

Aspectos Econômicos e Jurídicos do Investimento Direto Estrangeiro frente ao Direito Tributário Internacional

Ataíde Marcelino Júnior

*Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp).
Advogado. Professor Universitário.*

Resumo

Diante da multiplicidade de Estados envolvidos no processo produtivo das empresas em busca da maximização de lucros por custos minimizados, é possível constatar variadas incidências tributárias sobre a mesma renda obtida pelo investimento externo direto. E isso ocorre porque o fato impositivo do imposto sobre a renda pode se realizar, no todo ou em parte, no território de mais de um Estado, provocando os mais variados concursos de qualificação e de localização, além da realizada no Estado brasileiro.

Abstract

Considering the multiplicity of the States involved in the productive process of businesses, which seek the highest profits at the lowest costs, it is possible to discover diverse taxation occurrences on the same income obtained by foreign direct investment. And this happens because the taxability of income tax can be realized, in total or in part, in the territory of more than one State, provoking the most varied tests of qualification and localization, besides those realized within the Brazilian State.

Introdução

O volume de investimento externo direto no cenário internacional tem crescido significativamente nos últimos tempos, principalmente nos países em desenvolvimento¹. Os principais motivos de atração são os benefícios concedidos por esses países à entrada de capital estrangeiro, com foco no incremento interno na produção de bens e serviços, gerando, assim, movimentação de valores e aumentando a arrecadação de tributos. Identifica-se também, como motivação pela atração do IED, a viabilidade na transferência de tecnologia dos países investidores para os países hospedeiros, além da criação de novos empregos, diversificação do parque industrial e desenvolvimento em outros setores da economia².

¹ Apesar dessa constatação, o Brasil não vem mantendo o seu merecido destaque, conforme ressalta Umberto Celli Júnior: “Em 2004, conforme índices divulgados por uma empresa de consultoria internacional, o Brasil caiu da 9ª para a 17ª posição na lista de países com potencial de atratividade para investimentos estrangeiros diretos (IED).” (“Acordos de Investimentos e Políticas Industriais”. In: TÓRRES, Heleno Taveira (coord.). *Comércio Internacional e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 634)

² Relata Vogel: “Todos os Estados, que se denominam ‘países em desenvolvimento’, têm sempre em comum que estão determinados a recuperar a sua economia, criando a possibilidade de exporta-

A busca pela eficiência operativa é crucial para a sobrevivência de determinados segmentos econômicos, cujo êxito, em muito, depende da política fiscal³ do país hospedeiro, o acesso ao crédito menos oneroso, mão-de-obra especializada e baixo custo, posição geográfica, bem como outros fatores que influenciam decisivamente a opção pelo investimento em outro Estado. Nesse contexto, o Direito Tributário Internacional assume significativa relevância⁴.

Dependendo do grau de participação que se queira implementar, o investimento estrangeiro pode ingressar no Estado hospedeiro por variadas formas. Seja na instalação de uma subsidiária ou na constituição de uma filial, o IDE pode ser objeto da constituição de uma série de modelos jurídicos. Por outro lado, percebe-se que a disciplina jurídica do investimento externo no Brasil é comum a quaisquer modelos societários.

Com efeito, a disciplina jurídica do IED no Brasil dá proteção e, por sua vez, confere registro, somente ao capital que ingressar em forma de investimento em algum dos setores da economia nacional. Uma vez registrado, o capital estrangeiro tem garantia de câmbio, de remessa de lucros, de reinvestimento e repatriação do capital investido. Daí a necessidade da exposição dos principais institutos acerca da disciplina jurídica do IED no Brasil.

Nota-se que a presença do investimento estrangeiro direto, por si só, configura um dos elementos de estraneidade da norma tributária, tendo em vista que a lei brasileira só confere o caráter estrangeiro ao capital cuja titularidade seja de pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior. Não raro, é possível identificar mais de uma residência ou nacionalidade, o que, em matéria obrigacional tributária, traz diversas conseqüências, principalmente se o país hos-

ção para os Estados ‘desenvolvidos’, removendo os entraves comerciais, e interessados, por outro lado, nos investimentos de Estados industrializados, que fazem falta para a criação de novos empregos e, por conseguinte, de poder aquisitivo.” (“A importância do Direito Tributário Internacional para os Países em Desenvolvimento”. In: TAVOLARO, Agostinho; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*. Tradução Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 471)

³ José Casalta Nabais assim coloca o tema: “Daí que o investimento estrangeiro insira-se na política, seguida pela generalidade dos países de atracção do investimento em geral e do investimento estrangeiro em particular, constituindo, por isso, um dos mais importantes segmentos do que podemos designar por política fiscal externa.” (“Investimento Estrangeiro e Contratos Fiscais em Portugal”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Comércio Internacional e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 614)

⁴ Nesse sentido: TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. 2ª ed., rev., atual., e ampl., São Paulo: RT, 2001b, p. 177; BAKER, Philip. “A Tributação Internacional no Século XXI”. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luis Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *Direito Tributário Atual* nº 19. São Paulo: Dialética, 2005 p. 44; para Augusto Fantozzi, estamos vivenciando a 3ª fase do processo de evolução do Direito Tributário Internacional, motivada pelos seguintes fatores: “O crescimento das oportunidades oferecidas aos empreendedores, inclusive dos países em desenvolvimento; a redução a zero dos parâmetros tradicionais como distância; centralização; possibilidade de transporte; acesso ao conhecimento e, por outro lado, a falta de instrumentos tradicionais próprios dos Estados Nações que aponto; a taxação legada ao território; a manobra dos câmbios etc. mudaram drasticamente as relações de força entre Estados e entre as diversas forças sociais.” (“Evolução, Problemas Atuais e Perspectivas do Direito Tributário Internacional na Ótica Italiana”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 26)

pedeiro adotar o *princípio da universalidade* da renda⁵, a exemplo do nosso ordenamento jurídico.

À evidência, pode-se constatar variadas incidências tributárias sobre a mesma renda obtida pelo IED, diante da multiplicidade de Estados envolvidos no processo produtivo das empresas em busca da maximização de lucros por custos minimizados. E isso ocorre porque o fato impositivo do imposto sobre a renda pode se realizar, no todo ou em parte, no território de mais de um Estado tributante, provocando os mais variados concursos de qualificação e de localização, além da realizada no Estado brasileiro.

Daí, mais uma vez, verifica-se a necessidade de uma análise nos principais institutos do capital estrangeiro, Lei nº 4.131/62 e alterações, bem como os consectários, no que se refere às obrigações tributárias, influenciando diretamente no êxito ou não do investimento direto estrangeiro no Brasil. É certo que, atualmente, um dos principais papéis do Direito Tributário Internacional é remover os obstáculos ao comércio internacional, ao movimento de pessoas e, principalmente, viabilizar os investimentos por meio da eliminação da dupla tributação internacional⁶.

Assim, propõe-se expor a caracterização do investimento externo direto no Brasil, quanto aos seus aspectos econômicos e jurídicos, e sua relevância frente aos atuais problemas do Direito Tributário Internacional, notadamente à globalização.

1. Internacionalização da Produção e Investimento Externo Direto (IED)

O fenômeno da internacionalização da produção⁷ pode assumir três formas, quais sejam, a exportação de bens e serviços, o licenciamento de tecnologia patenteada e o investimento direto estrangeiro⁸. É sobre o investimento direto estrangeiro que passaremos a dar maior destaque.

⁵ No pólo oposto ao princípio da territorialidade situa-se o *princípio da universalidade* (ou do *world-wide-income*), segundo o qual toda a renda da pessoa jurídica deve ser tributada no país de domicílio, incluindo a renda externa, seja esta decorrente de atividade funcional ou jurídica, seja esta obtida através de filiais ou de subsidiárias (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil: Tributação das Operações Internacionais*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 342).

⁶ A respeito, ilustra Philip Baker: "Ao passo que entramos no século XXI deve-se também considerar qual o papel do direito internacional tributário. Em larga medida, esse papel foi determinado pelo trabalho da Liga das Nações no período após a Guerra Mundial. Dessa forma, por exemplo, um dos principais papéis é sem dúvida a remoção de obstáculos ao comércio internacional, ao investimento e ao movimento de pessoas através da eliminação da dupla tributação internacional." (BAKER, Philip. "A Tributação Internacional no Século XXI". In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUE-RI, Luis Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *Direito Tributário Atual* nº 19. São Paulo: Dialética, 2005, p. 43)

⁷ Conforme Baumann, "A base da teoria da internacionalização da produção consiste na idéia de que agentes econômicos de um determinado país têm uma 'preferência revelada' pelo mercado doméstico, em termos não somente de localização da produção, como também de canalização da produção (vendas). Essa preferência resulta dos custos diretos e, principalmente, dos custos de transação envolvidos nas operações internacionais, qualquer que seja a forma. Produzir no país de origem e orientar a produção para o mercado doméstico significa uma diferença marcante com relação à entrada em um novo mercado com o qual a empresa tem pouca familiaridade. O mesmo ocorre no referente à entrada em um mercado já conhecido, mas geograficamente distante, que significa custos de coordenação e monitoramento." (BAUMANN, Renato; CANUTO, Otaviano; GONÇALVES, Reinaldo. *Economia Internacional: Teoria e Experiência Brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 207-208)

⁸ O mesmo que, pelo comércio internacional, o investimento externo direto e a relação contratual (BAUMANN, Renato; CANUTO, Otaviano; GONÇALVES, Reinaldo. *Economia Internacional: Teoria e Experiência Brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 206).

Sob o ponto de vista do Estado hospedeiro, os estudos brasileiros mostram que é possível encontrar posições contrárias, ou seja, argumentos relacionados com os efeitos nocivos que o IED poderia provocar no nível de emprego, na balança comercial e no aumento das desigualdades da renda e da dependência; e também argumentos a favor do IED, representados pelos *grupos de interesses*, defensores do livre mercado, que proporcionam o aumento de emprego, da balança comercial e de transferências de tecnologias⁹.

Ainda permanece, nos dias atuais, a referida dualidade sobre os reflexos do IED para a economia brasileira, sendo nossa posição manifestada, desde já, como favorável ao IED¹⁰. Aqui não se defende - ou se questiona - se o capital estrangeiro é mais eficiente que o nacional. Ou, ainda, se o capital estrangeiro ingressado nas privatizações foi ou não benéfico para uma melhoria de produtividade em bens e serviços. Trata-se de um conjunto de fatores, cuja análise não caberia aos propósitos deste breve comentário¹¹. O que se defende é uma política de disciplina moderada do capital estrangeiro, tendo como meta a atração do investimento produtivo, como condição para o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos fatores econômicos do País. Temos observado que o comércio internacional tem muito mais probabilidade de causar danos às nações do que o IED.

Sob o ponto de vista do investidor estrangeiro, os debates com posições opostas são semelhantes às discussões defendidas pelo Estado hospedeiro. Entre as obras contemporâneas, destacam-se a de Stephen Herbert Hymer e John H. Dunning.

No Modelo de Hymer, as operações internacionais (IED) ocorrem em função da interdependência das empresas de diferentes países; das imperfeições de mercado; e habilidade desigual, ou seja, das vantagens comparativas. Baseando-se em critérios estáticos, e sem se preocupar com aspectos políticos, a tese de Hymer utiliza-se da ideologia para determinar as operações internacionais: “Existe um cír-

⁹ MORAES, Orozimbo José de. *Investimento Direto Estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

¹⁰ Klaus Vogel relata que a Alemanha passou por semelhante período, e que a entrada das empresas inglesas desempenhou um importante incremento para o crescimento econômico alemão, como se vê: “(...) uma olhada para a história econômica alemã do século passado mostra que, sem a atividade das empresas inglesas na Alemanha, este país não teria podido superar com suas próprias forças o seu então subdesenvolvimento econômico. Mas, um Estado somente consegue adquirir completa independência econômica quando os seus habitantes podem manter-se em concorrência com as empresas estrangeiras. Para isso, é necessário, pelo menos durante uma longa fase de transição, não apenas haver investimentos estrangeiros diretos, mas além disso é preciso que se ponham à disposição meios com que as empresas nacionais possam operar, havendo portanto necessidade de investimentos diretos. Tais investimentos ficam prejudicados, porém, pelo atual direito tributário internacional.” (“A Importância do Direito Tributário Internacional para os Países em Desenvolvimento”. In: TAVOLARO, Agostinho; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*. Tradução: Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 474)

¹¹ Para este propósito, interessante é o trabalho de Artur Yabe Milanez, sob o título de *Os Efeitos do Investimento Direto Externo (IDE) sobre o Desenvolvimento Tecnológico do País Receptor - O Caso da Indústria Brasileira de Equipamentos para Telecomunicações*, orientado pelo Professor Carlos Aguiar de Meeiros, na Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia Industrial, Dissertação de Mestrado defendida em março de 2004. Também interessante é o trabalho de Júlio César Callegari, sob o título *O Papel do Investimento Direto Externo e das Empresas Transnacionais no Desenvolvimento Tecnológico Local: uma Análise da Indústria Paulista*, orientado pelo Professor David Kupfer - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, fevereiro de 2002.

culo vicioso envolvido. Maior o nacionalismo, maior deve ser o lucro em moeda local e isso provoca uma grande hostilidade à exploração estrangeira.”¹²

No modelo de Dunning, o IED é resultante da presença de três fatores simultâneos e determinantes, que são: as vantagens de propriedade das empresas transnacionais, como a tecnologia; vantagens locais no país recipiente; e presença de vantagens de transação relativas aos benefícios comerciais das transações intra-firma, em vez das transações realizadas entre as ETNs e outras empresas do país hospedeiro¹³.

Nesse sentido, cada país, em razão do seu perfil econômico, político ou geográfico, atrairia o IED em função de suas vantagens comparativas, ou fatores locais, a saber: oferta de mão-de-obra qualificada a baixo custo, o nível de renda *per capita*, a existência de barreiras tarifárias e/ou cotas de importação, o aparato e a estabilidade institucional e infra-estrutura em transportes, além dos incentivos políticos e fiscais¹⁴. Em função da composição destes fatores locais, Dunning propõe que os países hospedeiros poderiam ser caracterizados por quatro tipos diferentes de IED, a saber: o IED orientado para recursos (*resource seeking*), como a procura por recursos naturais ou mão-de-obra de melhor acesso ou a baixo custo; o IED orientado para o mercado (*market seeking*), destacando a procura da ETN em atender um mercado específico; o IED orientado para a eficiência (*efficiency seeking*), onde a ETN promove alguma forma de especialização produtiva entre as diversas unidades que compõem a rede de produção global da empresa; e o IED orientado pela estratégia da ETN (*strategic seeking*), onde o que está em jogo é a sobrevivência da empresa no longo prazo, por meio do aumento de suas capacitações tecnológicas¹⁵.

2. Disciplinamento Jurídico Brasileiro do IED

Já se reconheceu que o conceito legal de capital estrangeiro no Brasil para fins de IDE, previsto na Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, não foi suficientemente empregado para expressar a intenção do legislador. Vejamos o que diz o artigo 1º da lei, *verbis*:

“Artigo 1º Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial

¹² MORAES, Orozimbo José de. *Investimento Direto Estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 24; BAUMANN, Renato; CANUTO, Otaviano; GONÇALVES, Reinaldo. *Economia Internacional: Teoria e Experiência Brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 206.

¹³ MORAES, Orozimbo José de. *Investimento Direto Estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 27; BAUMANN, Renato; CANUTO, Otaviano; GONÇALVES, Reinaldo. *Economia Internacional: Teoria e Experiência Brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 207.

¹⁴ Baumann: “O exemplo mais usado de fator locacional específico é a política comercial. A adoção de barreiras comerciais (tarifárias e não-tarifárias) em um determinado país tende a estimular as empresas estrangeiras a substituírem suas exportações.” (BAUMANN, Renato; CANUTO, Otaviano; GONÇALVES, Reinaldo. *Economia Internacional: Teoria e Experiência Brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 211)

¹⁵ MILANEZ, Artur Yabe. *Os Efeitos do Investimento Direto Externo (IDE) sobre o Desenvolvimento Tecnológico do País Receptor: o Caso da Indústria Brasileira de Equipamentos para Telecomunicações*. Dissertação (Mestrado em Economia) - Instituto de Economia Industrial, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2004, p. 7.

de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.”

Ao contrário de outros dispositivos modificados pela Lei nº 4.390, de 29 de agosto de 1964, a citada definição legal não sofreu qualquer alteração desde sua versão original. Trata-se de um diploma que, atendendo aos socorros de um maior incentivo ao IDE, não sofreu os reparos que mereceria antes de sua promulgação. Por este motivo, o Decreto nº 53.451/62, na tentativa de corrigir a falta legislativa, extrapolou sua função regulamentar ao dispor sobre fatos que a Lei não teria alcançado. Não demorou muito para que a Lei nº 4.390/64 viesse a lume, alterando substancialmente vários pontos da Lei nº 4.131/62, bem como revogando expressamente o Decreto nº 53.451/62. Portanto, hoje, a disciplina do capital estrangeiro no Brasil é basicamente a Lei nº 4.131/62, modificada pela Lei nº 4.390/64 e regulamentada pelo Decreto nº 55.762, de 17 de fevereiro de 1965 e demais Circulares expedidas pelo Banco Central do Brasil. No que se refere aos aspectos tributários da Lei nº 4.131, houve alterações pelas Leis nºs 8.393/91, 9.250/95 e 9.430/96.

Há quem sustente que a definição legal dada ao capital estrangeiro é incompleta, apresentando “dúvidas ou problemas de interpretação”¹⁶. Outro renomado doutrinador, reconhecendo parte da crítica formulada por José Eduardo Monteiro de Barros, tem sustentado que, sem embargo das definições legais não terem propósito ou alcance doutrinário, o conceito de capital estrangeiro não deve se limitar à literalidade da lei¹⁷. Alberto Xavier ensina:

“Capital estrangeiro, em sentido técnico, é a aquisição do direito a um rendimento, por não residente, em contrapartida da cessão onerosa de recursos provenientes do exterior; registrada no Banco Central do Brasil.

Como se vê, este conceito é suscetível de ser analisado em dois elementos: um elemento substancial, que respeita a própria noção de investimento estrangeiro; e um elemento formal, relativo ao registro do referido investimento, sem o qual este não se beneficia do especial estatuto jurídico constante da Lei nº 4.131. Por sua vez, o elemento substancial decompõe-se num elemento objetivo, referente à noção de capital ou investimento, em si mesma considerada; e num elemento subjetivo, que imprime o caráter ‘estrangeiro’ ao investimento em causa.”¹⁸

Por esta razão, também entendemos que a melhor interpretação que se faz do conceito legal se dá através da análise de seus principais elementos: *o elemento substancial objetivo*, que se relaciona com a noção de investimento e suas modalidades; *o elemento substancial subjetivo*, relativo ao domicílio do titular do capital estrangeiro; e, por último, *o elemento formal*, o registro do capital estrangeiro, que confere ao titular as prerrogativas da lei.

¹⁶ ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. *O Capital Estrangeiro no Sistema Jurídico Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 2.

¹⁷ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário e Empresarial: Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 331.

¹⁸ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário e Empresarial: Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 331-332.

2.1. *Elemento substancial objetivo*

Na análise do *elemento substancial objetivo*, capital estrangeiro constitui os investimentos constantes em: bens, máquinas, equipamentos, ingressados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas; os recursos financeiros ou monetários introduzidos para o mesmo fim, ou seja, destinados à produção de bens ou serviços, no caso de bens físicos; e que se destinem a aplicação em atividades econômicas. De qualquer forma, a titularidade do capital há de pertencer a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior. Este último requisito, previsto na parte final do artigo 1º da Lei nº 4.131/62, será exposto no item seguinte por se tratar do *elemento substancial subjetivo*.

Alberto Xavier sustenta que o investimento referido no artigo 1º, juridicamente, “representa a aquisição do direito a um rendimento, precisamente porque o capital é o ‘stock’ de que brotam os frutos em que o rendimento se traduz”¹⁹. Ocorre que, o investimento não necessariamente representaria a *aquisição do direito a um rendimento*, pois a referida afetação do capital em uma atividade que se espera produtiva, pode não lograr êxito. O ato de investir está tão próximo do lucro quanto do prejuízo. O ato de investir está, por natureza, pautado pelas incertezas do sucesso. A falta de conhecimento é uma das principais causas²⁰.

O conceito legal de capital estrangeiro adotado pelo legislador pátrio está indissociavelmente ligado ao ato de investir, mas não em qualquer uma de suas acepções, como a simples aquisição de um bem ou a importação, onde a contrapartida é o pagamento do respectivo preço. Serão considerados capitais estrangeiros os investimentos que consistirem em: aquisições de bens, máquinas e equipamentos sem dispêndio inicial de divisas, ou seja, as importações de bens corpóreos sem cobertura cambial; e recursos financeiros ou monetários introduzidos no País para o mesmo fim. Nas duas hipóteses é necessário que o investimento esteja direcionado à produção de bens ou serviços.

As modalidades de investimento direto estrangeiro são: o investimento societário, o investimento financeiro e o investimento tecnológico.

O *investimento societário* caracteriza-se pela entrada, no País, de recursos provenientes do exterior com o propósito de investir na atividade econômica nacional, com exceção de determinados setores da economia de reserva nacional, e que constituem as limitações ao *princípio de liberdade de acesso*.

Essa modalidade de *investimento* constitui o investimento externo direto - IED - propriamente dito, que se dá mediante a subscrição de ações ou cotas de sociedades constituídas ou a constituir, nos limites do território do Estado receptor de capitais estrangeiros. Para tanto, a integralização poderá se dar nas seguintes modalidades de investimento: i) em moeda; ii) em bens, constituídos por conferência de bens tangíveis ou intangíveis, importados sem cobertura cambial; e iii) nas conversões em investimento direto, de direitos e/ou créditos remissíveis ao exterior. Se a integralização de capital consistir em bens, sejam tangíveis ou intangíveis, espe-

¹⁹ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário e Empresarial: Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 332.

²⁰ Confira em Jaques Kerstenetzky, *Firmas e Mercados: uma Análise Histórico-institucional do Problema da Coordenação*. Tese (Doutorado em Economia da Indústria e Tecnologia) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1995.

ra-se que ela venha a ser útil para a consecução dos objetivos sociais da empresa recipiente.

Como modalidade de investimento, o *investimento societário* é considerado o de maior relevância para o Estado receptor diante das benesses que este pode proporcionar, como a transferência de tecnologia, o ingresso de recursos, a criação de empregos diretos em massa, além de contribuir com o gradativo e contínuo processo de substituição de importações. Assim, essa modalidade de investimento deve receber tratamento prioritário, o que a coloca disciplinada por dois princípios fundamentais²¹:

“O investimento societário é governado, no Brasil, por dois princípios fundamentais. O princípio da *liberdade de acesso*, pelo qual a realização do investimento não só independe de qualquer controle prévio, como também pode efetuar-se em qualquer setor da economia nacional, à livre opção do interessado, sendo taxativamente enumerados por lei aqueles setores em que existe vedação ou restrição à entrada de capitais externos (como seguros, bancos, imprensa, comunicações, aquisição de certos imóveis rurais). O princípio da *não-discriminação* pelo qual ‘ao capital estrangeiro que se investir no País será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei’ (artigo 2º da Lei nº 4.131).”

Pode-se dizer que o *princípio da não-discriminação* é a porta de entrada do capital estrangeiro no Estado receptor, pois uma vez que se confere o direito à entrada do capital estrangeiro no País, ao investidor deverá ser dada garantia contra eventual discriminação frente ao capital alienígena. Como defendemos linhas atrás, o investimento pertence, por natureza, à categoria de decisões tomadas sob incerteza. Trata-se de uma decisão única e crucial, o que torna importante quaisquer regras de proteção por parte do Estado receptor, para que esta decisão incerta possa se tornar suportável. Deve-se reconhecer também, que a confiança do investidor não se conquista somente pelo fato de o Estado receptor dispor de uma legislação aberta ao capital estrangeiro. É necessário dispor também de um sistema que proporcione estabilidade econômica e política duradoura a fim de tornar o País confiável.

Conferindo garantias mínimas, como o *tratamento não discriminatório*, o Estado receptor estará conquistando a confiança do investidor. No entanto, o próprio dispositivo (artigo 2º) faz uma ressalva em sua parte final, qual seja: “(...) em igualdade de condições (...)”. Esta ressalva estaria salvaguardando o interesse nacional contido no artigo 172 da Constituição Federal, *verbis*: “Artigo 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.” É claro que o capital estrangeiro, em determinados casos, não estará em igualdade de condições com o capital nacional. Nesse sentido, será perfeitamente válida qualquer discriminação que se venha impor ao capital estrangeiro, tendo como referência o interesse nacional²².

²¹ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário e Empresarial: Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 334-335.

²² Assim também em Portugal, como ressalta José Casalta Nabais: “O que devemos sublinhar em Portugal, não deixa de ter por base a própria Constituição, uma vez que esta, de um lado, consagra,

O *investimento societário* também pode ser caracterizado pelos reinvestimentos por capitalizações de lucros, juros sobre capital próprio e reservas de lucros; capitalizações de reservas de capital e de reavaliação; e também através das reorganizações societárias decorrentes de incorporação, fusão e cisão. Da mesma forma, o *investimento societário* pode ser objeto da conversão de quantias remissíveis para o exterior, como juros, principal de empréstimos, pagamento de *royalties* e assistência técnica, através da respectiva capitalização, conforme artigo 50 do Decreto nº 55.762/65. É considerada altamente prioritária tal conversão, pois quantias que seriam remetidas para o exterior deixam de ser para permanecerem no País gerando externalidades positivas e ainda aliviando o peso no balanço de pagamentos.

Nessa modalidade de investimento há obrigatoriedade de se prestar todas as informações correspondentes aos ingressos de recursos do exterior revertidos para o *investimento societário*. As informações a serem prestadas servirão de base para que o Bacen possa manter o controle sobre investimentos externos diretos no Brasil, o qual expedirá um número de registro para futuras operações. Assim, toda e qualquer mutação no capital social deverá ser objeto de registro perante o Sisbacen, bem como as operações simbólicas de câmbio²³. Isto nos permite afirmar que o controle de capitais estrangeiros no Brasil é regulamentado sob o ponto de vista cambial, e que confere, ao seu titular, as prerrogativas da lei.

Enfim, o *investimento societário* cujo capital estiver devidamente registrado no Bacen, garantirá ao seu titular três direitos, a saber: o direito à remessa de lucros, o direito ao reinvestimento e o direito à repatriação do capital.

O artigo 1º da Lei nº 4.131/62 também faz referência a outra modalidade de investimento estrangeiro que não seja o societário. Trata-se do *investimento financeiro*, que consiste na entrada de recursos financeiros ou monetários pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, em forma de empréstimo ou financiamento, direcionados à área produtiva nacional de bens ou serviços. Estes empréstimos podem ocorrer, entre particulares (físicas ou jurídicas), e entre particulares e Governo. No primeiro caso, entre pessoas jurídicas, pode ocorrer até mesmo entre empresas do mesmo grupo, o que caracteriza o investimento direto - IDE.

Atualmente, a regulamentação do capital estrangeiro no Brasil subdivide os créditos externos em: empréstimos, financiamentos e abertura de créditos. As ope-

como objetivo da política industrial, 'o apoio à projecção internacional das empresas portuguesas' (artigo 100º, *al. e*) e, de outro lado, prescreve que: a lei disciplinará a actividade económica e os investimentos por parte de pessoas singulares e colectivas estrangeiras, a fim de garantir a sua contribuição para o desenvolvimento do país (...) (artigo 87º)." ("Investimento Estrangeiro e Contratos Fiscais em Portugal". In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Comércio Internacional e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 614)

²³ Conforme Dr. Antônio Márcio da Cunha Guimarães: "Operações simbólicas significam que não existem nelas compra e venda de divisas, mas apenas *spread* na diferença de taxas. As cotações e transações são comunicadas ao Banco Central, através do Sisbacen. Em geral, tais operações destinam-se a conversão em investimento de créditos externos não abrangidos pelo sistema de leilão, nos termos do Regulamento da Res. 1.460, de 1.2.88; e a conversão em investimentos de empréstimos e financiamentos externos, rendimentos e outros créditos remissíveis, não incluídos no âmbito do Clube de Paris e do Plano Brasileiro de Financiamento (Circ. 2.064-I b)." (GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha; SILVA, Geraldo José Guimarães da. *Manual de Direito do Comércio Internacional: Contrato de Câmbio*. São Paulo: RT, 1996, pp. 107-108)

rações em apreço devem observância ao disposto na Lei nº 4.131/62, Decreto nº 55.762/65 e demais normas expedidas pelo Bacen, atualmente Resolução CMN nº 2.770/00 e Circulares nºs 3.027/01 e 2.997/00.

Os empréstimos têm maior frequência nos contratos de mútuo, onde o credor externo disponibiliza recursos à empresa receptora, que o utilizará como capital de giro ou capital fixo na sociedade. O objeto, frequentemente dinheiro, pode ser oferecido por instituição financeira estrangeira ou até por matriz da empresa receptora, caracterizando, como se disse, o investimento direto estrangeiro.

Por sua vez, os financiamentos externos também são destinados ao incremento na atividade econômica nacional. Mas, aqui, o objeto difere dos empréstimos. O objeto negociado será a compra e venda, ou arrendamento mercantil, de bens, máquinas e equipamentos.

A abertura de crédito também poderá caracterizar o investimento direto estrangeiro quando as partes contratantes forem matriz e filial ou subsidiária. Trata-se de um contrato que tem por objeto a disponibilização de recursos, com definição de limite e termo, que serão utilizados conforme necessidade do estabelecimento ou empresa receptora. Há outras formas de crédito externo que não serão analisadas em virtude da delimitação e caracterização do investimento de capitais estrangeiros reconhecidos pela legislação brasileira, especificamente neste item, *investimento financeiro*.

O artigo 8º da Lei nº 4.131/62 prevê que serão considerados como amortização do capital a taxa de juros aplicada caso exceda a constante do contrato e respectivo registro junto ao Bacen. Cabe a este, ainda, impugnar e recusar o que exceder ao aplicado pelo mercado financeiro do País de procedência dos recursos. Por outro lado, para que fique assegurado ao seu titular o direito à amortização do principal e à remessa de juros, o *investimento financeiro* deve cumprir determinados requisitos necessários à aprovação pelo Bacen. Como, por exemplo, a exibição dos contratos e demais documentos das partes envolvidas, que comprovem a licitude das operações.

Pelo artigo 50 do Decreto nº 55.762, de 17 de fevereiro de 1965, o *investimento financeiro* pode ser convertido em *investimento societário* mediante a capitalização do principal de empréstimos registrados, bem como quaisquer quantias, inclusive juros, remissíveis ao exterior. Trata-se de medida incentivada, destinada a aliviar o peso no balanço de pagamentos do País, e que recebe tratamento privilegiado, como o processamento do pedido de conversão acelerado (parágrafo 2º do Decreto nº 55.762/65). Da mesma forma, o artigo 8º do Regulamento anexo à Circular nº 2.997/00 do Bacen também prevê a possibilidade de conversão, em investimento externo direto, de quaisquer quantias remissíveis ao exterior referentes a empréstimos ou financiamentos desde que as operações estejam registradas no Bacen, *verbis*:

“Considera-se conversão em investimento externo direto, para os efeitos deste Regulamento, a operação por intermédio da qual créditos passíveis de gerar transferência ao exterior, com base nas normas vigentes, são utilizados pelo credor não-residente para aquisição ou integralização de participação no capital social de empresa no País.”

Trata-se da conversão de um investimento indireto em um investimento direto, de interesse para o Estado hospedeiro não só pela diminuição na remessas de divisas como pela possibilidade de novas inversões no setor produtivo nacional, observando-se o critério de *permanência*. Apesar de a Lei nº 4.131/62 não dispor sobre a possibilidade de conversão do investimento, é com base no artigo 50 do Decreto nº 55.762/65 que a medida vem sendo disponibilizada.

Finalmente, o *investimento tecnológico* vem sendo considerado investimento estrangeiro altamente relevante, pois disponibiliza ao Estado hospedeiro a possibilidade de se manter sintonizado com a tecnologia dos países desenvolvidos, principalmente se provenientes da tríade EUA, Europa e Japão. Por tal motivo, concentram-se nestes países os maiores fluxos de pagamentos a título de *royalties* e assistência técnica.

Para que os efeitos almejados alcancem sucesso é necessário que o Estado receptor disponha de capacitação mínima para absorver a tecnologia gerada. Do contrário a difusão tecnológica torna-se um desafio para as empresas locais. A complexidade tecnológica também poderá se tornar um obstáculo à empresa receptora, ainda mais se se deparar com a capacidade cognitiva deficitária, típica de países não desenvolvidos.

O *investimento tecnológico* consiste na celebração de contratos de transferência de tecnologia entre a empresa receptora de tecnologia e o detentor, que a possui, residente, domiciliado ou com sede no exterior, nos termos da legislação em vigor, atualmente a Lei nº 9.279/96. Além do registro declaratório eletrônico (RDE) perante o Bacen²⁴, relativamente às remessas de pagamentos para o exterior, os contratos devem ser submetidos, previamente, a um controle pelo INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial, sendo de obrigatória averbação os seguintes contratos²⁵: licença de exploração de patentes de invenção e de modelo de utilidade; licença de uso de marca; fornecimento de tecnologia não patenteada ou *know-how*; prestação de serviços técnicos; participação nos custos de pesquisa, *cost sharing*, e franquia. A averbação se faz necessária para gerar efeitos perante terceiros e também para fins de registro junto ao Bacen.

A remuneração pela transferência de tecnologia se dá pelo pagamento de *royalties*, com exceção dos pagamentos a título de franquia e *cost sharing*, pelo fato de não constituírem contraprestação pela exploração ou cessão de patentes, licença de uso ou cessão de marca ou, ainda, outras formas de transferência de tecnologia. Isto traz conseqüências sobre a não-incidência do IR fonte sobre os pagamentos a título de franquia e *cost sharing*.

Ainda sobre as remessas a título de pagamento pela contraprestação da tecnologia incorporada, o Bacen poderá verificar a efetividade e utilidade da assistência técnica administrativa ou semelhante em benefício da empresa recipiente. É que tais remessas poderão ser consideradas como evasão de divisas caso não fique comprovada a efetiva utilidade da assistência para a empresa recipiente (artigo 10 da Lei nº 4.131/62). A mesma verificação poderá ocorrer pelo Bacen nos casos de re-

²⁴ Previsto na Circular nº 2.997, de 15 de agosto de 2000.

²⁵ Artigo 211 da Lei nº 9.279/96.

messas a título de pagamento de *royalties* devidos por patentes de invenção, marcas de indústria e comércio ou outras modalidades da mesma espécie, os quais dependerão de prova de que os respectivos privilégios não caducaram no país de origem.

Da mesma forma que no *investimento financeiro*, é admitida a conversão do *investimento tecnológico* em *investimento societário* mediante capitalização de quantias remissíveis ao exterior a título de remuneração pela contratação de transferência de tecnologia. Nesse sentido, deve se providenciar a averbação do contrato de transferência de tecnologia junto ao INPI, advertindo sobre a referida cessão de direitos, além da autorização do Bacen (parágrafo único do artigo 8º do Regulamento anexo à Circular nº 2.997). A referida autorização está condicionada à apresentação de declaração do pretense investidor, que indicará os valores a serem convertidos, e que serão de forma irretroatável. Por último, é feita uma contratação de câmbio simbólica. Tais valores estarão sujeitos ao limite de conversão estabelecido pelo INPI, que terá por base o valor efetivamente contratado, remissível ao exterior, o qual será utilizado como valor máximo para a integralização do *investimento societário*.

2.2. Elemento substancial subjetivo

O *elemento substancial subjetivo* disposto na Lei nº 4.131/62, residência ou domicílio do titular do capital estrangeiro, pode causar confusão quando se depara com casos práticos. Isso nos impõe distinguir, inicialmente, os conceitos de residência, ou domicílio, e nacionalidade do investidor para que fique claro o que determina o caráter estrangeiro ao capital oriundo do exterior.

O artigo 1.126 do Código Civil de 2002 considera nacional a sociedade constituída em conformidade com a lei brasileira e que mantenha no Brasil sua sede de administração. Poderá, no entanto, ser alterada a nacionalidade da sociedade brasileira por manifestação da unanimidade dos acionistas ou sócios. Por outro lado, o domicílio dos acionistas determinará o controle da sociedade. Mas, com a revogação do artigo 177 da Constituição Federal, que concedia tratamento especial às empresas brasileiras de capital nacional, o domicílio de controle perdeu relevância²⁶.

O critério utilizado pela Lei nº 4.131/62 é o de procedência do capital aliado ao local de domicílio do investidor, seja pessoa física ou pessoa jurídica. Diz-se que o legislador utilizou como elemento de conexão do capital estrangeiro o domicílio do investidor e não sua nacionalidade. Analisando os critérios adotados pela lei brasileira, Alberto Xavier dá a seguinte contribuição:

“É agora chegado o momento de apurar o que imprime caráter ‘estrangeiro’ a um determinado investimento. Ao invés da orientação adotada noutras leis, o caráter estrangeiro de um investimento é dado pela residência e não pela nacionalidade do seu titular. E o fato explica-se singelamente se se tiver presente que a lei brasileira de capitais estrangeiros foi concebida

²⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 9ª ed. rev. aum. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 172.

sobretudo como uma regulamentação, do ponto de vista cambial, dos direitos a remessas de divisas estrangeiras. E, deste ângulo de visão, apenas a residência é relevante. Assim são investimentos estrangeiros os investimentos realizados no Brasil por brasileiros residentes no exterior; e não serão considerados como tal os investimentos realizados por estrangeiros residentes no Brasil.”²⁷

Para imprimir caráter estrangeiro ao capital, o artigo 1º da Lei nº 4.131/62 se refere a três categorias jurídicas, quais sejam, residência, domicílio ou sede. Assim, nos termos do artigo 70 do Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na definição de domicílio da pessoa natural (física) é utilizado o critério objetivo, residência, e o critério subjetivo, ânimo definitivo. É que a pessoa física pode ter várias residências e um só domicílio. Por outro lado, conforme o artigo 71, poderá ter vários domicílios se tiver várias residências onde alternadamente viva. Já o artigo 72 prevê o domicílio profissional da pessoa física, que se identifica com o centro habitual de ocupação. Sendo vários, considerar-se-á cada um deles para as respectivas relações. Por último, é possível que a pessoa natural tenha domicílio sem que possua residência fixa, como no caso dos ciganos, caixeiros viajantes, considerando-se domicílio o lugar onde forem encontrados.

Tratando-se de pessoa jurídica, considera-se como domicílio o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou, onde elegerem domicílio especial em seu estatuto, atos constitutivos ou contrato social. Sendo vários estabelecimentos, será considerado domicílio, para cada um deles, os atos neles praticados. Mas se a administração ou diretoria tiver sede no estrangeiro, o domicílio será o lugar do estabelecimento no Brasil, no tocante às obrigações contraídas por qualquer de suas agências (artigo 75). Estas são as regras constantes do Código Civil de 2002.

Além de voluntário, o domicílio poderá ser alterado a qualquer momento, admitindo-se, como vimos, a pluralidade domiciliar. É provável que determinadas pessoas poderão ter domicílio certo, como o recém-nascido, o incapaz, o servidor público, o militar da Marinha ou Aeronáutica, o Agente Diplomático do Brasil e, por fim o preso. Todas estas pessoas, bem como outras em caráter voluntário, estão potencialmente sujeitas a se tornarem titulares de capitais estrangeiros e, ainda, investidores estrangeiros.

2.3. Elemento formal

Em princípio, quaisquer movimentações de valores do exterior ou para o exterior deverão ser informadas ao Bacen, sejam investimentos de recursos provenientes do exterior no Brasil ou de recursos nacionais destinados a investimento no estrangeiro. As informações prestadas, por si sós, não configuram o registro de capitais estrangeiros, pois há operações que são informadas para efeito de controle de divisas pelo Banco Central, como as aquisições de participações societárias de investidores não-residentes no mercado financeiro e de capitais ou os rendimentos que constituam investimentos em *portfolio*.

²⁷ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário e Empresarial: Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 339.

O registro dos recursos provenientes do exterior constitui requisito essencial para que se dê a caracterização de capitais estrangeiros constantes da Lei nº 4.131/62. Trata-se de ato formal e complexo, a cargo da empresa recipiente ou do investidor estrangeiro, conferindo, ao seu titular, garantias e prerrogativas específicas a cada uma das modalidades de investimento. É que os recursos oriundos do exterior podem ser objeto de outra forma de investimento que não o *investimento societário*, a saber: o *investimento financeiro* e o *investimento tecnológico*. Em qualquer caso, é necessário o competente registro sob pena de não ser concedido, ao titular, o direito às remessas, que poderão se dar a título de *repatriação do capital*, de *remessa de lucros* ou, ainda, de *remessa de juros, royalties e assistência técnica*.

Atualmente, o registro se dá perante o Sistema de Informações do Banco Central - Sisbacen, devendo ser observado procedimento específico, estabelecido pelo Banco Central, para cada modalidade de investimento. Em vista das constantes modificações quanto às formalidades do registro, através das Circulares emanadas pelo Bacen, serão expostos os principais aspectos a serem observados para cada uma das modalidades de investimento estrangeiro. Assim, será analisada a legislação brasileira sobre capital estrangeiro, em especial a Lei nº 4.131/62, alterada pela Lei nº 4.390/65, o Decreto nº 55.762/65, bem como a Circular Bacen nº 2.997, de 15 de agosto de 2000.

3. Investimentos e Direito Tributário Internacional

O desenvolvimento econômico esperado com o IED pode se tornar frustrado se a política econômica externa não se valer das imprescindíveis disposições do Direito Tributário Internacional²⁸.

Nesse contexto, verifica-se que um dos obstáculos à internacionalização da produção²⁹ é que, não bastassem os problemas de concurso e conflitos de leis, já que até mesmo internamente as leis fiscais se chocam, não raro, encontramos conflitos de leis dando margem à bitributação internacional nas relações entre Estados. Esse fenômeno atual já havia sido observado por J. P. Niboyet, *verbis*:

“Ninguna cuestión de más actualidad en nuestros días que la del conflicto de leyes fiscales, el cual plantea el problema de la doble y múltiple exacción en diversos países, sobre todo en cuestiones sucesoriais, o el problema de

²⁸ VOGEL, Klaus. “A Importância do Direito Tributário Internacional para os Países em Desenvolvimento”. In: TAVOLARO, Agostinho; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*. Tradução: Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 472; HOORN JR., J. Van. “O Papel dos Tratados de Impostos no Comércio Internacional”. In: TAVOLARO, Agostinho; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*. Tradução: Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 417; CHRISTIAANSE, Jan H. “Recentes Progressos no Direito Tributário Internacional”. In: TAVOLARO, Agostinho; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*. Tradução: Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 430.

²⁹ “Por cierto que el capitalismo, donde predomina el interés económico, es poco sensible a los aspectos humanitarios y no siempre acata las reglas (aunque sean limitadas) dictas por los organismos supranacionales.” (UCKMAR, Victor. “Instrumentos Fiscales para el Desarrollo de la Sociedad de Civil en Italia”. In: BRITO, Edvaldo; ROSAS, Roberto (coord.). *Dimensão Jurídica do Tributo: Homagem ao Professor Dejalma de Campos*. São Paulo: Meio Jurídico, 2003. p. 602)

la evasión fiscal, es decir, de los fraudes posibles en provecho de los portadores de valores mobiliarios que escapan al impuesto.

Con esto basta para apreciar el área de expansión del problema del conflicto de leyes, el cual no es otra cosa que la proyección en el espacio, o más exactamente, en las relaciones internacionales, de las diversas instituciones jurídicas del derecho interno.”³⁰

Dessa forma, a dupla tributação internacional poderá ser mais um obstáculo ao desenvolvimento³¹ a ser enfrentado pelos Estados receptores de capital, o que também não deixa de ser motivo de preocupação para os Estados exportadores de capital, já que a maximização de resultados (lucros) estará comprometida com a sobrecarga tributária³². O Professor da Universidade de Munique, Klaus Vogel, adverte sobre a expectativa dos investimentos:

“Aquí está el punto em que se tornam importantes naqueles Estados, para o fomento do desenvolvimento econômico, as disposições do direito tributário internacional. Quase todos os Estados industrializados tributam hoje os rendimentos das pessoas residentes em seu território, independentemente do local, no mundo, em que tais rendimentos tenham sido produzidos (a chamada *tributação da renda mundial*). Como os Estados em que os rendimentos são produzidos tributarão pelo menos estes rendimentos internamente (o chamado *princípio da territorialidade*), quando não aplicam também o princípio da tributação da renda mundial, chega-se à bitributação, que de muitos modos impedirá os investimentos estrangeiros, se não se consegue eliminá-la por meio de medidas especiais.”³³

Assim, a globalização requer instrumentos eficazes ao menos para minimizar os efeitos negativos causados pela bitributação do rendimento do IED, fruto do irreversível fenômeno de evolução do capitalismo³⁴. É certo que a dupla tributação

³⁰ NIBOYET, J. P. *Principios de Derecho Internacional Privado*. Tradução Andrés Rodrigues Ramon. 2ª ed. Madrid: Instituto Reus, 1928, p. 15.

³¹ Outros obstáculos enfrentados são: estrutura jurídico-societária arcaica, restrições alfandegárias, inexistência de garantias de investimento (expropriação e confisco), entre outras.

³² Assim também se posiciona Antônio de Moura Borges: “Volviendo a atención específicamente para os investimentos, dada a sua importância, do ponto de vista macroeconômico, a dupla tributação internacional pode ser elemento perturbador da entrada de capitais nos Estados em desenvolvimento, que deles necessitam para desenvolver as suas próprias atividades industriais, comerciais e agrícolas.

Também para os Estados desenvolvidos, de onde se originam os capitais, a dupla tributação internacional pode criar dificuldades. Como afirma Manuel Pires, ‘Reduzindo o investimento ou tornando-o menos rentável, diminuirão os benefícios dele provenientes de que aqueles países gozam, nomeadamente a manutenção ou a expansão do mercado e o seu controle, com as respectivas consequências’ (op. cit., p. 150).” (BORGES, Antônio de Moura. “Convenções sobre Dupla Tributação Internacional entre Estados Desenvolvidos e Estados em Desenvolvimento”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 8. São Paulo, maio 1996, p. 27)

³³ VOGEL, Klaus. “A Importância do Direito Tributário Internacional para os Países em Desenvolvimento”. In: TAVOLARO, Agostinho; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*. Tradução Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988, pp. 472-473.

³⁴ Com razão, salienta Augusto Fantozzi: “As diversidades dos sistemas fiscais produziram e encorajaram o fenômeno dos paraísos fiscais, do *treaty shopping*, a elusão fiscal internacional e, por últi-

internacional é um desses efeitos, e que apesar de não ser considerado um ilícito internacional³⁵, não deixa de ser um entrave ao desenvolvimento dos Estados receptores de capital³⁶.

Os tratados e convenções internacionais são considerados instrumentos eficazes ao combate do pernicioso efeito da dupla tributação internacional. Isso faz com que o Direito Tributário Internacional seja incluído nos estudos do Direito Tributário interno, deixando de ser um setor específico do Direito Tributário para se tornar uma *sessão* no estudo do âmbito de incidência das leis tributárias. Porém, há quem afirma que a tributação das situações internacionais é um fenômeno conseqüente da internacionalização da economia, como se vê: “A tributação de situações internacionais - objeto do direito tributário internacional - é uma conseqüência da internacionalização da economia.”³⁷

Com respaldo nas considerações anteriores, diríamos, que a conseqüência direta da bitributação internacional foi, especialmente, a desenfreada evolução da

mo, a concorrência fiscal danosa. Além disso, os sistemas fiscais nacionais tiveram que acertar as contas com os problemas de gestão da fiscalização de massa (lançamentos indutivos e estudos paramétricos), com o crescente financiamento da economia e as exigências de proteção dos mercados financeiros e das trocas internacionais, com a crescente mobilidade e a impossibilidade de controle das pessoas e dos capitais, com a rápida globalização dos mercados e do *e-commerce*: tudo isso tornou os sistemas fiscais nacionais constantemente mais complicados, mas multiplicou as ocasiões de elusão e tornou bastante sofisticado o planejamento fiscal internacional.” (“Evolução, Problemas Atuais e Perspectivas do Direito Tributário Internacional na Ótica Italiana”. In: TÓRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 23)

³⁵ Nesse sentido, adverte o Professor de tributação comparada e internacional na Universidade Livre de Bruxelas e na Universidade de Gênova, J. Van Hoorn Jr.: “Qualquer que seja a forma de bitributação - jurídica ou econômica no sentido restrito, ou econômica no caso de coexistirem diferentes tipos de impostos - a questão é saber se há algum princípio jurídico segundo o qual um país esteja obrigado a evitá-la. Um princípio jurídico dessa natureza não existe. Cada país é soberano também em assuntos tributários e não há princípios ou regras gerais internacionais que limitem o soberano poder de tributar além daqueles poucos que limitam a soberania de um país em geral. Assim, a atitude de um país em relação à bitributação - e em relação ao direito tributário internacional em geral - depende muito, se não inteiramente, dos seus interesses econômicos nacionais, na estrutura da sua posição internacional diante de outros países.” (“O Papel dos Tratados de Impostos no Comércio Internacional”. In: TAVOLARO, Agostinho; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*. Tradução Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 420)

³⁶ HOORN JR., J. Van. “O Papel dos Tratados de Impostos no Comércio Internacional”. In: TAVOLARO, Agostinho; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*. Tradução: Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988, pp. 418-420; VOGEL, Klaus. “A Importância do Direito Tributário Internacional para os Países em Desenvolvimento”. In: TAVOLARO, Agostinho; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*. Tradução: Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 472; BORGES, Antônio de Moura. “Convenções sobre Dupla Tributação Internacional entre Estados Desenvolvidos e Estados em Desenvolvimento”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 8 São Paulo, maio 1996, p. 21; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping*. São Paulo: RT, 1995; GRUPEN-MACHER, Betina Treiger. *Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 92; UCKMAR, Victor. “Instrumentos Fiscais para el Desarrollo de la Sociedade Civil en Italia”. In: BRITO, Edvaldo; ROSAS, Roberto (coord.). *Dimensão Jurídica do Tributo: Homagem ao Professor Dejalma de Campos*. São Paulo: Meio Jurídico, 2003, p. 601.

³⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. “Acordos de Bitributação Lei Interna: Investimentos na Ilha da Madeira - Efeitos da Lei nº 9.249/95”, *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 17, pp. 91-127.

internacionalização da produção aliada à falta de um eficaz mecanismo para impedi-la, diante do inafastável Poder³⁸ Soberano dos Estados de tributar.

Conclusões

O Investimento Externo Direto (IED) é um tema que se vê indissociavelmente atrelado ao Direito Tributário Internacional, seja no que se refere às políticas de atração de capitais estrangeiros, seja no que se refere aos rendimentos daí decorrentes. Essa conexão faz com que o Estado receptor de capitais estrangeiros tenha por meta obstar que os rendimentos, produzidos internamente, sejam objeto de dupla ou múltipla tributação. É em atenção ao *princípio da não-discriminação* que também se deve evitar a ocorrência da dupla tributação internacional quanto aos rendimentos transnacionais produzidos pelo ingresso do capital estrangeiro em forma de investimento direto.

Por outro lado, também se faz necessário que o Estado não o beneficie demasiadamente a ponto de discriminar o investimento externo direto *positivamente*, através da dupla não-tributação internacional. Em decorrência disso, o Direito Tributário Internacional sempre caminhará em função da justa alocação do poder de tributar. Isso se faz seguindo o princípio tributário internacional, o qual cabe ao Estado de fonte o direito de tributar os rendimentos oriundos da internacionalização da produção, via investimento direto. Como decorrência, caberá ao Estado de residência a tributação residual, através da utilização do método do crédito de imposto, ou até mesmo a não-tributação, adotando o método da isenção.

Em vários estudos, constatamos que o Direito Tributário Internacional está ganhando contornos de um instituto jurídico do Direito Tributário, especificamente o da incidência tributária. E isso se deu graças ao constante desenvolvimento do comércio e dos investimentos internacionais. Assim, a norma tributária dotada de elementos de estraneidade faz surgir os mais variados concursos de preferências, causando o fenômeno da dupla, múltipla ou plúrima tributação. Por outro lado, verificou-se que, por possuir como objeto as situações internacionais (*cross-border situations*), o Direito Tributário Internacional não poderia ter outro desiderato senão sua constante e necessária invocação, na acepção de Direito de Conflitos.

Se por um lado tratamos somente de questões atuais, teóricas e legislativas, em conexão com esses dois temas, por outro, não podemos deixar de chamar a atenção no que diz respeito às conseqüências da globalização.

Não podemos menosprezar os benefícios advindos dessa nova fase do capitalismo, como a geração de empregos diretos, o desenvolvimento e o crescimento econômico da maioria dos países implicados com esse fenômeno. Em contraparti-

³⁸ Entretanto, observa o Professor Catedrático da Universidade de Santiago de Compostela, César García Novoa: “La internacionalización está provocando que el poder tributario se desvincule del Estado y se convierta, cada vez más, en poder tributario de dimensiones supranacionales o internacionales, lo que se pone de manifiesto a través de convenios internacionales bilaterales o multilaterales, y de la progresiva asunción de competencias tributarias por organizaciones supranacionales.” (“Reflexiones sobre la Influencia de la Globalización en los Principios Tributarios”. In: TÓRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 35)

da, abrem-se oportunidades para práticas desleais como as fraudes cambiais e a evasão fiscal internacional, dificilmente controladas pelas *cláusulas anti-fraudes* ou *cláusulas anti-elisão*. Isso requer a reflexão dos Estados na busca de mecanismos eficazes de combate à evasão.

Se os tratados e convenções se mostram eficientes contra a dupla tributação internacional, o mesmo não se pode afirmar contra os abusos cometidos pelas práticas desleais por parte de alguns Estados. Basta imaginar as transações acobertadas pelos Estados *não colaboradores*, paraísos fiscais, que acabam favorecendo um pequeno grupo, a custa de Estados que se abrem ao investimento direto, com facilitação a empréstimos, benefícios fiscais, trabalhistas, entre outros.

É nesse contexto que a OCDE tem proposto novos mecanismos de combate à evasão sobre o comércio eletrônico, sobre a competição tributária prejudicial, *harmful tax competition*, conseqüentemente sobre o IED. Cita-se a redução de critérios definidores de *paraísos fiscais*, centrando mais atenção às questões da *não-transparência* e da ausência de intercâmbio de informações, passando a definir determinados Estados como *jurisdições não colaboradoras*.

Ficamos certos que, um dos principais objetivos do Direito Tributário Internacional tem sido alcançado com relativa frequência, como o de prover a remoção dos obstáculos ao comércio internacional, ao investimento e ao movimento de pessoas através da eliminação da dupla tributação internacional. O que nos falta é remover os obstáculos internos, como os entraves burocráticos, o crédito caro, má distribuição de renda, baixo nível de poupança, freqüentemente ocasionados pela alta carga tributária. É removendo esses obstáculos que se mostra potencial de atratividade para investimentos estrangeiros diretos, reduzindo os índices de evasão e de competição tributária prejudicial.