangeira no “mercado paralelo” vendessem essa moeda a instituições credenciadas sem se identificarem. Como conseqüência, esses valores em moeda estrangeira, antes desconhecidos pelas Autoridades, passariam a ser registrados no Sistema de Informações Banco Central — SISBACEN; e

IV — na medida em que a regulamentação permitia que o vendedor não se identificasse, criava-se, assim, um canal de comunicação entre o “dólar-turismo” e o “paralelo”, o que representava o primeiro passo para trazer o “paralelo” para a luz do dia.<sup>29</sup>

87. A não identificação do vendedor de divisas foi justificada pelas autoridades monetárias nos seguintes termos:

“A não identificação do vendedor era, na verdade, o aspecto mais importante e inovador do “dólar-turismo”. A questão é delicada e precisa ser esclarecida em detalhe. Deve-se separar, para fins de regulamentação, duas questões: a natureza da operação cambial e a origem (no sentido fiscal) dos recursos transacionados. Em hipótese alguma, uma operação cambial feita dentro do regulamento do “dólar-turismo” legaliza qualquer recurso de origem fraudulenta, que continua sujeito à ação fiscal e policial. Não se deve confundir o veículo com a carga. Se um indivíduo assalta um banco e foge de motocicleta, não se deve, por isso, proibir as motocicletas. Note-se, por outro lado que, nas compras, as instituições credenciadas somente entregam moeda estrangeira para os agentes se identificarem, apresentarem uma documentação mínima

destinada a justificar a necessidade da moeda estrangeira e declararem a finalidade da operação. Dessa maneira, uma parte importante das transações anteriormente feitas no “paralelo” passaram a ser feitas no novo mercado e, mais importante, identificadas”.<sup>30</sup>

88. Finalmente, explicou-se a evolução do dólar turismo ao atual câmbio flutuante, informando que:

“A criação do “dólar-turismo” representou uma inovação cujas conseqüências foram profundas. Com o passar do tempo, a regulamentação foi incorporada ao novo mercado novas operações que anteriormente eram cursadas no “paralelo” dada a impossibilidade de fazê-las pela regulamentação do mercado oficial (depois chamado de “comercial”). Ao mesmo tempo, de modo a gerar algum, a oferta de divisas neste novo mercado, decidiu-se criar mecanismos para se carrear para o País a moeda estrangeira depositada no exterior. Todavia, sabia-se que estes recursos somente reingressariam ao País se fosse permitido o seu retorno ao exterior a qualquer tempo e sem necessidade de autorizações prévias”.<sup>31</sup>

89. Acrescenta o Banco Central, em conclusão quanto a este aspecto da matéria: “Daí a necessidade de se permitir total liberdade de movimentação da moeda estrangeira entre o segmento de câmbio de taxas flutuantes e o “mercado paralelo”, cujo resultado é a maior mobilidade de capital”.<sup>32</sup>

90. Quanto à evolução realizada a partir da Carta-Circular 5 (CC-5) até a atual regulamentação do mercado flutuante, é ainda o Banco Central que dá a explicação adequada nos seguintes termos:

“Com base no Dec. 55.762, a Carta-Circular 5, de 27.2.69, estabelecia que

30. Idem, *ibidem*, cap. 6.º.

31. Idem, *ibidem*, cap. 7.º.

32. Idem, *ibidem*, cap. 7.º.

29. *Cartilha do Banco Central*, cap. 5.º.

o não-residente somente poderia usar seus cruzeiros para comprar moeda estrangeira e remetê-la ao exterior se esses cruzeiros fossem resultantes de moeda que o mesmo não-residente tivesse antes vendido a bancos. Essa mecânica era restritiva e incompatível com a pretendida e necessária liberdade de movimentação de moeda estrangeira entre o segmento do câmbio de taxas flutuantes e o “mercado paralelo”, na medida em que as instituições financeiras do exterior (não-residentes) também só poderiam comprar moeda estrangeira a bancos aqui no Brasil com cruzeiros gerados a partir de vendas anteriores a esses mesmos bancos. Ao se fazer o regulamento do novo segmento de câmbio, considerou-se desnecessário, como acima mencionado, criar uma nova conta padrão para registrar a movimentação das contas-correntes de instituições financeiras não-residentes. Utilizou-se uma conta padrão já existente (“Depósitos de Domiciliados no Exterior”), mas cuja utilização estava restritamente regradada pela Carta-Circular 5, de 27.2.69. Com isso, tinha-se de um lado o regulamento do novo segmento de câmbio que permitia a livre movimentação das contas de instituições financeiras não-residentes e, de outro lado, a Carta-Circular 5 que restringia essa movimentação. Note-se, no entanto, que o Dec. 55.762, norma de hierarquia maior do que um regulamento, determina que as contas-correntes de não-residentes, aí incluídas as instituições financeiras do exterior, são de livre movimentação independentemente de qualquer autorização, só quando os seus saldos em cruzeiros forem resultantes de moedas estrangeiras antes vendidas pelos não-residentes. Isto significa, basicamente, que a movimentação de saldos em cruzeiros *não* resultantes de moedas estrangeiras antes vendidas pelos não-residentes *depende* de autorização. E o que fez o regulamento, como já dito acima, ao permitir

que instituições financeiras brasileiras e estrangeiras transacionassem moeda estrangeira entre si contra moeda nacional? Deu-se uma autorização genérica e pública para que as contas-correntes em cruzeiros, tituladas por instituições financeiras não-residentes, fossem movimentadas sem restrições. Isso porque o próprio Decreto, ao dizer “independentemente de qualquer autorização” previu a possibilidade de se autorizar”.<sup>33</sup>

91. Posteriormente, através de Res. 1.946, de 25.7.92, e da Circular 2.242, de 7.10.92, foram também regulamentadas as transferências internacionais em cruzeiros, exigindo-se a identificação do remetente, do beneficiário, das instituições financeiras intervenientes e da natureza do pagamento/recebimento efetuado para valores em moeda nacional iguais ou superiores a 10 mil dólares dos Estados Unidos.

92. Estas medidas possibilitam ao Banco Central deter informações relativas aos débitos e créditos nas contas de não residentes e das transferências conduzidas através do mercado de câmbio de taxas flutuantes, inclusive as operações com instituições financeiras no exterior, e das remessas em moeda nacional.

93. Estas informações, do ponto de vista cambial, não refletem qualquer problema quanto à validade dos mecanismos institucionais que possibilitam a compra e a venda de moeda estrangeira com moeda nacional, assim como não suscitam dúvidas com respeito à legalidade e à conveniência de manutenção de viabilizar transferências internacionais em moeda nacional.

94. Entretanto, estando as operações cambiais e as pessoas nelas envolvidas devidamente identificadas, bem como registrados todos os valores remetidos ou recebidos, fácil se torna às autoridades da Administração Direta obterem as necessárias informações junto ao Banco

33. Idem, *ibidem*, cap. 9.º.

Central do Brasil, com vistas à implementação das medidas restritivas ou punições, tanto na área cambial, como na fiscal e na criminal, sempre e quando for o caso, e desde que presentes os requisitos legais ou regulamentares para tanto.

95. Podemos concluir, assim, que a plena liberdade de movimentação das contas em cruzeiros e a liberdade cambial estabelecidas nas relações decorrentes do mercado flutuante significaram mais um passo importante dentro da tendência universal da desregulamentação e da liberação dos mercados, sem prejuízo da manutenção das informações que as autoridades continuam recebendo, tanto para fins estatísticos, quanto com a finalidade de apurar eventuais irregularidades, seja no plano cambial, seja no tocante a eventuais tributações que possam ter que incidir em determinados casos.

96. Na realidade, a tendência do nosso direito cambial se robusteceu no sentido de devolver ao mercado a função de fixar o valor das moedas estrangeiras, ao mesmo tempo que, aos poucos, o Estado foi reduzindo a sua interferência na área cambial, o que foi facilitado pela maior aproximação e a atual quase identificação entre os valores do dólar comercial e do dólar turismo, evitando-se a pluralidade de câmbios que não é mais admissível nos países desenvolvidos.

97. De fato, a partir da Res. 1.690 de 18.3.90, as próprias taxas do chamado dólar comercial também deixaram de ser fixadas pelo Banco Central e passaram a depender exclusivamente da livre negociação das partes, sendo simplesmente informado ao mercado.

98. Efetivamente, o comentário do próprio Banco Central,<sup>34</sup> cujo trecho transcrevemos a seguir, bem elucida a situação:

“O mercado cambial brasileiro, no decorrer de 1990, apresentou duas fases distintas. Na primeira, que vigorou até 19 de março, funcionaram simultaneamente dois mercados oficiais: o de taxas flutuantes (dólar-turismo) e o de taxas administradas. No mercado de taxas flutuantes, onde a taxa cambial era determinada pelas forças de mercado, cursavam basicamente operações relacionadas a viagens internacionais. Esse mercado sofreu duas regulamentações no início do ano, através das Circulares 1.563 de 5 de janeiro e 1.566 de 22 de janeiro. No outro mercado, o Banco Central dava continuidade à política de minidesvalorizações, fixando, diariamente, o valor da taxa cambial. Com a implantação do Plano de Estabilidade Econômica, em março, a taxa cambial deixou de ser fixada pela Autoridade Monetária, passando a ser determinada pelos movimentos de compra e venda do mercado, conforme a Res. 1.690 de 18 de março. Assim, o mercado de taxas administradas foi substituído por um de taxas livres mantendo-se, no entanto, o mercado de taxas flutuantes (dólar-turismo)”.

99. No mesmo sentido, a seguinte afirmação: “Entretanto, esta política de taxas administradas de câmbio foi alterada através da Res. 1.690 de 18.3.90, que introduziu o sistema de taxas de câmbio livremente pactuadas entre as partes. Este mecanismo abrangeu as demais operações de compra e venda de moeda estrangeira, não amparadas pela Res. 1.552 de 22.12.88 (câmbio turismo), permanecendo, todavia, inalterada a regulamentação para a contratação das operações de câmbio”.<sup>35</sup>

100. Assim, não mais existe a fixação da taxa de variação cambial pelas autoridades monetárias, mas apenas sua apuração, no mercado livre, e divulga-

34. Relatório Anual do Banco Central, 1990, pp. 83-84.

35. Brasil Programa Econômico v. 24/78 mar./90.

ção, pelo Banco Central do Brasil, de modo que a autoridade não mais fixa o valor, no território nacional, da moeda estrangeira, que passou a depender do mercado.

101. Essa situação que já enfatizamos, em pareceres e artigos, mereceu, aliás, a consagração do Poder Judiciário, no julgamento do Resp. 36.120-6-SP, ao qual já nos referimos, tendo o ilustre relator, Min. Waldemar Zveiter, salientado que:

“Tenha-se em conta, ainda, que quando da edição desse decreto-lei o valor, no que diz com o caso concreto, do dólar era fixado pelos órgãos governamentais brasileiros competentes, fato que não mais ocorre, sendo, hoje, aquele resultante das transações livres no mercado financeiro de câmbio, diariamente, nas três espécies em que se operam: comercial, turismo e paralelo; o mesmo sucedendo com o ouro.

Assim, ao se executar a quantia da obrigação celebrada em dólar, convertido seu valor em cruzeiro, não se pode afirmar ocorrer qualquer restrição ao curso legal da moeda nacional, uma vez que liberadas as operações em dólar, existindo tão-só interferência do governo como comprador ou vendedor dessa moeda para neutralizar o efeito especulativo.

A dinâmica que o mundo dos negócios imprime à vida moderna, criando meios para a consecução dos objetivos de mercancia e do desenvolvimento não pode ser estagnada quando o legislador não a acompanha, oferecendo, como de seu dever, instrumentos legais nos quais possa ser emoldurada a multifária gama de ajustes necessários à sua implementação.

E na mora do legislador, tenho sustentado em sede de doutrina, cumpre aos Tribunais suprir a lacuna existente dando interpretação adequada às normas jurídicas, quando não mais se compatibilizem aos fins sociais e ou econômicos aos quais se destinavam.

O judiciário não pode ficar infenso às exigências do progresso e a essa dinâmica do desenvolvimento, mas atento a realidade que deles decorre. Provocado, chamado a compor eventuais litígios, não há de ficar estático mas sim dar a regra jurídica interpretação adequada a essa realidade, distribuindo justiça sem ferir o direito.

Quando, como agora, o valor do dólar é resultante do mercado livre de câmbio, referenciando essa moeda, na prática, a generalidade dos atos negociais com ampla publicidade nos meios de informação e mesmo mencionada pelas mais altas autoridades governamentais, afirmar-se inválido ajuste como o dos autos, livremente convenionado pelos contratantes, por suposta violação ao preceito legal invocado, seria dar à norma consequência que o legislador não contemplou”.<sup>36</sup>

102. Aliás, em recentes manifestações, algumas das quais transcritas no início do presente estudo, o Dr. Gustavo Franco, diretor da área externa do Banco Central, explicou a evolução ocorrida e manifestou-se apoiando a gradativa, mas contínua, desregulamentação do mercado cambial, que recentemente passou inclusive a se consolidar de modo mais amplo em virtude da abertura cambial para o Mercosul e da recente Circular 2.370, já acima referida, embora admitida a necessidade de certa cautela.<sup>37</sup>

103. O mesmo diretor esclareceu, aliás, que a unificação do câmbio é um objetivo que se pretende alcançar a médio prazo, dependendo de ajustes regulatórios para fazer desaparecer o mercado negro (o *black*).<sup>38</sup>

104. Por sua vez, o Min. Fernando Henrique Cardoso teve o ensejo de

36. Acórdão do REsp. 36.120, já referido na nota 18 do presente estudo.

37. Pronunciamentos do Dr. Gustavo Franco in *Gazeta Mercantil*, de 17.9.93 e 20.9.93.

38. *Gazeta Mercantil* de 20.9.93.

afirmar, em entrevista à imprensa, que: “Não existem países em desenvolvimento, integrados à economia mundial, com muitas taxas de câmbio. Há uma defasagem pequena entre o câmbio comercial e o paralelo. Vamos acabar com isso e deixar que o câmbio flutue mais livremente, com menos intervenção do Banco Central na definição da taxa”.

105. O Ministro acrescentou ainda que: “A unificação do câmbio não dolarizou a economia espanhola, inglesa, portuguesa e colombiana porque é medida de racionalidade de um governo que não teme o mercado. Nós queremos que as forças competitivas do mercado ajudem o Brasil a se integrar e baixar a inflação”.

106. Concluiu-se, assim, que, segundo a política governamental de outros países, o Estado brasileiro, interessado em manter o ingresso de capitais estrangeiros, dos quais o país necessita para o seu desenvolvimento econômico, tende a assegurar, cada vez mais, a liberdade cambial, substituindo as decisões administrativas, pela liberdade com responsabilidade dos agentes financeiros, e fazendo prevalecer as regras do mercado, sem prejuízo da defesa da moeda nacional, que incumbe ao Banco Central.

## 2.4 O direito comparado

107. Idêntica é, aliás, a tendência das demais legislações, inclusive em países com forte presença burocrática e com tradição de interferência do Estado na área cambial e monetária, como é o caso da França, que, a partir de 1988, seguinte diretriz da Comunidade Européia, estabeleceu a completa liberdade cambial, além de manter, há longo tempo, contas de depósitos em moeda estrangeira para os não-residentes.

108. A este respeito escreve o Prof. Jean Stoufflet, em recente estudo, que: “Faisant suite à la directive de 1988, un décret français 89-938 du 29.12.89 a

*rétabli en France la liberté des changes, sans distinguer entre les monnaies et les pays et remis ainsi en vigueur le principe énoncé à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 28.12.66. Les résidents peuvent, à nouveau, détenir des monnaies étrangères sans restriction et êtres titulaires à l'étranger et en France de comptes en devises étrangères. L'article 2 du décret 89-938 exige seulement le recours à l'entremise d'un établissement de crédit ou à une institution visée à l'article 8 de la loi bancaire du 24.1.84 (Centre de chèques postaux, Trésor public...) pour les mouvements de fonds de nature scripturale entre la France et l'étranger”.*<sup>39</sup>

109. Na mesma linha, Dominique Bayet lembra, em comentário jurisprudencial, que, em 21.5.92, a Corte de Cassação na França deixou de considerar como delitos as infrações à legislação cambial, esclarecendo que: “Le 21.5.92 est et sera une date de référence pour les juristes et praticiens du contentieux des changes. Ce jour-là, et à l'issue d'une audience consacrée spécifiquement au traitement de ce contentieux fort complexe, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a rendu sept arrêts, sur la base de circonstances de fait et de droit particulièrement topiques, aux termes desquels il a été jugé que toutes les poursuites pénales en cours visant une ou des infractions à la législation ou à la réglementation des relations financière avec l'étranger étaient privées de base légale”.<sup>40</sup>

110. Aliás, a livre conversibilidade das moedas tornou-se atualmente o re-

39. Jean Stoufflet, “Dépôts et comptes en monnaie étrangère” in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges Offerts à Jean Derruppé*, Litec Ed. Paris, 1991, p. 186.

40. Dominique Bayet, nota intitulada “*Obstinata ratio*; Le contentieux des changes et la logique du droit”, in *Revue de Droit Bancaire et Bourse*, Paris, mai-jun/93, p. 111.

gime dominante tanto na maioria dos países industrializados. A liberdade cambial e de movimento de capitais são consagradas nos Estados Unidos, no Canadá, na Grã-Bretanha (desde 1979), na Alemanha e na Suíça, sem prejuízo do acompanhamento do movimento monetário em virtude do controle exercido pelos respectivos bancos centrais. Outros países, mesmo se não reconhecem ter um controle do regime cambial, regulamentam ou restringem, eventualmente, o movimento das moedas.<sup>41</sup> Não há dúvida, que, inclusive em virtude dos tratados internacionais vigentes, em toda parte, se impõe a livre conversibilidade da moeda na medida em que os países alcançam certo nível de progresso econômico e de integração na economia mundial, pois a sua ausência exclui os Estados da comunidade financeira internacional, além de impedir o investimento externo, como bem salientou o eminente economista norte-americano Lester Thurow em texto transcrito no início do presente estudo. É, pois, incontestável, que o controle institucional de câmbio constitui, como já se disse, uma medida ineficaz e antieconômica, sem prejuízo da necessidade que o Governo tem de ser informado do movimento monetário e o dever que lhe incumbe de intervir, no mercado de câmbio, em casos excepcionais decorrentes de momentos de crise, como tem ocorrido nos últimos tempos.

### 3. DO REGIME LEGAL VIGENTE

111. Após ter examinado a evolução da legislação podemos afirmar que se estabeleceu, nas operações de taxas flutuantes, um segmento de liberdade am-

41. Thierry Jacomet e Edouard Didier, *Les relations financières avec l'étranger — Le contrôle des changes*, pub. do escritório Gide Loyrette Nouel, edição de Juridictionnaires Joly, Paris, 4.<sup>a</sup> ed., 1988, p. 8.

pla, limitada tão-somente pelo dever de informação que o banqueiro deve prestar às autoridades competentes, em relação à identificação das partes, em virtude das seguintes normas:

a) As chamadas Contas da Carta-Circular 5 (chamadas CC 5) admitiam as remessas livres em moeda nacional e, tratando-se de moeda estrangeira, subordinadas tão-somente ao ingresso prévio dos recursos no país, tudo na forma da regulamentação então existente.

b) Com a criação do segmento livre vinculado ao uso das taxas flutuantes, nos termos da Res. 1.552, de 22.12.88 e das Circulares 1.402/88, 1.500/89 e 1.533/89, “os bancos autorizados a operar no segmento das taxas flutuantes passaram a poder realizar operações de compra e venda de câmbio com instituições financeiras do exterior, retirando-se da aparentemente ilicitude, operações que eram legítimas mas, até então, não encontravam as necessárias fórmulas de transparência”.

c) Passaram, assim, a ser permitidas, entre as instituições financeiras brasileiras e estrangeiras, as operações de remessa ao exterior independentemente da existência de anterior operação de câmbio pela qual os recursos teriam ingressado no Brasil, ao contrário do que se estabelecera anteriormente.

d) Esta modificação decorreu do fato da liberdade cambial estar acoplada à exclusão da responsabilidade do Banco Central pela eventual cobertura de recursos, em moeda estrangeira, para a remessa ao exterior, razão pela qual deixou de ser relevante a modalidade de entrada dos recursos.

e) Assim, do mesmo modo que se permitiu a livre entrada e saída dos recursos em moeda nacional, sem qualquer restrição, a oxigenação da economia brasileira, que ensejou também a convertibilidade do cruzeiro numa praça internacional próxima, como Montevideu, ensejou a liberdade de operações

cambiais entre instituições financeiras brasileiras credenciadas e instituições financeiras estrangeiras, desde que mantidos os registros das operações e comunicados às autoridades os dados sobre o respectivo volume e a identificação do comprador da moeda.

f) Numerosas operações ficaram, assim, excluídas do antigo mercado de taxas administradas, hoje do câmbio comercial, no qual o Banco Central se obriga a conceder cobertura, pois a essa obrigação, criada para a autoridade monetária, devia evidentemente corresponder um ingresso anterior, que pudesse justificar a saída dos recursos, sob pena de afetar o equilíbrio cambial das contas governamentais, onerando as reservas de divisas do país.

g) Ao contrário, no setor referente às taxas flutuantes, a ausência de garantia de cobertura por parte do Banco Central justifica a liberdade cambial, por não importar, no caso, em afetar as reservas cambiais brasileiras.

h) A regulamentação estabeleceu os limites dessa liberdade, só permitindo que ela ocorresse nas operações interbancárias realizadas entre os bancos nacionais credenciados para atuar no mercado de taxas flutuantes e instituições financeiras sediadas no exterior, facilitando assim a informação e o eventual monitoramento das operações, se viesse a ser necessário.

i) O registro das operações interbancárias passou a ser realizado em subtítulo destacado do título contábil previsto na Carta-Circular 5, sem maiores exigências formais, a não ser a informação ao Banco Central dos dados básicos, em relação aos valores transacionados superiores a US\$ 10.000,00, a partir e em virtude do disposto na Res. 1.946/92.

j) Nas operações interbancárias, deixou de existir, para o banco brasileiro credenciado no mercado do câmbio flutuante, a obrigação de averiguar a origem dos recursos ou a existência de

ingresso dos mesmos no país, quando se trata de remessa para o exterior, tendo sido derogada a mencionada exigência, como já tivemos o ensejo de verificar (A Res. 1.552 e sua regulamentação derogaram, no particular, o disposto no art. 57 do Dec. 55.762).

k) O controle da correspondência entre ingresso e saída das divisas deixou de ser aplicável nas operações entre bancos nacionais e instituições financeiras sediadas no exterior, mantida a obrigação de efetuá-lo nas contas de não-residentes que não sejam instituições financeiras estrangeiras.

l) Assim, aberto o mercado do dólar-turismo, que se transformou no de câmbio flutuante, nos casos previstos pela nova regulamentação, o nível de liberdade foi mais amplo e denso para as instituições financeiras estrangeiras e mais restrito para as entidades não financeiras. Em relação às primeiras, não mais houve necessidade de qualquer correspondência entre entradas e saídas de moeda no país, enquanto que, para as segundas, a restrição se manteve. Assim decidiu o Banco Central, para assegurar uma abertura gradual e, ao mesmo tempo, conceder maior liberdade a instituições presumidamente mais responsáveis e, em tese, fiscalizadas pelas autoridades do seu país de origem, das quais se poderia obter, em qualquer tempo, maiores informações, além da possibilidade de responsabilizar entidades financeiras estrangeiras, que deveriam ser solventes, o que poderia não ocorrer com outras empresas, que poderiam ser "fantasmas" ou de existência duvidosa e sem recursos próprios para responder pelos eventuais prejuízos causados.

m) O mecanismo criado em 1988 foi ampliado, quanto ao seu campo de atuação, e aperfeiçoado, quanto às informações prestadas às autoridades, sempre *a posteriori* e sem qualquer responsabilidade do banco operador, que se limita a verificar a identidade e as características

da entidade financeira estrangeira e a identificação do depositante ou sacador.

n) Assim, a Carta Circular 2.259 criou, como vimos, um subtítulo próprio para a movimentação de contas de entidades financeiras não-residentes, diferenciando-as das demais, reafirmando a livre movimentação dos recursos nas mencionadas contas, inclusive em relação às operações de compra e venda de câmbio, em virtude da referência que faz ao item 4 da Circular 1.540, de 6.10.1989.

o) Finalmente, a Res. 1.946, de 29.7.92 determinou que fossem identificadas as pessoas responsáveis por pagamentos ou recebimentos superiores a US\$ 10.000,00 estabelecendo quais os dados básicos exigidos (nome da pessoa física, denominação ou razão social da empresa, inscrição no CPF ou CGC, endereço, carteira de identidade do responsável ou procurador, valor, origem e destino dos recursos) e só admitindo as transferências interbancárias.

112. Definindo, na sua *Cartilha*, o regime vigente, esclarece o Banco Central do Brasil que:

“Para tornar as coisas mais claras, em 20.2.92, o Banco Central alterou o Plano Contábil padrão incluindo na conta padronizada “Depósitos de Domiciliados no Exterior” uma subconta denominada “Contas-Livres — de Instituições Financeiras — Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes”. A movimentação dessa subconta não tem restrições e não se subordina às regras da Carta-Circular 5. A regra hoje vigente quanto à movimentação de contas-correntes em cruzeiros reais não residentes é:

I — se o não-residente é uma pessoa física ou jurídica, mas não é instituição financeira, o saldo em cruzeiros reais de sua conta-corrente pode ser utilizado para comprar moeda estrangeira e remetê-la ao exterior se, e somente se, esse saldo em cruzeiros reais tiver resultado de moeda estrangeira antes vendidas por ele a banco brasileiro;

II — se o não-residente é uma instituição financeira, o saldo em cruzeiros reais de sua conta-corrente pode ser utilizado para comprar moeda estrangeira e remetê-la ao exterior, sem qualquer restrição.

Isso significa que se um agente quiser fazer uma remessa para o exterior, basta que deposite cruzeiros reais na conta de uma instituição financeira não-residente e deixe que ela faça o resto. Com os cruzeiros reais ela pode comprar moeda estrangeira em banco aqui no Brasil e transferir a moeda para a conta do destinatário no exterior. O novo regime permite uma amplitude para movimentos de capital que não conhecia precedente ao País.

113. Acrescenta a autoridade monetária, ao tratar da identificação do adquirente ou do vendedor da moeda estrangeira, que:

“A rigor, não há nada de errado em o cidadão comum contribuinte em dia e cumpridor de seus deveres, dispor de suas poupanças como bem quiser, aí compreendendo, inclusive, remessas para o exterior. O verdadeiro problema não é cambial, mas fiscal. E para que as Autoridades se resguardem de que quem está fazendo remessa ao exterior seja um cidadão em dia com suas obrigações fiscais, previdenciárias etc., o Banco Central enviou proposta ao Conselho Monetário Nacional, em julho de 1992, no sentido de impor restrições à movimentação da moeda nacional entre o Brasil e o exterior. Essa proposta teve por base o mesmo Dec. 42.820, de 16.12.57, citado no item 8, cujo art. 20 determina que o Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito (atual Conselho Monetário Nacional) poderá, se julgar necessário, estabelecer restrições sobre a entrada e saída do papel-moeda brasileiro no ou do território nacional. A proposta do Banco Central foi aprovada pelo Conselho Monetário

Nacional, transformando-se na Res. 1.946, de 29.7.92, regulamentada pela Circular 2.242 de 7.10.92. Essa regulamentação estabelece que qualquer movimentação em cruzeiros reais entre contas-correntes de um residente no Brasil e um residente no exterior deve ser registrada no Sistema de Informações Banco Central — SISBACEN e também que obedeça a uma série de exigências”.<sup>42</sup>

114. Quanto às restrições impostas pela Res. 1.946/92 e pela Circular 2.242/92, a *Cartilha* esclarece as providências a serem tomadas:

“Suponha que o agente receba recursos em cruzeiros reais na conta-corrente que ele tem em um banco brasileiro e que uma instituição financeira do exterior também tenha conta-corrente nesse banco.

O agente deseja fazer uma remessa para um beneficiário qualquer no exterior (inclusive ele mesmo). Temos então os seguintes passos:

I — para transferir os recursos em cruzeiros reais da conta-corrente dele para a conta-corrente da instituição financeira não-residente, o agente deve ir ao banco e fazer uma ordem de pagamento, ou um “Documento de Crédito” (DOC), ou, ainda, comprar do banco um cheque administrativo não endossável, para crédito na conta da instituição não-residente e a favor do beneficiário no exterior;

II — é importante lembrar que o agente não pode utilizar o talão de cheque comum, ainda que especial (ou garantido). Por que? Porque esses cheques podem ser endossados e o que se quer é que o nome do agente fique registrado e se tenha certeza de que a transferência foi feita por ele; e

III — ao proceder dessa maneira, o banco exigirá que o agente preste as

seguintes informações, para ele (banco) as registre no SISBACEN do Banco Central:

a) nome e número CPF (ou CGC, se empresa);

b) nome do recebedor no exterior (beneficiário);

c) nome da instituição financeira não-residente, por onde o agente quer conduzir a transferência; e

d) finalidade da transferência, isto é, com que objetivo o agente está mandando o dinheiro dele para fora do País.

Se for para ele mesmo, o objetivo é “capitais brasileiros a curto prazo — disponibilidades no exterior”. Isto significa que o agente pode querer manter disponibilidades lá fora para usar como e quando bem lhe aprouver. Afinal o recurso é dele e ele já pagou todos os impostos”.<sup>43</sup>

115. Finalmente, após explicar como e porque os bancos podem fazer a compensação entre créditos e débitos internacionais, conclui a *Cartilha* informando que: “O agente passou a ter disponibilidades no exterior, enquanto o estrangeiro passou a ter investimentos no Brasil. Assim, os procedimentos descritos acima, ao tempo em que se inserem na estratégia de liberalização gradual do câmbio, permitem ainda maior flexibilidade à ação do Banco Central como provedor de liquidez, sempre que a instituição financeira não-residente opte por manter, no País, os recursos recebidos em cruzeiros reais”.<sup>44</sup>

116. Evidenciando as vantagens do sistema vigente, especialmente em comparação com o anterior, acrescenta a *Cartilha* que: “Um importante subproduto das recentes modificações no regime cambial brasileiro é a clareza que hoje se tem acerca dos registros estatísticos das transações internacionais do

42. *Cartilha*, caps. 10 e 11.

43. *Idem*, *ibidem*, cap. 11.

44. *Idem*, *ibidem*, cap. 11.

País, consolidadas no balanço do pagamento (instrumento contábil que apropria, apenas, as operações cursadas nos mercados legalmente instituídos). A partir da criação do câmbio a taxas flutuantes o item “viagens internacionais”, por exemplo, cuja apuração oficial apresentava valores anuais médios de cerca de US\$ 100 milhões nas receitas e de US\$ 500 milhões nas despesas, passou a registrar, a partir de 1989, valores superiores a US\$ 900 milhões ao ano, tanto nas receitas como nas despesas. Outro item em que se verificou incremento notável foi o de “transferências unilaterais”, que teve as suas receitas crescentes a partir de 1990, com valores superiores a US\$ 800 milhões ao ano, enquanto nos anos anteriores, as receitas anuais médias ficavam abaixo dos US\$ 300 milhões”.<sup>45</sup>

117. Conclui o estudo do Banco Central que: “A completa liberalização do câmbio deverá vir com a estabilização da economia. Entendemos que embora depauperada, a moeda nacional representa um importante instrumento de soberania nacional e deve ser defendida a qualquer custo através das políticas monetária e cambial praticadas pelo Banco Central do Brasil. A completa liberdade cambial, se fomentada indevidamente em um contexto de instabilidade macroeconômica, prejudicaria, de forma duradoura, através das fugas de capital que poderia provocar, a saúde da moeda nacional e a capacidade do Banco Central de desempenhar uma de suas funções mais essenciais: a condução da política monetária. Nessas condições, a política cambial procurará preservar a estabilidade das relações do Brasil com o exterior, resguardando o papel ativo que deve ser desempenhado pelo Banco Central na defesa intransigente da moeda nacional”.<sup>46</sup>

45. Idem, *ibidem*, cap. 12.

46. Idem, *ibidem*, cap. 13.

#### 4. DOS DIREITOS E DEVERES DOS PARTICIPANTES DO MERCADO E DA COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES

118. Examinado, assim, o panorama legislativo e regulamentar aplicável às operações que suscitaram o presente estudo, resta verificar qual a situação jurídica das várias instituições e os direitos e deveres que lhe incumbem.

119. Quanto às instituições financeiras estrangeiras, são as definidas pelas leis dos países nos quais têm a sua sede, verificando-se a sua condição pelos respectivos estatutos, nos quais deve constar a natureza de sua atividade. O critério aplicável é o da lei do local de sua constituição, aplicando-se-lhes a Lei de Introdução ao Código Civil de acordo com a qual: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade...” (art. 7.º, *caput* da LICC).

120. Por outro lado, de acordo com a mesma lei: “As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à Lei do Estado em que se constituírem”. (art. 11).

121. Aplica-se, pois, para qualificar a entidade como instituição financeira, a lei da sua sede, que é denominada a *lex loci*, lei do lugar onde se constituiu e está sediada. Em geral, a lei do lugar da constituição e da sede da instituição é a mesma. Se houver divergência, é preciso que ambas as leis considerem a sociedade como instituição financeira para que se lhe reconheça, de modo incontestável, no Brasil, a mencionada condição.

122. A instituição financeira estrangeira, devidamente identificada, na forma da regulamentação legal vigente, com o exame de seus estatutos e dos dados do seu representante ou procurador, está autorizada, pela legislação, a comprar e vender câmbio, promovendo

o ingresso e saída de divisas, em negócios realizados exclusivamente com os bancos brasileiros credenciados para atuarem no mercado de câmbio flutuante.

123. São as instituições financeiras domiciliadas no exterior responsáveis pelos seus atos, inclusive e especialmente nos casos de fraude ou simulação, razão pela qual se criou, para as mesmas, um regime especial que se caracteriza pela possibilidade de remessa para o exterior de recursos que não ingressem no país, em virtude da presunção de sua solvência e de estarem, normalmente, sob a fiscalização de entidade governamental estrangeira, à qual cabe, de acordo com a legislação local, fiscalizar a atividade bancária e financeira.

124. As demais pessoas físicas e jurídicas que movimentam contas de não-residentes só podem remeter recursos para o exterior abrangendo valores inferiores ou iguais aos montantes que tenham feito anteriormente ingressar no país, a não ser que obtenham autorização expressa do Banco Central para fazer as remessas independentemente da entrada de tais recursos, podendo a autorização ser genérica, em virtude da finalidade pretendida, ou específica.

125. As pessoas físicas e jurídicas brasileiras domiciliadas no país podem, por sua vez, remeter para o exterior montantes em moeda nacional, nos casos previstos pela legislação, fazendo o Banco operador as comunicações adequadas ao Banco Central.

126. Os bancos brasileiros credenciados para realizar operações no mercado de taxas flutuantes podem abrir as contas-correntes para as instituições financeiras estrangeiras, operando na forma acima referida, fazendo a verificação prévia dos documentos da instituição, que devem ser, material e formalmente, corretos e impecáveis. A verificação material abrange o fato de se tratar efetivamente de instituição financeira, de acordo com os seus atos constitutivos

e estatutos, obedecendo-se às leis de lugar da criação da entidade e de sua sede, estando outrossim devidamente representada por diretor, gerente ou mandatário, com os poderes necessários e devidamente identificado. A verificação formal se refere à necessidade de estarem os documentos apresentados devidamente legalizados e consularizados e traduzidos em português por tradutor, juramentado com todas as autenticações para que não haja dúvida quanto à validade dos documentos apresentados no Brasil, abrangendo tais exigências os instrumentos societários e as procurações. Essa verificação quanto à identidade e qualificação das partes é análoga a que se impõe em outras operações de câmbio a fim de evitar fraudes ou simulações.

127. Por outro lado, a partir de 1992 e especialmente em virtude do disposto na Res. 1.946 (pub. no *DO* de 30.7.92) já antes referida e, mais recentemente, da Res. 2.025 de 24.11.93, também cabe ao banco credenciado, no caso de depósitos e retiradas de recursos, em moeda nacional nas contas correntes regidas pela Carta-Circular 5, como também nas demais transferências para o exterior, identificar os depositantes, deles indagando, sob as penas da lei, quando se tratar de valores superiores ao correspondente, em moeda nacional, a US\$ 10.000,00, da origem e destino dos recursos depositados, contabilizando-os na forma determinada pela regulamentação e dando ciência ao Banco Central dos dados exigidos pela Resolução, para os devidos fins.

128. O Banco brasileiro credenciado só é responsável pela identificação e qualificação do detentor da conta, em virtude do exame de documentos que lhe foram apresentados e, desde 1992, também pela identificação do depositante e pela remessa das informações exigidas pelo Banco Central, não tendo qualquer outra atribuição ou dever legal. Assim,

não lhe cabe averiguar a legalidade das operações realizadas pelas instituições financeiras estrangeiras, nem devem examinar os aspectos fiscais das operações realizadas, em relação às quais não há qualquer retenção de tributo ou incidência fiscal da qual o banco seja incumbido, ou que deva fiscalizar, ao contrário do que ocorre em outros casos.

129. Podemos assemelhar as operações assim realizadas pelos bancos credenciados às vendas que fazem de moeda estrangeira aos brasileiros que viajam para o exterior, devendo o banqueiro examinar tão-somente a identificação e eventual representação do adquirente das divisas, sem prejuízo da responsabilidade que o mesmo poderá ter nos casos de fraude, simulação ou qualquer outra irregularidade por ele cometida.

130. Ao Banco Central cabe a fiscalização, geralmente *a posteriori*, das operações feitas pelos detentores das contas e pelos depositantes que colocaram recursos nas mesmas e ao fisco incumbe a função de examinar eventuais aspectos tributários envolvendo seja as instituições financeiras estrangeiras, seja os depositantes que colocaram os seus recursos nas contas de não-residentes das mesmas (instituições financeiras estrangeiras).

131. Assim sendo, não temos dúvida em afirmar que as responsabilidades fiscais inerentes à movimentação das contas CC5 de instituições financeiras estrangeiras sediadas no exterior, ou de qualquer pessoa física ou jurídica não residente no Brasil, só incidem e alcançam os seus titulares e os eventuais depositantes de recursos ou beneficiários de saques.

132. Aos bancos credenciados só cabe a realização das operações — abertura de conta, recebimento de depósitos em favor dos titulares das mesmas e pagamento dos cheques sacados contra os mesmos — com a identificação das

partes e a remessa das informações ao Banco Central, na forma da regulamentação.

133. Conseqüentemente, do ponto de vista cambial, nenhuma fraude ou irregularidade comete o banco credenciado para operar no mercado flutuante quando realiza remessa para o exterior, em virtude de venda de moeda estrangeira, promovido por instituição financeira do exterior, com base em recursos em moeda nacional, que represente o saldo credor em conta-corrente regida pela Carta-Circular 5 e normas posteriores, independentemente da existência de recursos externos que teriam ingressado, anteriormente, no Brasil e sem qualquer fiscalização quanto à origem dos recursos dos depósitos existentes, sem prejuízo da obtenção e do envio ao Banco Central das informações legais ou regulamentarmente exigidas.

## 5. CONCLUSÕES

134. Podemos, pois, concluir que:

a) A conta-corrente de residente é a de pessoa jurídica sediada no Brasil ou de pessoa física domiciliada no país, aplicando-se os princípios do Código Civil em relação ao domicílio e evidenciando-se a condição de não-residente pelo lugar da constituição e sede da empresa e pelo passaporte e carteira de identidade e eventuais outros documentos da pessoa física.

b) Nos termos das Res. 1.946, de 29.7.92, e 2.025, de 24.11.93, determinou-se a identificação, no caso de pagamentos ou recebimentos, em espécies, de valores superiores ao correspondente em moeda nacional a US\$ 10.000,00 (art. 1.º). A entrada e saída do país de recursos em moeda nacional, ou estrangeira, acima do limite referido deve ser objeto de declaração na forma fixada pelo Banco Central. Assim, podemos dizer que, no particular, há identidade de tratamento entre as duas contas (de

residentes e não-residentes) e a única diferença existente não se refere aos depósitos em contas, mas à necessidade de identificação do depositante de qualificação do titular da conta como não-residente.

c) No caso de instituição financeira estrangeira, descabe examinar se os recursos remetidos para o exterior ingressaram efetivamente no Brasil, enquanto o não-residente que não é instituição financeira só pode remeter para o exterior recursos que tenham ingressado no país, a não ser que tenha obtido autorização específica do Banco Central.

d) Em virtude das disposições da Carta-Circular 5 só poderiam ser remetidos para o exterior recursos que tenham anteriormente ingressado no país, enquanto a Res. 1.552 complementada e regulamentada pela Circular 1.500/89, admite que haja remessa independentemente do ingresso dos recursos, desde que se trate de operação realizada por instituição financeira estrangeira, mantido o regime da Carta-Circular 5 para as entidades estrangeiras não financeiras.

e) Os bancos hospedeiros só são responsáveis pela verificação da autenticidade formal dos documentos que lhe são apresentados e pelo exame do atendimento dos requisitos regulamentarmente estabelecidos. Assim, devem exigir as declarações cabíveis dos interessados e, tratando-se de instituição financeira sediada no exterior, cabe-lhes analisar os respectivos atos constitutivos, estatutos e procurações, para que possam caracterizar o titular da conta como instituição financeira, de acordo com a legislação vigente no país da constituição e da sede da empresa financeira titular da conta e considerar válido e adequado o eventual mandato dado aos procuradores.

f) Os bancos credenciados para operar no mercado de taxas flutuantes são responsáveis pelas funções que lhe são atribuídas, ou seja: f.1) pela identifica-

ção das partes; f.2) pela verificação da condição de instituição financeira do titular da conta, devidamente comprovada documentalmente; f.3) pela exigência dos documentos referidos na regulamentação e em particular da declaração das partes quanto ao destino dos recursos; f.4) pelo exame das procurações ou documentos nos quais foram indicados os representantes das instituições financeiras estrangeiras (estatutos, assembléias gerais ou atas de Conselho de Administração etc...).

g) Os titulares das contas são responsáveis pelo movimento das mesmas e pela totalidade das operações realizadas, tanto do ponto de vista cambial, frente ao Banco Central, como em relação ao fisco, perante a Receita Federal.

h) Os depositantes de recursos e os beneficiários dos saques respondem pelo conteúdo das suas declarações e são responsáveis, perante o Banco Central e a Receita Federal, pelas operações das quais participam.

i) Os procuradores respondem pelos atos praticados *ultra vires* (fora dos limites dos poderes que lhes foram outorgados) ou no caso de fraude ou simulação, aplicando-se a legislação de direito privado (Códigos Civil e Comercial) e as normas específicas de direito tributário e penal.

j) A intenção do Governo foi promover a liberdade cambial controlada numa determinada área de operação, considerando, outrossim seria uma operação piloto ou um caminho para uma futura e eventual liberdade cambial generalizada. Aplicou-se uma política gradualista, que foi ampliando o segmento das taxas flutuantes, ao mesmo tempo que o dólar comercial passou a ter o seu valor fixado pelo mercado, aproximando-se, até uma quase identificação, que ocorreu recentemente, os valores do dólar turismo e do dólar comercial.

k) As medidas legais e regulamentares pretenderam abrir uma porta de

comunicação do mercado brasileiro com o exterior, por intermédio das operações interbancárias realizadas entre bancos credenciados no Brasil e instituições financeiras estrangeiras.

l) Assim sendo, a remessa passou a independe, nessas operações, da existência de ingresso prévio de divisas, por se tratar de transações sem cobertura cambial da responsabilidade do Banco Central.

m) Aos bancos credenciados cabe ter os mesmos cuidados que são exigidos em relação às contas internas, de pessoas domiciliadas no país, sem prejuízos das cautelas necessárias quanto à identificação das partes e da exigência de declaração nos casos previstos pela regulamentação.

n) Os bancos credenciados continuam com poderes para efetuar as operações de câmbio no mercado fluante, independentemente do ingresso prévio de divisas, quando se trata de operações com instituição financeira do exterior, exigida tão-somente a declaração do depositante, a partir da Res. 1.946/92.

o) Os aspectos fiscais são da exclusiva responsabilidade dos titulares das contas e dos depositantes, cada um em relação aos atos por ele praticados, não cabendo aos bancos credenciados exercer qualquer fiscalização no tocante ao cumprimento das obrigações fiscais dos interessados.

p) Assim sendo, podemos afirmar que a conta-corrente da qual é titular instituição financeira sediada no exterior funciona como as demais contas-correntes internas, com as duas diferenças referentes à identificação dos depositantes e beneficiários dos saques e à necessidade de colher declaração referente à origem e destino dos recursos depositados.

q) A responsabilidade fiscal recai exclusivamente sobre o usuário da conta independentemente de sua nacionalidade.

r) Ao praticar as operações do mercado fluante, os bancos credenciados praticaram atos de sua competência, de acordo com a legislação e regulamentação vigentes, não se podendo cogitar de evasão de divisas ou de qualquer outro ilícito, desde que providenciadas as medidas cabíveis acima referidas em relação à identificação e qualificação das partes e obtenção das declarações imprescindíveis para a realização das remessas.

s) Não há dúvida que o processo de liberalização e desregulamentação do câmbio se iniciou, em relação ao ouro, em 1986, e ao mercado fluante 1988, ampliando-se com a adoção do cartão de crédito internacional e as recentes medidas referentes à maior liberdade na área do Mercosul e finalmente a recente Circular 2.370/93, estando também confirmado nas recentes declarações do Ministro da Fazenda e do Diretor da Área Externa do Banco Central, já referidas no presente estudo.

t) Assim sendo, os bancos credenciados operam no mercado fluante, como simples depositários de recursos alheios, incumbidos de identificar as partes, exigir as declarações cabíveis e prestar as necessárias informações ao Banco Central. Dentro desse contexto de liberdade, se não houver fraude ou simulação, nenhuma interferência devem ter as autoridades.

u) Cabe ao Banco Central fixar a política monetária e cambial, de acordo com as determinações do Conselho Monetário Nacional e a orientação do Ministro da Fazenda, sem prejuízo de fiscalizar o Sistema Financeiro Nacional. Em relação às operações que ensejaram o presente estudo, a função do Banco Central é de regulamentação e de verificação de eventuais irregularidades.

v) A Receita Federal pode verificar as situações fiscais das várias partes

interessadas mas, no particular, nenhuma responsabilidade pode atribuir ao Banco, pois os aspectos tributários dessas operações só são relevantes em relação aos depositantes (cabendo verificar a eventual origem dos recursos) e aos titulares das contas, cuja atuação pode ou não ensejar lucro tributável.

w) A Polícia Federal é órgão de instrução e repressão aos crimes e contravenções. Não havendo nenhum ilícito nas operações acima referidas, nenhuma ingerência da Polícia Federal ou do Ministério Público se justifica em relação aos bancos credenciados.

x) O benefício para o país, decorrente da legislação que liberalizou o câmbio, consiste em assegurar uma relativa liberdade cambial e desburocratizar o tratamento do capital estrangeiro, ensejando o ingresso do mesmo, especialmente no mercado de capitais, onde a sua atuação tem sido um fator importante de modernização e ampliação das operações de Bolsa. Acresce que a livre entrada e saída de recursos externos é prova de desenvolvimento econômico do país.

y) Na realidade, verifica-se que as altas autoridades do Banco Central e do Ministério da Fazenda têm uma visão clara da importância da liberalização efetuada no mercado cambial, como se verifica não só pelos pronunciamentos do Diretor Arnim Lore, que implantou o sistema, como dos demais diretores

que o sucederam e inclusive das recentes manifestações do Min. Fernando Henrique Cardoso e do Dtr. Gustavo Franco, já invocados e transcritos no presente estudo. Somente a falta de informação adequada tem ensejado, na imprensa e em alguns órgãos de fiscalização, a falsa idéia de ser a CC5 um instrumento de fraude cambial ou de evasão de divisas, quando na realidade, não havendo cobertura do Banco Central, ocorre no particular, o funcionamento das normas do mercado, aliás com maiores entradas do que saídas de recursos, no próprio mercado flutuante, como foi observado pelas autoridades monetárias, especialmente, desde que se tenha no país um clima de estabilidade política e econômica.

z) Pelo que sabemos e do que deflui de sua recente *Cartilha* o Banco Central admite a plena liberdade de movimentação dos recursos no mercado de taxas flutuantes, sem prejuízo da apuração de eventuais responsabilidades nos casos de fraude ou simulação, por parte seja dos depositantes ou beneficiários dos saques, seja dos titulares das contas, restringindo-se a atribuição do banco credenciado, como já dito reiteradamente, à identificação das partes, exigência de declaração e verificação de documentos referentes ao depositante e à entidade financeira estrangeira e aos seus procuradores.