

Pareceres

SOBRE O CONCEITO DE OPERAÇÃO DE CÂMBIO ILEGÍTIMA

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

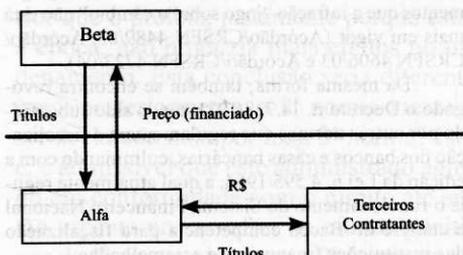
PARECER: 1. Exposição e consulta. 2. Sobre o conceito de "operações de câmbio ilegítimas". 3. O princípio da reserva legal e da tipicidade normativa. 4. Sobre a revogação do Decreto n. 23.258/1933. 5. Conclusão.

PARECER

1. Exposição e consulta

1.1 A sociedade brasileira Alfa ("Alfa") realizou com a sociedade Beta ("Beta"), sediada no exterior, um acordo de investimentos por meio do qual Beta abriu uma linha de crédito para a Alfa.

1.2 Os recursos mutuados por Beta à Alfa correspondem ao produto da venda, no Brasil, em moeda nacional, de títulos estrangeiros anteriormente detidos por Beta e transferidos à sociedade brasileira Alfa. Dessa forma, Beta transferiu títulos estrangeiros a Alfa, financiando o seu pagamento, ou seja, mediante compra e venda a prazo. Alfa, por sua vez, os vendeu no Brasil a sociedades brasileiras, recebendo à vista os recursos em moeda nacional, conforme fluxograma abaixo:



1.3 Não houve celebração de câmbio nesta segunda parte da operação, pois, como dito, a sociedade brasileira Alfa transferiu a prazo os títulos estrangeiros então detidos pela empresa Beta.

1.4 A amortização dos valores mutuados por Beta se deu de três formas.

A primeira consistiu no pagamento direto à Beta, com o produto da venda, recebido no exterior, de ativos adquiridos por Alfa no Brasil e pagos em moeda nacional. A segunda consistiu na celebração de instrumentos de dação de crédito em pagamento, através das quais Beta aceitou substituir créditos que detinha contra a empresa Alfa por outros créditos contra empresas residentes no País, originalmente devedoras de Alfa. Tal qual as operações de transferência de títulos, as dações em pagamento não cursaram no mercado de câmbio, pois não importaram efetiva remessa de recursos à Beta.

Por fim, a terceira forma de amortização dos valores mutuados consistiu na realização de dação em pagamento de créditos detidos por Alfa contra Beta decorrentes de empréstimos concedidos a esta última por Alfa, cujo respectivo desembolso de recursos se deu via Transferências Internacionais de Reais (TIRs) em favor de Beta.

1.5 Os recebimentos e pagamentos acima foram contabilizados em rubricas do Passivo – Exigível a Longo Prazo – Beta Ltd. ou do Ativo – Realizável a Longo Prazo – Beta Overseas Ltd.

1.6 Conforme intimação que nos foi presente, o Bacen entendeu que, à exceção das TIRs (que cursaram no mercado de câmbio), as demais operações seriam irregulares, já que os “recursos provenientes de empréstimo contraído no exterior foram convertidos em moeda nacional pelo ‘artifício’ da compra e venda de títulos internacionais e parcialmente liquidados por meio de dação (em pagamento) de créditos em pagamento, restando caracterizada operação ilegítima de câmbio capitulada no art. 2º do Decreto n. 23.258, de 19.10.1933”.

1.7 Em outras palavras, a acusação baseia-se no entendimento de que as operações de compra e venda a prazo de títulos e as dações de crédito em pagamento constituiriam “artifícios” para remeter recursos para e do Brasil sem cursá-los no mercado de câmbio.

A acusação entendeu ainda que Alfa teria agido por conta e ordem de Beta, pressuposto do art. 2º do Decreto n. 23.258/1933, capitulação legal indicada pelo Bacen, *in verbis*:

Art. 2º. São também consideradas operações de câmbio ilegítimas as realizadas em moeda brasileira por entidades domiciliadas no país, por conta e ordem de entidade brasileira ou estrangeiras domiciliadas ou residentes no exterior.

1.8 Nesse contexto, a Consulta tem por escopo indagar acerca da capitulação legal indicada pelo Bacen, bem como da necessidade de cursar no mercado de câmbio as operações questionadas pela autarquia (*i.e.*, transferência de títulos estrangeiros a residentes no país no âmbito de operações de compra e venda a prazo e operações de dação de crédito em pagamento celebradas com credora estrangeira).

1.9 Para a correta compreensão dos quesitos que seguem, cumpre tecer duas

breves considerações acerca do Decreto n. 23.258/1933, capitulação legal indicada pelo Bacen.

A primeira diz respeito aos limites da definição de “operação ilegítima de câmbio” introduzida pela referida norma.

1.10 O conceito de “operações ilegítimas”, para efeitos do art. 2º do Decreto n. 23.258/1933, está explicitamente delimitado no próprio preâmbulo do Decreto n. 23.258/1933, que assim estabelece:

Atendendo a que são consideradas operações legítimas as realizadas de acordo com as normas traçadas pela Lei n. 4.182, de 1920, Decreto n. 14.728, de 1921, e circulares da extinta Inspeção Geral dos Bancos, do Gabinete do Consultor da Fazenda e do Banco do Brasil (Secção de Fiscalização Bancária);

1.11 O Decreto n. 4.182/1920 estabelecia que o governo instituiria a fiscalização dos bancos, para o fim de prevenir e coibir o “jogo sobre o câmbio”, assegurando apenas as operações legítimas e o Decreto n. 14.728/1921, por sua vez, aprovava o regulamento para a fiscalização dos bancos e casas bancárias.

Por conseguinte, o conceito de “operações ilegítimas” introduzido pelo Decreto n. 23.258/1933 foi claramente delimitado, podendo-se afirmar que “operações ilegítimas” são aquelas que se afastam, a teor do preâmbulo do Decreto n. 23.258/1933, das normas dos (já revogados) Decretos ns. 4.182/1920 e 14.728/1921.¹

1. A respeito do Decreto n. 4.182/1920, cumpre notar que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) decidiu em diversos julgamentos que a infração “jogo sobre o câmbio” não está mais em vigor (Acórdão/CRSFN 4489/03, Acórdão/CRSFN 4606/03 e Acórdão/CRSFN 4723/04).

Da mesma forma, também se encontra revogado o Decreto n. 14.728/1921, tendo sido substituído por outras normas que regulamentam a fiscalização dos bancos e casas bancárias, culminando com a edição da Lei n. 4.595/1964, a qual atualmente regula o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional e confere ao Bacen competência para fiscalização das instituições financeiras e assemelhadas.

1.12 A segunda consideração a respeito da capitulação legal indicada pelo Bacen refere-se à sua revogação expressa, ocorrida em 1991, através do Decreto Presidencial s/n., de 25 de abril de 1991, *in verbis*:

Art. 4º. Declaram-se revogados os Decretos relacionados no Anexo.

Anexo

(...).

23.258, de 19 de outubro de 1933.

1.13 Em 14 de maio de 1998, sete anos após a revogação expressa, foi editado um novo Decreto s/n., que assim dispôs:

Art. 1º. Fica reconhecida a nulidade do art. 4º do Decreto de 25 de abril de 1991, na parte em que revogou o Decreto n. 23.258, de 19 de outubro de 1933 (grifou-se).

1.14 De acordo com a Exposição de Motivos – EM n. 278/MF, de 8.5.1998, o Decreto n. 23.258/1933 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei ordinária e, portanto, não poderia ser revogado por um decreto, razão pela qual era preciso reconhecer a nulidade do art. 4º do Decreto de 25 de abril de 1991, na parte em que revogou o Decreto n. 23.258/1933.

1.15 Feitas essas considerações, passa-se aos quesitos.

(a) *Sobre a revogação do Decreto n. 23.258/1933:*

1. Se um determinado ato é praticado quando a norma que o proibia (1ª norma) já se encontrava revogada por uma legislação posterior (2ª norma), é indiscutível que o administrado que o praticou não deve sofrer os efeitos punitivos da norma anterior que o proibia, justamente porque esta, à época, não produzia mais efeitos no ordenamento. Esta conclusão seria diferente caso, posteriormente, a 2ª norma viesse a ser declarada nula por uma 3ª norma? Isto é, é admissível que este administrado agindo em conformidade com o direito até então vigente possa sofrer os efeitos punitivos da 1ª norma só porque a 2ª norma que a

revogou fora mais a frente declarada nula? Por outras palavras: o direito brasileiro admite a repristinação de normas punitivas?

2. Se o erro de proibição, desde que justificável, isenta o agente de pena, não é razoável supor que o administrado que agiu em conformidade com a legislação à época vigente, posteriormente revogada, também deve, com mais razão, ficar isento de qualquer punibilidade?

(b) *Sobre o conceito das “operações ilegítimas” de que trata o Decreto n. 23.258/1933:*

1. O conceito de “operações ilegítimas”, para efeitos do art. 2º do Decreto n. 23.258/1933, pode ser ampliado pelos inspetores do Bacen para além das operações realizadas de acordo com as normas traçadas pelas leis que ensejaram a publicação do Decreto n. 23.258/1933 (*i.e.*, Decreto n. 4.182, de 1920, Decreto n. 14.728, de 1921, e circulares da extinta Inspeção Geral dos Bancos, do Gabinete do Consultor da Fazenda e do Banco do Brasil – Secção de Fiscalização Bancária)?

2. As operações questionadas no processo podem ser consideradas “operações ilegítimas” à luz do conceito estabelecido no art. 2º do Decreto n. 23.258/1933?

3. Pode o administrado ser punido pela prática da infração de operação ilegítima de câmbio, mesmo diante do fato de que a infração última a que as operações ilegítimas tentavam coibir – o jogo sobre o câmbio – não mais existe no sistema jurídico brasileiro?

(c) *Sobre as operações de compra e venda de títulos estrangeiros entre residente no Brasil e no exterior:*

1. A regulamentação nacional proíbe a aplicação em títulos estrangeiros por parte de residentes no País?

2. São proibidas as transferências de títulos entre estrangeiros e nacionais que

não envolvam movimentação financeira no momento inicial?

3. Transferências de títulos entre estrangeiros e nacionais que não envolvem movimentação financeira são consideradas operações de câmbio?

4. Existe, no ordenamento jurídico pátrio, obrigatoriedade de liquidação de operações de compra e venda de títulos por meio de remessa de recursos ao exterior?

(d) Sobre a venda de títulos estrangeiros por e para partes residentes no Brasil:

1. Há no ordenamento vigente, hoje e à época das operações questionadas (de abril de 1997 a dezembro de 1998) alguma regra que (1) proíba a detenção por residente no Brasil de títulos estrangeiros; (2) proíba a negociação particular desses títulos por partes igualmente residentes no Brasil, em moeda nacional?

2. Operações de compra e venda de títulos estrangeiros, no Brasil, entre partes nacionais, em moeda brasileira, podem configurar infração cambial?

3. Um residente no País que adquiriu títulos no exterior (e pagou-os com recursos obtidos em operação de crédito no exterior ou, então, adquiriu tais títulos a prazo sem que tenha realizado qualquer pagamento em um primeiro momento) e, em seguida, vendeu os títulos no Brasil a residente no Brasil e recebeu os recursos no País realizou operação de câmbio ou operação ilegítima de câmbio para os fins do Decreto n. 23.258/1933?

(e) Sobre as operações de dação em pagamento, realizadas para quitar parcialmente o financiamento obtido através da compra e venda a prazo dos títulos, conforme relatado no Processo Administrativo Bacen n. Pt. 050130152:

1. Há alguma implicação cambial em uma operação de dação em pagamento, na

qual o devedor nacional é substituído por devedores igualmente nacionais, mantendo-se como credora uma parte residente no exterior, sem modificação da relação contratual no que se refere à questão da moeda?

2. Há, com a operação acima, alguma implicação ou modificação das posições de divisas e disponibilidades na balança internacional?

3. Existe alguma vedação legal a que um residente no País pague uma dívida contraída com um credor domiciliado no exterior através da cessão de crédito que tem contra terceiro também residente no País? A operação poder ser caracterizada como operação ilegítima de câmbio prevista no art. 2º do Decreto n. 23.258/1933?

2. Sobre o conceito de "operações de câmbio ilegítimas"

2.1 Feita a Consulta, passemos às respostas. O Banco Central do Brasil abriu processo administrativo contra a sociedade brasileira Alfa, sob a alegação de realização, por parte desta, de *operações de câmbio ilegítimas*, na forma do art. 2º do Decreto n. 23.258, de 19 de outubro de 1933, irregularidade essa que teria como sanção a aplicação de multa pecuniária prevista no art. 6º do mesmo diploma legal, *in verbis*:

Art. 2º. São também consideradas operações de câmbio ilegítimas as realizadas em moeda brasileira por entidades domiciliadas ao país, por conta e ordem de entidades brasileiras ou estrangeiras domiciliadas ou residentes no exterior.

(...).

Art. 6º. As infrações dos arts. 1º, 2º e 3º serão punidas com multas correspondentes, no máximo, ao dobro do valor da operação, e no mínimo de cinco contos de reis, nos termos do art. 5º, § 1º, letra b, da Lei n. 4.182, citada.

Parágrafo único. Àqueles que se opuserem aos exames de que trata o art. 4º, serão aplicadas as penas estatuídas no art. 70, letra a, alínea 3ª, do Decreto n. 14.728, de 1921.

2.2 O conceito de *operação de câmbio legítima* (ou *ilegítima*), para efeito dos artigos do Decreto n. 23.258/1933, decorre, como vem expressamente consignado no preâmbulo do citado diploma, das normas estabelecidas pela Lei n. 4.182, de 13 de novembro de 1920, e pelo Decreto n. 14.728, de 16 de março de 1921, aliás, citadas nos dispositivos acima transcritos, *in verbis*:

(...) são consideradas *operações legítimas* as realizadas de acordo com as normas traçadas pela Lei n. 4.182, de 1920, Decreto n. 1.478, de 1931, e circulares da extinta Inspeção Geral dos Bancos, do Gabinete do Consultor da Fazenda e do Banco do Brasil (Secção de Fiscalização Bancária);

Logo, são consideradas *operações ilegítimas* as realizadas em desacordo com as normas estabelecidas nos diplomas citados.

2.3 A Lei n. 4.182, de 1920, estabelecia que o Governo instituiria a fiscalização dos bancos, para o fim de prevenir e coibir o “*jogo sobre o câmbio*”, assegurando apenas as operações legítimas (art. 5º), e o Decreto n. 14.728, de 1921, por sua vez, aprovava o regulamento para a fiscalização dos bancos e casas bancárias, inclusive em relação às operações cambiais que viessem a efetuar, considerando “proibidas as *liquidações por diferença* das operações sobre letras de câmbio e moeda metálica” (Capítulo V, art. 39). O conceito de “operações de câmbio ilegítimas”, introduzido pelo Decreto n. 23.258/1933, foi, portanto, baseado nas normas traçadas nos dois diplomas citados, cuja observância determinaria a legitimidade ou não das referidas operações, sendo vedadas aquelas que se liquidassem por diferença.

2.4 Combinando o art. 5º da Lei n. 4.182/1920 com os arts. 34 e 39 do Decreto n. 14.728/1921, podemos concluir, portanto, que seriam reputadas *operações de câmbio legítimas* aquelas que fossem realizadas por instituições financeiras que

(a) dispusessem de uma posição cambial junto às autoridades monetárias e (b) que obedecessem aos seguintes requisitos: (i) os contratos de câmbio identificassem os nomes das partes contratantes; (ii) as operações fossem reais e (iii) não estipulassem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação à época do vencimento. *A contrario sensu*, seriam consideradas *ilegítimas* as operações de câmbio que (a) não transitassem por entidade financeira autorizada, (b) não identificassem os nomes dos contraentes, (c) fossem irreais e (d) se liquidassem por diferença, configurando o *jogo sobre o câmbio* a que a legislação se refere.²

2.5 Impunham ainda os arts. 35 e 36 do Decreto n. 14.728/1921 que todas as operações cambiais realizadas pelas instituições habilitadas deveriam ser informadas às autoridades monetárias, sendo que estas, quando a conveniência pública o impusesse, *poderiam* sujeitar à *aprovação prévia* (i) todas as operações de compras de cambiais e (ii) todas as remessas por meio de saques, letras, cheques, telegramas, cartas de crédito, ou quaisquer outras formas, que se destinassem a exportar valores ou transferir fundos para o exterior.

2.6 Nesse sentido, o art. 1º do Decreto n. 23.258/1933 completaria, dizendo que, tendo o Governo “centralizado no Banco do Brasil tudo quanto se refere ao mercado cambial, conforme faz certo o Decreto n. 20.451, de 28 de setembro de 1931”:

Art. 1º. 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.

2. Cf. “Jogo sobre o câmbio”, estudo datado de 24.9.2001, publicado em nossos *Pareceres*, vol. II, São Paulo, Editora Singular, pp. 1261 ss.

2.7 Arrematando a questão, o mesmo Decreto n. 23.258/1933 ainda acrescentaria que:

Art. 2º. 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.

2.8 Como se observa, do exame dos dispositivos citados, o chamado “*jogo sobre o câmbio*”, entendido como a nota identificadora das operações de câmbio ilegítimas, seria uma *operação diferencial*, ou seja, uma operação cambial em que a liquidação se faria necessariamente por diferença, sem a entrega real dos valores negociados, à margem das instituições habilitadas e sem autorização das autoridades financeiras.

2.9 Ora, os chamados “*contratos diferenciais*”, mormente quando tivessem por objeto câmbio e moeda, sempre mereceram restrições por parte do ordenamento jurídico brasileiro, antes mesmo do Código Civil de 1916. Já dispunham o Decreto n. 1.359, de 20 de abril de 1893, que baixou o regulamento para o exercício das funções dos corretores de fundos públicos e operações de bolsa (art. 121), o Decreto n. 354, de 16 de dezembro de 1895, que reorganizou a corporação dos corretores de fundos públicos (art. 9º), e o Decreto n. 2.475, de 13 de março de 1897 (art. 94), que o regulamentou, que

as liquidações das operações da Bolsa poderão ser realizadas pela efetiva entrega dos títulos e pagamento dos preços, ou pela prestação da diferença entre a cotação da data do contrato e a da época da liquidação. São excetuadas desta disposição as operações sobre letras de câmbio e moedas metálicas que *somente* serão liquidáveis pela entrega efetiva dos títulos e espécies.

2.10 Esses dispositivos serviram de inspiração ao art. 1.479 do Código de 1916, que, na espécie, acompanhou a orientação adotada pelo Código Civil

alemão de 1900, o qual, no § 764, equiparando ao jogo o contrato diferencial (*Differenzgeschäft*) sobre mercadorias, títulos e valores, estende a este a disciplina do jogo e da aposta (*ist der Vertrag als Spiel anzusehen*), retirando-lhe a pretensão e a exigibilidade.³ Assimilando igualmente ao jogo, a lei civil brasileira definiu o contrato diferencial como aquele “em que se estipule a liquidação, *exclusivamente*, pela diferença entre o preço ajustado e a cotação”. Inexistindo, *ab origine*, a vontade efetiva de alienar ou adquirir efeitos, as operações em tela se reduziriam a meras apostas de valores, de onde a equiparação ao jogo.

2.11 Advirta-se que ao equiparar o contrato diferencial ao jogo, submetendo-o às disposições constantes dos arts. 1.477 e 1.478, a Lei Civil de 1916 não determinava propriamente a sua nulidade, mas lhe emprestava uma eficácia reduzida destituída de pretensão e de ação, como se fora uma obrigação natural. Foi a legislação especial relativa à fiscalização bancária, atrás citada, que tornaria as operações sobre câmbio, quando “liquidáveis por diferença”, não apenas destituídas de exigibilidade, mas literalmente “*proibidas*”, e, por consequência, nulas (Lei n. 4.182/1920, art. 5º, § 2º; Decreto n. 14.728/1921, art. 39).

2.12 Em suma, para fins da legislação fiscalizadora em apreço, para que uma operação de câmbio fosse considerada ilegítima, e, como tal, proibida, deveria conter os seguintes elementos informativos: (a) revestir caráter aleatório; (b) prever liquidação apenas e exclusivamente por diferença; e (c) promover uma troca de

3. “§ 764. (*Differenzgeschäft*) Wird ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, dass der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschieds gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muss.”

divisas fictícia. Dotadas desses elementos informativos, essa operação se equipararia aos jogos, por força dos dispositivos do Código Civil, consubstanciando operação diferencial (jogo sobre o câmbio), não apenas privada de pretensão e de ação, mas negócio ilícito, pois expressamente vedado por lei.

2.13 Por via de consequência, não seriam considerados propriamente diferenciais, para os fins dessa legislação fiscalizadora, os contratos de bolsa ou de câmbio em que as partes se posicionassem sob a perspectiva de uma álea normal, expondo-se a uma eventualidade recíproca de perdas ou de ganhos, e que, principalmente, pudessem ser liquidados, *alternativamente*, ou pela efetiva entrega dos bens negociados, ou pela prestação da diferença.

2.14 Cumpre observar que, no sistema alemão, uma relevante derrogação do § 764 foi logo estabelecida pelo § 58 da *Borsengesetz* de 27 de maio de 1908. Ao disciplinar as operações a termo, a lei alemã que regula as operações de bolsa expressamente as excluiu da possibilidade de se valer da exceção da *Differenzeinwand*, ou seja, da exceção do jogo (que o Código estende aos contratos diferenciais), para se subtrair da obrigação decorrente da operação.

2.15 O motivo para essa exclusão residiria no fato de que, nos verdadeiros contratos diferenciais, a liquidação *exclusivamente* por diferença seria ajustada pelas partes num mesmo e único contrato – prática raríssima nos recintos das bolsas. Nas operações de bolsa de ativos financeiros e de mercadorias, a liquidação por diferença ou se opera (i) através dos mecanismos de liquidação da instituição, mediante operações contrapostas e independentes, com distintos figurantes, ou (ii) é ajustada *alternativamente*, com a possibilidade da entrega do efeito mercantil. Nesses dois casos, não haveria falar em *contrato diferencial* propriamente dito, mas sim em *liquidação por diferença*. Em síntese, não seriam diferenciais, propriamente ditas, as operações

que previssem, alternativamente, a entrega efetiva de bens, ou que se liquidassem mediante a realização de negócios jurídicos contrapostos.

2.16 Daí porque a equiparação ao jogo dos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias e valores, constante do art. 1.479 do Código de 1916, sempre foi alvo de severas críticas na nossa doutrina, pois a sua aplicação era específica e reduzida. Vários foram os pronunciamentos que podemos trazer à colação, desde a ressalva feita por J. X. Carvalho de Mendonça, M. I. Carvalho de Mendonça e Rodolpho Araújo, de que os contratos a termo não configurariam ajustes caracterizados pelo risco total de um jogo, já que teriam por escopo exatamente minimizar os riscos do mercado (e, como tal, não consubstanciaríamos autênticos contratos diferenciais), até as ponderações mais recentes de Oscar Barreto Filho e Nelson Eizirik, ao examinarem as operações de *hedging*.⁴

2.17 Estes últimos consideraram inaplicável, se não mesmo derogado, o art. 1.479 em relação a essas operações, que prevêem a liquidação por diferença, sem serem contratos diferenciais em sentido próprio. E é com base também nessa distinção que as operações que têm por objeto os riscos de câmbio, como os contratos a futuro, *caps*, *floors*, *swaps* e *hedgings*, desfrutariam de incontestável validade jurídica e teriam livre trânsito no mercado.

2.18 Daí também o motivo pelo qual o novo Código Civil atento a essas confusões e a esses reclamos suprimiu, de vez, o princípio da equiparação ao jogo dos con-

4. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. IV, Liv. IV, Ed. Freitas Bastos, 1934; Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, t. II, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1955, pp. 803 ss.; Rodolpho Araújo, “Do contrato diferencial”, in *Revista Forense* 112/30, jul./1947; Oscar Barreto Filho, “As operações a termo sobre mercadorias (*hedging*)”, *Revista de Direito Mercantil* 19/28; Nelson Eizirik, “Negócio jurídico de *hedging*”, *Revista de Direito Mercantil* 90/14.

tratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, que constava do art. 1.479 do Código anterior. Nesse sentido, introduziu o art. 816, que dispõe exatamente o oposto, determinando que as disposições relativas às dívidas de jogo ou de aposta dos arts. 814 e 815

não se aplicam aos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipulem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste.

2.19 Em suma, a figura do “jogo sobre o câmbio”, criada como ilícito típico pelo Decreto n. 23.258, de 1933, à vista das normas traçadas pela Lei n. 4.182, de 1920, e pelo Decreto n. 14.728, de 1921, foi prevista porque os contratos sobre títulos, mercadorias e valores, em que se estipulasse a liquidação *exclusivamente* por diferença, tinham sido equiparados aos jogos e às apostas pelo art. 1.479 do Código Civil de 1916. Ficavam, porém, fora dessa equiparação os contratos em que se estipulasse, de maneira alternativa, a liquidação por diferença ou pela entrega efetiva do bem, ou estivessem vinculados a outros negócios autônomos, que permitiam a compensação referida. Eliminada, agora, a equiparação ao jogo dos negócios que se liquidam pela diferença, por força do art. 816 do novo Código Civil (que, no império do Código anterior, dava ensejo à referida confusão entre contratos diferenciais propriamente ditos e negócios diferenciais impróprios), cumpre concluir que foi definitivamente banida do nosso ordenamento jurídico a vetusta figura do “jogo sobre o câmbio”.

2.20 Na realidade, a figura do “jogo sobre câmbio” como *ilícito típico*, já era dada por extinta em nosso meio, por força da *revogação* da legislação cambial e bancária acima citadas, como veremos mais adiante. Por ora, faz-se necessário destacar com mais detalhe a questão da tipicidade, ou da legalidade estrita, que permeia toda legislação administrativa sancionatória, vis-

to que foram enquadradas pela intimação do Banco Central nos ilícitos típicos, previstos como operações de câmbio ilegítimas pelo Decreto n. 23.258/1933, determinadas operações realizadas pela sociedade brasileira Alfa, objeto da presente consulta.

3. O princípio da reserva legal e da tipicidade normativa

3.1 O poder da Administração seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de sanções para o caso de desobediência à ordem legal da autoridade competente. Essa atividade punitiva da Administração está, porém, subordinada ao princípio da *legalidade*, que fundamenta toda a sua atuação (CF, art. 37, *caput*), e, como tal, ao princípio da *tipicidade* (CF, art. 5º, XXXIX), segundo o qual não há crime sem que lei anterior o defina, nem pena, sem prévia cominação legal (consagrando o aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, de Farinácio, divulgado por Feuerbach).

3.2 A expressão tipicidade, hoje incorporada à doutrina e à lei, significou, no correr dos tempos, conceitos que gradualmente se transformaram. Inicialmente, expressava o entendimento que Ernst Beling conferia à palavra *Tatbestand* (hipótese de fato ou fato-tipo), contida no § 59 do Código Penal alemão, como sendo a figura material do fato, sob o aspecto puramente descritivo. As críticas a essa concepção foram aceitas por Beling, que, alguns anos mais tarde, reformulou a sua teoria, incluindo a consideração do *Leitbild* (modelo legal), ao lado *Tatbestand*. Logo, a expressão passou a assumir uma nova significação, aludindo à necessidade de ser levada em conta também no tipo a existência dos elementos normativos que indicariam a antijuridicidade do fato, introduzindo a idéia do *tipo do injusto*, ou do *injusto típico*.

3.3 Daí salientar Miguel Reale que, na esfera punitiva, quando se afirma que

não há crime sem tipicidade, o que, no fundo, se está a exigir é a rigorosa correspondência do comportamento examinado, tanto ao “tipo de conduta” como ao “tipo de crime” previstos no modelo legal: “A tipicidade fática é, sem dúvida, um dos elementos essenciais à estrutura do delito, mas não é pensável sem correlação com a antijuridicidade e a culpabilidade que integram o modelo normativo; a compreensão concreta da conduta delituosa resulta de sua subordinação à totalidade do modelo penal. Donde se conclui que, de conformidade com os valores a que servem, ora os modelos jurídicos são *modelos cerrados* ou categoremáticos, com preciso e inextensível repertório de significados, como são os do Direito Penal, ou os do Direito Processual no concernente, por exemplo, aos tipos de recurso; ora são *modelos abertos*, como os sincategoremáticos. É preciso notar, porém, que mesmo os modelos cerrados, se não podem sofrer acréscimo em seu repertório, nem por isso deixam de sofrer variações semânticas, através do projetar-se de sua estrutura no tempo, comportando, assim, um maior ou menor grau de elasticidade”.⁵

3.4 Assim, ao examinar o comportamento do administrado para apurar se cabe ou não repressão, cumpre à Administração verificar se o mesmo, quando concretamente realizado, se subsume – com rigorosa correspondência – ao tipo incriminado e penalmente sancionado, ainda que se admita uma certa elasticidade “semântica” nessa adequação. Pois de há muito foi afastada a tese daqueles que pretendem que a aplicação do comando constitucional da reserva legal se limita exclusivamente ao crime, considerado em sentido estrito – o que justificaria distinguir a tipicidade rígida do Direito Penal de uma taxatividade elástica, que imperaria no Direito Administrativo.

3.5 Nem é preciso, no particular, recorrer ao inciso XXXIX, do art. 5º, da CF, que consagra o princípio da reserva legal, para toda e qualquer atividade punitiva, bastando fazer menção ao inciso II do mesmo art. 5º da Lei Maior, que consagra o princípio da estrita legalidade, marco da atividade administrativa de qualquer natureza e segundo o qual não há espaço para qualquer hipótese integrativa que permita ampliar a extensão de seus dispositivos (CF, art. 37, *caput*).

3.6 Advirta-se que, em matéria punitiva, o princípio da legalidade não se baseia apenas no conceito de reserva de lei, mas de *reserva de lei qualificada*. Quer dizer, não se limita à exigência de uma lei formal anterior, como fundamento da sanção, mas requer que esse diploma estabeleça a “definição” dos atos vedados, como decorrência do princípio constitucional de segurança jurídica para tutela de direitos e liberdades, que a ação punitiva pode atingir. Por conseqüência, todo e qualquer esforço hermenêutico, no campo de uma norma sancionatória, só pode se desenvolver a partir de tipos delituosos enunciados pela lei, devendo a eles rigidamente se circunscrever.

3.7 É o que cumpre observar quando se examina o ilícito definido pela lei como “jogo sobre o câmbio”. A figura da infração penal-administrativa em referência contém em si, além do aspecto material, os elementos subjetivos e normativos do tipo. A conduta reprovável que a lei prevê e descreve como “operação cambial ilegítima” seria a operação de troca de divisas em que a liquidação se fizesse necessariamente por diferença, sem a entrega real dos valores negociados e à margem das instituições habilitadas. Essa conduta seria reprovável porque se revestiria de caráter puramente fictício, na medida em que os valores não seriam efetivamente cambiados, mas apenas utilizados como referência para fins de liquidação, o que os equipararia ao jogo e à aposta.

5. Miguel Reale, *O Direito como Experiência, Introdução à Epistemologia Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1968, pp. 185-186.

3.8 Não pode o intérprete ampliar, por analogia, o espectro das operações cambiais “ilegítimas”, estendendo-a a operações que não se enquadram rigidamente na hipótese-de-fato prevista na lei, nem revelam os elementos normativos que, aliados aos elementos subjetivos próprios, correspondem ao tipo legal. A aplicação do modelo sancionatório da legislação em tela pressupõe uma rigorosa correspondência do ocorrido com o tipo do ilícito definido como “jogo sobre câmbio”. Daí porque, quando o Decreto n. 23.258, de 1933, aumenta as hipóteses de operações de câmbio consideradas “ilegítimas”, o novo fato punível, contemplado no art. 2º do texto legal, deve reproduzir pontualmente os mesmos elementos normativos e subjetivos que integram o injusto típico previsto na legislação em pauta.

3.9 No caso, o dispositivo apenas acrescenta que seriam “também” operações de câmbio ilegítimas as realizadas em moeda brasileira por entidades domiciliadas no País, *por conta e ordem* de entidades brasileiras ou estrangeiras domiciliadas no exterior, encobrendo troca de divisas não cursada no mercado de câmbio. As entidades domiciliadas no País agiriam, no caso, *nomine suo*, mas realizando as operações no interesse de entidades brasileiras ou estrangeiras domiciliadas no exterior. Nada impede, aliás, que o façam. Passam, porém, a ser reputadas ilegítimas, se as operações em moeda nacional contêm as mesmas características básicas do ilícito tipificado como “jogo sobre o câmbio”.

3.10 Com efeito, segundo a legislação vigente, as pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no exterior, podem livremente manter depósitos em moeda corrente nacional em bancos do País e livremente utilizá-los, inclusive remetê-los para o exterior (Decretos n. 32.285/1953, 42.820/1953 e 55.762/1957). Acrescenta o art. 57 do último diploma citado – que aprovou o segundo e último regulamento das normas cambiais – que, quando os recursos em moeda nacional, depositados em

bancos locais, provierem exclusivamente de ordens em moeda estrangeira ou de venda de câmbio poderão, inclusive, “ser convertidos na divisa de origem e transferidos para o exterior, independentemente de qualquer autorização”. A Carta Circular n. 5, de 1969, do Banco Central estabelecia ainda a mecânica a ser observada pelo banco a respeito de contas de residente no exterior, mecânica essa que permanece reproduzida no Regulamento do Mercado de Comércio Internacional (RMCCI) aprovada pelo Banco Central.

3.11 Vejam o caso em exame. Alfa, domiciliada no País, realizou com Beta, sediada no exterior, uma operação de financiamento por meio do qual Beta abriu uma linha de crédito a prazo para Alfa, mediante a entrega de títulos estrangeiros para serem, por esta, vendidos no Brasil a investidores nacionais, recebendo à vista os recursos em moeda brasileira decorrentes dessa venda. Não houve celebração de contrato de câmbio nessa parte da operação, nem poderia haver, pois, como dito, Alfa adquiriu a prazo os títulos estrangeiros então detidos por Beta. Como se sabe, no nosso sistema valutário, conforme expressamente referido no art. 17 do Decreto n. 42.820, de 16 de dezembro de 1957, “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*”.

3.12 Por outro lado, a amortização dos valores mutuados, na forma acima descrita, pela Beta se daria de três formas distintas. Na primeira, Alfa efetuou o pagamento diretamente à Beta mediante o produto da venda, recebido no exterior, de ativos financeiros adquiridos por Alfa no Brasil e pagos e recebidos em moeda nacional. Na segunda, Beta recebeu, a título de dação em pagamento, créditos originalmente detidos por Alfa contra terceiros residentes no Brasil, em moeda nacional. Tal qual as operações de transferência de títulos, as cessões não cursaram, nem poderiam cursar, no mercado de câmbio, pois os créditos

transferidos eram em moeda nacional. Por fim, a terceira forma de amortização dos títulos mutuados consistiu no pagamento mediante a cessão de créditos detidos por Alfa contra Beta, decorrentes de empréstimos concedidos a esta última pela própria Alfa, mediante a transferência internacional de reais (CC5) em favor da Beta.

3.13 Em nenhuma dessas operações se poderá falar em operação cambial ilegítima, já que nenhuma delas importou em transferência de divisas. Com efeito, no financiamento a prazo, tal como acima descrito, as transferências dos títulos (*Argentine Global Bonds, T-Bills, México UMS 26s e Quotas do Fundo Guimel – Classe NI*), por parte de Beta, para serem vendidos por Alfa no mercado brasileiro, não importaram em operação de compra e venda de moeda estrangeira, nem sequer operação em moeda nacional entre as empresas. Por conseqüência, as transferências dos títulos não foram cursadas no mercado de câmbio, nem poderiam sê-lo, visto que não implicavam em transferência de moeda, nacional ou estrangeira, mas, sim, de ativos não-monetários. Em suma, não houve nem entrada, nem saída de moeda entre a entidade domiciliada no País e a entidade sediada no exterior, de sorte que não ocorreu nenhuma operação cambial ilegítima, pois nem sequer houve operação cambial. Do mesmo modo, a venda desses títulos no Brasil por Alfa, em moeda nacional, não importaram, em nenhum momento, em transferência – entrada ou saída – de divisas, que demandasse a realização de operação de câmbio, sujeita aos controles administrativos.

3.14 No que toca às formas de amortização dos valores mutuados por Beta à Alfa, via a entrega de títulos estrangeiros, conforme acima descritas, também cabe acentuar que igualmente não importaram em operação de câmbio, em nenhuma oportunidade. Na primeira hipótese, a Alfa efetuou pagamento diretamente à Beta com o produto da venda, recebida no exterior, de ativos adquiridos no Brasil e pagos em

moeda nacional. Na segunda, celebraram-se instrumentos de dação em pagamento de créditos que Alfa detinha contra empresas domiciliadas no País, que a Beta recebeu em substituição aos créditos que ela, Beta, tinha contra a Alfa. Na terceira hipótese, a amortização dos valores mutuados se operou através da dação *pro soluto* de créditos detidos pela Alfa contra Beta, decorrentes de empréstimos concedidos a esta última por Alfa, cujo respectivo desembolso se deu por via de transferências internacionais de reais (TIRs).

3.15 Em síntese, não há qualquer regra que proíba a entrada de títulos estrangeiros no Brasil, nem a negociação particular desses títulos por partes residentes no País. Ademais, nem o ingresso no Brasil desses títulos, nem a compra e venda dos mesmos em moeda nacional, no Brasil, importam em operação de câmbio. A tradição dos títulos não provocou translação de moeda, mas de ativo financeiro não-monetário, o que é diferente. E a venda desses títulos no mercado interno foi realizada exclusivamente em moeda nacional.

3.16 Por outro lado, para quitar o financiamento que lhe foi aberto por Beta, Alfa ou procedeu ao pagamento de forma normal, com recursos obtidos com a venda de ativos adquiridos no Brasil, exonerando-se do débito (CC, art. 304), ou o solveu mediante a dação em pagamento de créditos em moeda nacional, de que era titular contra terceiros residentes no País, ou contra a própria credora, a sociedade Beta, sediada no exterior. No caso de Beta, a Alfa era credora em decorrência de empréstimos que lhe concedera, mediante a transferência internacional de reais. A *datio in solutum* não é propriamente um modo de extinção das obrigações distinto do pagamento, configurando-se apenas como um meio supletivo de solução direta, com os mesmos legítimos efeitos (CC, art. 356).

3.17 Nem mesmo nas dações em pagamento cogitou-se de troca ou substituição de moedas, títulos ou valores de um país pelo de outro, que pudessem afetar as

posições de divisas e as disponibilidades na balança internacional. Em nenhuma dessas fases, ocorreu um encontro de dívidas recíprocas – mesmo no caso de dação em pagamento de crédito oriundo do empréstimo em moeda nacional transferida pelo mecanismo do CC5 – em que se pudesse vislumbrar uma compensação privada de divisas, capitulada e punida expressamente pela legislação como “jogo sobre o câmbio” – ilícito que, aliás, já se encontra definitivamente revogado em nosso Direito, como se verá.

4. Sobre a revogação do Decreto n. 23.258/1933

4.1 Com efeito, a Lei n. 4.182, de 13 de novembro de 1920, instituiu no País a fiscalização dos bancos e casas bancárias “para o fim de prevenir e coibir o jogo sobre o câmbio, assegurando somente as operações legítimas” (art. 5º, *caput*), tendo o Decreto n. 14.728, de 16 de março de 1921, aprovado o regulamento para o serviço de fiscalização dessas operações cambiais e bancárias instituído pela lei. Com base nos diplomas citados, em 19 de outubro de 1933, foi baixado o Decreto n. 23.258, que veio oferecer uma definição legal às “operações de câmbio ilegítimas”, criando o ilícito-tipo do “jogo sobre o câmbio”.

4.2 Ora, com o advento da Lei n. 1.807, de 7 de janeiro de 1953, regulamentada pelo Decreto n. 32.285, de 19 de fevereiro de 1953, que realizou a primeira consolidação das regras relativas a câmbio em nosso País, e com a edição da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que instituiu o Sistema Financeiro Nacional e conferiu ao Banco Central, por ela criado, competência para a fiscalização das instituições financeiras e assemelhadas, toda essa legislação relativa a câmbio e à fiscalização bancária foi tacitamente revogada – ou seja, *ab-rogada* – por esses diplomas posteriores, que passaram a regular inteiramente a matéria nela tratada, de forma

absolutamente incompatível com a legislação pretérita (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º, *in fine*).

4.3 Pois a lei derroga-se ou ab-rogase, como dizia o *Digesto* (Livro L, tít. XVI, de *Verborum significatione*, frag. 102). Revogação é gênero, de que são espécies a ab-rogação e a derrogação. Derroga-se a lei quando se suprime parte dela; ab-rogase, quando se a suprime totalmente. O dispositivo da Lei de Introdução, acima citado, dispõe que “a lei posterior revoga a anterior (...) quando regule inteiramente a matéria de que trata a lei anterior”, partindo do princípio de que, no decurso do tempo, por contrariedade de preceitos, as leis posteriores valem mais do que as anteriores: *Posterior leges plus valent quam quae ante eas fuerunt* (*Digesto*, Livro I, tít. IV, de *Constitutionibus principum*, frag. 4).

4.4 De qualquer forma, ab-rogado ou não, por força dessas disciplinas globais sobre idêntica matéria, em 25 de abril de 1991, o Presidente da República, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição de 1988, expressamente *revogou*, entre outros vários decretos do Executivo, o Decreto n. 23.258, de 19 de outubro de 1933, que havia definido e punido as “operações de câmbio ilegítimas” (arts. 1º e 6º), com base nas “normas traçadas pela Lei n. 4.182, de 1920, e pelo Decreto n. 14.728, de 1931”.

4.5 Posteriormente, esse Decreto Presidencial s/n., de 1991, seria declarado *nulo*, “na parte em que revogou o Decreto n. 23.258, de 19 de outubro de 1933”, pelo Decreto Presidencial, também s/n., de 14 de maio de 1998. De acordo com a Exposição de Motivos – EM n. 278/MF, de 8.5.1998, que o acompanhava, o Decreto n. 23.258/1933 teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei ordinária e, portanto, não poderia ter sido revogado por um mero decreto, de nível hierarquicamente inferior. Nesse sentido, o Decreto Presidencial de 1998, teria vindo simplesmente *reconhecer* a nulidade do art. 4º do Decreto de 25 de abril de

1991, na parte em que revogou o Decreto n. 23.258/1933. Segundo essa Exposição de Motivos, o Decreto n. 23.258/1933 revestiria, na verdade, “força de lei”, pois teria sido editado pelo Chefe do Governo Provisório da República, usando das funções legislativas que o Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, expressamente lhe atribuíra (art. 1^o).

4.6 A matéria, no entanto, é controversa. A nosso ver, há argumento sólido para se sustentar que o Decreto Presidencial de 1991 poderia revogar – como entendemos que revogou – o Decreto n. 23.258/1933. Este último diploma fora expedido de maneira discricionária pelo Chefe do Governo Provisório, no exercício de funções legislativas sem fundar-se nos pressupostos taxativos e restritos que a Constituição de 1988 (que pretensamente o recepcionaria) estabeleceu a fim de imprimir validade aos atos administrativos “com força de lei”. Atos desse naipe, na Constituição em vigor, estarão sempre sujeitos ao crivo do Congresso e do Judiciário, podendo ambos impugná-los por inobservância dos pressupostos constitucionais de urgência ou de interesse público relevante (art. 62).

4.7 Daí porque, caso esse diploma ainda tivesse sobrevida (o que negamos, pelas razões acima apontadas), não poderia ter sido recepcionado pela Carta de 1988, por inconciliável com o novo regime constitucional. No máximo, ele se revestiria da natureza de um simples decreto – e de decreto de execução – destinado simplesmente a aclarar os mandamentos dos diplomas a que expressamente se reporta, ou seja, da Lei n. 4.182/1920 e do Decreto n. 14.728/1931, como de fato se depreende de sua simples leitura. Revestindo, assim, a mesma autoridade hierárquica – a de decreto – o ato presidencial teria legitimidade para revogar a norma anterior.

4.8 De qualquer forma, ainda que o Decreto Presidencial de 1991 não pudesse ter revogado o Decreto n. 23.258/1933, a sua nulidade – ou melhor, a sua invalidade – declarada pelo Decreto Presidencial

de 1998 não fulminaria os *efeitos* que porventura tivessem produzido antes de ser impugnado pela Administração. De fato, ao particular, não se impõe a obrigação de fiscalizar a conduta do Poder Público, havendo sempre motivos legítimos do administrado para acreditar na validade do ato emanado da Administração. Essa confiança decorre da chamada *presunção de legitimidade* que abona todos os atos administrativos, em virtude do princípio da *segurança jurídica*, entendido como princípio de proteção da boa-fé dos administrados, que encontra supedâneo nos próprios princípios constitucionais de legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade que informam a atividade administrativa (CF, art. 37, *caput*).

4.9 Cumpre advertir que a distinção entre atos nulos e anuláveis, consagrada no campo do direito privado, não se adapta bem ao sistema das invalidades dos atos administrativos. À míngua de uma sistematização legal a respeito, existem três diferentes posições na doutrina brasileira em relação à invalidade dos atos administrativos.

4.10 Para alguns, o sistema dicotômico vigente no direito comum deveria ser aplicado no direito administrativo, posto que a distinção entre atos nulos e anuláveis não envolve apenas matéria jurídica de direito privado, mas da teoria geral de direito, perfeitamente conciliável com o direito público. Mas admitem que, mesmo assim, requer adaptações (Tito Prates da Fonseca e Osvaldo Aranha Bandeira de Mello). Diverge dessa opinião Seabra Fagundes, para quem a teoria dualista das nulidades vigente na legislação civil não corresponde às invalidades perceptíveis nos atos administrativos, nem quanto aos tipos de vício, nem quanto aos efeitos deles, não só porque os atos administrativos são abonados pela *presunção de legalidade*, como não haveria lugar no campo administrativo para os atos anuláveis, que se assentariam na ocorrência do interesse privado na manutenção do ato irregular. Por fim, outros entendem que

o vício acarreta sempre a nulidade do ato administrativo em desconformidade com a norma, só se podendo falar em ato válido ou inválido, nunca em anulabilidade do ato administrativo (Hely Lopes Meirelles).⁶

4.11 Ora, os atos administrativos considerados inválidos (nulos) são aqueles que, em princípio, não poderiam gerar os efeitos jurídicos a que estavam preordenados, mas que, praticados pela Administração, podem produzir *efeitos*, ou seja, realizar modificações na ordem jurídica. “Podem produzi-los, como acentua Celso Antônio, até mesmo, *per omnia secula*, se o vício não for descoberto ou se ninguém os impugnar”: “É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. Aliás ninguém cogitaria da anulação deles ou de declará-los nulos se não fora para fulminar os efeitos que já produziram ou que podem ainda vir a produzir. De resto, mesmo depois de invalidados produzem uma série de efeitos”.⁷

4.12 Praticado em desacordo com a ordem jurídica, o ato administrativo padece, desde logo, de invalidade, a qual, uma vez reconhecida pela própria Administração, ou pelo Judiciário, opera *ex tunc*, desfazendo todos os vínculos que se constituíram sob o pálio do decreto anterior, conduzindo à reposição das coisas ao *status quo ante*. Essa regra, porém, é de ser atenuada e excepcionada com relação aos administrados alcançados pelos efeitos incidentes do ato anulado ou invalidado. De há muito o princípio da legalidade da Administração tem sido contrastado com o princípio da boa-fé ou da confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Esta-

do, quanto à sua correção e conformidade com as leis, tendo Almiro do Couto e Silva observado, com muita pertinência, em artigo notável, que, “no Direito Público, não constitui uma excrescência ou uma aberração admitir-se a sanatória ou o convalidamento do nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o *status quo*. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois sub-princípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material”.⁸

4.13 Assim, se o Decreto Presidencial de 1991, que revogou o Decreto n. 23.258/1933, estava tisonado pelo vício de ilegitimidade – o que, aliás, contestamos – à Administração caberia reconhecê-lo e decretá-lo, já que os atos administrativos são referendados pela presunção de legalidade. Se só o fez anos depois, em 1998, através de novo Decreto Presidencial, cabe ao Poder Público respeitar os efeitos porventura produzidos por atos dos administrados praticados em boa-fé nesse interregno.

4.14 Em outras palavras, se ainda se pudesse sustentar que a legislação relativa ao jogo sobre o câmbio, regulamentada pelo Decreto n. 23.258/1933, fora revogada de maneira ilegítima pelo ato presidencial, os atos dos administrados praticados entre 1991 e 1998 em conformidade com o direito em que, de boa-fé, acreditavam estar vigente, não poderão ser capitulados de ilícitos, conforme a legislação indevidamente

6. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, pp. 578 ss.; Tito Prates da Fonseca, *Revista Direito* 13/45-69; Seabra Fagundes, “Revogação e anulamento do ato administrativo”, *Revista de Direito Administrativo* 2/482; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 189.

7. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, Ed. RT, 1987, p. 96.

8. Almiro do Couto e Silva, “Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo”, in *Revista de Direito Público* 84/46 ss., out.-dez./1987.

revogada. Ou dizendo a mesma coisa de outra maneira, as operações de câmbio que, à vista do Decreto n. 23.258/1933, seriam reputadas jogos, colheriam seus jurídicos efeitos, se realizados enquanto a Administração não reconheceu e declarou o suposto vício do Decreto Presidencial de 1991.

4.15 Essa conclusão ainda mais se impõe quando se atenta para o fato de que o Decreto n. 23.258/1933 reveste-se de caráter punitivo, e o ordenamento jurídico brasileiro repudia não só a repristinação de norma punitiva (Lei de Introdução, art. 2º, § 3º), como consagra o princípio da reserva legal, que impede que a lei nova mais grave (*gravior*) seja aplicada ao fato acontecido durante a vigência da lei mais branda (*lex mitior*): *poenalibus causas benignius interpretandum est* (Código Penal, art. 2º, parágrafo único). É claro que, se o Decreto Presidencial de 1991, que revogou o diploma punitivo de 1933, foi devidamente anulado pelo Decreto Presidencial de 1998 por ilegitimidade comprovada, não se poderia, a rigor, falar em repristinação.

4.16 Nessa circunstância, o decreto revogado de 1933 não teria sido propriamente ressuscitado pelo decreto anulatório, reassumindo sua integral vigência, já que esta, em verdade, nunca a teria perdido, dada a suposta nulidade do diploma revogador de 1991. Mas os efeitos produzidos nesse período, que se incorporaram ao patrimônio dos administrados de boa-fé, estes, de toda a forma, e inegavelmente, deverão ser respeitados, isentando os seus autores da punibilidade prevista na lei primitivamente revogada.

5. Conclusão

5.1 Nessas condições, considerando respondidos os quesitos que nos foram formulados na Consulta transcrita na seção preambular, podemos concluir, dizendo que, segundo o melhor Direito, se encontra definitivamente revogado o Decreto

n. 23.258/1933, sendo ainda certo que as operações de que tratam o diploma em tela não têm qualquer relação com as operações objeto da Intimação DECIC/GTR-JA-2006/57, no Processo Administrativo n. Pt. 0501301527 do Banco Central do Brasil contra a empresa Alfa. As transferências de títulos entre estrangeiros e nacionais, de que tratam os autos não são e nem poderiam ser cursadas via estabelecimento bancário. Não há qualquer regra que proíba a detenção por residente no Brasil de títulos estrangeiros, nem que vede a negociação particular desses títulos por partes igualmente residentes no País.

5.2 As operações de compra e venda dos títulos no Brasil, por isso que realizadas em moeda nacional, não podem configurar infração cambial. Nem são ilegítimas as dações em pagamento para solver parte do financiamento a prazo obtido com os títulos. As obrigações pactuadas nos respectivos instrumentos de dação foram celebradas em moeda nacional, não implicando, em nenhum momento, troca ou substituição de moedas, não afetando as posições de divisas e as disponibilidades na balança internacional.

5.3 Acresce dizer que a empresa Alfa não agiu “por ordem e conta” de qualquer pessoa (embora nada a impedisse de fazê-lo), atuando, tanto na compra e venda dos títulos, quanto nas dações *pro soluto* celebrados com empresa Beta, em seu próprio nome e com seus próprios recursos. Nem mesmo quando procedeu à venda à vista dos títulos em território brasileiro, para levantar os recursos previstos no “financiamento” ajustado, pois a fez *nomine suo* e por sua conta e risco. Nem sequer nas dações em pagamento, para a amortização do financiamento, operou por conta e ordem de terceiros. De qualquer forma, não há, em nenhum dos atos analisados, desconformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal, seja em relação ao resultado daquele, seja em razão da técnica de sua realização, que permita falar, na espécie,

em simulação absoluta, ou dissimulação ou simulação relativa, que inquinaria de defeituosos os atos descritos, capitulando-os no ilícito do "jogo sobre câmbio".

5.4 Em suma, por todas as razões expostas, somos do parecer de que a Au-

toridade administrativa, a que está afeto o processo em causa, deve acolher a defesa apresentada pela empresa Alfa, pelos justos motivos que a informam, e promover o arquivamento do feito.

Sub censura, é a nossa opinião.

* * *

... em simulação absoluta, ou dissimulação ou simulação relativa, que inquinaria de defeituosos os atos descritos, capitulando-os no ilícito do "jogo sobre câmbio".

5.4 Em suma, por todas as razões expostas, somos do parecer de que a Au-

toridade administrativa, a que está afeto o processo em causa, deve acolher a defesa apresentada pela empresa Alfa, pelos justos motivos que a informam, e promover o arquivamento do feito.

Sub censura, é a nossa opinião.

* * *

... em simulação absoluta, ou dissimulação ou simulação relativa, que inquinaria de defeituosos os atos descritos, capitulando-os no ilícito do "jogo sobre câmbio".

5.4 Em suma, por todas as razões expostas, somos do parecer de que a Au-

toridade administrativa, a que está afeto o processo em causa, deve acolher a defesa apresentada pela empresa Alfa, pelos justos motivos que a informam, e promover o arquivamento do feito.

Sub censura, é a nossa opinião.

* * *

... em simulação absoluta, ou dissimulação ou simulação relativa, que inquinaria de defeituosos os atos descritos, capitulando-os no ilícito do "jogo sobre câmbio".

5.4 Em suma, por todas as razões expostas, somos do parecer de que a Au-

toridade administrativa, a que está afeto o processo em causa, deve acolher a defesa apresentada pela empresa Alfa, pelos justos motivos que a informam, e promover o arquivamento do feito.

Sub censura, é a nossa opinião.

* * *

... em simulação absoluta, ou dissimulação ou simulação relativa, que inquinaria de defeituosos os atos descritos, capitulando-os no ilícito do "jogo sobre câmbio".

5.4 Em suma, por todas as razões expostas, somos do parecer de que a Au-

toridade administrativa, a que está afeto o processo em causa, deve acolher a defesa apresentada pela empresa Alfa, pelos justos motivos que a informam, e promover o arquivamento do feito.

Sub censura, é a nossa opinião.

* * *