ALGUNS ASPECTOS DO CONTROLE DE CÂMBIO*

JAYME BASTIAN PINTO**

1. Delimitação da matéria. 2. A entrega de divisas ao sistema de controle. 3. A compensação privada de câmbio. 4. Garantias internacionais. 5. A sharing clause.

1. *Delimitação da matéria*

1.1 Inicialmente tentarei delimitar a matéria sobre a qual me abalanço a fazer esta exposição, e deixar claro quais os temas que nela irei abordar; tentarei ainda mostrar o método que segui ao elaborar esta exposição, e que pretendo adotar ao apresentá-la.

1.2 O temário das reuniões refere dois assuntos, de cuja apresentação tive a honra de ser incumbido. O primeiro diz respeito a moeda e câmbio, e o segundo a remessas para o exterior.

1.3 Em um exame *à vol d'oiseau* dos variados, dispersos e desconexos elementos que integram esse campo, pareceu-me desde logo necessário analisar separadamente os dois primeiros elementos referidos no temário, e redefinir o segundo deles — remessas para o exterior. Estas integram uma categoria genérica — o controle de câmbio —, a qual obviamente tem vários e estreitos pontos de contato com o tema câmbio; mas os dois constituem matérias diferenciadas a muitos títulos, inclusive na finalidade da sua regulamentação, na sua técnica etc. O estudo conjunto dos dois temas criaria sérias dificuldades, sobretudo metodológicas, porquanto seria necessário assinalar, com grande freqüência, as diferenciações entre ambos, sob pena de adotarem-se em um deles preceitos que só se aplicam ao outro.

* Exposição feita em seminário da Associação Brasileira de Direito Financeiro em outubro de 1982.

** Advogado no estado do Rio de Janeiro.

O grande Nussbaum, considerado o criador do direito da moeda, dá um título duplo à sua obra capital: *Money in the law — national and international*; divisão semelhante faz F. A. Mann em *The legal aspect of money*, obra fundamental no estudo dessa matéria. Na verdade os problemas *internos* do direito da moeda são assaz diversos dos problemas internacionais. Diz Mann: "O autor tem a convicção de que separar as obrigações em moeda nacional das obrigações em moeda estrangeira é absolutamente essencial para uma clara exposição da matéria... Em cada um desses campos há não só uma diferenciação de problemas, como também muitas diferenças em como abordar (*approach*) os problemas, o que torna impossível aplicar a um caso raciocínios que têm aplicação no outro, ou decisões relativas ao outro."[1]

Seguindo a orientação daquelas altas autoridades, a presente exposição versará exclusivamente sobre problemas relacionados com a moeda estrangeira.

1.4 Antes de mais nada, cumpre ressaltar que a legislação sobre moeda estrangeira é extremamente abundante, com a característica de que é *flutuante* o número das suas normas. Quase sempre, os seus preceitos são criados ao surgirem ou se agravarem dificuldades nos pagamentos internacionais, especialmente ao engajar-se o país em guerra. A um primeiro grupo de preceitos adicionam-se outros, ou para tornar o controle mais rigoroso — evitando fraudes ou evasões que se tenham verificado — ou para ampliar o campo de incidência do controle. Por motivos como esse, as regras de controle inflam, avolumam-se, complicam-se, transformam-se em um emaranhado de preceitos.

Finda a guerra, ou vencidas as dificuldades que ocasionaram a implantação do controle, em geral são ab-rogadas as suas normas, ou a maior parte delas. A um movimento de expansão ou dilatação, segue-se outro de contração ou de eliminação de controles. É o que se observou em quase todos os países, no início e ao findarem as duas Guerras Mundiais, e quando da recessão de 1929 e anos subseqüentes. O mesmo fluxo e refluxo, o mesmo inflar e desinflar-se, ocorreu no Brasil, no começo dos anos 20 e dos anos 30, e em outras fases.

Essa instabilidade legislativa e jurisprudencial — pois a observação atenta revela que o maior ou menor rigorismo das decisões acompanha a expansão e a contração dos regulamentos — dificultam sobremodo o estudo dessa matéria, tornando extremamente fluidas várias das figuras, diluindo os seus contornos e as suas características. Acresce ponderar que a maior parte das suas regras promanam da administração, e foi redigida por pessoas experientes em matéria cambial, mas de escassa formação jurídica.

1.5 Por outro lado, esse conglomerado de preceitos, embora tenha uma certa unidade teleológica, não constitui um *ramo do direito*, nem mesmo um *direito especial*; este, segundo o exímio Ferrara, é "um corpo autônomo de

[1] Mann, F. A. Prefácio. *The legal aspect of money*. 2. ed. p. 7.

princípios, *mas com espírito e diretivas próprias*",[2] que as regras do controle cambial não têm.[3]

O mais que dele pode-se dizer é que constitui um *agrupamento de normas,* com uma certa unidade teleológica, e que são examinadas em conjunto, por ser esse o melhor método didático. É, aliás, o que ocorreu, por exemplo, com o direito bancário, que no início era mero conglomerado de regras de vária procedência — especialmente do direito comercial, civil, administrativo e penal — mas que recentemente já desenvolveu um certo número de regras gerais próprias.

1.6 Assim sendo, não foi possível adotar, quer no estudo dessas normas, quer nesta exposição, o método histórico e lógico da *genealogia de conceitos,* a *Begriffs Jurisprudenz,* empregada com tanto êxito pelos juristas alemães do século passado, nem os métodos analítico e expositivo, aplicados à matéria objeto deste trabalho. Ainda aqui valho-me do ensinamento de Mann, o qual afirma desassombradamente, ao iniciar o estudo do controle de câmbio e da moeda estrangeira:

"As páginas que se seguem não podem ter o propósito de almejar qualquer coisa que se assemelhe a um comentário da regulamentação cambial inglesa, ou uma descrição do funcionamento do controle de câmbio inglês. Uma tentativa dessa natureza... chocar-se-ia com quase insuperáveis dificuldades práticas. Deve ser suficiente chamar a atenção para as mais importantes características jurídicas do sistema inglês de controle de câmbio."[4]

O que foi dito por Mann aplica-se inteiramente à situação no nosso país. Por essa razão, determinante e imperativa, a minha exposição será unicamente o Exame de alguns Aspectos do Controle Cambial. Assim deveria denominar-se, registrando-se que tais aspectos são desconexos, por vezes sem vinculação lógica ou jurídica entre si. Esses temas foram escolhidos à base da sua atualidade e do seu interesse prático, e são os seguintes:

a) a obrigatoriedade de entrega de moeda estrangeira, face ao controle cambial brasileiro;

b) a validade de fianças internacionais face ao controle de câmbio;

c) a compensação privada de câmbio, e *back-to-back loans;*

d) a *sharing clause.*

[2] *Diritto civile italiano.* p. 83.
[3] No mesmo sentido Ennecerus-Niperdey, 1, § 44.2.
[4] Op. cit. p. 341.

2. *A entrega de divisas ao sistema de controle, face ao controle cambial brasileiro*

2.1 Receita de exportação

2.1.1 Dentre as normas de controle cambial, uma das mais relevantes, do ponto de vista prático e teórico, é a obrigação de entrega da *receita de exportação* — o *surrender of export proceeds,* na terminologia do Fundo Monetário Internacional.

A medida tem fundamento lógico e econômico.

Em primeiro lugar, a receita de exportações é, quase sem exceção, a maior fonte de divisas para qualquer país; em relação a ela, as demais fontes são em regra secundárias.

Em segundo lugar as mercadorias, antes de exportadas, integram-se no patrimônio do país, fazem parte do "Fundo de Divisas da Economia Nacional", como qualifica J. L. Corrêa, em uma obra meritória,[5] publicada pelo Conselho de Investigações Científicas de Roma. Exportada essa mercadoria, é apropriado que o seu preço a substitua, no ativo cambial do país.

2.1.2 Freqüentemente são abertas exceções a essa regra.

Permite-se, por exemplo, que os exportadores de certos produtos retenham, no todo ou em parte, a receita cambial que produzem, às vezes para o fim específico de cobrir o custo de importações necessárias às exportações, outras vezes para estimular exportações, especialmente as exportações ditas não tradicionais, ou por outros motivos.

2.1.3 A forma primária de executar e controlar a entrega da receita de exportação consiste em instituir o *monopólio,* para o agente do controle, da compra de cambiais de exportação. Esse sistema foi abandonado, no Brasil e em quase todos os países, e substituído por outro, em que todos os *bancos autorizados a operar em câmbio* podem adquirir as letras de exportação, e outras receitas cambiais, mas só podem vender a moeda estrangeira assim adquirida para determinados fins, estabelecidos na regulamentação, de modo genérico, ou autorizados especificamente pelo órgão controlador. No Brasil, por exemplo, como todos sabem, os bancos só podem vender câmbio para pagamento de importações licenciadas, e para outras transferências objeto de registro no Banco Central, ou de autorização específica deste. Assegura-se, assim, o agente do controle, que toda a receita destina-se a determinados fins.

Demais, os bancos autorizados só podem manter posições compradas ou vendidas por prazos muito breves e dentro de limites muito estreitos; o excedente tem de ser repassado ao Banco Central, que assim assegura-se ainda mais da aplicação, dentro dos seus critérios, de todas as disponibilidades cambiais.

[5] *El control de cambios y las obligaciones monetarias.* p. 10.

Em virtude da adoção quase universal desse mecanismo, o Fundo Monetário Internacional passou a usar, em vez da expressão *surrender of export proceeds,* a expressão *surrender or surveillance of export proceeds.*

2.2 Outras receitas

2.2.1 Referi-me, até agora, às disponibilidades cambiais, provenientes da *exportação,* e sua absorção pelo controle de câmbio. É de notar-se, entretanto, que em grande parte dos países onde existe o controle, o mesmo se aplica a *receitas em moeda estrangeira, que provenham de quaisquer origens.* Em muitos países onde há controle cambial, as regras sobre a entrega do câmbio ao controle são genéricas, aplicando-se a todos os *exchange proceeds* e não somente aos *export proceeds*: é o *surrender of foreign currency* ou *Devisienablieferungspflicht.*

No Brasil, como em muitos outros países, não vigora esse princípios. Não conheço regra alguma, no emaranhado da legislação cambial brasileira, que disponha nesse sentido, e que, por exemplo, obrigue os residentes a entregarem ao controle de câmbio receitas ou disponibilidades em valuta, ou que condicione o seu uso à autorização do controle.

É de notar-se que, em relação às receitas que não correspondem a importações, não existe a razão lógica e econômica, a que me referi no início deste capítulo, e que justifica a regra pertinente à receita de exportação: a mercadoria exportada, que integrava o patrimônio nacional, ao ser enviada para o exterior, deve ser *substituída* pelo seu preço. Mas tal não ocorre quando o residente no país recebe, no exterior, rendimentos do trabalho ou de investimentos, ou uma herança, ou um prêmio etc. Esses recebimentos — ao inverso do que ocorre na exportação, sem a entrega do valor da mercadoria exportada — não empobrecem o país: muito ao contrário, pelo simples fato de pertencerem a um residente, aumentam o Fundo de Divisas da Economia Nacional, de que fala o citado Corrêa; a nação pode deles valer-se, caso promulgue as normas adequadas. É sabido que a Inglaterra atendeu a grande parte das suas necessidades cambiais, no começo da II Guerra, com os haveres no exterior das pessoas físicas e jurídicas residentes naquele país. Se a Inglaterra não tivesse permitido a formação dessa reserva, pertencente aos residentes no seu território, dela não poderia ter-se valido, naquele momento de graves dificuldades.

2.3 Um projeto sobre depósitos no exterior

2.3.1 Como já disse, não conheço, na legislação brasileira, regra alguma que obrigue os nacionais e residentes a trazerem para o Brasil as suas dispo-

nibilidades em moeda estrangeira. Mas a Câmara dos Deputados aprovou um projeto, que está em trâmites no Senado, dispondo sobre essa matéria, e que me sinto obrigado a analisar com alguma demora.

O art. 1º desse projeto define como "crime contra a segurança nacional a manutenção, por brasileiros domiciliados no Brasil, de *depósito em moeda estrangeira no exterior,* fora dos casos previstos em lei".

Uma vez que não existem "casos previstos em lei", autorizando "depósitos em moeda estrangeira no exterior", todos eles configurariam o crime que o projeto quer instituir. O autor do projeto evidentemente ignora que não são permitidos depósitos em moeda estrangeira *no Brasil.*

Os infratores, pessoas físicas ou diretores de pessoas jurídicas, estão sujeitos a pena de reclusão, de dois a 12 anos.

Vê-se dos demais dispositivos e da justificação do projeto, que o mesmo quis alcançar "ganhos obtidos por *meios desonestos*", como consta expressamente do § 3º da justificação, e que sejam "carreados para o exterior", como está dito no seu § 5º.

Ocorre, entretanto, que o projeto, tal como está redigido, alcança muito além do seu desiderato, e, ao invés de penalizar somente as contas de origem condenável — "obtidas por meios desonestos" e "carreadas para o exterior" — alcança igualmente contas perfeitamente regulares, cuja existência é de assinalada vantagem para o país e indispensável ao comércio exterior e às operações financeiras internacionais; o projeto dá exatamente o mesmo tratamento às contas mais condenáveis e às contas mais meritórias.

2.3.2 As *operações de comércio internacional,* as exportações, os pagamentos e os recebimentos de fretes, passagens marítimas e aéreas, o abastecimento no exterior de navios e aeronaves brasileiros e no Brasil de aeronaves e navios estrangeiros, os pagamentos de seguro sobre essas operações, e inúmeras outras, de natureza semelhante, são de todo infactíveis sem que brasileiros ou pessoas jurídicas domiciliados no Brasil tenham *contas em moeda estrangeira no exterior,* nas quais fatalmente ocorrerão *depósitos.* Esses depósitos — fruto de operações as mais legítimas e as mais necessárias — sem dúvida caracterizarão o crime de que trata o art. 1º do projeto.

Inúmeras empresas brasileiras operam com êxito, no exterior, propagando a nossa capacidade industrial e técnica, especialmente no campo das grandes obras públicas; atividades desse gênero serão de todo impossíveis, se o projeto for aprovado, por ser inviável executá-las sem a existência de depósitos no exterior, em nome de pessoas jurídicas brasileiras.

2.3.3 Os empréstimos externos, já na casa dos 80 bilhões de dólares, teriam todos sido obtidos com a prática de crime pelos diretores das empresas que os contraíram, uma vez que a regra geral é ser o valor desses empréstimos creditado ao mutuário brasileiro, em conta por ele mantida em banco no exterior: ou seja, teria havido, tipicamente, ocorrência do crime previsto no art. 1º do projeto.

2.3.4 Existem inúmeras pessoas, naturais e jurídicas, domiciliadas no Brasil, que auferem rendimentos no exterior, cuja forma normal de pagamento é o crédito do seu valor em conta mantida pelo prestador do serviço. O creditado obviamente deve incluir esse crédito nas suas declarações de renda e de bens, ou na sua contabilidade, pagando o imposto devido. Quer essas contas, quer os seus titulares, estão, presumivelmente, em situação perfeitamente regular. Mas o projeto a define como criminosa, confundindo os proventos lícita e laboriosamente auferidos no exterior com "ganhos obtidos por meios desonestos", e considerando o seu valor — que constitui indubitavelmente uma *receita* cambial para o país — como tendo sido "*carreado* para o exterior".

Outro equívoco, inspirador do projeto, é o de que seja contrário ao interesse nacional que esses depósitos sejam mantidos no exterior, e de que é vantajosa para a economia nacional a sua transferência para o Brasil.

A realidade é exatamente o oposto. Como já salientei, os haveres de um país, em valuta, não se compõem somente dos recursos pertencentes ao seu governo; o ativo em divisas de uma nação não é só aquele que pertence ao erário público; ao contrário, nele computam-se igualmente os valores em moeda estrangeira e os investimentos e bens existentes no exterior, *pertencentes a todos os seus súditos e aos residentes no seu território.* Pensar o oposto seria um erro tão grave quanto supor que a riqueza nacional é integrada unicamente pelo que pertence ao governo, não se incluindo nela os bens dos particulares.

Conseqüentemente, *é nocivo ao interesse nacional* forçar a transferência para o Brasil de recursos legitimamente auferidos por brasileiros no exterior, e que lá se encontram, depositados ou investidos.

2.3.5 Registre-se, ainda, que a definição de crime contida no art. 1º do projeto é de todo inútil; o ilícito penal ali referido já constitui crime, com sanção apropriada, nos termos da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, pela qual é crime omitir nas declarações de renda e de bens os haveres e rendimentos existentes ou auferidos no exterior.

Estando declarados, esses haveres ficam automaticamente à disposição do país, que poderá usá-los, requisitá-los, adquiri-los e fazer deles o uso que o interesse nacional determinar. É proveitoso, portanto, que eles sejam volumosos, que cresçam permanentemente; é desvantajoso, ao contrário, determinar o seu repatriamento, fazendo-os desaparecer.

3. *A compensação privada de câmbio*

3.1 Uma das disposições mais freqüentes na regulamentação cambial consiste na proibição de operações que não sejam efetuadas por intermédio de bancos autorizados a operar em câmbio. Estes não só conhecem, em suas minúcias, a regulamentação cambial, como evitam infringi-la e estão sujeitos a

estrita vigilância, por vezes diária, dos órgãos incumbidos do controle. As operações não efetuadas por intermédio de bancos autorizados são, em princípio, consideradas ilegais e sujeitas a penalidades de vária natureza.

3.2 Caem sob essas sanções, automaticamente, as chamadas "compensações privadas", as quais, por definição, são operações não efetuadas por intermédio de bancos. A despeito disso, *a maioria das legislações vedam especificamente as compensações privadas,* provavelmente mais com o intuito de elucidar as partes, muitas das quais desconhecem inteiramente os conceitos e os problemas técnicos relacionados com as operações de câmbio.

Na *Inglaterra,* os *compensation deals* são ou eram expressamente proibidos, pelo Exchange Control Act, Part II, Section 7.[6]

Na *Alemanha* também eram vedados os *Gegenseitigkeits und Kompensation Geschäfte,* sem autorização do Bundeswirtschaftsminister.[7]

Na *França* "les operations de transferts *par compensation privée...* sont formellement proibées, à mois de faire l'objet d'une dérrogation particulière de l'Office des Changes".[8]

Na *Itália* também são proibidas as "operazioni in compensazione privata", exceto casos especiais.[9]

Na *Espanha* a prática dessas operações sem autorização prévia constitui "delito monetário".[10]

3.3 Pode-se dizer, de maneira geral, que em todos os países onde existe ou existia o controle cambial, a compensação é ou era especificamente vedada, salvo autorização geral ou tópica, pelos agentes do controle. Pode-se dizer, ainda, que a prática da compensação é (ou era) punida com sanções especialmente graves.

Le controle des changes, obra dirigida pelos insignes Hamel e Roblot, publica a resposta a um extenso questionário dirigido a juristas de 22 países, sobre a legislação neles vigente. Um dos quesitos indagava sobre se as "compensações privadas clandestinas" (isto é, não autorizadas) constituíam infrações sujeitas a repressão penal. Quase todas as respostas foram afirmativas neste ponto.

Como se verá, também pela nossa legislação as sanções pela prática daqueles atos são graves, embora não chegando aos extremos da sanção penal.

3.4 No *Brasil,* a legislação de controle cambial, instituída desde que fomos alcançados pelos efeitos da crise de 1929, sempre conteve regras vedando e punindo a compensação privada.

[6] Analisados por Mann. op. cit. p. 399 e segs. e por: Howard, F. C. *Exchange and barrowing control.* p. 30.
[7] Langen, Eugen. *Kommentar Zum Divisiengesetz.* p. 55; Corrêa, J. B. op. cit. p. 19.
[8] Charuel, Jean & Michard-Pelissier, Jean. *Reglementation des changes en France.* p. 51.
[9] DM 25.10 — 1957, art. 4º.
[10] Real Decreto nº 2.402, de 1980, art. 3º, I, 9.

3.4.1 O Decreto nº 23.258, de 1933, assim estipulava, no seu art. 1º:

"Art. 1º São consideradas operações de câmbio *ilegítimas... quando tais operações não transitem pelos bancos habilitados a operar em câmbio,* mediante prévia autorização da fiscalização bancária a cargo do Banco do Brasil."

O art. 2º desse decreto já cogita de um dos aspectos característicos da compensação privada, embora não lhe dê esse nome:

"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."

O art. 6º do mesmo decreto estipula que as infrações aos arts. 1º e 2º serão punidas com *multas de até o dobro do valor da operação.* Como se vê, trata-se de uma *multa* enorme, a qual, ao que parece, ainda pode ser aplicada.

Esse decreto, como muitos outros expedidos pelo Governo Provisório instaurado após a Revolução de 1930, tem a natureza de lei.

3.4.2 Em 1946 foi baixado o Decreto-lei nº 9.025, cujo art. 10 assim dispõe:

"É vedada a realização de *compensação privada* de créditos ou valores de qualquer natureza, sujeitos os responsáveis às *penalidades previstas no Decreto nº 23.258,* de 10 de janeiro de 1933" (que é a referida multa do *dobro do valor da operação*).

O *Diário Oficial* de 11 de março de 1946 publicou a *regulamentação* do Decreto-lei nº 9.025, supra referido, que subordinava a movimentação das contas de residentes no exterior à aprovação da fiscalização bancária (que era, de fato, a fiscalização cambial), *a fim de evitar as operações de compensação privada,* nos termos do art. 10 (anteriormente citado).

3.4.3 Em 1953 a Lei nº 1.807 restabeleceu o mercado de taxa livre; o Decreto nº 32.285, de 19 de fevereiro, em grande parte redigido por mim, aprovou a regulamentação daquela lei. O seu art. 8º estipula que "as operações no mercado de taxa livre só poderão ser efetuadas através de estabelecimentos autorizados a operar em câmbio..."

Sobre as contas em cruzeiros de residentes no exterior, do Regulamento consta a seguinte regra:

"Art. 17. É assegurado o livre uso de fundos, títulos ou valores em moeda nacional, pertencentes a residentes no estrangeiro, *vedada, porém, a compensação privada de créditos ou valores de qualquer natureza sem a competente operação cambial.*"

O art. 14 dessa Lei nº 1.807 derrogou especificamente alguns artigos do Decreto-lei nº 9.025, supracitado, mas não os arts. 10 e 13, que vedam a compensação privada. Infere-se disso que continuam em vigor as sanções de que trata o Decreto nº 23.258, de 1933, anteriormente referido, e que punem a compensação privada com multa de até o dobro do valor da operação.

3.4.4 A legislação acima resumida não foi substancialmente modificada pelas leis posteriores. O Decreto nº 42.820, de 16 de dezembro de 1957, de cuja redação também participei, juntamente com o atual ministro da Fazenda, é de natureza regulamentar, e repetiu nos arts. 12, 21 e 22, as regras dos arts. 8º, 16 e 17 do Regulamento baixado com o Decreto nº 32.285, de 1953.

É de notar-se que o art. 22 do Decreto nº 42.820 não contém a oração final do art. 17 do Decreto nº 23.258, a qual diz que fica "vedada, porém, a compensação privada de créditos ou valores de qualquer natureza sem a competente operação cambial". Isso não pode, entretanto, significar que as compensações privadas passaram a ser lícitas. Um decreto executivo não poderia derrogar o Decreto-lei nº 9.025, que tem caráter de lei; e a proibição da compensação privada está ínsita na regra de que só são válidas as operações feitas por intermédio de bancos autorizados, a qual subsiste no Decreto nº 42.820.

3.5 Já se viu que a *nossa legislação e regulamentação cambial não define* o que seja a compensação privada. O mesmo ocorre, em geral, na legislação dos outros países, e até mesmo nos livros em que a matéria é estudada.

Essencialmente a compensação consiste em operações (pagamentos, créditos e débitos) feitos entre residentes e não residentes, os quais representam transferências, sem a interferência de banco autorizado a operar em câmbio.

Os exemplos mais freqüentemente citados são os seguintes:

3.5.1 A e B, residentes no Brasil, são, respectivamente, credor e devedor de C e de D, residentes no exterior.

Em face da regulamentação, o normal seria que C pagasse a A, através de transferência bancária, com o que estaria cumprindo uma das regras básicas do controle, a da entrega das divisas (*surrender of exchange proceeds, Devisienablieferungspflicht*) e gerando divisas que só poderiam ser utilizadas de acordo com as regras do controle. Por sua vez B só poderia pagar a C através de banco autorizado, e se as regras do controle o permitissem.

A compensação consiste em que C, residente no exterior e devedor a A, pague, não a A, mas a D, também residente no exterior e credor de B. Este, por sua vez, paga, no país, a A. Extinguem-se, assim, as dívidas de C para com A, e de B para com D, sem que o controle cambial tome conhecimento dessas operações.

3.5.2 Outra figura comum é triangular, não formando um quadrilátero, como a anterior: A, residente no Brasil, é credor e devedor de B e C, ambos residentes no exterior. O pagamento direto de B a C extingue o débito e o crédito, sem a interferência de bancos, e sem observância da regulamentação cambial.

3.5.3 O triângulo inverso também é freqüente; A e B, residentes no país, são, respectivamente, credor e devedor de C, residente no exterior. O paga-

mento de B a A, com a atuorização de C, extingue o crédito e o débito, à revelia das autoridades monetárias do país.

. . . . . .

3.6.1 Ocorrerá compensação, na primeira das hipóteses figuradas (a do quadrilátero), *se ocorrerem dois mútuos,* e não dois *pagamentos*? Isto é, haverá compensação privada se A faz, no Brasil, um empréstimo a B, sendo essa operação vinculada a um empréstimo que C faz a D no exterior?

A meu ver, não. A compensação, penso eu, só ocorre em havendo transferência, pois só nessa realmente exige-se a interveniência de banco autorizado, e só elas estão sujeitas ao controle cambial.

A mesma idéia parece vigorar em outros países.

Na Inglaterra, Howard caracteriza explicitamente a compensação como ocorrendo em dois casos: o de "*transfer* to any person"; e o de "creation... of a right... to receive a *payment,* or to *acquire property*... outside the territories".[11] *The territories* são as áreas sujeitas às leis de controle inglesas.

Na França, Charuel et Pelissier dizem que "ce reglement (por compensação) n'est qu'une forme de *transfert* entre la France et l'étranger".[12]

No caso de empréstimos não ocorre nem pagamento, nem transferência, mas outra figura jurídica, assaz diversa daquelas. Por isso entendo que, em boa técnica jurídica, e de acordo com os princípios aplicáveis de direito, as duas situações não devem ser confundidas.

3.6.2 Entretanto, é indispensável atentar para certas circunstâncias peculiares à matéria em estudo, e que devem recomendar conduta especialmente cautelosa.

Em problemas relativos ao controle cambial, geralmente preponderam as opiniões externadas pelos quadros incumbidos da sua fiscalização. As outras autoridades, administrativas e judiciárias, que decidem esses problemas em grau de recurso, são, em regra, inteiramente jejunos em matéria cambial, e freqüentemente têm sobre ela opiniões as mais errôneas que se possa imaginar. E como a outra parte não pode invocar, para contestá-las ou elucidá-las, os ensinamentos da jurisprudência ou da doutrina — que são escassíssimos — o pronunciamento dos escalões administrativos inferiores tende a prevalecer.

4. *Garantias internacionais*

4.1 Operações habituais, cujos efeitos podem ser invalidados pelas regras de controle de câmbio, são as *garantias internacionais*; a respeito da sua vali-

[11] Op. cit.
[12] Op. loc. cit.

dade pronunciaram-se com freqüência os tribunais e a doutrina de vários países europeus. Esses efeitos podem manifestar-se de duas maneiras diversas, as quais são bem ilustrativas de por que Nussbaum dividiu o estudo da matéria em Exchange Control from *Within* e Exchange Control from *Without,* ou seja, em controles *internos* e controles *externos.*

Creio que esses problemas são os que apresentam maior interesse prático para o Brasil, especialmente caso a situação cambial se agrave, e nos aproximemos de uma suspensão de pagamentos, uma vez que, excluídos os débitos do próprio governo federal, é de supor-se que a maior parte do restante da nossa dívida externa está garantida por fiança, quer de entidades estatais, quer das matrizes dos financiados.

4.2 San Tiago Dantas, jurista de luminosa inteligência, observou, com acuidade, a propósito da responsabilidade civil, que nessa matéria, como em várias outras, a jurisprudência exerce, na criação e na interpretação das regras de direito, função assaz mais relevante do que a doutrina. O mesmo ocorre, genericamente, em relação aos efeitos do controle de câmbio sobre a validade de atos de direito privado, e, mais especialmente, em relação à validade da fiança. Por isso basearei a minha exposição, sempre que possível, nas decisões dos tribunais, de preferência à lição dos autores; e, por motivos óbvios, procurarei ilustrá-la com os arestos de países que mais influenciam a nossa formação jurídica, e que são países europeus.

4.3 Seguindo a divisão adotada por Nussbaum, tratarei primeiro dos efeitos dos controles *externos,* e, subseqüentemente, dos efeitos dos controles *internos.*

4.3.1 Os casos de *controle externo* são bem menos freqüentes, no tráfego jurídico e financeiro, do que os casos de controle *interno.* Nussbaum traz várias ilustrações daquela hipótese, ou seja, de casos em que: 1) a garantia foi dada por residentes em país outro que não o da residência do devedor; 2) a legislação do país deste — do devedor — veda transferências para o país do credor; 3) o fiador alega que está sob o amparo dos preceitos vedativos do país do devedor.

Em um desses casos,[13] o Tribunal Federal Suíço decidiu sobre a hipótese em que um banco daquele país tinha afiançado, a um credor também suíço, a dívida de uma companhia alemã, a qual não podia efetuar transferências para a Suíça em virtude de proibição do controle cambial alemão. O banco suíço alegava que essa proibição também o exonerava da obrigação de pagar a dívida afiançada. O Tribunal Federal Suíço não entendeu dessa forma, registrando, muito apropriadamente, que o credor provavelmente exigiu a fiança suíça para prevenir-se exatamente contra essa possibilidade, entre outras; e

[13] Relatados por Nussbaum à p. 480.

que, conseqüentemente, subsistia a responsabilidade do fiador suíço. Nussbaum comenta que "o argumento é convincente e aplicável à grande maioria dos casos de fiança"; mas têm havido na Europa decisões contra e a favor dessa tese. É um ponto controvertido, no qual não há nem jurisprudência nem doutrina assentadas.

4.3.2 Na Suíça, cuja legislação é a melhor que conheço, o Código das Obrigações foi modificado, após a decisão referida, para solver a controvérsia. Acrescentou-se ao art. 501 o § 4º, pelo qual "se o devedor é domiciliado no estrangeiro, e encontra-se na impossibilidade de solver a sua dívida ou só pode pagá-la parcialmente, em virtude de prescrições da lei estrangeira, ... relativa à interdição de transferência de divisas, o fiador domiciliado na Suíça pode igualmente invocar essa proibição, *a menos que a ela tenha renunciado*".

4.3.4 Note-se, a propósito desse caso, terem muitas decisões, em vários países da Europa (Alemanha, Suíça, França, Áustria), recusado a aplicação às leis de controle de outros países, por infringirem o que nós chamaríamos de "ordem pública interna". Assim decidiu a Cour de Paris, afirmando que as leis de controle cambial de um país não têm efeitos em outros países, porque "constituem textos de alcance político, ... e têm o objetivo único de proteger a moeda nacional". Mann arrola várias decisões dessa natureza, pró e contra aquela tese, e conclui:

"Na verdade, a *public policy theory*... surgiu para evitar a aplicação dos efeitos de controle cambial que *surja durante a vida de um contrato.* Mas não pode ter aplicação quando a relação jurídica *já nasce sob determinadas regras* de controle cambial."[14]

Mann chama a atenção para um aspecto que me parece ocorrer com assinalada freqüência em matéria cambial, e ao qual também se refere o autorizado especialista Martin Domke: os conceitos ou os princípios, criados pela doutrina (como o da "ordem pública"), não são propriamente *adotados ou aceitos, mas são utilizados* pelos tribunais e pela administração como argumentos para *fundamentar* uma decisão num ou noutro sentido.

Isso mostra como estamos longe, na matéria que nos ocupa, de uma dogmática, ou mesmo de uma sistemática, que possa ser utilizada convenientemente.

4.3.5 Note-se que a adoção da tese de que os controles cambiais no país do devedor exoneram o fiador sediado em outro país pode depreciar os débitos afiançados em geral, inclusive os nossos, dificultando a sua captação e elevando o seu custo.

4.4.1 Nos casos de *controle interno* — Control from *Within* — é que exsurgem os problemas mais graves para a validade da fiança, e, portanto, para o crédito internacional.

[14] Op. cit. p. 356 e segs.

Tomarei como fulcro desse exame a jurisprudência francesa, entre outros motivos porque o acórdão central desse tema foi proferido em ação na qual era autor um banco brasileiro.

4.4.2 Prevalecia na França, ao tempo dessa decisão, a regra de que era indispensável obter a autorização das autoridades incumbidas do controle cambial, antes de assumir-se qualquer obrigação de transferência para o exterior. Não havia, entretanto, nem lei expressa, nem opinião assentada — quer na doutrina, quer na jurisprudência — no sentido de serem *nulos* os atos praticados sem o cumprimento daquela formalidade.

Em 1972 a Câmara Comercial da Cour de Cassation decidiu pela primeira vez nesse sentido, em acórdão que foi severamente criticado por Jean Pierre Eck, por Malaurie[15] e por Bismuth.[16]

Semanas mais tarde a mesma Câmara, em processo de interesse de um credor japonês, reverteu em sua decisão, mantendo a responsabilidade da empresa local, que não havia obtido autorização prévia, e nem se havia empenhado suficientemente para obtê-la; a Cour não declarou a nulidade do contrato, pela falta daquela formalidade.

4.4.3 Nesse ambiente de incerteza, foi julgado, primeiramente pela Cour d'Appel de Paris, e a seguir pela citada Câmara Comercial da Cour de Cassation, uma demanda proposta por um banco brasileiro contra uma empresa sediada na França.

O banco havia concedido, no Brasil, um crédito em cruzeiros, à subsidiária brasileira da Ré. Aquela caiu em mora; e a fiadora, após haver pago duas das prestações afiançadas, recusou-se a saldar as demais, alegando exatamente a falta de autorização prévia, que ela fiadora deveria ter obtido, ou seja, pleiteou um benefício decorrente da sua própria torpeza.

A Cour de Cassation acolheu essa alegação, julgando que a fiança "era nula, por contrária à ordem pública".

O citado Jean-Pierre Eck, em acre comentário,[17] registrou que essa jurisprudência favorecia os desígnios de devedores pouco escrupulosos, e permitia aos fiadores renegar a sua palavra.

4.4.4 É de notar-se que houve subseqüentemente, ou seja, nos últimos anos, na França, na Itália (este ano) e em outros países da Europa, várias decisões pela *nulidade* de operações não plenamente autorizadas pelos agentes do controle; ao que tudo indica, essa jurisprudência está se firmando.

4.5 Dela colhemos uma primeira lição: os banqueiros e executivos brasileiros, que em geral tanto confiam na fiança dos banqueiros e dos controla-

[15] Em notas publicadas na *Revue Critique de Droit International Privé*, 1975.
[16] Em nota publicada na *Revue des Sociétés, 1975.*
[17] *Revue Critique*, 1977.

dores estrangeiros dos seus clientes, ponham as barbas de molho, e façam examinar com a maior atenção os aspectos jurídicos relacionados com as garantias fidejussórias que lhes forem dadas em outro país.

5. *A* sharing clause

5.1 Um tema que muito se aproxima da fiança em seus efeitos práticos, embora dela se diferencie juridicamente, e que constitui o problema de maior atualidade em matéria de pagamentos internacionais, é o da chamada *sharing clause* ou *sharing of payments clause,* e que poderíamos cognominar, em português, de "cláusula de rateio de pagamentos".

5.2 Quando um empréstimo internacional é concedido por vários bancos, pode ocorrer que algum ou alguns deles recebam os pagamentos devidos, e outros não os recebam. Essa diferenciação pode resultar de causas políticas ou de causas comerciais; a primeira hipótese se dá, por exemplo, quando o devedor paga a bancos de certos países, mas nega-se a pagar a bancos de outros países; a segunda hipótese — mora por motivos comerciais — ocorre, *verbis gratia,* quando o devedor não paga, mas um ou mais bancos credores têm saldos pertencentes ao devedor, e compensam os créditos e os débitos.

Desde alguns decênios, em empréstimos internacionais, concedidos por vários bancos, e que não eram muito freqüentes, receavam os menores deles, convidados a participar em sindicatos, que se produzisse o último dos casos citados, isto é, que, se o devedor não efetuasse os pagamentos devidos, os bancos maiores, tendo depósitos dos devedores, salvassem os seus créditos através de compensação, deixando os menores em situação precária. E por isso, em vários casos, os bancos menores só aceitavam tomar parte em sindicatos se, na constituição destes, houvesse uma cláusula estipulando o rateio entre todos os seus membros de todos os pagamentos recebidos ou compensados.

Assim nasceu, ainda balbuciante, a *sharing clause,* a princípio rudimentar, figurando usualmente, até a metade dos anos 70, como uma oração, inserida na cláusula *miscellaneous,* sem especificar o mecanismo do seu funcionamento; não era uma cláusula *standard*; só era encontrada em alguns poucos contratos de empréstimos internacionais.

É curioso observar-se que ocorreu, com a aparição dessa cláusula, a transmigração, para o mundo das finanças, da velha regra do direito marítimo, originária da Ilha de Rodes, que nos veio pelo direito romano, e pela qual pesa sobre toda a carga o prejuízo sofrido pela parte dela alijada para aliviar o navio, e que assim deixa de ser suportado somente pelo proprietário da carga arremessada ao mar. Coisa semelhante objetiva-se com a "cláusula de rateio": nesta equalizam-se os prejuízos do crédito, como na *lege Rhodia* equalizam-se os prejuízos decorrentes da "fortuna do mar".

5.3 O evento que deu relevância à *sharing clause* foi a *crise iraniana,* a primeira, após a recessão dos anos 30, a representar uma suspensão geral de pagamentos.

A grande maioria dos empréstimos concedidos ao Irã tinham como agente ou um banco iraniano de desenvolvimento, ou um determinado banco norte-americano. A *sharing clause* adotada por este último obrigava-o ao rateio das importâncias que *recebesse* dos devedores iranianos, mas não referia o rateio dos *depósitos* destes naquele estabelecimento. Comentando esses eventos, diz a *International Financial Law Review*[18] que a redação daquela cláusula pelos advogados do banco norte-americano suscitou a admiração de muitos outros profissionais. Por essa circunstância, de fato não ocorreu o rateio das dívidas não pagas pelo Irã; a cláusula na prática não funcionou. Desde então os advogados dos bancos internacionais estão profundamente empenhados na redação de novas *sharing clauses,* e em rever a redação das cláusulas anteriormente adotadas. Como geralmente acontece no direito anglo-americano, caíram desde logo no mais agudo casuísmo, prevendo, caso por caso, diversificadas situações específicas, criando até mesmo um vocabulário especial, relacionado com as conseqüências daquela cláusula em caso de não pagamento, e na qual figuram expressões como *black hole, deep black hole, creeping set-off, dogs and cats.*

5.4 O problema agravou-se na chamada *crise argentina,* no início da qual a Banca de La Nacion informou aos bancos seus credores, estabelecidos em Londres, inclusive os de outras nacionalidades, que não efetuaria qualquer pagamento naquela cidade, pedindo aos bancos não ingleses, lá estabelecidos, que indicassem uma conta fora da Inglaterra, à qual a Argentina pudesse enviar as importâncias devidas; entrementes foi aberta em Nova Iorque uma *escrow account,* na qual seriam creditadas as importâncias devidas a bancos ingleses. Em resumo, exceto esses últimos, todos os demais bancos foram pagos; quando o "agente" do empréstimo era um banco inglês, a Argentina pagava, não a este, mas diretamente aos bancos de outros países, componentes do sindicato. Como é natural, imediatamente os bancos ingleses pediram aos demais bancos sindicalizados a aplicação da *sharing clause.* Alguns dos componentes dos sindicatos cumpriram prontamente o nela disposto; alguns protelaram a resposta, mas acabaram cumprindo; outros usaram argumentos jurídicos para recusar-se a repassar os pagamentos recebidos da Argentina; assim, os bancos franceses, os quais alegaram *força maior* para não cumprir o acordado: segundo essa tese, a cláusula não teria aplicação entre os bancos quando o devedor está solvente (como era o caso da Argentina, tanto que pagava os bancos não ingleses, e depositava em *escrow* a parte devida aos bancos ingleses), mas, a despeito de estar solvente, não paga por motivos de ordem pública, no caso o

[18] *International Financial Law Review,* jun. do corrente ano.

estado virtual de guerra entre os dois países. Como se vê, é mais um caso de controle cambial *from without,* a que se refere o grande Nussbaum.

O exame pelos bancos ingleses da coarctada dos bancos franceses foi especialmente dificultada pela circunstância de que o direito anglo-americano, como bem sabem os meus colegas, desconhece o instituto da *força maior.* Existe naqueles sistemas a *Doctrine of Frustration,* a qual só surgiu em decisões inglesas na segunda metade do século passado. Nela há pouco de doutrina e muito de casuísmo, e não se encontra na *Frustration* qualquer vinculação ao instituto romanístico, embora a aplicação de ambas, em muitos casos, produza resultados semelhantes. Cheshire e Fifoot, no ótimo *Law of contract,* dedicam mais de 20 páginas à *Doctrine of Frustration,* sem jamais referir a força maior, a qual como ficou dito, era o argumento básico ou único dos bancos franceses para se recusarem a aplicar a *sharing clause.* O Corpus Juris Secundum informa que, no direito norte-americano, a *Doctrine of Frustration* é de introdução recente, e que os juristas estão em desacordo sobre se o não cumprimento de um contrato justifica-se pela superveniência de um *Act of God,* não previsto no próprio contrato, e que é a figura mais típica da *Frustration.*[19]

É bem de ver-se o quão difíceis devem ter sido os entendimentos sobre esse assunto entre os advogados dos bancos ingleses e dos bancos franceses.

5.5 Uma vez que, segundo os jornais, a Argentina retomou os seus pagamentos à Inglaterra, os problemas relacionados com a *sharing clause,* e suscitados pela Guerra das Malvinas, devem estar resolvidos. Mas é de prever-se que, se e quando um ou mais dos grandes devedores suspenderem o pagamento de suas dívidas internacionais, cujos contratos contenham aquela cláusula, especialmente na insuficiente redação anterior à crise argentina — esses problemas rolarão das imensidades, sob o ribombar dos trovões. É de prever-se que outras teses jurídicas surgirão, especialmente as engendradas *ad hoc* pelos advogados dos devedores; entre elas ocorre-me, desde logo, uma tese, suscitada quando da crise iraniana, e não resolvida até agora, sobre se a cláusula de rateio é de aplicar-se à compensação de débitos não pagos com depósitos em jurisdição e/ou moedas diversas das especificadas no contrato de empréstimo. Outra tese, que é de presumir-se venha a ser suscitada, é a de que a cláusula não terá aplicação se todos os integrantes do sindicato não a cumprirem; bastaria que um deles se recusasse a ratear, para privá-la de efeitos; essa tese, se adotada, poderia ter efeitos inesperados, considerando-se que os sindicatos, em regra, incluem bancos com as mais diversas características e sediados nos mais diversos países.

5.6 Venha empregando *compensar* como tradução de *set-off,* não só porque é o sentido que se encontra nos dicionários, como porque é adotado pelo

[19] Cheshire & Fifoot. *Law of contract.* v. 17-A. p. 614.

grande comparativista René David.[20] Entretanto, sinto-me no dever intelectual de ressalvar uma dúvida, que a esse respeito me ocorreu.

O *Diário Oficial* de 17 de março deste ano publicou parecer de um dos procuradores da Fazenda, o qual foi aprovado pelo procurador-geral e pelo ministro, e constitui um dos poucos atos administrativos genéricos, referente ao controle de câmbio, publicado nos últimos tempos. Não posso analisar intrinsecamente o parecer, porque ele refere-se especificamente a uma determinada cláusula, intitulada de *set-off*, cujos termos dele não constam. Mas há nesse parecer uma referência a um aspecto extremamente atual do assunto de que venho tratando, e que julgo merecer alguns comentários.

Aprecia-se a validade ou invalidade daquela cláusula, que é hoje em dia freqüentemente pleiteada pelos bancos estrangeiros, dispondo sobre o *set-off* de créditos e débitos entre o mutuante e o mutuário. O parecer cita um trecho do sentido que o *Black's Law Dictionary* dá àquela expressão, e conclui: "Em outras palavras, é a compensação prevista no Código Civil, em seus arts. 1.009 e seguintes." Tenho dúvidas sobre se essa conclusão é justificada.

De feito, recorrendo àquele dicionário, nele encontro dito que o *set-off* é "a counter-claim for cross-payment, a claim or demand which the defendant *in an action* sets off against the claim of the *plaintiff*, as being due, whereby he may extinguish the plaintiff's demand, either in whole or in part, according to the amount of the set-off".

Como se vê, segundo Black, o *set-off* é uma coarctada reconvencional, formulada em ação judicial, e não nas relações diretas e particulares entre devedores recíprocos. O mesmo sentido lhe é dado por Mozley e Whiteley's, no Law Dictionary inglês, e no Corpus Juris Secundum:

"Set-off is a counterdemand which the defendant holds against the plaintiff."

No direito brasileiro, muito ao contrário, nos termos do art. 1.009 do Código Civil, a compensação ocorre independentemente de qualquer ação judicial. Lacerda de Almeida[21] fala em "compensação *reconvencional* ou *judicial*, quando oposta pelo réu na contestação da lide". Essa compensação é que corresponderia ao *set-off* do direito norte-americano. Mas Clóvis, em observação àquele art. 1.009, diz que "o Código Civil não reconhece esta espécie, nem a conhecia o direito anterior, porque não há necessidade de identificar a compensação com a reconvenção, que tem sua individualidade própria".

5.7 No direito norte-americano encontrei cinco conceitos diversos, correspondentes aproximadamente à nossa compensação, a saber: 1) *set-off* (já definido); 2) *counter claim*; 3) *recoupment*; 4) *reconvention*; 5) *compensation*.

[20] David, René. *Les contrats en droit anglais*. nº 378. p. 363.
[21] *Obrigações*. § 81.

O Corpus Juris Secundum dá a esta última exatamente o sentido da nossa compensação:

"Extinction of debts, of which two persons are reciprocally debtors to one another, by the credits of which they are reciprocally creditors of one another."

Por isso tenho dúvidas sobre se *set-off* corresponde de fato à compensação do direito brasileiro.