REGISTRO DE CAPITAL – CONVERSÃO DE DÍVIDA EXTERNA – DIREITO ADQUIRIDO

PARECER

I

A consulta esclarece que, desde 1976, determinado grupo estrangeiro aplicou recursos no País, mediante investimentos em empresas nacionais, com o correspondente registro do capital nos termos da lei.

Assim, a Agribahia S.A. (a seguir designada como *A*) figura como empresa receptora de investimento em certificados em nome do investidor Pan Finance Corporation.

Paralelamente, o mesmo investidor estrangeiro é titular de outros certificados de registro que apresentam como empresa receptora a sociedade nacional Marcelino Martins & E. Johnson Exportadores Ltda. (a seguir indicada como *MM*).

Em ambos os casos, o registro de capital estrangeiro assegura o retorno do capital ou a remessa de rendimento do capital registrado, nos termos da Lei nº 4.131/62 e de seu regulamento baixado com o Decreto nº 55.762/65.

Em observância das normas legais, consta dos certificados a expressa observação de que, sem necessidade de outra autorização, poderão ser efetuadas remessas a título de retorno de capital ou de transferência de reinvestimentos, até o montante da moeda estrangeira indicada, bem como remessas de valor líquido de lucros e dividendos, segundo a legislação vigente.

Informa, ainda, a consulta que jamais foram feitas remessas, a qualquer desses títulos.

Este o quadro definido de direitos e deveres com base nos certificados de registro regularmente emitidos.

Com o advento do Programa de Conversão de Dívida Externa em Investimentos – instituído com a Resolução nº 1.460, de 1º de fevereiro de 1988, baixada pelo Banco Central do Brasil, em cumprimento de decisão do Conselho Monetário Nacional – foi realizada pelo investidor estrangeiro operação desse tipo, mediante investimento na segunda das indicadas empresas nacionais (*MM*).

Em conseqüência, foi emitido certificado de registro específico, tendo como receptora a empresa em questão, ao qual aditou-se observação especial, declarando que "a parcela de US$ 2.595.000,00, resultante da conversão de dívida em investimento, fica indisponível para remessa ao exterior, a título de retorno e de ganho de capital, pelo prazo de 12 anos a contar de 29.12.88, na forma do art. 12 do Regulamento anexo à Resolução nº 1.460, de 1º de fevereiro de 1988".

A primeira das empresas nacionais citadas (*A*) não participou da conversão nem, por qualquer forma, o valor convertido nela foi aplicado.

Tendo iniciado negociações visando à cessão de sua participação acionária na empresa *A* (que, como visto, não foi partícipe ou beneficiária da conversão), o investidor estrangeiro requereu ao Banco Central do Brasil autorização para que, alternativamente:

a) na hipótese de alienação a sociedade domiciliada no País, fosse permitido o retorno do capital investido, constante do certificado de registro, após o pagamento do tributo incidente e a verificação de legitimidade; ou

b) na hipótese de transferência da participação acionária no exterior, ocorresse a transferência do certificado para os novos investidores, sem restrição à futura remessa de divisas, como dele constante.

Em resposta, o Banco Central do Brasil, em telex dirigido ao investidor estrangeiro, declarou:

a) "da inviabilidade de atendimento ao pleito em face do que dispõe o regulamento anexo à Resolução nº 1.460, de 2 de fevereiro de 1989";

b) "adicionalmente nada teríamos a objetar, uma vez registrada a operação, quanto à transferência da titularidade do investimento no exterior, desde que o novo participante atenda aos pré-requisitos e aos

compromissos estabelecidos no Programa de Conversão".

Diante dos termos da resposta e da condição nela imposta, é solicitado nosso parecer.

O atendimento da consulta, antes de uma resposta conclusiva, impõe a definição de princípios e normas legais que regem a matéria.

II

REGIME JURÍDICO DO CAPITAL ESTRANGEIRO

Historicamente, à luz dos princípios do liberalismo, assegurava-se livre trânsito do capital estrangeiro na economia brasileira.

A primeira manifestação de controle, integrada no sistema cambial, se inaugura com a Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, que, em seu art. 6º, regulou, mediante prévio registro na Carteira de Câmbio do Banco do Brasil, o direito de retorno integral do capital estrangeiro investido no País, no prazo mínimo de cinco anos, assim como a faculdade de remessa de juros, lucros e dividendos, até o limite de 8%.

Sucederam-se, no tempo, variações no tratamento legal de investimentos estrangeiros, até o advento do atual sistema, consolidado na Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962 e respectiva regulamentação aprovada pelo Decreto nº 55.762/65 (ver, sobre a evolução histórica da legislação sobre a matéria, o estudo de Teixeira, Egberto Lacerda. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no País. *In Revista dos Tribunais, 463*(25) e *Revista Forense, 248*(454).

É oportuno determinar as linhas mestras dessa legislação especial, ainda em vigor.

O ingresso, no País, de investimento de capital estrangeiro, obriga, no prazo de 30 dias, ao seu registro, na moeda de origem, perante o Banco Central do Brasil (sucessor, na espécie, da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito).

Efetuado o registro, o Banco Central fornecerá à parte interessada o competente registro, que é o documento hábil para as remessas ao exterior (arts. 6º e 7º do Decreto nº 55.762/65).

Titular do capital estrangeiro é a pessoa física ou jurídica com residência, domicílio ou sede no exterior, em cujo nome é expedida, inserida, igualmente, no documento, a indicação do receptor do investimento.

O registro do capital é, a um tempo, formalidade obrigatória para o investidor e prestação essencial da Administração Pública que, por essa forma, qualifica o titular para o exercício de direito subjetivo.

Trata-se de ato administrativo vinculado. Uma vez completados os pressupostos legais, impõe-se à Administração Pública o dever-poder de emitir o certificado, assegurada ao investidor sua obtenção, que o habilita ao regular exercício do direito de retorno do capital e da transferência dos frutos legítimos por ele gerados, segundo os critérios e limites fixados em lei.

O registro do capital estrangeiro tem a natureza jurídica de ato administrativo declaratório, e o certificado é título de legitimação às operações cambiais em que se exterioriza o direito subjetivo de remessa para o exterior.

Egberto Lacerda Teixeira abona esse entendimento:

"Qual a natureza jurídica do registro e do certificado de investimento? Entendemos que se trata de título declaratório e não atributivo de direitos. O certificado simplesmente atesta a situação de fato e *de jure* existente. O investimento existe desde o ingresso ou introdução regular de bens e valores no País. O certificado é prova hábil desse ingresso e de seu registro no Banco Central. É título de legitimação para as futuras remessas, transferências, cessões, etc." op. cit. *Revista dos Tribunais, 463* (29); *Revista Forense, 248* (458).

O certificado, em suma, materializa direito preexistente que tem como fonte a norma legal que o explicita e da qual deriva o direito subjetivo do titular.

O direito precede ao título, que formalmente o declara e lhe propicia o exercício.

Lembra Alberto Xavier, com respeito ao certificado de registro, que:

"Esse título ampara e representa três direitos típicos do investidor: o direito ao *retorno do capital*, o direito à *remessa de dividendos* e o direito ao *reinvestimento* dos lucros remissíveis que decidiu reaplicar no país." (*Direito Tributário Internacional do Brasil*, São Paulo, Editora Resenha Tributária, 1977, p. 199.)

III

CONVERSÃO DE DÍVIDA EXTERNA EM INVESTIMENTO

O Banco Central do Brasil, dando cumprimento, como lhe incumbe, à deliberação do Conselho Monetário Nacional (Lei nº 4.595/64, art. 9º), baixou, em 1º de fevereiro de 1988, a Resolução nº 1.460, aprovando regulamento que disciplina a conversão, em investimentos no País, de créditos e acordos de reestruturação da dívida externa brasileira.

A conversão por essa forma pactuada é objeto de registro especial perante o Banco Central do Brasil, que emite o correspondente certificado (art. 9º da citada resolução).

O certificado em causa, tal como nos registros ordinários do capital estrangeiro, indica especificamente o nome do investidor e o da empresa receptora do investimento.

O recurso convertido fica sujeito ao prazo mínimo de 12 anos de permanência no País, admitida, apenas, a remessa dos ganhos do capital, segundo o mecanismo estipulado na Lei nº 4.131/62 e na legislação fiscal aplicável (arts. 12 e 13 da resolução).

Se a empresa receptora do investimento decorrente da conversão já tiver participação de capital estrangeiro (objeto, portanto, de anterior registro ordinário dessa participação), qualquer futura remessa ao exterior a título de retorno ou ganho de capital ficará retida em depósito até o vencimento do prazo mínimo de permanência no País e até o valor do montante da conversão, liberados, portanto, os que excederem a esse limite (art. 14 da Resolução).

Outra norma firma, ainda, a regra de que os recursos provenientes da conversão, se aplicados na aquisição parcial ou total de investimentos estrangeiros, ficarão, igualmente, obrigados a reinvestimento no País, não podendo, portanto, emigrar para o exterior (art. 18).

Uma e outra dessas disposições têm um sentido lógico. A indisponibilidade temporária do investimento – produto de conversão – operará tanto diretamente como indiretamente, segundo o destino a ele atribuído.

São essas vedações que tanto o receptor do investimento, como o investidor, se obrigam a respeitar no termo de responsabilidade que deve acompanhar a proposta de conversão, como especifica a carta-circular nº 1.779, de 22 de março de 1988, do Banco Central do Brasil.

Nada tem a ver, no entanto, essa modalidade de ingresso condicionado de investimento com o regime jurídico de anteriores investimentos (ou mesmo de novos investimentos) que tenham ocorrido ou venham a ocorrer nos termos da legislação própria, ou seja, em razão de ingresso de capital ou bens que nada tenham a ver com a conversão e foram ou serão objeto de registro nos termos da Lei nº 4.131/62.

A tais investimentos a referida lei garante tratamento definido e específico, mediante o qual os efeitos do registro (de que o certificado é título de legitimação) são assegurados ao investimento, segundo as regras que regem o retorno do capital ou a remessa de ganhos que tenha legitimamente produzido.

Há, no caso, direito subjetivo que a lei outorga ao titular do registro e, obviamente, não pode ser excluído ou reduzido por ato administrativo normativo, se esse fosse (e, como visto, não é) o sentido da Resolução nº 1.460/88.

E se assim é em relação à própria empresa receptora da conversão, muito menos poder-se-á pretender aplicar qualquer vedação dela decorrente a outra empresa que não participou nem se beneficiou do investimento oriundo da conversão.

É indiferente, no caso, se o investidor estrangeiro tem participação acionária de ambas as empresas, cada qual dotada de personalidade jurídica própria.

A eficácia limitativa, que é própria do investimento vinculado à conversão, poderá acompanhá-lo em sua destinação. Não interfere com direitos outros de que seja titular a empresa receptora e, *a fortiori*, os de qualquer outra empresa, ainda que coligada.

A recusa do Banco Central do Brasil, não permitindo a transferência de titularidade do certificado de registro do capital correspondente à participação acionária na empresa *A*, pelo fato de que na empresa *MM* foi feito investimento resultante de conversão, é, a nosso ver, ato abusivo e destituído de fomento de legalidade.

Igual vício de legalidade se oferece quanto à exigência de que o sucessor na participação acionária na empresa *A* tenha que assumir compromisso que se refere estritamente ao beneficiário da conversão.

O novo investidor sucede ao anterior com os mesmos direitos e deveres que o registro original do capital estrangeiro confere ao titular originário.

Se, a este último, a lei garante – como de início evidenciado – direito de retorno de capital e de remessa de seus frutos quando verificadas as situações previstas na lei própria somente com as limitações que desta decorrem, é de todo impertinente e esdrúxulo que se queira fazer incidir tratamento que o ato administrativo normativo determina para os recursos da conversão, na hipótese inexistentes.

O exame dos efeitos jurídicos que a venda das ações da Agribahia S.A. possa produzir, seja quanto ao primitivo investidor, seja quanto ao novo, terá de se realizar tão-somente à luz da legislação específica (Lei nº 4.131/62 e seu regulamento), em nada influindo o regime estabelecido na Resolução nº 1.460/88, que rege situação diversa, cuja causalidade é a inversão de recursos provenientes da conversão de dívida externa.

Em síntese, somos de parecer que a decisão do Banco Central do Brasil, constante do telex a que alude a consulta, invocando a Resolução nº 1.460/88, viola direito subjetivo do investidor e, potencialmente, de terceiros que a ele venham legitimamente a suceder, pelos meios regulares de direito.

IV

LIMITES DO PODER NORMATIVO

Em tópico anterior ficou, a nosso ver, demonstrado que a Resolução nº 1.460/88 não abona o entendimento esposado pelo Banco Central do Brasil na decisão denegatória que assumiu.

Ao direito adquirido do investidor, fundado em texto de lei e expresso em certificado de registro de sua participação acionária na Agribahia S.A., nenhuma limitação ou restrição pode, quer diretamente, quer indiretamente, ser oposta em função de haver investido, em outra empresa, o resultado de conversão de dívida externa.

Para expungir, contudo, qualquer dúvida remanescente, vamos apreciar, *ad argumentandum*, o fundamento invocado, como se verdadeiro fosse, embora, como visto, careça de substância.

A Resolução nº 1.460/88 é ato administrativo emitido pelo Banco Central do Brasil, em cumpri-

mento de deliberação do Conselho Monetário Nacional, no uso de poder normativo que lhe conferiu a Lei nº 4.595, de 1964, art. 4º, incisos V e XXXI, para fixar diretrizes e normas da política cambial e baixar normas sobre operações de câmbio.

Exercitada antes do advento da Constituição de 1988, é irrelevante questionar a sobrevivência dessa ação normativa perante o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo porque a revogação, de que ali se cogita, está diferida para 31 de maio de 1990 (Medida Provisória nº 53/89), convertida na Lei nº 7.770, de 31.5.89, com efeitos prorrogados pela Lei nº 7.892, de 24 de novembro de 1989.

É certo que – como tivemos ensejo de antes destacar em parecer sobre a matéria (*Revista da Comissão de Valores Mobiliários, 4* (12):27 seg., abr./jun. 1986) "o poder regulamentar do presidente da República não esgota o poder normativo do Estado".

Como também destacamos, em outra oportunidade, entre as fontes materiais de direito se inscreve, embora em secundária hierarquia, a existência de atos normativos produzidos por autoridade administrativa competente.

A ordem jurídica – dissemos então:

"(...) se manifesta por meio de círculos concêntricos que vão, sucessivamente, da Constituição à lei material e formal, isto é, aquela elaborada pelos órgãos legislativos; desta aos regulamentos, por meio dos quais o presidente da República complementa e particulariza as leis, e, finalmente, aos atos administrativos gerais, originários das várias escalas de competência administrativa. São constantes as normas, de força obrigatória equivalente às leis e regulamentos, desde que a elas ajustadas, contidas em portaria, ordens de serviço, instruções, ou (como no caso atual) em meros despachos." (*Revista de Direito Administrativo*, 46/248.)

A competência administrativa para editar atos normativos (*atos-regra*, na terminologia de Duguit), quando legalmente autorizada, não é, porém, livre ou indeterminada. Além da finalidade específica a que se destina, deve necessariamente submeter-se ao princípio de hierarquia entre as fontes do direito objetivo, importa dizer, subordina-se aos ditames e aos efeitos dos graus ou degraus superiores da normatividade jurídica.

Conforme a conhecida doutrina de Kelsen:

"(...) a unidade das normas se constitui pelo fato de que a criação das de grau mais baixo se encontra determinada por outra de grau superior, cuja criação é determinada, por sua vez, por outra contudo mais alta." (*Teoria general del derecho y del Estado*. México, 1969. p. 146.)

Assim como as leis devem obediência às normas superiores da Constituição (ou, se as descumprirem, serão leis inconstitucionais), de igual modo os regulamentos, ato do presidente da República, devem respeito às leis (ou serão ilegais).

Finalmente, os atos administrativos normativos, que ocupam o último patamar da escala, não podem dispor contrariamente seja à Constituição, seja às leis e regulamentos, que lhes são superiores.

À luz desse conceito fundamental à validade das normas, torna-se evidente que a interpretação defendida pelo Banco Central do Brasil, a par de dizer o que não se contém no texto da Resolução nº 1.460/88, pretende incutir-lhe efeito que desconhece a existência de um direito que a lei – norma de hierarquia superior – assegura ao titular de certificado de registro de capital estrangeiro que não tem origem, ou vinculação, ao produto de conversão de dívida externa.

O direito pré-constituído e consolidado em título autônomo de legitimação foi adquirido segundo a lei que disciplina a formação do investimento estrangeiro e está abonado em certificado próprio e autônomo, em razão do qual incidem as hipóteses legais de retorno de capital ou de remessa de sua renda.

Em síntese: a Resolução nº 1.460/88, ato administrativo normativo, não poderia (como, de fato, não faz) dispor *contra legem*, vedando o que a lei permite, limitando o que a lei não restringe, desconhecendo, em suma, direito adquirido e ato jurídico perfeito.

Portanto, se *ad absurdum*, fosse atribuível à Resolução nº 1.460/88 o sentido que o Banco Central do Brasil a ela quer conferir (e, a nosso ver, sem que proceda a exegese abusiva), se assim fosse, seria inconstitucional, por ofensa direta ao princípio tradicional em nosso direito que resguarda o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (atualmente, art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal).

V

PROCEDIMENTOS DE DEFESA DO DIREITO DO INVESTIDOR

O apontado vício de legalidade que macula a manifestação do Banco Central do Brasil faculta ao titular do direito ameaçado de lesão o uso regular do direito de defesa.

Poderá exercê-lo, na instância administrativa, mediante pedido de reconsideração, ou por via recursal.

Mais ainda, poderá obter prestação jurisdicional assecuratória do direito líquido e certo, de que é titular, valendo-se do instrumento expedito do mandado de segurança ou pelo recurso às vias ordinárias de direito, perante a Justiça Federal.

É o nosso parecer, S.M.J.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 1989. – *Caio Tácito*, professor titular na Faculdade de Direito da UERJ.