REMESSA DE DIVIDENDOS — DIREITO ADQUIRIDO — BANCO CENTRAL

— Inconstitucionalidade da Circular nº 1.725, do Banco Central do Brasil, que limita o direito de remessa de dividendos após o depósito correspondente feito na vigência da norma anterior.

PARECER

"O legislador não deve frustrar a confiança que nele depositaram os particulares" — *Louis Josserand.*

"Portanto, é inconsttiucional pretender-se aplicar os dispositivos limitativos da Lei nº 4.131 retroativamente. Não importa que ela

seja uma lei de interesse público, *porque interesse público — e relevante — é o bom nome do País no exterior*, que seria afetado se os direitos adquiridos e os atos jurídicos perfeitos passassem a ser ignorados pela lei nova" — *Herculano Borges da Fonseca.*

"*Onde* se estabelecem, *alteram* ou extinguem direitos, *não há regulamentos, há abuso do poder regulamentar, invasão de competência* " — *Pontes de Miranda.*

I. DAS QUESTÕES SUSCITADAS

1. A consulente fez depósitos em dólares, no Banco Central, em 24 e 29 de janeiro de 1990, para remessa para sua matriz, nos Estados Unidos, correspondentes, respectivamente, a retorno parcial do capital, representado por parcela de preço de venda de parte de bens do seu ativo, e de dividendos, tendo os processos sido devidamente analisados pelas áreas competentes da autarquia e feitos o fechamento de câmbio e o pagamento do imposto de renda devido.

2. No momento em que a consulente requereu as remessas, estava em vigor a Resolução nº 1.564/89, que estabelecia os prazos de 120 dias, para a transferência dos dividendos, e 180 dias, para o retorno de capital.

3. Posteriormente, em 10.5.1990, foi baixada a Circular nº 1.725, que estabeleceu novos prazos de liberação e, conseqüentemente, de transferência dos recursos, congelando-os até 16.9.1991 e, em seguida, prevendo o pagamento em 12 parcelas mensais, iguais e sucessivas.

4. A consulente indaga se tem direito adquirido a ter o regime das suas remessas vinculado à legislação e regulamentação vigentes no momento do requerimento, ou seja, ao amparo da Resolução nº 1.564/89, e se a Circular nº 1.725 é legítima, solicitando-nos o exame das medidas judiciais eventualmente cabíveis.

II. DA EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO

5. O princípio básico vigente em todo o direito e que tem sido consagrado, tradicionalmente, pelas Constituições brasileiras é o da irretroatividade da lei e da sujeição dos atos jurídicos à lei vigente no momento em que se realizam. *Tempus regit actum.* No plano administrativo, o entendimento dominante no Estado de Direito é a sujeição do requerente à lei em vigor no momento em que protocolou o seu requerimento com toda a documentação necessária para a concessão do pedido, tratando-se de ato vinculado.

A) *Da caracterização da autorização para remessa de dividendos como ato vinculado*

6. No caso de ato discricionário, não há direito adquirido, pois a administração pode tomar a decisão de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade (Luciano Ferreira Leite. *Discricionariedade administrativa e controle judicial.* São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. 1981. p. 66; C. J. Hamson. *Executive Discretion and judicial control.* Londres, Stevens Sons Limited. 1954. p. 184 e Juan Francisco Linares. *Poder discricional Administrativo.* Buenos Aires, Abeledo Perrot Editor passim).

7. Na realidade, a remessa de lucro e o retorno de capital, após o pagamento do imposto de renda, ensejam uma autorização que se impõe, que é um *ato vinculado,* pois a remessa e a autorização para o retorno defluem da Lei nº 4.131 e, especialmente, do seu art. 9º, que tem a seguinte redação:

"Art. 9º As pessoas físicas e jurídicas que desejarem fazer transferências para o exterior a título de lucros, dividendos, juros, amortizações, *royalties,* assistência técnica, científica, administrativa e semelhante deverão submeter aos órgãos competentes da Sumoc e da Divisão de Imposto sobre a Renda os contratos e documentos que forem considerados necessários para justificar a remessa.

Parágrafo único. *As remessas para o exterior dependem do registro da empresa na Sumoc e de prova do pagamento do imposto de renda que for devido.*

8. Acresce que o Decreto nº 55.762, de 17.2.1965, também assegura o mesmo direi-

to à remessa, desde que haja *registro do capital estrangeiro* e tenha sido *pago o imposto*, como se verifica pelo seu art. 3º, § 3º, que tem a seguinte redação:

"§ 3º *As remessas para o exterior dependem do registro da empresa na Superintendência da Moeda e do Crédito* (4) *e de prova do pagamento do imposto de renda* que for devido (Lei nº 4.131, modificada pela Lei nº 4.390, art. 9º, § 1º)."

9. Assim sendo, desde que apresentados os documentos exigidos e tratando-se de dividendos ou retorno de parcela de capital estrangeiro devidamente registrado, *a autoridade não pode deixar de autorizar a remessa*, não lhe sendo facultado estabelecer condições e prazos não previstos em lei.

10. As normas da Lei nº 4.131 devem ser interpostas conjuntamente com o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, de acordo com o qual:

"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei."

11. Preenchidas, pois, as condições legais e regulamentares pela consulente, passou a mesma a adquirir o direito de remeter os dividendos e a parcela de capital, de acordo com a legislação vigente em janeiro de 1990, no momento em que requereu as autorizações do Banco Central, após a análise prévia dos documentos que instruíram os pedidos e o pagamento do imposto de renda.

B) *Do regime dos atos vinculados*

12. É manso e pacífico, na jurisprudência e na doutrina brasileira, que a autorização para remessa de dividendos e retorno do capital estrangeiro constitui um ato vinculado, que se caracteriza pela ausência de arbítrio ou poder discricionário, por parte da autoridade que decide a matéria. Uma vez atendidos os requisitos legais pela parte interessada, a decisão deve ser proferida no sentido de reconhecer o direito do requerente. A autoridade, no caso, aplica um critério legal rígido, sem qualquer elasticidade, não lhe cabendo invocar argumentos vinculados à conveniência ou oportunidade da remessa.

13. A noção de competência vinculada desenvolveu-se no direito francês e já está, hoje, definitivamente consagrada, tanto na doutrina como na jurisprudência de todos os países, pretendendo caracterizar situações em que o Estado (no caso a União Federal) se limita a aplicar mecanicamente a lei, não podendo decidir em virtude de fatores de apreciação subjetiva, ao contrário do que acontece no caso de competência discricionária.

14. André de Laubadère conceituou, com extraordinária felicidade, o ato vinculado, distinguindo-o do ato discricionário nos seguintes termos:

"Il y a au contraire pouvoir (ou compétence) lié lorsque, selon qu'il se trouve en présence de telle ou telle circonstance de fait, *l'administrateur est tenu de prendre telle ou telle decision; il n'a plus le choix entre plusieurs décisions possibles, la conduite lui est dictée à l'avance dar la règle de droit*" (Laubadère, André de. *Traité élementaire de droit administratif*. 4. ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1967. nº 397, p. 224).

15. O eminente professor da Faculdade de Direito de Paris, esclarece que, enquanto no ato discricionário o juiz pode apreciar a oportunidade do pedido, ao contrário, no ato vinculado, a conduta do administrador é regrada pela lei. Concluindo o seu estudo sobre a matéria, afirma:

"Dans l'hipothèse du pouvoir lié, la loi dit à l'administrateur: vous ne pouvez prendre telle ou telle décision que pour tel ou tel motif (c'est-à-dire si telle ou telle circonstance de fait se trouve réalisée)" (ob. cit. p. 225).

16. Toda a moderna doutrina francesa consagrou a distinção entre competência vinculada e poder discricionário, como se verifica pela lição de Marcel Waline (*Droit administratif*. 9. ed. Paris, Sirey. 1963. nº 739, p. 450), Prosper Weil (*Le droit administratif*. Paris, Presses Universitaires de France. 1964.

p. 91) e F. P. Benoit (*Le droit administratif français*. 1968. nº 807, p. 480).

17. No direito brasileiro reconheceu-se, também, a existência do poder vinculado e dos atos regrados, contrapondo-lhes a doutrina os atos livres ou discricionários. Pondera a respeito Miguel Seabra Fagundes que:

"Para a prática de alguns atos, a competência da administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e certo modo. É essa a comtência *vincolata* dos italianos, ou *liée* dos franceses. A Administração Pública não é livre em resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre o seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos. E, com base neles, praticar o ato. Escusando-se a praticá-lo, no tempo e com o objetivo determinado, viola a lei" (Seabra Fagundes, M. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio, Forense. 1968. nº 41, p. 82).

18. Dentro da mesma orientação, o Professor Hely Lopes Meirelles esclarece que atos vinculados ou regrados são aqueles em relação aos quais "(...) o Poder Público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações. Nessa categoria de atos administrativos, *a liberdade de ação do administrador é mínima*, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do direito positivo para realizá-los eficazmente" (Meirelles. Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1966. p. 63).

19. Podemos afirmar que todos os nossos mestres de direito administrativo reconhecem a existência de uma categoria própria de atos vinculados ou regrados, como se verifica pelas exposições de Carlos Medeiros Silva ("Parecer" *in Revista de Direito Administrativo*, v. 112, p. 417 e segs.), Amílcar de Araújo Falcão (*Introdução ao direito administrativo*. Rio de Janeiro, publicação do Dasp. 1960. p. 60); José Cretella Júnior (*Tratado de direito administrativo*. v. II. Rio de Janeiro, Forense, 1966, nº 51, p. 101, e *Do desvio do poder*. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1964. nº 18, p. 41), Ruy Cirne de Lima (*Princípios de direito administartivo*. Porto Alegre, Livraria Sulina Editora. 1964, p. 91), Mário Masagão (*Curso de direito administrativo*. Rio, Forense. 1969. v. 1, p. 421) e Fernando Henrique Mendes de Almeida (*Os atos administrativos na teoria dos atos jurídicos*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. 1969. nº 19, p. 25).

20. Da lição dos autores, que trataram da matéria, deflui que, no ato vinculado, inexiste qualquer liberdade de apreciação da autoridade, que se limita a enquadrar a situação que lhe foi apresentada nos moldes legalmente estabelecidos, para conceder ou denegar a autorização solicitada, como acontece no caso da aposentadoria do funcionário pelo decurso de tempo de serviço ou por ter alcançado a idade limite. Emile Giraud, em artigo publicado sobre a matéria, chega a comparar o administrador, no caso da competência vinculada, com o empregado do teatro que leva os espectadores aos seus lugares numerados, salientando a inexistência de qualquer liberdade por parte da autoridade por parte da autoridade, que deve e só pode fazer aquilo que a lei, ou a regulamentação, determina (Waline. V. Marcel. ob. e loc. cits.).

C) *O ato vinculado e o direito adquirido*

21. A proteção do direito adquirido se reveste no direito brasileiro de caráter constitucional desde os primórdios da República e, assim, o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988, assegura que:

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

22. O direito adquirido é definido pela legislação ordinária, nos precisos termos do art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, com a redação que lhe deu a Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, de acordo com a qual:

"Consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício

tenha *termo prefixo ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.*"

23. Entenderam assim a doutrina e a jurisprudência, interpretando o texto legal, que dierito adquirido não é tão-somente aquele que, preenchidos todos os requisitos legais, já tenha sido integrado no patrimônio do seu titular, mas ainda aquele que depende de termo suspensivo ou de condição inalterável a arbítrio de outrem. A determinação constitucional e a vontade do legislador tiveram em mira impedir que a lei nova — que tem efeito imediato e geral (art. 6º, *caput* da Lei de Introdução) — pudesse afetar o direito condicional, cujas conseqüências jurídicas independiam da atuação das partes.

24. Trata-se de política legislativa adotada pelo legislador brasileiro, a fim de resguardar amplamente a segurança jurídica. Essa posição da legislação brasileira no sentido de ampliar o conceito de direito adquirido, nele incluindo o direito condicional, correspondeu a uma opção consciente em favor do respeito a determinadas situações jurídicas que foram julgadas merecedoras do amparo constitucional. Clóvis Beviláqua justificou-a, com sua habitual clareza, nos seguintes termos:

"O princípio da não retroatividade é, antes de tudo, um preceito de política jurídica. O direito existente deve ser respeitado tanto quanto a sua persistência não sirva de embaraço aos fins culturais da sociedade, que a nova lei pretende satisfazer. Como pondera Kohler: 'toda a nossa cultura exige uma certa firmeza de relações, sem o que seríamos lançados nos braços da dissolução, todo o nosso impulso, para estabelecer a ordem jurídica e nele viver, repousa na consideração de que as nossas criações jurídicas têm de perdurar'. Por isso foi bem inspirado o legislador brasileiro, inscrevendo o princípio da não retroatividade na Constituição Federal" (Clóvis Beviláqua. *Teoria geral do direito civil.* 2. ed. Rio, Livraria Francisco Alves. 1929. p. 21).

25. A doutrina reconhece que, pendente a condição, o direito não pode ser exercido, nem a obrigação exigida, mas acrescenta Clóvis Beviláqua:

"(...) o bem jurídico já está no patrimônio do titular: com o seu caráter eventual é certo; porém esse caráter não o priva, inteiramente, de valer. O destino do condicional é tornar-se real, e, enquanto não se resolve esse destino, a utilidade, o valor econômico do bem esperado merece a proteção do direito. E esta não lhe recusa o nosso Código Civil, como se vê do art. 3º da Introdução, onde está declarado que a lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, definido como sendo o que o titular pode exercer, e aquele cujo começo de exercício tenha termo prefixado ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem" (Clóvis Beviláqua. *Soluções práticas de direito.* Pareceres, v. I, Direito civil. Rio de Janeiro, Editores Corrêa Bastos Ltda. 1923. p. 23).

26. O entendimento dominante passou, pois, a ser no sentido de não poder a lei nova afetar o direito condicional ou dependente de termo, pois a realização da condição, ou o fato de ter fluido o prazo, faria com que o direito fosse considerado real e efetivo desde o momento em que surgiu, mesmo com caráter condicional ou sujeito a prazo. A interpretação sistemática do direito civil brasileiro e particularmente a exegese do art. 122 do Código Civil levaram os nossos autores a reconhecer o caráter retroativo da ocorrência da condição. O importante, todavia, para o presente caso, é o reconhecimento unânime da doutrina e dos tribunais de que o direito condicional ou sujeito a termo prefixo, constitui direito adquirido para o fim de sobre ele não poder incidir a lei nova.

27. Não nos cabe, pois, examinar se está ou não correto, do ponto de vista da dogmática jurídica e *de lege ferenda*, considerar o direito condicional ou sujeito a termo prefixado como direito adquirido. *Legem habemus.* E a lei equipara, expressamente, ao direito integrado no patrimônio do titular aquele que depende de termo prefixo ou condição inalterável a arbítrio de outrem. Havendo disposição constitucional, cuja interpretação emana da lei ordinária, é evidente que no direito positivo brasileiro a lei nova

não pode afetar o direito condicional sujeito a condição inalterável ao arbítrio de outrem. Nesse sentido é, aliás, a conclusão oportuna de Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, quando afirmam que:

"(...) o legislador, simplesmente, para os efeitos do princípio da irretroatividade das leis, equiparou a condição suspensiva ao termo inicial; considerando tão-somente para esses efeitos, como adquirido o direito dependente de uma condição suspensiva insuscetível de alteração a arbítrio de outrem" (*A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro comentada.* Rio de Janeiro, Freitas Bastos. 1943. v. 1, p. 353).

28. Carlos Maximiliano, examinando a incidência da lei nova de direito administrativo que tem efeitos patrimoniais, ressalva a situação do direito adquirido, esclarecendo que os direitos patrimonais já adquiridos "merecem respeito e acolhida sob a lei nova".

29. Acrescenta o mestre e especialista no assunto que:

"No conceito de propriedade, garantida pela Constituição do país explicitamente, compreende-se qualquer forma de direito patrimonial, tudo o que entra na noção de patrimônio; por isto, o particular não pode sofrer a perda ou diminuição de patrimônio, por interesse público" (Carlos Maximiliano. *Direito intertemporal.* Rio, Ed. Freitas Bastos. 1946. p. 330, nº 284).

30. A jurisprudência tem, conseqüentemente, admitido a existência do direito adquirido ao regime de aposentadoria vigente por parte do funcionário público que requereu a sua aposentadoria. De acordo com o princípio *tempus regit actum*, o Supremo Tribunal Federal determinou *que a lei aplicável ao aposentado é a vigente no momento do requerimento de sua aposentadoria* e não a do tempo da concessão da mesma pelos poderes públicos. Assim, a Súmula nº 359 do Excelso Pretório resumiu a jurisprudência dominante na matéria nos seguintes termos:

"Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária."

31. Em várias decisões do nosso mais alto Tribunal ficou decidido que:

"As vantagens que se integram no patrimônio do funcionário são as de leis vigentes ao tempo de requerimento da aposentadoria" (Recurso Extraordinário nº 35.059, julgado em 9.1.1961 pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ap. Jardel Noronha e Odaléia Martins. *Referência da Súmula do Supremo Tribunal Federal.* Brasília. 1969. v. 18, p. 113).

32. Evidencia-se, pois, que preenchidas as condições legais para a remessa e requerida a autorização para a mesma, o seu titular tem um direito adquirido a obtê-la de acordo com o regime jurídico vigente no momento do requerimento. Trata-se de direito condicional em que a condição é inalterável a arbítrio de outrem, pois, como já salientamos, o ato de autoridade é vinculado ou regrado. A decisão administrativa independe, pois, do arbítrio de qualquer pessoa e, no caso, a autorização constitui condição formal, que não descaracteriza a situação de direito adquirido do requerente. Do mesmo modo que o funcionário aposentado tem direito à aposentadoria nos termos do regime vigente no momento em que a requereu (Súmula nº 359), o requerente da autorização para remessa de dividendos e retorno do capital deve obtê-la, de acordo com o regime vigente no momento do requerimento, tratando-se de direito adquirido sujeito a condição inalterável a arbítrio de outrem e, no caso, a termo prefixo.

33. Mesmo saindo do terreno puramente técnico para apreciar a questão sob o ponto de vista filosófico e social, chegaríamos à mesma solução. Efetivamente, a doutrina, que *de lege ferenda*, critica a conceituação dos direitos adquiridos, reconhece que é necessário manter a segurança jurídica, não modificar as regras de jogo e garantir ao cidadão que o seu requerimento será apreciado de acordo com as normas vigentes no momento em que é feita a solicitação às autoridades competentes, sob pena de deturpar a função da lei, que deixaria de ser norma de conduta e de composição de conflitos.

34. Assim Louis Josserand, um dos mais lúcidos renovadores do direito contemporâneo, pôde concluir que:

"Em somme, si la distinction des droits acquis et des expectatives est malléable et flottante, elle est susceptible de rendre de grandes services pour l'application de l'art. 2, surtout si on l'éclaire à l'aide de cette idée *que le législateur ne doit pas tromper la confiance que les particuliers avaient placée en lui*" (Josserand, Louis. *Cours de droit civil positif français.* tomo I. Paris, Sirey. 1930. nº 83, p. 53).

35. Não podemos, pois, negar a existência de um direito adquirido da consulente ao regime jurídico vigente no momento do seu requerimento, devendo, pois, o prazo de remessa ser o da legislação então em vigor, contado a partir da solicitação da remessa, após o pagamento do imposto de renda e o fechamento do câmbio.

36. No presente caso, quando a consulente fez os depósitos, em relação aos quais nenhuma dúvida foi suscitada pelo Banco Central, estava em vigor a Circular nº 1.564, de 10.1.1990, com a seguinte redação:

"Art. 1º *Serão liberados diariamente os valores relativos a lucros, dividendos e bonificações que, por força das disposições da Resolução nº 1.564/89, tenham sido depositados junto ao Banco Central no centésimo vigésimo dia calendário anterior a cada liberação.*

Art. 2º Da mesma forma, *serão também diariamente liberados os valores relativos a retornos de investimento depositados no centésimo octogésimo dia calendário anterior a cada liberação.*

Art. 3º As presentes disposições aplicam-se aos depósitos que venham a se constituir a partir da data da publicação desta circular no *Diário da União.*"

37. Assim sendo, a consulente passou a ter direito adquirido à remessa:

a) dos dividendo 120 dias após a realização do depósito;

b) do retorno do capital 180 dias após o depósito.

38. A Circular nº 1.725, de 10.5.1990, mudou este regime, como se vê pela sua redação que é a seguinte:

"Comunicamos que a Diretoria do Banco Central do Brasil, em sessão de 10.5.90, com fundamento na Resolução *nº 1.564, de 16.1.89* e tendo em vista as disposições da *Resolução nº 1.690, de 18.3.90,* decidiu:

Art. 1º *Os valores relativos a lucros, dividendos, bonificações e retornos de investimentos depositados sob a Resolução nº 1.564/89 serão liberados, para pagamento no exterior, a partir de 16 de setembro de 1991, em 12 (doze) parcelas mensais, iguais e sucessivas.*

Art. 2º Esta Circular entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogada a Circular nº 1.564, de 10.1.90, e disposições em contrário."

39. Assim, *o novo regime* estabelecido *só poderia ser aplicado aos depósitos realizados após 10 de maio de 1990, não podendo alcançar as situações ocorridas até a mencionada data e que se regiam pela Circular nº 1.564, de 10.1.1990,* em virtude da existência de direito adquirido.

40. Examinando a retroatividade das disposições legais referentes ao capital estrangeiro, escreveu o saudoso Professor Herculano Borges da Fonseca, antigo diretor do Departamento Econômico da Sumoc (que se transformou no Banco Central) que, "portanto, é inconstitucional pretender-se aplicar os dispositivos limitativos da Lei nº 4.131 retroativamente. Não importa que ela seja uma lei de interesse público, *porque interesse público — e relevante — é o bom nome do País no exterior,* que seria afetado se os direitos adquiridos e os atos jurídicos perfeitos passassem a ser ignorados pela lei nova" (Herculano Borges da Fonseca. *Regime jurídico do capital estrangeiro.* Rio de Janeiro, Editora Letras e Artes, 1963, p. 78).

41. Se a própria Lei nº 4.131 teve que respeitar os atos jurídicos perfeitos, os direitos adquiridos e as situações jurídicas definitivas, é evidente que também não pode afetá-los a Circular nº 1.725.

D) *Primeiras conclusões*

42. Conclui-se, assim, nessa primeira fase do nosso trabalho que:

a) a autorização para remessa de dividendos e retorno de capital é ato vinculado;

b) a autorização constituiu assim, no caso, condição preestabelecida inalterável o critério de outrem;

c) de acordo com a legislação vigente no momento do requerimento, o direito de remessa dependia de prazo prefixado pela Circular nº 1.564, que não pode ser modificado para os depósitos feitos na sua vigência;

d) conseqüentemente, existe direito adquirido da consulente de fazer a remessa nos prazos da Circular nº 1.564; pois

d.1) a autorização independe de qualquer decisão discricionária, por constituir ato vinculado;

d.2) o prazo de remessa foi prefixado, assegurando-se a transferência de recursos nos 120 e 180 dias respectivamente para os dividendos e o retorno de capital, contados da data em que o depósito foi efetuado.

43. Independentemente da existência de direito adquirido da consulente, protegido constitucionalmente, entendemos que também não pode ser invocado, no caso, o caráter de medida de ordem pública de direito monetário, que representa o Plano Brasil Novo, por não incidir o mesmo sobre os depósitos em moeda estrangeira realizados no Banco Central e não tratar da matéria, como em seguida comprovaremos.

III. O REGIME DOS DEPÓSITOS EM DÓLARES E O PLANO BRASIL NOVO

44. Discutiu-se muito, na doutrina e na jurisprudência, a constitucionalidade das medidas do Plano Brasil Novo, que modificando, por texto legal, a moeda nacional, bloquearam recursos privados e ensejaram outras providências no sentido de debelar a inflação.

45. Poder-se-ia, à primeira vista, considerar que as medidas aplicadas, na área externa, pelo Banco Central, estariam correspondendo a medidas internas decorrentes do Plano, olvidando-se todavia duas realidades básicas que evidenciam uma diferença da maior importância do ponto de vista jurídico:

a) *o Plano Brasil Novo decorreu de Medidas Provisórias aprovadas ou transformadas em leis, pelo Congresso Nacional,* tendo assim *caráter formal de lei* em sentido técnico, para os fins do art. 5º, inciso II, da Constituição;

b) o Plano Brasil Novo *modificou a unidade da moeda nacional,* dando-lhe nova denominação e regime jurídico próprio.

46. Ao contrário, no caso da Circular nº 1.725, não se equipara a mesma à lei em sentido formal, como também não constitui texto legal a Resolução nº 1.690, que não trata da matéria, mas na qual se fundamentou a Circular, pois *a delegação dada ao Conselho Monetário Nacional* e ao Banco Central *não permite que sejam bloqueados recursos de particulares por tempo determinado e parcelado o pagamento no exterior,* a não ser no caso excepcional previsto no art. 28 da Lei nº 4.131, que não ocorreu, na presente hipótese, como em seguida se provará.

47. As medidas monetárias que abrangem um amplo poder discricionário do legislador se referiram tão-somente a depósitos em moeda nacional, não abrangendo, nem podendo abranger, os depósitos em moeda estrangeira e certamente descabendo tal interpretação extensiva e analógica de norma de direito singular, mediante ato administrativo, como é o caso da circular.

48. Assim sendo, as medidas tomadas pelo Banco Central do Brasil carecem de fundamento legal, por ausência de lei em sentido formal que obrigue as partes a deixar os seus depósitos no Banco Central, no Brasil, até setembro de 1991, só os recebendo, em seguida, em doze parcelas mensais, iguais e consecutivas, e inexistindo, além de não poder existir, delegação legislativa para que o Conselho Monetário Nacional estabeleça as mencionadas normas, tanto mais que o legislador, na verdadeira revolução monetária que realizou, somente se referiu as

mudanças a serem aplicadas à moeda nacional e jamais a depósitos em moeda estrangeira.

IV. DA NÃO APLICAÇÃO NO CASO DO ART. 28 DA LEI Nº 1.431

49. Acresce que não se trata, no caso, de aplicação do art. 28 da Lei nº 4.131, que, em casos especialíssimos, admite a suspensão das remessas, nos seguintes termos:

"Art. 28. Sempre que ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamentos, ou houver sérias razões para prever a iminência de tal situação, poderá o Conselho da Superintendencia da Moeda e do Crédito impor restrições, por prazo limitado, à importação e às remessas de rendimentos dos capitais estrangeiros e, para este fim, outorgar ao Banco do Brasil monopólio à total ou parcial das operações de câmbio."

50. Em primeiro lugar, a lei só admite que sejam estabelecidas restrições e não trata da suspensão e do parcelamento por longo prazo. Por outro lado, não foi reconhecido e, evidentemente, no momento inexiste — e nao há nem mesmo ameaça de ocorrer — grave desequilibrio no balanço de pagamentos.

51. Por outro lado, mesmo no caso de ocorrer a hipótese do art. 28, impõe-se a manutenção das remessas de dividendos limitados a 10% sobre o capital registrado, nos precisos termos do art. 28, § 1º, que tem a seguinte redação:

"§ 1º No caso previsto neste artigo ficam vedadas as remessas, a título de retorno de capitais de risco, e *limitados a 10% (dez por cento) sobre o capital registrado,* nos termos dos arts. 3º e 4º, as de seus lucros."

52. Acresce que a Lei nº 4.131 deve ser compatibilizada com a Convenção do Fundo Monetário Internacional, ao qual o Brasil aderiu e que foi aprovada pelo Decreto-lei nº 8.479, de 27.12.1945 e promulgada pelo Decreto nº 21.177, de 25.5.46, cujo art. VI, seção 3, referente ao controle de transferências de capitais esclarece que:

"Seção 3. Os membros poderão exercer os controles que sejam necessários para regular os movimentos internacionais de capitais, mas *nenhum membro poderá exercer esses controles de maneira tal que restrinjam os pagamentos por conta de transações correntes ou que atrasem indevidamente as transferências de fundos de liquidação de obrigações,* exceto nos termos do art. 7º, Seção 3 (b), e do art. 14, Seção 2."

53. É de se ponderar, ainda, que o Conselho Monetário Nacional não reconheceu a existência do grave desequilíbrio, tendo a Resolução nº 1.564, de 16.1.1989 (invocada pela Circular nº 1.725), se limitado a estabelecer a chamada "centralização de câmbio", com base no art. 4º, inciso V e XXXI da Lei nº 4.595, que tratam respectivamente da competência do Banco Central para:

"V — fixar as diretrizes e normas da política cambial, inclusive quanto à compra e venda de ouro e quaisquer operações em Direitos Especiais de Saque e em moeda estrangeira;

.....

XXXI — baixar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive *swaps,* fixando limites, taxas, prazos e outras condições."

54. Evidencia-se, outrossim, que a competência para bloquear recursos privados em moeda estrangeira, numa forma que se aproxima do confisco ou da desapropriação do direito de uso, não se enquadra nos incisos acima referidos, que tratam da política cambial e das condições das operações de câmbio, tanto mais que, no caso da consulta, o câmbio já estava fechado e o depósito foi realizado em moeda estrangeira, ou seja, em dólares norte-americanos.

55. Não é de esquecer que a invocação do art. 28 foi sempre considerada excepcional, salientando a doutrina que, por longo tempo, não foi usado, por ser medida da maior seriedade "em virtude das desastrosas conseqüências que poderiam daí advir" (Andrade Júnior, Átila de Souza Leão. *O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro.* Forense. 1979. p. 372).

56. Assim, concluímos que:

a) não se aplica no caso o art. 28 da Lei nº 4131;

b) por não ter havido decisão formal de invocá-lo, por parte da autoridade competente; e

c) por garantir o mesmo a remessa dos dividendos até 10% do capital registrado, o que não não foi ressalvado pela Circular nº 1.725.

57. Ainda cabe lembrar que, na realidade, o eventual grave desequilíbrio já não existia no início de maio de 1990, pois o próprio Banco Central reconheceu já ter recuperado, em fins de abril, as suas reservas internacionais (*O Estado de São Paulo*, de 2.6.90) que atingiram US$ 6,8 bilhões, pelo conceito de caixa, e US$ 8,7 bilhões, pelo conceito de liquidez internacional, abrangendo os créditos que o Brasil tem a receber de outros países (*Jornal do Comércio*, de 2.6.90, p. 5).

58. Além de não incidir, no caso, o art. 28 da Lei nº 4.131 e de existir, em favor da consulente, direito adquirido, veremos ainda que a Circular — e até a Resolução — não se equiparam à lei, sendo atos administrativos de caráter regulamentar, que não podem modificar os textos legais, nem criar limitações à liberdade de circulação de recursos. Enquadrando-se no poder regulamentar, a competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central se limita, no plano normativo, à regulamentação da matéria em que houve delegação legislativa especificamente prevista nas Leis n.os 4.131 e 4.595, não abrangendo a possibilidade de bloquear recursos em moeda estrangeira, por ser matéria que exige texto de lei (art. 5º, II, da Consttiuição Federal).

V. DOS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR

59. Já vimos que a centralização de câmzio determinada na Resolução nº 1.564 não se confunde com o reconhecimento da situação prevista no art. 28 da Lei nº 4.131, tanto assim que a Resolução não se refere ao mencionado texto legal, invocando tãosomente, como seus fundamentos legais, a Lei nº 4.595, que não trata da matéria, e o art. 2º, do Decreto nº 94.303, de 1º.5.1987, que autoriza o Presidente do Conselho Monetário Nacional a aprovar resoluções *ad referendum* do colegiado.

60. Comprovaremos agora que:

a) a Lei nº 4.595 não autoriza o Conselho Monetário Nacional a bloquear recursos, que lhe foram entregues para remessa ao exterior, tratando-se de dividendos devidos a acionistas estrangeiros e de retorno parcial de capital estrangeiro devidamente registrado;

b) se a Lei autorizasse que tal medida pudesse ser tomada pelo Conselho Monetário Nacional seria inconstitucional;

c) na realidade, a medida não foi decidida pelo Conselho Monetário Nacional em Resolução, mas pelo Banco Central em *circular;*

d) a Circular não pode criar, modificar ou extinguir direitos, o que só pode ocorrer em virtude de lei.

A) *Da inexistência de competência do Conselho Monetário Nacional para bloquear recursos de remessas*

61. A competência do Conselho Monetário Nacional decorre de delegação legislativa e do poder regulamentar, mas só abrange a fixação de políticas e de medidas específicas que não podem retirar a disponibilidade de recursos do patrimônio de particulares.

62. A leitura e análise dos arts. 3º e 4º da Lei nº 4.595 e dos comentários da doutrina aos mesmos evidenciam que inexiste qualquer poder ou competência do Conselho Monetário Nacional para determinar o depósito compulsório a longo prazo de valores destinados a remessa ao exterior, limitando-se a lei a atribuir ao Conselho a faculdade de fixar o recolhimento compulsório em relação aos depósitos de instituições financeiras (art. 4º, inciso XIV).

63. Como já salientamos, a fixação da política cambial e da regulamentação das operações de câmbio, mencionadas nos incisos V e XXXI do art. 4º, não podem significar o direito de desapropriar o uso de divisas estrangeiras durante um prazo médio de dois anos.

64. Somente a lei ordinária é que eventualmente poderia criar tal situação em re-

lação ao futuro e não ao passado, a fim de não violar o direito adquirido.

B) *Inconstitucionalidade nas normas do Conselho Monetário Nacional que desapropriam o uso de recursos de empresas particulares*

65. A Constituição não admite a desapropriação de qualquer direito — mesmo do direito de uso temporário — sem justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV), só se admitindo o uso da propriedade particular pelo Poder Público, no caso de iminente perigo público, assegurada ao proprietário ulterior indenização (art. 5º, inciso XXV), sendo ampla a garantia do direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII), que não pode ser violado, sem obediência ao devido processo legal (*due process of law*).

66. A melhor doutrina reconhece que tudo que se refere aos direitos individuais, seja das pessoas físicas, seja das pessoas jurídicas, abrangendo a aplicação das garantias mencionadas no art. 5º da Constituição, não pode ser objeto de delegação legislativa ou de regulamentação pela Administração. As normas que protegem a empresa, no plano civil e comercial, abrangendo a sua propriedade e o exercício dos seus direitos somente podem sofrer limitações em virtude de legislação oriunda ou aprovada pelo Congresso Nacional.

67. Acresce que os mais ferrenhos defensores dos regulamentos autônomos e do alargamento do poder regulamentar sempre reconhecem que o direito novo oriundo da administração nunca poderia conflitar com os princípios básicos fixados em leis formais. Poderiam ser *secundum legem* ou *praeter legem*, de acordo com a lei ou para suprir as suas omissões, mas *jamais contra legem*, contra o texto da lei, devendo manter sempre o fiel respeito ao princípio da hierarquia das normas jurídicas, que caracteriza o Estado de Direito.

68. Assim sendo, mesmo que se pudesse interpretar as normas da Lei nº 4.595 como uma competência mais ampla e abrangente, assim mesmo não poderia a mesma entrar em choque com os princípios constitucionais básicos, que só permitem que se obrigue alguém a fazer ou não fazer alguma coisa ou a deixar de dispor de um bem seu, mesmo que transitoriamente, em virtude de lei emanada do Congresso Nacional.

C) *Inexiste na matéria qualquer resolução sendo o bloqueio decorrente de mera circular*

69. Embora a Circular nº 1.725, de 10.5.1990, faça referência à Resolução nº 1.690, esta última, que "permite a contratação de operações de câmbio a taxas livremente pactuadas, modifica limites de posição de câmbio e a forma de relacionamento entre as instituições autorizadas e o Banco Central" — como esclarece o seu título — não trata do bloqueio dos depósitos em dólares destinados a realização de remessas para o exterior de dividendos ou de parte do capital registrado. O mesmo ocorre com a Resolução nº 1.564, já referida no item nº 53 do presente Parecer.

70. Aliás, a Circular nº 1.725, de 10.5.90, esclarece que contém decisão tomada pela Diretoria do Banco Central, invocando como fundamentos as Resoluções n.os 1.564 e 1.690, que ambas não tratam da matéria, a primeira estabelecendo a centralização de câmbio e a segunda a relativa liberalização das operações com moedas estrangeiras, assuntos sem relação com o bloqueio determinado pela Circular nº 1.725.

71. É, finalmente, evidente que se a matéria tratada na Circular, por afetar direitos patrimoniais protegidos pela lei, não podia ser objeto de resoluções do Conselho Monetário Nacional, *a fortiori* não caberia à Diretoria do Banco Central estabelecer tal bloqueio, que não se enquadra na competência que lhe atribuem os arts. 10 e 11 da Lei nº 4.595.

72. Acresce finalmente que a Resolução nº 1.691, de 18.3.1990, decorrente de decisão do Ministro da Fazenda, na qualidade de presidente do Conselho Monetário Nacio-

concedendo ao Conselho Monetário Nacional e *ad referendum* do mesmo, que aplicou aos depósitos feitos no Banco Central as disposições da Medida Provisória nº 168, não se referiu aos depósitos feitos com base na Resolução nº 1.564 e Circular nº 1.564. Aliás, a Circular nº 1.725 não se refere à Resolução nº 1.691, mas a aplicação da Medida Provisória 168 a determinados casos pela mencionada Resolução importa necessariamente na exclusão da sua incidência em relação aos demais.

73. Assim sendo, verifica-se que a decisão na matéria foi tomada pelo Banco Central, em simples circular, aparentemente sem o respaldo de decisão do Conselho Monetário Nacional. Ora, se a resolução pode em determinados casos — mas não na hipótese da consulta — representar uma forma de delegação do Congresso Nacional, o mesmo evidentemente já não acontece com a Circular, que não passa de ato administrativo, sem efeitos normativos em relação a terceiros.

74. Na realidade, a circular é um instrumento do poder regulamentar, não possuindo a autonomia necessária para criar um dever em relação a terceiros, especialmente quando não há previsão legal. Assim sendo, a circular sofre necessariamente as limitações estabelecidas em relação ao regulamento, que passaremos a examinar em seguida.

D) *A Circular não cria, modifica nem extingue direitos*

75. Tanto as resoluções como as circulares são atos administrativos de nível inferior aos regulamentos, que são aprovados pelo chefe do Poder Executivo.

76. Hely Lopes Meirelles esclarece a conceituação das resoluções e circulares nos seguintes termos:

"*Resoluções* — Resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo chefe do Executivo, que só deve expedir decretos), ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos, e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção, admitem-se resoluções individuais.

As resoluções, normativas ou individuais, *são sempre atos inferiores ao regulamento* e ao regimento, *não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los.* Seus efeitos podem ser internos ou externos, conforme o campo de atuação na norma ou os destinatários da providência concreta.

.....

Circulares são ordens escritas, de caráter uniforme, expedidas a determinados funcionários ou agentes administrativos incumbidos de certo serviço, ou de desempenho de certas atribuições em circunstâncias especiais. São atos de menor generalidade que as instruções, embora colimem o mesmo objetivo: o ordenamento do serviço" (Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 14. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1989. p. 158-9).

Acrescenta, em nota, o ilustre mestre do direito administrativo que:

"No estado de São Paulo, o Decreto nº 1, de 11.7.1972, que estabelece normas para elaboração de atos administrativos, dispõe:

I — do governador do estado, o decreto;

II — *dos secretários de estado, a resolução*;

III — de órgãos colegiados, a deliberação;

IV — de diretores gerais e coordenadores; de diretores e autoridades do mesmo nível; de autoridades policiais; de dirigentes de autarquias, bem assim de outras autoridades administrativas, quando esta for a espécie de ato estabelecido em lei, a *portaria*" (ob. cit. p. 159).

77. Já era esse o entendimento tradicional de nossa doutrina, conforme se verifica nas lições de Bento de Faria, para quem "os avisos — denominação emprestada aos atos ministeriais transmissores de ordens ou da opinião pessoal dos respectivos titulares sobre a interpretação de disposições regulamentares, bem como *as instruções, circulares,* e decisões dos Ministros — *não têm força*

legal e devem ser apreciados como simples pareceres.

.....

Assim é porque ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei" (Faria, Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei.* Rio, A. Coelho Branco Filho Editor. 1934. p. 17 e 18).

78. Assim, as Circulares da Diretoria do Banco Central colocam-se em nível inferior às Portarias Ministeriais, que podem dar ordens aos funcionários e complementar, em alguns aspectos secundários, a regulamentação contida nos Decretos.

79. Mas mesmo que as Circulares se enquadrassem no nível dos regulamentos, ainda assim seriam ilegais as disposições da Circular nº 1.725, por conflitarem com as disposições legais, o que não é lícito fazer por norma regulamentar.

80. Deve, aliás, ser salientado que nenhuma delegação legislativa foi atribuída ao Banco Central, pelo Congresso Nacional, pois as delegações anteriores à Constituição de 1988 foram por ela revogadas, *ex vi* do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. As únicas delegações que foram mantidas, em virtude de legislação expressa, foram as existentes em favor do Conselho Monetário Nacional e do Conselho de Seguros Privados, em decorrência de vários diplomas legais sucessivos, dos quais o último é a Medida Provisória nº 188, de 30.5.1990, que foram prorrogando os prazos das delegações acima referidas, que não abrangem as autarquias, como o Banco Central e a CVM.

81. A Circular do Banco Central não sendo, pois, ato delegado, só se pode caracterizar como ato regulamentar. As Circulares, as Portarias Ministeriais e os Regulamentos são atos administrativos que contêm regras ou preceitos gerais, abstratos e obrigatórios, emanados de uma autoridade pública, em virtude de determinação constitucional. Visam explicitar, especificar ou desdobrar, detalhamente, o conteúdo da lei, com o fim de explicar o seu modo e forma de execução, constituindo um instrumento de complementação e adequação da lei aos fatos. Assim sendo, tem sido destacado que "a posição do regulamentador não pode deixar de ser subalterna e restrita a pontos secundários".

82. Na jurisprudência e na doutrina brasileira, a sujeição completa da regulamentação contida no Decreto ao texto da norma consubstanciada na lei corresponde a uma tese dominante através dos tempos, que se tornou mansa e pacífica. Tanto os acórdãos como o ensinamento dos doutos convergem no sentido de reconhecer, na faculdade de baixar decretos executivos, portarias e circulares, uma competência vinculada e condicionada pela lei, que se exerce *secundum legem.*

83. A liberdade de atuação da autoridade que regulamenta a chamada *Rechtsfreiesphare* (esfera de liberdade de elaboração da norma) é, pois, muito relativa, podendo, apenas, consistir em completar eventuais lacunas do texto objeto de regulamentação, inexistindo, na hipótese, poder discricionário ou livre apreciação (*freies Ermessen*). Retomando a distinção clássica entre poder discricionário e competência vinculada (*compétence liée*), estamos, evidentemente, diante de uma hipótese da faculdade em cujo exercício a autoridade está vinculada às determinações da lei. (Ver *Repertório enciclopédico do direito brasileiro.* v. 48, p. 47 e segs.).

84. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões, tem afirmado que:

"O poder de regulamentar não pode extravasar ao conteúdo da lei" (Acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de 21.9.1965, referente ao Agravo de Instrumento nº 29.789, sendo relator o Ministro Pedro Chaves, *Revistra Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.* v. 35, p. 324).

85. Já anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tinha entendido que o regulamento não poderia estabelecer requisito novo não previsto na lei ou limitação de idade

nela não consagrada, sob pena de ser considerado inconstitucional. Assim, ao decidir o Mandado de Segurança nº 2.336, a nossa mais alta corte, em sessão plenária, firmou o seu entendimento nos seguintes termos:

"O novo Estatuto dos Funcionários revogou integralmente o antigo. Não subsiste o limite de idade para a reversão estabelecida no Estatuto revogado. O regulamento posterior, que o fixou, exorbitou da lei" (Acórdão de 17.9.1954, do qual foi relator o Ministro Mário Guimarães e que se encontra publicado na *Revista de Direito Administrativo*. v. 42, p. 258).

86. Essa jurisprudência, embora criticada, na época, por parte da doutrina (ver o comentário na revista citada, v. 42, p. 258 e segs.), acabou prevalecendo e inspirou a Súmula nº 14 do Supremo Tribunal Federal que condiciona a exigência de idade para inscrição em concurso a ato legislativo: "Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público."

87. A jurisprudência dos tribunais estaduais tem acompanhado a orientação fixada pelo Excelso Pretório, afirmando o Tribunal de Justiça de São Paulo que:

"O regulamento não pode estabelecer normas criadoras de direito" (Apelação Cível nº 121.622, julgada em 8.2.1963 pela 5ª Câmara Cível, *in Revista de Direito Administrativo*. v. 84, p. 97).

88. A própria administração pública consagrou essa tese, em vários pareceres, inclusive do Dasp, reconhecendo, expressamente que:

"O regulamento só pode estatuir na medida em que a lei o consinta" (Parecer do Dasp, *Revista de Direito Administrativo*. v. 4, p. 337).

89. A posição jurisprudencial concilia-se, integralmente, com os ensinamentos firmados pela nossa doutrina na matéria. Embora haja divergência entre os autores quanto à possibilidade de o regulamento solucionar problemas não previstos pela lei, há completo acordo entre eles no sentido de não poder o regulamento, a portaria ou a circular, restringir ou limitar a incidência da lei, modificando as normas ou os princípios nela contidos.

90. Ainda no século XIX, Pimenta Bueno, no seu *Direito público brasileiro* (nº 232), que se tornou obra clássica, asseverava que:

"Do que temos exposto, e do princípio, também incontestável, que *o poder executivo* tem por atribuição executar e não fazer a lei, nem de maneira alguma alterá-la, segue-se evidentemente que ele *cometeria grave abuso em qualquer das hipóteses seguintes*:

1º — *Em criar direitos e obrigações novas, não estabelecidas pela lei*, porquanto seria uma inovação exorbitante de suas atribuições, uma *usurpação de poder legislativo*, que só poderá ser tolerada por câmaras desmoralizadas.

2º — *Em ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações*, porquanto a faculdade lhe foi dada para que fizesse observar fielmente a lei, e não para introduzir mudança ou alteração alguma nela, para manter os direitos e obrigações como foram estabelecidos, e não para acrescentá-los ou diminuí-los, para obedecer ao legislador, e não para sobrepor-se a ele."

91. Carlos Maximiliano, nos seus *Comentários à Constituição brasileira* (4. ed. v. 2, nº 225), considera que se impõe ao Poder Regulamentar as seguintes restrições:

"a) *não cria* direitos nem *obrigações não estabelecidos implícita ou explicitamente em lei*;

b) não amplia, restringe ou modifica direitos, nem obrigações (...)

d) não extingue direitos nem anula obrigações dos cidadãos em geral; (...)

g) não revoga nem contraria a letra nem o espírito da Lei."

92. Comentando as várias Constituições da República, Pontes de Miranda tem definido sempre, com incontestável clareza, os limites do Poder Regulamentar, afirmando que:

"(...) o poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que

alterem as leis existentes e sem alteração da própria lei regulamentada...

Nem o Poder Executivo pode alterar regras jurídicas constantes de lei, a pretexto de editar decretos para a sua fiel execução ou regulamentos concernentes a elas (...)

Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos — há abuso de poder regulamentar, invasão de competência (...)" (Miranda. Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967* com a Emenda nº 1, de 1969, t. 3, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1970, p/ 312-4).

93. Conclui o eminente jurisconsulto os seus ensinamentos sobre a matéria, esclarecendo que:

"Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas estranhas à lei (...), é inconstitucional (...). Tampouco pode ele limitar, modificar ou ampliar direitos, poderes, pretensões, obrigações, ações ou execuções" (op. cit. p. 315).

94. Na realidade, é manso e pacífico, na doutrina, que "o regulamento somente obriga tanto que não fira os princípios substanciais da lei", não podendo, de modo algum, o regulamento alterar nem o texto, nem o espírito do diploma regulamentado.

95. Assim, San Tiago Dantas reconheceu que:

"À medida que a separação de poderes se identificava com a própria doutrina do Estado de Direito, a diferenciação entre lei e regulamento e a subordinação hierárquica deste àquela foi também atingindo uma formulação mais precisa, hoje aceita pela jurisprudência, como pelos autores" (San Tiago Dantas. *Problemas de direito positivo.* Rio, Forense. 1953. p. 225, *in fine*).

96. Para o eminente e saudoso civilista:

"Onde o regulamento fere frontalmente a lei, nenhuma dificuldade se oferece ao intérprete, que conclui pela sua ilegalidade" (op. cit. p. 208).

97. Carlos Medeiros Silva, mestre do direito administrativo, que tem defendido a ampliação do Poder Regulamentar como uma necessidade decorrente do próprio desenvolvimento do País e das instituições, reconhece, por sua vez, que:

"Usando da faculdade de editar regulamentos, não pode, entretanto, o Executivo invadir a órbita de atribuição dos demais poderes do Estado. Desde, portanto, que o Legislativo estabeleça a norma que julga adequada à regência de determinado assunto, não havendo, no sistema de constituição rígida, infração do seu texto, fica automaticamente interditado o exercício, em contrário, do poder regulamentar... Daí a noção corrente de que o regulamento não pode sobrepor-se à lei (...)" (Carlos Medeiros Silva. *O poder regulamentar e sua extensão. Revista de Direito Administrativo.* v. 20, p. 5; ver do mesmo autor. *O poder regulamentar no direito comparado. Revista de Direito Administrativo.* v. 20, p. 28 e segs. e, especialmente p. 33).

98. Dentro da mesma orientação, Victor Nunes Leal faz o paralelo entre a hierarquia dos poderes e das normas, para concluir que:

"Assim como o Executivo está subordinado ao Legislativo e este ao Constituinte, também o regulamento expedido pelo Executivo está subordinado à lei, elaborada pelo Legislativo, do mesmo modo que a lei está subordinada à Constituição, formulada pelo Poder Constituinte" (Victor Nunes Leal, artigo publicado, *Revista de Direito Administrativo.* fasc. I, p. 375).

99. Na sua excelente monografia sobre *O controle dos atos administrativos*, Miguel Seabra Fagundes salienta que "o regulamento não pode modificar a ordem jurídica vigente, sob pena de invasão de função alheia" (ob. cit. 4. ed. Rio, Forense. p. 353.

100. Por sua vez, esclarece o Professor Hely Lopes Meirelles que:

"Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar; nem restringir ou ampliar suas disposições" (Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro,* 11. ed. S. Paulo, Revista dos Tribunais. p. 90).

101. Em excelente e exaustivo artigo sobre o Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro, o Prof. Geraldo Ataliba assinala que o regulamento só existe e tem validade nos limites em que a lei prévia o torna necessário. A lei, afirma o jurista paulista, é no caso um *prius* necessário e insubstituível que condiciona o regulamento. Este se caracteriza pela sua finalidade, ou seja, pelo atendimento da fiel execução da lei. Se a fiel execução da lei não exige regulamentação, não se justifica nem se legitima o Decreto Regulamentar.

102. Pondera Geraldo Ataliba que:

"A regulamentação, para não exceder a sua órbita, determina-se por sua finalidade. Existe para adequar a máquina administrativa à fiel observância das leis...

É que *o direito está na lei* — no nosso regime — *e só esta cria direito e obrigações. Só esta "obriga alguém a fazer ou não fazer"* (art. 150, § 2º da Constituição Federal).

Por isso se diz que o decreto não inova a ordem jurídica. Não pode alterá-la. Nada pode criar ou extinguir. Seu papel é assegurar, na esfera administrativa, o fiel cumprimento das leis." (*Revista de Direito Administrativo*, v. 97, p. 21 e segs. especialmente, p. 33).

103. Para indicar a unanimidade da doutrina brasileira na matéria, desde Pimenta Bueno até Hely Lopes Meirelles e Geraldo Ataliba, podemos assinalar que a mesma tese foi abraçada por Ribas (*Direito Administrativo Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1966, p. 225 e segs.), Tito Prates da Fonseca (*Lições de Direito Administrativo*, Rio, Freitas Bastos, 1943, p. 57), Themístocles Brandão Cavalcanti (*A Constituição Federal Comentada*, Rio, José Konfino, 1948, v. 2, p. 233-4), Ruy Cirne de Lima (*Princípios de Direito Administrativo*, Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1964, p. 40), Antão de Moraes (*Parecer, Revista de Direito Administrativo*, v. 61, p. 337 e segs.) e Francisco Campos (*Parecer, Revista Forense*, v. 80, p. 372 e segs.) entre outros.

104. Finalmente, aplica-se à circular as judiciosas e oportunas considerações do eminente Consultor-Geral da República, Dr. Célio Silva, que recentemente, em 25.04.1990, adotou parecer do Consultor Luis Augusto Paranhos Sampaio no qual salienta que:

"A portaria, portanto, se insere entre os atos produzidos no âmbito das repartições e é, embora muitos possam até contradizer, a forma pela qual os funcionários superiores se dirigem aos seus inferiores.

Pode até acontecer que um agente político, no caso o Ministro de Estado, ao editar uma portaria o faz supondo estar praticando ato legal; se isto ocorrer, embora patente a sua boa-fé, não deixa esse ato de padecer de invalidade, porque praticado em direção contrária à lei.

Torna-se inexistente o ato administrativo — e isto em consonância com os ensinamentos dos publicistas — quando não reúne os seus elementos de existência, de modo a não produzir quaisquer efeitos, inedependentemente de pronunciamentos judiciais. Ao contrário, quando os reúne, diz-se perfeito e torna-se válido, podendo até apresentar pequenos vícios ou simples irregularidades formais, mesmo porque os atos administrativos cobertos de manchas ou de pequenas imperfeições, comportando simples correções materiais, subsistem no plano jurídico.

Por outro lado, os que apresentam vícios de ilegalidade e foram inquinados de inconstitucionalidade, estes sim, reputam-se nulos, estando, de conseqüência, passíveis de anulação administrativa ou judicial. (*Diário Oficial* de 30.04.1990, p. 8.026).

CONCLUSÕES

105. Pelo exposto concluímos que:

a) A Consulente possui direito adquirido a transferir, para o exterior, os dividendos e a parcela de retorno de capital estrangeiro, de acordo com a legislação e regulamentação vigentes em janeiro de 1990, ou seja, nos termos da Resolução 1.564 e da Circular nº 1.564, respectivamente de 16.01.89 e de 10.01.1990;

b) A Circular nº 1.725 só pode ser eventualmente aplicada às operações posteriores

a sua entrada em vigor, a fim de não violar o princípio da irretroatividade da lei consagrado pela Constituição Brasileira (art. 5º, XXXVI);

c) A Circular nº 1.725 é inconstitucional, pois viola o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, que só admite que alguém seja obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei em sentido formal e o art. 5º, inciso XXV que veda a desapropriação, sem prévia e justa indenização;

d) A Circular nº 1.725 é ilegal pois não tem amparo na Lei nº 4.595, sendo o Banco Central incompetente para expropriar o direito de uso dos depósitos em moeda estrangeira;

e) Os remédios legais cabíveis são os seguintes:

e.1) pedido de reconsideração da Circular à Diretoria do Banco Central;

e.2) Recurso administrativo à Exma. Sra. Ministra da Fazenda;

e.3) Mandado de Segurança contra o Banco Central, a ser impetrado em São Paulo ou em Brasília;

e.4) Ação de Inconstitucionalidade, que só pode ser intentada no Supremo Tribunal Federal pelos titulares previstos na Constituição Federal (art. 103: Presidente da República, Governador, Senado, Câmara, Assembléia Legislativa, Procurador-Geral da República, Partido Político ou Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional).

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 15 de junho de 1990. — *Arnold Wald,* Professor Catedrático de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

---

* O Governo Federal decidiu revogar a Circular nº 1.725 e liberar gradualmente os depósitos feitos, conforme se verifica pela Circular nº 1.768 de 4.6.90 do Banco Central.