

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP**

Francisco Guilherme de Aguiar Filho

**A tributação das rendas e das operações relativas ao investimento
estrangeiro direto no Brasil sob o ponto de vista do Estado
Democrático Social de Direito: o art. 172 da CF**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP

Francisco Guilherme de Aguiar Filho

A tributação das rendas e das operações relativas ao investimento estrangeiro direto no Brasil sob o ponto de vista do Estado Democrático Social de Direito: o art. 172 da CF

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Prof. Dr. Ricardo Hasson Sayeg.

SÃO PAULO

2009

BANCA EXAMINADORA:

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Guilherme e Márcia e irmãos Marina, Livia e João pelo apoio incondicional durante a caminhada, estando perto ou longe, ou mesmo quando fui forçado a roubar inúmeras horas ao seu convívio pelo fato de estar trabalhando. Eis o resultado.

À Lais, simplesmente por estar sempre e ao meu lado, principalmente nos momentos em que eu mais precisei, sem nada falar. Com amor e carinho.

Às “tias-mães” Raquelina, Guiomar e Maria Tereza por terem, há sete anos, iniciado comigo essa caminhada que agora se encerra (“uma grande jornada sempre começa com o primeiro passo”).

A todos os amigos do escritório Fonteles Advocacia Empresarial pelo apoio durante os momentos de ausência, na pessoa do Dr. Gerson Lopes Fonteles, exemplo para todos de ser humano e profissional.

À amiga Anna Carolina Coêlho Carneiro, pela dedicação na revisão deste trabalho e pelas observações sempre ponderadas.

Ao professor Ricardo Hasson Sayeg, meu orientador, pelos ensinamentos sempre instigantes e pela paciência devotada no curso deste trabalho.

Ao professor Gilmar Ferreira Mendes, pelo apoio durante o meu curso e pelas lições sempre densas e valiosas desde o curso de Especialização ainda em Brasília.

Ao professor Roberto Quiroga Mosquera, pelos conselhos e direções fornecidos quando este trabalho ainda não passava de um pequeno sumário.

Aos professores do curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: Paulo de Barros Carvalho, Roque Antônio Carrazza, Elizabeth Nazar Carrazza, Marcelo Neves, Willis Santiago Guerra Filho, Cláudio Finkelstein, Fabiana Del Padre Tomé, Tácio Lacerda Gama e Robson Maia Lins, que fazem a excelência desta Instituição, pela apresentação de novos paradigmas científicos que foram fundamentais para este trabalho.

Aos amigos: Aline Nunes dos Santos, Isabella Costa Moysés, Jalgison Hirtácides, Lauro Ishikawa, Olívia Tonello Mendes Ferreira, Philippe Rocha Gail, Rafael Wasserman, Renata Abrantes da Silveira, Ricardo Salvador, Thiago Matsushita, pelos momentos inesquecíveis vividos dentro e fora das salas. Para todos nós, essa é a vitória.

RESUMO

Em consonância com o princípio da territorialidade, a pretensão impositiva de um Estado sobre não-residentes somente pode ser concretizada quando o fato jurídico-tributário estiver normativamente vinculado ao ordenamento jurídico do ente tributante. As rendas decorrentes de investimentos estrangeiros no Brasil estão sujeitas a dois tipos de regimes tributários aplicáveis a variar em função do grau de penetração da atividade na economia nacional: regime analítico, de tributação isolada, quando o não-residente não operar por meio de um estabelecimento permanente, ou, quando operar, produza rendas de modo autônomo em relação a este; e sintético, aplicável nos outros casos, fazendo incidir o imposto somente sobre o resultado apurado após o confronto dos componentes positivos e negativos por ela obtidos no final do período (aspecto temporal), escriturados contabilmente.

Quanto ao aspecto econômico dos investimentos estrangeiros, a Constituição Federal, no artigo 172, prescreve que a lei disciplinará, sempre com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros. Estando localizado dentro do Capítulo I “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, como parte integrante do Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira”, o dispositivo recebe influência direta do artigo 170, matriz da ordem econômica nacional, que, embora consagre o sistema capitalista de mercado, prescreve que a atividade econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação – Não-residentes – Investimento direto – Interesse nacional – Ordem econômica.

ABSTRACT

According to the principle of territoriality, the power of taxation on non-residents by a certain State only can be materialized when the taxable event is normatively bounded to its law. The incomes obtained from foreign direct investments in Brazil are submitted to two systems of taxation, which vary according to the level of penetration of the corporate entity in the national economy: analytical, isolated taxation, when the non-resident does not operate through a permanent establishment, or, when he does, the income is earned by an independent form; and compositive, applicable in the other cases, which makes the taxation comprehend only the results at year-end according to the bookkeeping.

As to the economic aspect of the foreign investments, the Federal Constitution, article 172, establishes that the law will discipline, always based on the “national interest”, the investments of foreign capital, encouraging the reinvestments, and ruling the remittance of profits. Being located on the Chapter I “The General Principles of the Economic Activity”, as part of the Title VII “The Economic and Finance Order”, this precept receives direct influence of the article 170 on its interpretation, which, although recognizes the capitalist system of production, prescribes that the economic activity has the objective to ensure to all an dignified existence, according to the precepts of social justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
------------------	----

PARTE I

A TRIBUTAÇÃO DAS RENDAS E OPERAÇÕES RELATIVAS A INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO

1. O REGIME JURÍDICO DO CAPITAL ESTRANGEIRO NO BRASIL	17
1.1 Considerações introdutórias	17
1.1.1 Critérios de conexão.....	17
1.1.2 Residência fiscal.....	18
1.2 O capital estrangeiro no direito brasileiro	21
1.2.1 Breve histórico	21
1.3 Elementos do conceito legal de capital estrangeiro.....	26
1.3.1 O domicílio do capital.....	32
1.3.1.1 Residência e domicílio no Código Civil brasileiro	33
1.3.1.2 Domicílio tributário – o art. 127 do CTN	34
1.3.1.3 Residência fiscal brasileira das pessoas físicas.....	35
1.3.1.4 Residência fiscal brasileira das pessoas jurídicas	38
1.3.1.5 Residência nas convenções contra dupla tributação. Dupla residência. <i>Tie braker rules</i>	40
1.4 O registro do capital estrangeiro.....	43
1.5 Capital contaminado	48
1.6 Remessa de lucros	49
1.7 Reinvestimento	50
1.8 Repatriação	52

2. AS FORMAS DE ATUAÇÃO DAS EMPRESAS ESTRANGEIRAS NO BRASIL: O INVESTIMENTO DIRETO.....	53
2.1 O termo “investimento internacional”: a necessidade da investigação terminológica.....	53
2.2 Acepção jurídica do investimento no direito internacional.....	56
2.2.1 O conceito no campo no direito internacional.....	56
2.2.2 O investimento internacional como negócio jurídico.....	60
2.3 A dicotomia entre investimentos estrangeiros indiretos (<i>portfólio investments</i>) e investimentos estrangeiros diretos (<i>direct investment</i>).....	63
2.4 O investimento internacional direto no Brasil: aspectos societários e tributários	66
2.4.1 Funcionamento de empresa estrangeira no Brasil: os estabelecimentos permanentes.....	68
2.4.2 Funcionamento de empresa estrangeira no Brasil: as filiais.....	71
2.4.3 Sociedades controladas e coligadas.....	76
2.4.4 <i>Joint Ventures</i>	78
3. REGIMES DE TRIBUTAÇÃO DAS RENDAS AUFERIDAS EM OPERAÇÕES DE INVESTIMENTOS DIRETOS NO BRASIL.....	81
3.1 Considerações introdutórias.....	81
3.1.1 Soberania – aspectos gerais.....	81
3.1.2 Soberania tributária.....	84
3.2 Princípio da territorialidade tributária.....	86
3.2.1 Território: noções básicas.....	86
3.2.2 Territorialidade material.....	88
3.2.3 Territorialidade formal.....	90
3.3 Regimes sintético e analítico de tributação – aplicabilidade.....	92
3.4 Categorias de rendimentos auferidos por não-residentes.....	96
3.5 Tributação das rendas auferidas por sujeitos não-residentes.....	97
3.5.1 Regra-matriz de incidência do imposto sobre a renda.....	97
3.5.1.1 Teoria da regra-matriz de incidência.....	97
3.5.1.2 Critério material.....	98
3.5.1.3 Critério espacial.....	100
3.5.1.4 Critério temporal.....	103
3.5.1.5 Critério quantitativo.....	104

3.5.1.6 Critério pessoal.....	107
3.5.1.7 Sistemática de recolhimento – retenção na fonte.....	111
3.5.1.8 Estudo específico para o ganho de capital na alienação de bens e direitos – art. 26 da Lei n. 10.833/2003	117
3.5.2 Dividendos.....	120
3.5.3 Ganhos de capital	120
4. TRIBUTAÇÃO DO CÂMBIO E INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS.....	123
4.1 Do conceito jurídico de “operação de câmbio” e “contrato de câmbio”	123
4.2 Reguladores do sistema de câmbio – competências.....	125
4.2.1 Conselho Monetário Nacional	125
4.2.2 Banco Central do Brasil	126
4.3 Operadores do sistema de câmbio	127
4.3.1 Instituições bancárias	127
4.3.2 Corretores de câmbio	128
4.4 O IOF incidente sobre operações de câmbio	128
4.4.1 O IOF Constitucional	128
4.4.2 A regra-matriz de incidência sobre operações de câmbio.....	130
4.4.2.1 Critério material	130
4.4.2.2 Critério espacial	131
4.4.2.3 Critério temporal	131
4.4.2.4 Critério pessoal.....	133
4.4.2.5 Critério quantitativo	134

PARTE II

INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

E ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO

5. PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA E HERMENÊUTICA: A OPÇÃO “HUMANISTA” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	137
5.1 Noções fundamentais sobre a Constituição	137
5.2 Constituição econômica.....	143
5.3 A matriz da ordem econômica nacional – Artigo 170.....	145

5.3.1 A “valorização do trabalho humano”	147
5.3.2 A “livre iniciativa”	148
5.4 A justiça social como um fim	149
5.5 A questão da eficácia jurídica dos princípios – o problema da “constitucionalização simbólica” das normas programáticas	153
5.6 Hermenêutica constitucional	158
5.6.1 Hermenêutica jurídica – o direito como objeto cultural.....	158
5.6.2 Princípios da interpretação constitucional	159
5.6.3 Princípio da interpretação conforme a Constituição	163
5.7 A função dos princípios na atividade hermenêutica.....	164
6. A INSERÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA – A TRIBUTAÇÃO E O “INTERESSE NACIONAL”	167
6.1 Os investimentos estrangeiros e a ordem constitucional econômica – art. 172 ..	167
6.1.1 Leitura da “ordem econômica”	167
6.1.2 Investimentos estrangeiros: interpretação sistemática	169
6.2 O “Interesse nacional”	171
6.2.1 O “interesse nacional” como conceito jurídico indeterminado.....	171
6.2.2 O “interesse nacional” como princípio	172
6.2.3 Tentativa de definição	178
6.3 Tributação e “interesse nacional”	181
6.3.1 O papel central do contribuinte	181
6.3.2 A tributação como fator indutor do investimento de “interesse nacional”	183
CONCLUSÃO.....	188
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	196

INTRODUÇÃO

Entendemos que a abordagem ao direito, como a qualquer outra área do conhecimento, deve ser procedida pelo ângulo científico, abstraindo-se das impressões meramente baseadas no senso comum ou fruto de reflexões assistemáticas. Podemos reforçar nosso entendimento, principalmente quando tratamos um tema de extrema relevância prática, como é o caso dos investimentos estrangeiros no Brasil, e que, portanto, merecem estudos aprofundados em qualquer de suas nuances.

A investigação científica tem por objetivo agregar novos elementos ao conhecimento pressuposto do objeto estudado, mediante análises realizadas a partir de novos cortes metodológicos, ou mesmo, consolidar visões tradicionalmente aceitas a partir de abordagens atuais ou originais. Com o presente trabalho, buscamos alcançar os dois propósitos, tendo por objeto a temática dos investimentos estrangeiros no Brasil sob duas abordagens distintas, mas visceralmente conexas: o direito tributário e direito constitucional econômico.

A escolha do tema deveu-se à observação das contumazes e diferentes abordagens empreendidas em torno dos investimentos estrangeiros, explorados a partir das mais diversas categorias do saber científico, dada a relevância adquirida no último quarto de século, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, e, mais recentemente, nas últimas décadas, a partir da decadência dos regimes comunistas e a consequente abertura de novos e vorazes mercados consumidores.¹

Tanto a globalização econômica, como o desenvolvimento dos meios de trocas de informação, que a acompanhou, propiciaram a quebra das “fronteiras” que restringiam a circulação do capital para descortinar um ambiente uno, eletronicamente conectado, dentro do qual transações financeiras são realizadas imediatamente e informações sobre setores específicos de mercado estão ao alcance de todos, sempre visando à alocação mais propícia ao lucro.

¹ HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos – o breve século XX**, 2ª ed., Trad. Marcos Santarrita, São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 264 e ss.

Essa realidade assaz atual e empolgante causa irritações sistêmicas no sistema jurídico, notadamente nos subsistemas tributário e constitucional. No primeiro porque o trânsito de capital, tanto a sua exportação, como a sua importação, obrigam os Estados, a uma, editar normas de qualificação e localização de rendas, com eficácia ultraterritorial para alcançar e tributar riquezas conexas pessoalmente (princípio da universalidade) com o respectivo território; a duas, tributar os ganhos e operações aqui levados a efeito por investidores estrangeiros e criar métodos de arrecadação que garantam a satisfação do crédito tributário correspondente. No segundo caso porque o investimento de capital estrangeiro precisa atender ao interesse nacional para ser aceito no Brasil, conforme preceitua o artigo 172 da Constituição Federal, o que nos autoriza a dizer, junto a Denis Borges Barbosa,² que aqui não há liberdade de iniciativa para o capital estrangeiro.

Toda ciência pressupõe um corte metodológico, leciona Paulo de Barros Carvalho,³ permitindo o isolamento de um de seus objetos de conhecimento para análise. O primeiro corte que empreendemos, dentre muitos outros, que precisa ser esclarecido, diz respeito à dicotomia entre investimentos diretos e indiretos. O investimento estrangeiro direto (IED) consiste no efetivo aporte de capital ou bens, tangíveis ou intangíveis, em empresas constituídas no país. Presume-se, com esse tipo de operação, o intento de permanência perene do investidor no país, a penetração com intensidade na economia local, com o investidor dedicando-se à atividade produtiva e gerando riquezas mesmo que inicialmente ele venha a obter prejuízos. O investimento estrangeiro indireto (IEI), ou *portfolio investments* na linguagem dos organismos econômicos internacionais, consiste basicamente nas aplicações em títulos do mercado financeiro, em papéis de empresas pré-existentes ou representativos de dívidas.

Embora essa dicotomia pertença unicamente ao sistema econômico, é jurídica a categorização das rendas provenientes de uma ou de outra operação para fins tributários. Isto é, embora a linguagem do direito positivo brasileiro não entenda a diferença entre investimentos estrangeiros diretos e indiretos, ela prescreve imposições tributárias distintas para as rendas obtidas por meio do mercado financeiro daquelas resultantes da atividade

² BARBOSA, Denis Borges. As mutações no regime do capital estrangeiro após a Carta de 1988, Disponível em <www.denisbarbosa.addr.com/21.doc>, Acesso em 14 ago. 2009.

³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17ªed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 12.

empresarial direta. À vista disso, podemos visualizar a juridicidade da classificação aqui utilizada.

Decidimos pela abordagem restrita ao investimento estrangeiro na modalidade direta, considerando primeiramente a extensão e o escopo do trabalho. A par desse aspecto, consideramos que o IED reveste-se mais propriamente do “interesse nacional” mencionado pelo artigo 172 da Constituição Federal, tendo em conta a necessária transferência de riqueza tangível (empregos, matéria prima etc.) e intangível (aumento da concorrência, desenvolvimento do mercado etc.) para a sociedade brasileira, ao contrário do IEI, com fins imediatamente especulativos.

O trabalho está apresentado em duas partes: a primeira, subdividida em quatro capítulos, dedica-se à definição dos conceitos de investimentos estrangeiros e não-residentes, assim como à análise da imposição sobre as rendas e operações relativas ao investimento estrangeiro direto; a segunda, subdividida em dois capítulos, analisa a inserção do investimento de capital estrangeiro na ordem econômica constitucional, a conformação do artigo 172 com o artigo 170, matriz principiológica da ordem econômica brasileira.

O primeiro capítulo aborda o regime geral do capital estrangeiro. Iniciando a exposição pela explicação do que se entende por “critérios de conexão”, sendo a residência fiscal um deles, analisa-se o conceito de residência para fins fiscais, destacando-se as diferenças deste conceito para aqueles utilizados pela legislação civil doméstica e internacional. Por fim, estudam-se os conceitos relativos ao capital estrangeiro: o registro, o capital contaminado, a remessa de lucros, o reinvestimento e a repatriação. Neste capítulo, busca-se investigar quem será tributado.

No capítulo seguinte analisam-se as formas de atuação dos investidores estrangeiros no Brasil na modalidade direta. Passando pela definição e natureza jurídica do investimento, começa a abordagem dos aspectos societários relativos aos investimentos estrangeiros, que influem diretamente no regime tributário aplicável. O estudo recai sobre: estabelecimentos permanentes, filiais, sociedades controladas e coligadas, e, ainda, as *joint ventures*, que, embora não sejam uma modalidade autônoma de pessoa jurídica, é um instrumental muito utilizado pelos investidores para viabilizar investimentos noutros países. O objetivo deste capítulo é analisar como o estrangeiro atua no Brasil.

Em seguida, no terceiro capítulo, o estudo tem por objeto os regimes de tributação dos investimentos diretos no Brasil. Tem-se em vista saber-se como e o que é tributado nas operações de IED. Dentre os poderes inerentes ao Estado soberano, encontra-se o de instituir e disciplinar um sistema tributário de aplicação exclusiva a todos os sujeitos que com o território estejam associados. Assim é que se inicia o estudo pela análise dos conceitos de soberania em aspectos gerais e no aspecto tributário, para, em seguida, abordar o princípio da territorialidade a partir dos ângulos formal e material, os quais são fundamentais para a imposição sobre rendas obtidas no Brasil por sujeitos submetidos a esferas de jurisdição tributária estrangeiras.

Acolhendo a corrente doutrinária forjada pela Escola da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pretendemos estudar o imposto sobre a renda apoiados nos postulados da Lógica Jurídica e conceitos forjados na Teoria Geral do Direito, de forma a manter a cientificidade a que nos propomos como premissa inafastável. Assim sendo, o imposto sobre a renda devido por não-residentes em operações de investimento direto no Brasil será analisado de acordo com a teoria da regra-matriz de incidência tributária, instrumento metodológico que permite minuciosa análise da organização interna da norma tributária, compreendendo-a numa estrutura lógico-condicional, de forma que, se verdadeiro o antecedente, tem-se o conseqüente.

Por fim, ainda no terceiro capítulo, aborda-se a retenção na fonte como sistemática necessária à satisfatividade do crédito tributário pelo Estado brasileiro.

No quarto e último capítulo da primeira parte, o objeto de estudo são as operações de câmbio no Brasil. Em se tratando de investimento estrangeiro, são fundamentais as considerações acerca da internalização no capital no país e a tributação que este sofre por meio do imposto sobre operações de câmbio. Assim como no capítulo antecedente, a regra-matriz de incidência tributária é a forma adotada para a análise da imposição.

No quinto capítulo, abrindo a segunda parte do trabalho, é vista a ordem constitucional econômica, na qual se inserem os investimentos de capital estrangeiro, e a hermenêutica constitucional. Inicialmente, estudam-se as noções fundamentais sobre a Constituição, para, em seguida, entrar-se no conceito de Constituição Econômica. A matriz constitucional da ordem econômica é encontrada no artigo 170, prescrevendo que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Segue-se, neste ponto, a doutrina do “Capitalismo Humanista”, também desenvolvida nesta Universidade, a qual sustenta que a Constituição brasileira consagra a busca a conciliação do lucro, objetivo máximo de qualquer sistema capitalista, com a promoção e concretização dos direitos humanos fundamentais individuais e sociais, garantindo a todos uma existência digna.

Por fim, à vista dos diversos princípios elencados pelo dispositivo, analisa-se a sua função na atividade hermenêutica.

A relação que o artigo 172 mantém com o 170 é intensa, dado que o primeiro encontra-se sistematicamente localizado na Constituição no capítulo cuja matriz principiológica é prescrita pelo segundo. Estabelece o artigo 172 que a lei disciplinará, com base no “interesse nacional”, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros. Empreendendo-se uma interpretação sistemática, intenta-se desvelar o sentido desta norma de acordo com a leitura feita da norma do artigo 170. Este é o objetivo buscado pelo sexto capítulo.

Quando a Constituição diz que a lei disciplinará os investimentos estrangeiros de acordo com o interesse nacional, essa disciplina passa necessariamente pela tributação. O estudo da tributação como fator indutor do investimento estrangeiro encontra-se no item 6.3.2. A lei tributária é um instrumental eficaz no direcionamento da atividade econômica no sentido da concretização dos direitos fundamentais previstos no artigo 170. Se a Constituição prescreve o papel ativo de um Estado garantidor dos direitos humanos, a lei tributária, com o seu poder de induzir comportamentos desejados pela Constituição, deve ser utilizada pelo Estado como instrumento concretizador dos princípios constitucionais.

É certo que o tema, dada a sua complexidade, não está e nem pode estar completamente abrangido por este trabalho. Estamos convencidos de que ainda há mais perguntas sobre o assunto do que respostas já encontradas. Não foi a nossa pretensão esgotar todos os pontos relativos à tributação e à disciplina constitucional do investimento estrangeiro direto, mas tão-somente contribuir, mesmo que de forma introdutória, para a análise jurídico-científica deste problema atual que se apresenta tanto complexo quanto instigante.

PARTE I

A TRIBUTAÇÃO DAS RENDAS E OPERAÇÕES RELATIVAS

A INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO

O REGIME JURÍDICO DO CAPITAL ESTRANGEIRO NO BRASIL

1.1 Considerações introdutórias

1.1.1 Critérios de conexão

É certo que a pretensão impositiva de um Estado sobre não-residentes somente pode ser concretizada quando o fato tributável esteja normativamente vinculado ao ordenamento jurídico do ente tributante. Essa conexão, ou ponte,⁴ é estabelecida por elementos normativos previstos no antecedente ou no consequente da regra-matriz de incidência tributária, a depender da natureza do elemento: se objetivo ou subjetivo. A estes elementos dá-se o nome de “critérios de conexão”.⁵

Nas palavras de Alberto Xavier, “o elemento de conexão é o elemento da previsão normativa que, determinando a ‘localização’ de uma situação da vida num certo ordenamento tributário, tem como efeito típico determinar o âmbito de aplicação das leis desse ordenamento a essa mesma situação”.⁶

Os critérios de conexão objetivos são atributos do próprio fato tributável, que se encontra conectado ao ordenamento jurídico de um dado Estado, por ter acontecido dentro dos limites de sua jurisdição territorial. A territorialidade do fato tributável permite ao ente tributante constituir o crédito tributário respectivo e exigir a sua satisfação mesmo que o sujeito passivo seja pessoa ou empresa não-residente. Estando

⁴ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 251.

⁵ Cf. MOREIRA FILHO, Aristóteles. Os critérios de conexão na estrutura da norma tributária. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.), **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 345.

⁶ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 252.

os critérios de conexão objetivos relacionados com o local de ocorrência do fato jurídico-tributável, pode-se afirmar que sua inserção na estrutura da regra-matriz de incidência se dá pelo critério espacial.⁷

Os critérios de conexão subjetivos, por sua vez, são aqueles que identificam nas características pessoais do sujeito passivo (residência, domicílio ou nacionalidade) o vínculo necessário para a imposição tributária. Assim, as condições pessoais do contribuinte serão os elementos suficientes para a determinação do regime jurídico-tributário que lhe será aplicável. Em se falando de critérios de conexão subjetivos, não restam dúvidas de que será no critério pessoal do conseqüente da regra-matriz de incidência que estará consignada a conexão do fato tributável com o ordenamento jurídico do ente tributante.

1.1.2 Residência fiscal

As legislações ocidentais, bem como os Modelos de Convenção propostos pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),⁸ costumam se referir ao estado de permanência dos sujeitos em um dado território pelo critério da residência,⁹ embora verifique-se uma diferença semântica entre residência, domicílio e sede. Segundo Heleno Taveira Tôrres, os termos utilizados pelas legislações e convenções (residência e não residência) tem maior aplicação por serem “mais compatíveis com as formas de organização das

⁷ MOREIRA FILHO, Aristóteles. Os critérios de conexão na estrutura da norma tributária. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.), **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 350.

⁸ O texto de ambos os modelos é idêntico: **Artigo 4.º Residente** “Para efeitos da Convenção, a expressão ‘residente de um Estado contratante’ significa qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direcção ou a qualquer outro critério de natureza similar, aplica-se igualmente a esse Estado e às suas subdivisões políticas ou autarquias locais. Todavia, esta expressão não inclui qualquer pessoa que está sujeita a imposto nesse Estado apenas relativamente ao rendimento de fontes localizadas nesse Estado ou ao patrimônio aí situado”.

⁹ Em sentido contrário, Alberto Xavier: “Muito embora um exame do direito comparado revele existirem tantas definições quantas as legislações em presença, a todas elas é comum a idéia de que o domicílio é um elemento de conexão mais forte que a residência, dando origem a obrigações tributárias mais extensas, distinguindo-se desta por exigir uma presença duradoura num dado território, acompanhada da efetiva intenção de aí permanecer (*animus manendi*)”. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 288.

relações jurídico-econômicas na estrutura do mercado global”. E conclui: “É uma consagração da práxis”.¹⁰

A nacionalidade dos sujeitos, em se tratando de tributação, não figura posição de destaque.¹¹ Tal como observa Renata Marcheti Silveira,¹² no Brasil, o conceito de nacionalidade só apresenta relevância em relação ao investimento internacional, quando for proibida a discriminação deste frente ao capital nacional.

É certo que há outros Estados, a exemplo dos Estados Unidos e Filipinas, que adotam o conceito de nacionalidade para estabelecer o vínculo do sujeito com o seu ordenamento. No entanto, como assevera Heleno Taveira Tôrres, essas situações são “verdadeiras exceções à regra geral”.¹³

O conceito de residência, conforme lecionam Alberto Xavier¹⁴ e Heleno Taveira Tôrres,¹⁵ representa um papel central na tributação internacional e, mais especificamente, na questão da tributação das rendas auferidas com as operações de investimento estrangeiro direto. É por meio da qualificação jurídica de “residente” ou “não-residente” que será determinado o tratamento tributário aplicável ao sujeito passivo: se baseado no princípio da universalidade dos rendimentos (*worldwide income*), para os primeiros, ou na territorialidade pura, para os últimos.¹⁶ Reflexo disso, uma outra série de normas prescritoras de obrigações instrumentais também só serão aplicáveis para os sujeitos não-residentes.

¹⁰ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 125.

¹¹ “Para determinar se um investimento é ou não internacional, não se pode recorrer unicamente à nacionalidade das partes. O critério é fraco e insuficiente. É o critério da residência ou domicílio do investidor que impera (com as necessárias reservas e limites) pois é o mais adequado. Foi ele o escolhido pelo legislador brasileiro”. BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 36.

¹² SILVEIRA, Renata Marcheti. **Registro do capital estrangeiro e intervenção do Estado nos contratos privados**. Tese de doutorado, São Paulo: PUC/SP, 2005, p. 145.

¹³ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 126.

¹⁴ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 287.

¹⁵ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 126.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 126.

Os conceitos de residência e domicílio adotados em certo Estado dificilmente encontram paralelo na comunidade internacional. Isso ocorre em virtude da grande infinidade de critérios adotados por cada legislação para qualificar seus conceitos, bem como as diversas particularidades inerentes aos atores internacionais. A harmonização de critérios, imprescindível dentro do campo da tributação internacional, demanda a necessidade de uniformização terminológica – com a preferência convencional¹⁷ pelo termo “residência”, em detrimento de outros –, ocasionando, naturalmente, a dissociação do regime internacional de residência com os diversos conceitos civilísticos adotados domesticamente de residência e domicílio. Assim, a diferenciação destes dois conceitos, dentro do direito tributário internacional, não apresenta sentido.¹⁸

Da mesma forma ocorre com o conceito de nacionalidade, conforme mencionou-se anteriormente. A residência, para fins de tributação internacional, “exprime o vínculo existente entre a pessoa e o âmbito espacial de vigência das leis de um determinado Estado”,¹⁹ ao passo que a nacionalidade “é o vínculo jurídico-político que une o indivíduo ao Estado”.²⁰ Todavia, as formas de aquisição e extinção desse vínculo variam bastante nas legislações mundiais.

O critério de conexão pessoal é estabelecido, portanto, independentemente da nacionalidade, baseando-se em questões meramente técnico-fiscais. Assim, nem todo investimento de estrangeiro é tecnicamente considerado “investimento estrangeiro”, submetido ao registro correspondente no Banco Central, ao regime de tributação

¹⁷ Fernando Serrano Antón explica: “La residencia implica lazos fuertes con el Estado, ya que el contribuyente residente usa la infraestructura del Estado, disfruta de la protección que le otorgan las autoridades administrativas y, por tanto, en base a todo ello se justifica el gravamen por renta mundial”. “¿Hacia la unificación del derecho tributario para residentes y no residentes?” *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**, vol. 3, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 68.

¹⁸ Em termos diretos, conclui Ana Cláudia Akie Utumi: “No âmbito da legislação tributária, ‘residência’ e ‘domicílio’ são utilizados como sinônimos – para identificar pessoas físicas ou jurídicas sujeitas à tributação no país em razão de sua permanência – e, como muito bem observa Heleno Tôrres –, em vários ordenamentos estrangeiros, há a predominância do termo ‘residência’, detrimento do termo ‘domicílio’”. “O não-residente na legislação do imposto de renda”. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**, vol. 5, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 133.

¹⁹ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 128.

²⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, vol. II, 15ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

diferenciado, assim como a todas as outras disposições específicas para o não-residente. O investimento realizado por um sujeito estrangeiro, mas residente no Brasil, não poderá ser considerado investimento internacional, mas investimento nacional. Simetricamente, se existir um aporte de capital por parte de um brasileiro residente, este sim, no exterior, todas as disposições legais relativas ao capital estrangeiro serão aplicáveis.²¹ Neste sentido, ainda, são as lições de Luiz Olavo Baptista:²² “Assim, em princípio, quem é estrangeiro é o capital: trata-se aí de *procedência*, e não de nacionalidade” [destaque no original].

Se o critério de conexão material diz com a territorialidade do fato jurídico, a sua localização no espaço, o critério de conexão pessoal, mediante a qualificação de residente ou não-residente, serve para atribuir-se ao sujeito passivo o regime tributário que lhe é pertinente, influenciando diretamente na formação do objeto da relação jurídica, *id est*, a quantificação da base de cálculo e a determinação da alíquota, que será majorada quando o investidor for residente em países com tributação favorecida. Neste sentido é a lição de Heleno Taveira Tôrres, “Tratando-se de uma materialidade tributável pela legislação brasileira, constituída no seu âmbito espacial de vigência, a residência irá convir para efetivar esse vínculo, estabelecendo o seu regime jurídico específico, segundo estejamos diante de um sujeito residente ou não-residente”.²³

1.2 O capital estrangeiro no direito brasileiro

1.2.1 Breve histórico

A questão dos investimentos estrangeiros no Brasil não é nova, remontando à época da proclamação da independência. Conforme noticia Caio Prado Júnior, o país iniciou seu ciclo de aporte de capitais estrangeiros ainda durante o Brasil-colônia, quando investimentos britânicos e franceses, principalmente, eram aplicados nos setores de mineração, transporte ferroviário, portos, comércio, bancos etc. No entanto, podem-

²¹ ANDRADE Jr., Attila de Souza Leão. **O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 28-29.

²² BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 61.

²³ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 129.

se considerar iniciados os primeiros sinais de industrialização do país somente em 1844, com a adoção de uma política alfandegária protecionista; somente em 1852, observa-se investimentos de grande porte, com forte participação do capital estrangeiro, na construção de estradas de ferro.²⁴

No final do século 19 e início do século 20, o Brasil figurava como um dos países com maior grau de integração no sistema econômico mundial e isso se deveu não só em virtude da atividade exportadora, mas também pela forte presença do capital estrangeiro no país.²⁵

O período foi marcado por pequenos “surto” de industrialização, sendo o mais significativo o ocorrido no início da década de 1920, que coincidiu com a queda da Inglaterra do posto de grande financiadora mundial e a ascensão dos Estados Unidos em seu lugar. A par desse aspecto, é bom recordar que este período foi fortemente marcado pela Primeira Guerra Mundial, que ocasionou, naturalmente, o declínio na importação dos países beligerantes, fornecedores de produtos manufaturados, e a forte desvalorização do câmbio. Este processo acarretou a diminuição da concorrência estrangeira, o que beneficiou sobremaneira a proliferação do parque industrial nacional, como relata Manuel da Costa Santos.²⁶

Todavia, o Brasil ainda continuava um país exportador eminentemente de produtos primários e importador de produtos industrializados, de maior valor agregado, tornando a balança comercial extremamente desfavorável. Assim, o país não tinha divisas suficientes para promover um crescimento sustentável, necessitando, cada vez mais, recorrer a empréstimos estrangeiros, a juros altíssimos, para fazer frente à dívida interna.

A crise de 1929 aprofundou ainda mais o déficit na balança comercial nacional, tendo em conta a drástica redução das exportações das commodities, principalmente do café, produto ao redor do qual era construída a economia do país. A consequência disto,

²⁴ PRADO JR., Caio. **História econômica do Brasil**, São Paulo: Brasiliense, 1974, pp. 132-136 e 257-259.

²⁵ GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e desnacionalização**, São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 53.

²⁶ SANTOS, Manuel da Costa. **Os investimentos estrangeiros no Brasil**, São Paulo: FCIESP, 1995, p. 40-41.

como não podia ser diferente, foi a “interrupção do afluxo regular de capitais estrangeiros que dantes normalmente alimentavam a economia do país e tinham se tornado indispensáveis, nas condições vigentes, para o equilíbrio das finanças externas”.²⁷ À vista disso, o governo viu-se obrigado a regular²⁸ um novo controle cambial sobre as remessas ao exterior, suprimindo o mercado livre de câmbio e estabelecendo a obrigatoriedade de autorização das autoridades monetárias para a obtenção de moedas estrangeiras.²⁹

Somente em 1944, editou-se uma legislação específica para os investimentos internacionais, o Decreto-Lei n. 6.882. Sobre esta legislação, José Eduardo Monteiro de Barros³⁰ afirma que este foi “o normativo que externou a primeira preocupação com o capital estrangeiro no Brasil”, muito embora ele mesmo reconheça o Decreto-Lei n. 9.025, de 1946, como a primeira lei que abordou diretamente questões-chave, como a entrada de capitais, a remessa de lucros, o repatriamento, dentre outros.

Este Decreto-Lei assegurou o livre ingresso do capital estrangeiro no país, assim como a possibilidade de comércio cambial (art. 1º). No entanto, ele impôs restrições à remessa de lucros e ao repatriamento do capital, o qual era autorizado somente até o montante de 20% do capital inicialmente registrado no Banco Central. Além disso, a repatriação somente poderia ocorrer após completos 5 anos de permanência do dinheiro no Brasil, a não ser quando o investimento recaía sobre títulos da dívida pública e de renda fixa, quando o prazo caía para 2 anos. As repatriações e remessa de lucros eram considerados “não preferenciais” no sistema de licenciamento de câmbio. Egberto Lacerda Teixeira³¹ observa que “não se previa nenhum estímulo ao reinvestimento de lucros no país. Ao contrário. Forçava-se a retirada e o retorno e esperava-se novo investimento vindo do exterior”.

²⁷ PRADO JR., Caio. **História econômica do Brasil**, São Paulo: Brasiliense, 1974, p. 291-292.

²⁸ Decretos-Lei ns. 20.451 e 20.572, ambos de 1931.

²⁹ FONTENELE, Leopoldo C. **Aspectos do investimento internacional**, Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1960, p. 163.

³⁰ BARROS, José Eduardo Monteiro de. Regime do capital estrangeiro, **Curso de direito empresarial**, vol. 3, São Paulo: LGDJ, 1976, p. 164.

³¹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil. **Revista dos Tribunais**, n. 463/185, São Paulo: Ed. RT, 1974.

O referido DL também contemplava o domicílio como critério para se determinar a internacionalidade do capital. A par desse aspecto, ficou estabelecida a sistemática do registro do investimento internacional junto à Carteira de Câmbio do Banco do Brasil, dentre outras providências administrativas relativas ao repatriamento e reinvestimento. Em suma, essa legislação trouxe grandes inovações no campo do investimento internacional, que provocaram grande impacto e insatisfação aos investidores estrangeiros, tendo em conta as limitações impostas à remessa de lucros aos países de origem do capital.

Na década de 1950, o movimento de capitais enviados ao exterior, bem como aqueles reaplicados no país, foi extremamente considerável. No entanto, conforme noticia Renata Marcheti, “fazia-se uma leitura equivocada dos dados estatísticos da época, entendendo-se que havia um déficit no movimento de capitais e transferências ao exterior, fenômeno que era peculiar somente ao Brasil”.³² Esta conjuntura deu oportunidade à edição do Decreto n. 30.363/1952, o qual determinava, dentre outras providências restritivas, a ampla revisão dos registros de capital estrangeiro na Carteira de Câmbio do Banco do Brasil.

Todavia, segundo refere Pinto Ferreira, este Decreto nunca foi efetivamente aplicado. Em sua substituição, foi editada a Lei n. 1.807/1953, a chamada “lei do câmbio livre”, que “aboliu o registro e as limitações do capital estrangeiro, revogou a nacionalização dos lucros excedentes e concedeu liberdade integral de movimentação do dito capital forâneo no mercado livre. Deu-lhe, inclusive, o privilégio da remessa de lucros pelo mercado oficial e, ademais, com taxas cambiais favorecidas em todos os investimentos considerados de especial interesse para a economia do país”.³³ O registro continuou mantido, no entanto, para os investimentos internacionais considerados de especial interesse para a economia nacional, entendidos aqueles que se destinassem à execução de planos para o aproveitamento econômico de regiões sob condições climáticas desfavoráveis ou em áreas menos favorecidas à instalação ou desenvolvimento de serviços de utilidade pública em diversos setores.

³² SILVEIRA, Renata Marcheti. **Registro do capital estrangeiro e intervenção do Estado nos contratos privados**. Tese de doutorado, São Paulo: PUC/SP, 2005, p. 110.

³³ FERREIRA, Pinto. **Capitais estrangeiros e dívida externa do Brasil**, São Paulo: Brasiliense, 1965, p. 228.

Este período foi marcado pela edição da Instrução n. 113 da SUMOC, que permitiu às empresas estrangeiras importar bens de capital sem cobertura cambial – ou seja, sem pagamento da mercadoria no exterior –, para a produção de bens considerados de interesse nacional, baseadas na essencialidade do produto, se o investidor aceitasse que o mesmo valor do equipamento em moeda nacional fosse aportado na empresa para a qual o bem era destinado.³⁴ As empresas de capital nacional ainda estavam submetidas à obrigatoriedade de importar somente com cobertura cambial.

Este cenário provocou grande inquietação no empresariado nacional, suscitando acaloradas discussões sobre a validade dos benefícios concedidos aos concorrentes estrangeiros que se instalavam no país. O argumento era no sentido de que as facilidades conferidas aos estrangeiros com a finalidade de que estes aportassem no Brasil prejudicavam o progresso da empresa nacional. A tendência natural era levar a matéria à discussão no Poder Legislativo. Após inúmeros debates, discussões, ajustes e requerimentos de urgência, chegou-se ao consenso em torno do Projeto de Lei n. 189 de 1961, que daria origem à Lei n. 4.131/1962, o Estatuto do Capital Estrangeiro no Brasil.³⁵

Essa Lei foi regulamentada somente em janeiro de 1964, ou seja, três meses antes do golpe militar, o que permite afirmar que ela nunca teve aplicação nos termos em que foi concebida.³⁶ Em agosto do mesmo ano, foi aprovada a Lei n. 4.390, alterando alguns artigos da Lei n. 4.131. A regulamentação de ambas veio somente em 1954, com o Ato Executivo n. 55.762, cujas disposições ainda encontram-se em vigor até os dias atuais.³⁷

O estudo do histórico da regulamentação do investimento estrangeiro no Brasil guarda uma importância intrínseca ao tema desenvolvido neste trabalho. Observa-se a grande variação normativa existente ao longo do tempo sobre o tratamento a ser dispensado ao capital estrangeiro, se no sentido de incentivá-lo ou desestimulá-lo; se era

³⁴ GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e desnacionalização**, São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 59.

³⁵ SILVEIRA, Renata Marcheti. **Registro do capital estrangeiro e intervenção do Estado nos contratos privados**. Tese de doutorado, São Paulo: PUC/SP, 2005, p. 110.

³⁶ GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e desnacionalização**, São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 60.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 61.

considerado um privilégio ter investidores estrangeiros aportando capital no país, ou se este aporte era danoso à economia nacional por sufocar as empresas nacionais. O que se afigura interessante é o fato de algumas regulamentações, mesmo as mais embrionárias, tentarem definir o “interesse nacional” ao qual deveria atender os investimentos estrangeiros.

Sobre os investimentos estrangeiros ocorridos durante este período, Washington Peluso Albino de Souza observa que “quanto às vantagens que ofereciam, pela experiência se veio a perceber que a tecnologia por eles aportada, de modo geral, já era obsoleta e quase nunca competitiva com a que para si reservava a Nação-Dominante; que o problema social da criação de emprego se constituiria num instrumento ameaçador quando era usado para conseguir mais favores em troca de não provocarem desemprego e a recessão; e que a própria industrialização, por seu intermédio provocada, constituía uma importação disfarçada dos produtos internamente obtida a preços muito mais altos do que os da importação direta dos mesmos”. Este era o resultado natural do embate de nações tão díspares em nível de desenvolvimento industrial.

1.3 Elementos do conceito legal de capital estrangeiro

A Lei n. 4.131/1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores ao exterior, define, no artigo 1º, capitais estrangeiros como “os bens, máquinas e equipamentos entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens e serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no País, para a aplicação em atividades econômicas, desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliados ou com sede no exterior”.

Attila de Souza Leão Junior³⁸ adverte que, ao legislador, em suas atividades de produção legislativa, cabem somente as tarefas de “estatuir, disciplinar e compor fatos ou fenômenos relevantes à vida social”. As definições dos conceitos disciplinados pela lei devem ser elaborados e formatados pela doutrina jurídica. No entanto, pondera o

³⁸ ANDRADE Jr., Attila de Souza Leão. **O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 2.

autor, há ocasiões em que o legislador é “convocado inexoravelmente a conceituar ou definir, a fim de evitar dúvidas hermenêuticas sobre o fenômeno que se está a disciplinar”. Pode-se dizer, sustenta o autor, que este caso constitui-se uma exceção à regra geral, ao que andou bem o legislador em definir o que se entende do instituto “capitais estrangeiros” no ordenamento jurídico brasileiro, de forma clara e precisa.

Por outro lado, nenhum conceito legal é completamente livre de reparos. Neste caso, o artigo 1º é fortemente criticado por José Eduardo Monteiro de Barros,³⁹ que afirma ser a mencionada definição “de aparência simples, redundante nas palavras, literariamente muito mal feita, tecnicamente mal construída, juridicamente suscitando uma série de problemas”.

Alberto Xavier⁴⁰ sustenta que as definições legais não têm propósito nem alcance doutrinário. Se pretende formatar uma definição cientificamente rigorosa de certo instituto jurídico, o intérprete, embora baseado na definição legal, não pode a ela confinar-se. O Professor trabalha o conceito de forma própria: “para nós, 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”.

A definição esboçada pelo Professor apresenta dois elementos distintos: (i) o elemento substancial, que diz com a própria noção de investimento estrangeiro; e (ii) um elemento formal, relativo ao registro do capital, reputado necessário para o gozo dos benefícios constantes da Lei.

Quanto a este último aspecto, há de se fazer algumas ressalvas. É certo que o registro do investimento é condição *sine qua non* para que o não-residente possa repatriar o capital investido, remeter dividendos, ou mesmo reinvestir os lucros no país. Contudo, é de se observar que o artigo 1º da Lei n. 4.131/1962 não o elencou como

³⁹ BARROS, José Eduardo Monteiro de. Regime do capital estrangeiro, **Curso de direito empresarial**, vol. 3, São Paulo: LGDJ, 1976, p. 168.

⁴⁰ XAVIER, Alberto. **Direito tributário e empresarial – pareceres**, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 331-332; Natureza jurídica do Certificado de Registro de Investimento Estrangeiro – alienação parcial de participações societárias e redução do capital social, **Revista de Direito Mercantil**, n. 69/40, São Paulo: Ed. RT, 1988.

necessária à compreensão do conceito. De fato, a eventual omissão do registro não desnatura a estraneidade do investimento,⁴¹ o qual, mesmo não registrado, continua a existir e a capitalizar a empresa.⁴²

Ainda sobre o conceito de capitais estrangeiros, analisa Denis Borges Barbosa: “Como seria esperado, a lei define analiticamente o que se entende como capital estrangeiro; para tanto é necessário **subjetivamente**, que pertença a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior; **objetivamente**, que se constitua 1) ou em bens, máquinas, equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas; 2) ou em recursos financeiros ou monetários introduzidos no país; quanto à **finalidade**, 1) que se destinem à produção de bens ou serviços, no caso de bens físicos; ou 2) que se destinem à aplicação em atividades econômicas, no caso de recursos financeiros ou monetários”.⁴³

Há autores, ainda, que defendem o interesse de permanência do capital no país e a influência no controle como requisitos necessários para a caracterização deste como estrangeiro.⁴⁴ Todavia, não parece que o critério do prazo de duração do investimento seja, de fato, jurídico. O capital não perde, ou mesmo adquire, a qualidade de estrangeiro se aqui fica investido por um mês, um ano, ou dez anos. Indiferentemente, cumpridos os requisitos constantes do artigo 1º, o capital será tido por internacional.

⁴¹ Nesse sentido, TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional – planejamento tributário e operações transnacionais**, São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 564; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 54-55; SILVEIRA, Renata Marcheti. **Registro do capital estrangeiro e intervenção do Estado nos contratos privados**. Tese de doutorado, São Paulo: PUC/SP, 2005, p. 139-140.

⁴² Os temas relativos ao registro do investimento no Banco Central e capital contaminado serão analisados nos tópicos subseqüentes ainda neste capítulo.

⁴³ BARBOSA, Denis Borges. Tratamento do capital estrangeiro desde a Lei de 1962 até a Carta de 1988, Disponível em: <www.denisbarbosa.addr.com/29.doc>, Acesso em 29 maio 2009.

⁴⁴ “Da mesma forma que as referidas definições, entendemos relevante incluir no conceito o aspecto subjetivo do interesse de permanência do investidor, bem como o aspecto econômico da produção. (...) Desta forma, somente os investimentos externos ‘clássicos’ em valores mobiliários, tais como a compra de ações da empresa para adquirir o direito ao controle ou ao menos à participação em suas decisões (*effective voice*), com a intenção de capitalizá-la visando indiretamente a fomentar sua produção e posterior obtenção de lucro pelo recebimento de dividendos, poderia ser considerada como investimento estrangeiro”. SILVEIRA, Eduardo Teixeira. O regime jurídico do investimento estrangeiro no Brasil. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 382.

O prazo do investimento é indicativo apenas em relação à sua classificação – econômica – em investimentos diretos e indiretos. Estes caracterizam-se pela predominância de capital especulativo, com alto grau de volatilidade, realizado necessariamente por meio de operações financeiras, cujas posições podem ser repatriadas ou redirecionadas a outros investimentos em curtíssimo prazo. Não têm, portanto, qualquer lastro com a produção econômica ou intenção de controle da investida. Os investimentos diretos, por sua vez, são outra categoria de investimento estrangeiro que reflete objetivos de perenidade⁴⁵ e, muitas vezes, tomada de controle da empresa, ou, no mínimo, participação efetiva nas suas decisões.

O capital investido por meio de instituições financeiras, por mais especulativo que seja, se possuir as outras características constantes do artigo 1º, não perde a sua característica de estrangeidade. Afirmar que o investimento estrangeiro é somente aquele realizado pela forma direta significa desconsiderar a natureza jurídica idêntica intrínseca aos capitais investidos de forma indireta, nos mercados de capitais. Essa classificação, como é de se ver, carece de embasamento legal. Registre-se que, assim como o capital destinado ao investimento direto, o capital destinado ao mercado financeiro também é passível de registro junto ao Banco Central.

Luiz Olavo Baptista⁴⁶ trata do tempo de permanência como característica do capital estrangeiro, mas tão-somente para diferenciá-lo da operação de importação: “Há uma noção de *permanência*, de extensão temporal associada ao retorno do investimento, fixando um termo para este, ao passo que, na importação, os bens vêm em com a contrapartida do preço, pago imediatamente, ou quase, ou até antecipadamente”. Afora esta, não existe outra utilização para o critério de permanência do capital para a classificação científica do conceito de capitais estrangeiros.

⁴⁵ O interesse de permanência, ou *lasting interest*, é assim caracterizado pelo Fundo Monetário Internacional – FMI: “*The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise*”. Balance of payments Manual, Washington: FMI, 2008, Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/cat/longres.cfm?sk=157.0>>. Acesso em 3 jun. 2009.

⁴⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 52.

À época da edição da Lei n. 4.131/1962, a forma direta de investimento era predominante no cenário econômico brasileiro, tendo em conta, principalmente, o momento de industrialização pelo qual o país passava e o estágio ainda embrionário do mercado de capitais brasileiro. A par desse aspecto, o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional – órgãos responsáveis pelo registro do capital estrangeiro –, com o fim de resguardar a economia doméstica, privilegiaram o investimento dito produtivo, dispensando, por outro lado, tratamento altamente restritivo ao investimento não produtivo, como os investimentos em *holdings* e os realizados em bolsas de valores.⁴⁷ Apesar de a regulamentação dos capitais estrangeiros datar de 1962, somente em 1981, com a edição da Resolução/CMN n. 790, o Brasil promoveu maior abertura dos mercados acionários aos investidores estrangeiros. Onze anos mais tarde, por meio da Resolução/CVM n. 169/92, foi autorizada a atuação dos investidores estrangeiros por conta própria, sem a utilização de fundos ou carteiras de investimentos.

É certo que, nos dias atuais, tendo em conta as ulteriores disposições legais e infralegais, não restam dúvidas de que o conceito legal de investimento consagrado pelo artigo 1º da Lei n. 4.131/1962 admite as quatro categorias de investimento reconhecidas doutrinariamente: (i) capital de empreendimento, aplicado pelo investidor em setor produtivo da economia, de forma direta e mediante a participação em sociedade brasileira, com a concessão de dinheiro ou bens de capital; (ii) capital de portfólio, investido em valores mobiliários e ativos reais, mediante aquisição em bolsa de participação acionária em empresa nacional, necessariamente por meio instituição financeira, caracterizando o investimento indireto; (iii) capital financeiro, mediante empréstimos e financiamentos; (iv) capital tecnológico, aquele proveniente de transferência de tecnologia, como licenças de uso de marca, patentes, prestação de serviços técnicos especializados etc.⁴⁸

Neste aspecto, interessa notar que o ordenamento não admite como investimento estrangeiro as aquisições de bens insuscetíveis de produzir rendimento, como obras de arte, metais e pedras preciosas, considerados “haveres de estrangeiro”, os quais são

⁴⁷ SILVEIRA, Renata Marcheti. **Registro do capital estrangeiro e intervenção do Estado nos contratos privados**. Tese de doutorado, São Paulo: PUC/SP, 2005, p. 131.

⁴⁸ As formas de investimento estrangeiro serão analisadas em capítulo específico.

passíveis de remessa ao exterior, nos termos do artigo 61 do Decreto n. 55.762/1965, que regula a transferência para o exterior de heranças, prêmios, proventos e direitos autorais recebidos ou auferidos no País e de patrimônio de pessoas que transfiram residência para o exterior, sendo-lhes inaplicável o regime de capital estrangeiro.⁴⁹ Também estão excluídos do conceito as remessas realizadas para fins caritativos, doação, auxílio ou outros fins que não sejam relacionados à atividade econômica.⁵⁰

A definição esboçada pelo artigo 1º da Lei n. 4.131/1962, dada a ambigüidade de sua redação, suscita ainda outra questão: qual a extensão do conceito de “bens” considerados investimentos estrangeiros? A concepção civilística de bens é construída em torno das coisas que são suscetíveis de apropriação, contendo, em si, valor econômico.⁵¹ No entanto, a superação da questão necessita de um esforço exegético um pouco mais longo, mas, ainda assim, simples.

Afirma o artigo 2º da Lei acima referida que 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 autorizadas pela Lei. Deve-se observar, então, como está disposta a disciplina jurídica da subscrição do capital social das empresas de capital nacional. Assim dispõe o artigo 7º da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/1976): “O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro”. Sendo possível ao sócio nacional subscrever o capital social da sua pessoa jurídica com qualquer bem passível de avaliação financeira, ao sócio não-residente também será permitida a mesma prática. Dessa forma, conclui-se a partir desse silogismo que a subscrição de capital estrangeiro poderá ser feito com qualquer espécie de bens cujo valor monetário possa ser avaliado, incluindo-se aí os bens incorpóreos, tais como as patentes de invenção, as marcas de comércio etc.⁵²

⁴⁹ XAVIER, Alberto. **Direito tributário e empresarial – pareceres**, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 332.

⁵⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53.

⁵¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – parte geral**, vol. 1, São Paulo: Saraiva, p. 116.

⁵² ANDRADE Jr., Attila de Souza Leão. **O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 5.

Outra locução constante do conceito legal de capitais estrangeiros merece análise específica. Trata-se da expressão “sem dispêndio inicial de divisas”. O ingresso de bens no país em contrapartida à remessa de recursos financeiros ao exterior configura a hipótese de importação. Buscou a lei com a referida ressalva diferenciar as operações de investimento estrangeiro das operações de importação, que consiste no ingresso de bens no país, mediante a remessa de recursos financeiros ao exterior, como exteriorização de um contrato de compra e venda ou similar (v.g. arrendamento mercantil ou aluguel).⁵³

Por último, dentro do conceito de capitais estrangeiros, é mandatória a análise do conceito de “residência”. Em virtude da sua complexidade e importância, o estudo será empreendido em tópico separado. A seguir.

1.3.1 O domicílio do capital

Conforme mencionado no início do capítulo, os conceitos de residência e domicílio são fundamentais, uma vez que é a partir deles que serão determinados uma série de efeitos da vida civil de qualquer cidadão ou empresa, notadamente aqueles relativos à tributação.

Nesse sentido, esclarece Heleno Taveira Tôres: “A qualificação jurídica de residência atribuída à localização de um dado sujeito, no direito tributário de qualquer Estado, desenvolve uma função basilar na determinação da sujeição ao poder de tributar de um estado, em particular, pela definição do regime aplicável com base na territorialidade pura (não-residentes) ou da universalidade (residentes). Trata-se um conceito imprescindível à própria aplicação da lei tributária, territorialmente.”⁵⁴

O conceito de residência para fins tributários, a residência fiscal, difere do conceito de residência civilístico, aplicável a outros fenômenos jurídicos nos campos do direito do trabalho, do direito internacional privado e, notadamente, do direito civil. É que cada país regula estes conceitos utilizando-se de critérios distintos. É certo que, em

⁵³ ANDRADE Jr., Attila de Souza Leão. **O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9.

⁵⁴ TÔRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 126.

geral, a residência fiscal coincide com a residência civil, mas a dissociação dos critérios relativos à residência civil e à residência fiscal pode ocasionar situações em que uma determinada pessoa física ou jurídica tenha sua residência civil num país A, mas um outro país B, em razão de sua permanência, também atribua-lhe a residência fiscal.

1.3.1.1 Residência e domicílio no Código Civil brasileiro

Veja-se como a legislação brasileira dispõe sobre a residência e o domicílio para fins civis, tomando como base o Código Civil (Lei n. 10.406/2002). Sobre a residência e domicílio das pessoas físicas, prescreve o artigo 70 que “o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”. Em complemento, o artigo 71 estabelece que “se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas”. Ainda, o Código Civil, no artigo 72, reza que o domicílio da pessoa física é o lugar onde ela exerce sua profissão, quanto às relações a ela concernentes e, tal como o domicílio residencial, se a pessoa física exercitar sua profissão em mais de um lugar, “cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem” (parágrafo único).

Em se tratando de pessoas jurídicas, de acordo com o artigo 75, o domicílio delas será “o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos”. Na hipótese de a pessoa jurídica possuir vários estabelecimentos, “cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados (artigo 75, § 1º); se a diretoria ou administração estiver sediada no exterior, “haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder (artigo 75, § 2º). O Código Civil, ainda, autoriza que os contratantes, nos contratos escritos, poderão especificar o domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações dele resultantes.

Sílvio Rodrigues⁵⁵ atenta para o fato de que a lei, ao conceituar o domicílio da pessoa física e ao indicar o domicílio da pessoa jurídica, utilizou o vocábulo “lugar”, que se apresenta bem adequada, pois “domicílio é o lugar em que a pessoa atua na vida

⁵⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – parte geral**, vol. 1, São Paulo: Saraiva, p. 105.

jurídica”. Leciona o Professor que o conceito de domicílio distingue do de residência, eis que “este representa uma relação de fato entre uma pessoa e um lugar, envolvendo a idéia de habitação, enquanto o de domicílio compreende o de residência, acrescido do ânimo de aí fazer o centro de sua atividade jurídica”.

É de bom alvitre mencionar mais uma vez que a distinção entre domicílio e residência repercute numa série de aspectos da vida civil do cidadão ou da pessoa jurídica, como, por exemplo, aqueles relativos às obrigações civis, a formação e extinção do contrato etc. Contudo, na seara tributária, como foi dito anteriormente, não existe distinção científica para esses dois conceitos, os quais são utilizados como sinônimos para identificar pessoas físicas ou jurídicas sujeitas à tributação no país em razão de sua permanência, havendo, por motivos meramente convencionais, a prevalência do termo “residência” em detrimento do termo “domicílio”.

1.3.1.2 Domicílio tributário – o art. 127 do CTN

O Código Tributário Nacional estabelece, no artigo 127, que o domicílio tributário será eleito pelo próprio contribuinte ou responsável; em se omitindo, a lei considera como domicílio das pessoas físicas a sua residência habitual, ou então o centro habitual de sua atividade, caso a primeira seja incerta ou desconhecida. Em relação às pessoas jurídicas de direito privado, o artigo 127, inciso II, prescreve que, se o contribuinte não o eleger, o domicílio será o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que deram origem à obrigação, o estabelecimento.

O § 2º do mesmo artigo confere à autoridade tributária o direito de recusar o domicílio eleito pelo contribuinte, quando este impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, hipótese em que será considerado como domicílio tributário o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

Como se vê, o conceito de domicílio fiscal apresenta sensíveis diferenças em relação ao conceito prescrito pela lei civil, dado que o Código Civil fala em lugar das diretorias e administrações e o CTN em sede. O conceito de domicílio fiscal definido pelo CTN leva em conta critérios que não são necessariamente coincidentes com

aqueles utilizados pelo CC. Diante dessa situação, um contribuinte qualquer poderá ter seu domicílio fiscal na cidade de São Paulo, mas ser civilmente domiciliado em Fortaleza. O CTN autoriza ao contribuinte eleger o domicílio fiscal que mais lhe seja conveniente, desde que tal escolha não embarace a fiscalização, sendo coincidentes os dois domicílios somente quando o contribuinte queda-se silente em relação ao fiscal.

Todavia, quando está a se tratar de domicílio de eleição, uma ressalva merece ser feita. Segundo Pontes de Miranda,⁵⁶ o cidadão ou empresa pode estabelecer seu domicílio onde realmente queira, porém a sua manifestação de vontade não pode vir desacompanhada do elemento fático indicativo do *animus* de ali se estabelecer ou firmar o seu centro de negócios. Não basta, pois, que o contribuinte eleja a cidade de São Paulo como seu domicílio tributário, sem que haja indícios materiais da sua intenção de ali permanecer ou fazer daquela cidade o seu centro de responsabilidades. Assim é porque, segundo Pontes, o princípio da liberdade de escolha do domicílio não é ato arbitrário conferido ao contribuinte, não é ato de vontade soberana passível de manipulação pelas pessoas físicas ou jurídicas. Há que se respeitar sempre a ligação da pessoa com o território.

1.3.1.3 Residência fiscal brasileira das pessoas físicas

O termo “não-residente” não é definido expressamente pelo direito tributário, sendo um conceito cujos contornos são conhecidos por oposição ao termo “residente”.

De acordo com a legislação brasileira, são considerados residentes fiscais as pessoas físicas nascidas e domiciliadas no Brasil, que não tenham se ausentado do território nacional em caráter permanente ou por mais de 12 meses em caráter temporário.

Na mesma orientação traçada pelo Código Civil e pelo Código Tributário Nacional, a legislação do imposto de renda, artigo 28 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), estabelece que o domicílio fiscal da pessoa física é a sua residência habitual, assim entendido o lugar em que ela tiver uma habitação em condições que

⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, tomo IV, atual. por Wilson Rodrigues Alves, São Paulo: Bookseller, 2000, p. 321.

permitam presumir a intenção de mantê-la. Em se tratando de exercício de profissão ou função particular ou pública, o domicílio fiscal é o lugar onde a profissão ou função estiver sendo desempenhada.

Também serão considerados residentes fiscais, as pessoas físicas estrangeiras que se enquadrarem alternativamente numa das seguintes situações:⁵⁷ (i) ingressem no Brasil com visto permanente, a partir da data do ingresso no país; (ii) ingressem no Brasil com visto temporário de trabalho, com vínculo empregatício, a partir da data do ingresso no país; (iii) ingressem no Brasil com outros vistos temporários, se aqui permanecerem por prazo superior a 183 dias, em um período de 12 meses, da data de qualquer chegada, consecutivos ou não.

No caso de a pessoa com visto temporário, antes do decurso dos 183 dias, vir a trabalhar com vínculo empregatício, ou obtiver um visto permanente, ela adquirirá nas respectivas datas o *status* de residente fiscal, nos termos da Instrução Normativa 208/2002, artigo 2º, parágrafo único.

É de se ver que a qualificação de “residente fiscal” atribuída pela legislação brasileira está relacionada a dois requisitos objetivos: (i) a presença da pessoa no território nacional e; (ii) a duração da presença da pessoa no território nacional.

A legislação não leva em conta o *animus* de transferência de domicílio para o Brasil, mas tão-somente contenta-se com os critérios objetivos, tais como o tipo de visto obtido pelo não-residente que aqui ingressa. A assertiva pode ser comprovada pela observação do artigo 19 do RIR, pelas locuções “com visto temporário” do *caput* e “por

⁵⁷ “Art. 18. As pessoas físicas portadoras de visto permanente que, no curso do ano-calendário, transferirem residência para o território nacional e, nesse mesmo ano, iniciarem a percepção de rendimentos tributáveis de acordo com a legislação em vigor, estão sujeitas ao imposto, **como residentes ou domiciliadas no País** em relação aos fatos geradores ocorridos a partir da data de sua chegada, observado o disposto no § 2º do art. 2º.”

“Art. 19. Sujeitar-se-á à tributação pelo imposto de renda, **como residente**, a pessoa física proveniente do exterior que ingressar no Brasil, com visto temporário (Lei n. 9.718, de 1998, art. 12):

I – para trabalhar, com vínculo empregatício, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir da data de sua chegada;

II – por qualquer outro motivo, e aqui permanecer por período superior a cento e oitenta e três dias, consecutivos ou não, contado, dentro de um intervalo de doze meses, da data de qualquer chegada, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir do dia subsequente àquele em que se completar referido período de permanência.”

qualquer outro motivo” do inciso II, o qual imputa objetivamente a qualificação de não-residente a quem, independentemente da demonstração do *animus* de transferir a residência para o Brasil, permanecer no Brasil por 183 dias dentro de um período de 12 meses.

Este entendimento, de que o Brasil adota critérios objetivos no reconhecimento da aquisição de residência, não vai de encontro com as lições de Alberto Xavier,⁵⁸ que assim observa: “(...) o direito brasileiro acolheu uma noção de residência que se situa a meio caminho entre a noção meramente objetiva, que se contenta com o simples *corpus*, e a noção subjetiva, que exige a presença cumulativa dos dois requisitos, o *corpus* e o *animus*”. E continua: “o estatuto do residente adquire-se alternativamente pela permanência duradoura no território nacional com visto temporário, sejam quais forem as intenções do sujeito (elemento material), ou pela intenção de residência no Brasil, **expressa pela posse do visto permanente**” [grifo nosso].

É certo que o visto permanente pode ser um indício da vontade de o sujeito transferir para o Brasil a sua residência, no entanto, como afirma o Professor, essa intenção, em todo caso, tem que ser *expressa pela posse do visto permanente*, um critério objetivo por natureza. O visto, portanto, independentemente da vontade do sujeito, afigura-se como *conditio sine qua non* para obtenção do *status* de residente para fins fiscais.

O estrangeiro que ingressar no país portando um visto de residente permanente adquirirá imediatamente o *status* de residente brasileiro, sendo, a partir de então, tributável de acordo com a legislação brasileira, notadamente de acordo com o princípio da universalidade de rendimentos. No caso do estrangeiro que ingressa no Brasil com visto temporário, sua tributação será de acordo com o princípio da territorialidade, ou seja, somente serão submetidos à tributação brasileira os rendimentos aqui produzidos. Se portador de visto de trabalho, a tributação será em bases universais a partir do momento do seu ingresso no país, cessando com a sua saída definitiva. Para o portador de visto meramente temporário, enquanto não se completar os 183 dias exigidos pela lei

⁵⁸ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 291-292.

para a aquisição da condição de residente, sua tributação será realizada pelo regime de fonte aplicável aos não-residentes (territorialidade) – artigo 182, III, do RIR. A partir do perfazimento deste período, a tributação dar-se-á em bases universais.

A perda da residência fiscal, pela transferência da residência para o exterior opera-se com o cumprimento da formalidade de apresentação da Declaração de Saída Definitiva, juntamente com as Declarações de Rendimentos relativas aos anos-base anteriores, se obrigatórias e ainda não entregues, além das eventuais dívidas tributárias ainda não quitadas (artigo 16 do RIR). Com a saída definitiva do país, a pessoa física fica sujeita à tributação em bases exclusivamente territoriais, de acordo com o princípio da territorialidade.

A legislação brasileira estabelece ainda um regime de ausência aplicável ao sujeito que deixar o país sem apresentar a Declaração de Saída Definitiva. Nesse caso, a pessoa continua a ser considerada fiscalmente residente no Brasil e terá sua renda tributada universalmente, durante os 12 primeiros meses de ausência. Findo tal período, presume-se a saída definitiva do país, adquirindo o sujeito a condição de não-residente para fins fiscais, passando a ser tributado somente pelos fatos que tomarem lugar no território brasileiro.

Como bem recorda Alberto Xavier,⁵⁹ nem sempre a efetiva transferência da residência para o exterior importa na perda do estatuto do residente no Brasil, pois há casos em que a lei impõe a sua conservação. É o que ocorre com os residentes no Brasil que estiverem no exterior e que receberem rendimentos de trabalho assalariado, em moeda estrangeira, do Governo brasileiro. Neste caso, o imposto tem como base de cálculo 25% do total dos rendimentos (artigo 4º Lei n. 9.250/1995 e artigo 17 RIR).

1.3.1.4 Residência fiscal brasileira das pessoas jurídicas

O artigo 147 do Regulamento do Imposto de Renda dispõe que, para fins de incidência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, são consideradas pessoas jurídicas: (i) aquelas de direito privado domiciliadas no País, independentemente de sua

⁵⁹ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 294.

finalidade, nacionalidade ou participantes no capital, incluindo todas as firmas e sociedades, registradas ou não; (ii) filiais, sucursais, agências ou representações no País, das pessoas jurídicas com sede no exterior; (iii) comitentes domiciliados no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou comissários no País.

Como se pode observar, o critério utilizado pela legislação é o domicílio, conceito definido tanto pelo artigo 212 do mesmo Regulamento, quanto pelo artigo 127 do Código Tributário Nacional, e, ainda, segundo os institutos da Lei Civil, o qual, em razão da sua maior generalidade, deve sucumbir frente às definições esboçadas pelas leis mais específicas – CTN e RIR.

Nesse sentido, estabelece o artigo 212 do RIR que, em relação ao imposto de renda, o domicílio fiscal da pessoa jurídica é, quando existir um único estabelecimento, o lugar de situação deste; havendo pluralidade de estabelecimentos, à opção da pessoa jurídica, o lugar onde se achar o estabelecimento centralizador das suas operações ou a sede da empresa dentro do País. O CTN dispõe de forma semelhante em relação à sede, adicionando que, em relação aos atos ou fatos que deram origem à obrigação, o domicílio é o local de cada estabelecimento considerado individualmente, o que, em se tratando de imposto de renda, é irrelevante, tendo em conta o princípio da universalidade.⁶⁰

Pode-se afirmar, portanto, que o Brasil novamente adotou um critério objetivo no tocante à residência da pessoa jurídica.

⁶⁰ Registre-se o interessante trabalho desenvolvido por Alessandra Teixeira sustentando a prevalência dos critérios de domicílio civilístico – o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações –, em face dos critérios eleitos pela lei tributária – o lugar da sede –, ao argumento de que “a residência deve estar atrelada com o local onde a empresa exercita a sua atividade no mundo jurídico, e essa está ligada ao seu centro de decisão”. “O local da sede”, continua a autora, “passou a ser facilmente manipulado pelos empresários, que a localizam onde melhor lhes convém, fixando-a muitas vezes em paraísos fiscais, com o objetivo específico de evitar a tributação”. (“A residência das pessoas jurídicas no direito tributário brasileiro: art. 75 do Código Civil”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.), *Direito tributário internacional aplicado*. vol. 5, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 190). Todavia, é importante notar que ambos os critérios, tanto o da lei civil, quanto o da tributária, são aplicáveis somente quando os estatutos quedam-se silentes quanto à residência. Os sócios continuam tendo potestade de eleição do domicílio da sociedade. A par desse aspecto, a aparente antinomia das normas deve ser resolvida pelo princípio da especialidade, com a prevalência da lei tributária ao caso.

Como bem ressalta Alberto Xavier, o conceito de sociedade residente no Brasil não pode ser confundido com sociedade de nacionalidade brasileira. Estas dependem da obediência ao duplo requisito de terem-se organizado na conformidade com a lei brasileira e terem sua sede no Brasil – Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 11; Código Civil, artigo 1.126.

Não há hipótese legal específica no direito brasileiro que preveja a transferência de residência fiscal de pessoa jurídica para o exterior. É possível, contudo, a transferência da sede da pessoa jurídica para o exterior, mediante atos societários firmados neste sentido, restando no Brasil uma filial, sucursal ou agência da matriz, a qual estará agora sediada no exterior. De qualquer maneira, este rearranjo societário não é apto a excluir a incidência do imposto de renda sobre a pessoa jurídica localizada no Brasil, eis que esta, a partir de então considerada um estabelecimento permanente, será equiparada a uma pessoa jurídica brasileira para fins de tributação.

O regime jurídico dos estabelecimentos permanentes, bem como a sua tributação, serão estudadas nos capítulos 3 e 4, respectivamente.

1.3.1.5 Residência nas convenções contra dupla tributação. Dupla residência. *Tie breaker rules*

De acordo com o artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE, o tratado é aplicável apenas às pessoas que residem em algum dos Estados contratantes, ou em ambos. O artigo 3(1), por sua vez, dispõe que o termo “pessoa”, inclui as pessoas físicas, sociedades ou qualquer outro grupo de pessoas, o qual consiste, na visão de Rodrigo Maitto,⁶¹ com apoio em Jean Schaffner e Michael Lang, todo tipo de associação para a qual se reconheça capacidade contributiva, ainda que limitada, incluindo-se, também, qualquer estrutura que não seja considerada uma entidade tributável.

A definição de “residente” encontra-se no artigo 4º, que assim dispõe: “Para efeitos da Convenção, a expressão "residente de um Estado contratante" significa qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto

⁶¹ MAITTO, Rodrigo. **Aplicação de tratados internacionais contra a dupla tributação – qualificação de *partnership joint ventures***, São Paulo: Quatier Latin, 2009, p. 257.

devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direção ou a qualquer outro critério de natureza similar, aplica-se igualmente a esse Estado e às suas subdivisões políticas ou autarquias locais. Todavia, esta expressão não inclui qualquer pessoa que está sujeita a imposto nesse Estado apenas relativamente ao rendimento de fontes localizadas nesse Estado ou ao património aí situado”.

Os critérios para se atribuir o *status* de residente fiscal a certa pessoa física ou jurídica são eleitos pela lei interna de cada Estado, como exercício de soberania. Tendo isso em conta, é muito provável, e muito comum na casuística, que os critérios de dois países sejam de certa forma coincidentes ao ponto de considerar uma pessoa residente em ambos os países, ocorrendo uma concorrência de pretensões impositivas sobre o mesmo ato de produção de rendimentos. Esta situação é uma das causas do fenómeno denominado “pluritributação internacional de rendas”, considerada por Heleno Taveira Tôrres uma “patologia tributária”.⁶²

Não é difícil imaginar casos de pessoas físicas com dupla residência. Pode-se citar como exemplo os expatriados, ou “cidadãos do mundo”, como são informalmente chamados, que residem em dois ou mais países durante o período de 12 meses, adquirindo em ambos a qualidade de residente para fins fiscais.

Tendo por fim erradicar situações desse jaez é que se fazem necessárias as convenções contra a dupla tributação, estabelecendo critérios de determinação da residência fiscal – ou critérios de desempate, *tie breaker rules* – nos casos em que é detectada a concorrência de soberanias fiscais, tendo por base o princípio da unicidade das residências, na dicção de Alberto Xavier,⁶³ de tal modo que uma pessoa considerada fiscalmente residente no Estado contratante “A” passa automaticamente a ser não-residente no outro. Não haverá, pois, dois Estados pleiteando a tributação exclusiva sobre a mesma renda de uma pessoa ou sociedade que é residente segundo as respectivas leis internas. Ao final da aplicação do acordo, deverá existir necessariamente uma “residência escolhida” em oposição a uma “residência preterida”.

⁶² TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 372.

⁶³ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 298.

Importante mencionar que a eleição da residência fiscal por meio dos critérios constantes do acordo não impede que o país com a residência preterida qualifique a pessoa em questão como residente para os demais efeitos da vida civil.⁶⁴

No caso das pessoas físicas, as situações de *dual residence* são decididas segundo as normas no parágrafo segundo do artigo 4º do Modelo, que estabelece o sistema de conexões subsidiárias, cujos critérios deverão ser aplicados em ordem serial, de forma que, em persistindo o empate com a aplicação de um critério, deve-se passar para o seguinte até a definição da residência. São esses os critérios:

1. Habitação permanente;
2. centro de interesses vitais (relações pessoais e econômicas mais estreitas);
3. moradia habitual;
4. nacionalidade;
5. procedimento amigável.

Por esta sistemática, quando uma pessoa for considerada residente em ambos os Estados contratantes, será tida por residente naquele em que possua habitação permanente. Se o indivíduo em questão tiver habitação permanente em ambos Estados contratantes, seguir-se-á ao teste posterior, o do centro de interesses vitais, sucessivamente, até a definição da residência. Se os critérios não forem suficientes, caberá às autoridades competentes solucionar a questão por comum acordo.

Assim como ocorre com as pessoas físicas, é bastante recorrente o problema da dupla tributação das pessoas jurídicas, tendo em conta principalmente a crescente desvinculação da atividade econômica com o território. Nesse sentido, observa Fernando Serrano Anton:⁶⁵ “dado el progresivo debilitamiento de los lazos entre una actividad económica y el territorio, siguiendo los cambios tecnológicos, hacen cada vez más difícil la aplicación de los conceptos clásicos de residencia y fuente”.

É comum encontrar-se exemplos de grandes conglomerados econômicos em que a planta principal de produção encontra-se no país “A”, a sede da companhia encontra-

⁶⁴ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 299.

⁶⁵ “¿Hacia la unificación del derecho tributario para residentes y no residentes?”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**, vol. 3, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 101.

se no país “B”, a sede da *holding* detentora desta companhia está localizada no país “C”, mas as decisões da empresa são tomadas noutro estabelecimento localizado no país “D”. É muito provável que alguns desses países, ou até todos, considerem a pessoa jurídica em questão como residente fiscal de acordo com suas leis, exigindo-lhe o imposto correspondente.

As convenções contra dupla tributação⁶⁶ estabelecem que prevalecerá o critério do local da direção efetiva, assim entendidos o lugar onde os negócios são dirigidos ou fiscalizados, ou seja, onde são praticados os atos de gestão global da empresa (*center of top level management*).⁶⁷

A questão da dupla residência das pessoas jurídicas apresenta solução aparentemente mais simples. No entanto, em razão de modernas complicações, como a multiplicação de novas tecnologias, que permitem o controle e a administração de maneira remota, o critério, muita vez, apresenta-se insuficiente para a definição do caso concreto. Por conta dessa problemática, como noticia André Carvalho, alguns países da OCDE, como México, o Canadá e os Estados Unidos, tecem reservas ao parágrafo terceiro do artigo 4º.

1.4 O registro do capital estrangeiro

O investidor que deseje aportar recursos no Brasil tem a obrigatoriedade de registrá-los junto ao Banco Central do Brasil, órgão incumbido de controlar os fluxos de entrada e saída de capitais. Conforme foi mencionado anteriormente, o registro não figura como elemento essencial para a configuração do conceito de capital estrangeiro. Contudo, o procedimento faz-se necessário para garantir ao investidor os direitos de (i) repatriação, (ii) remessa de lucros, e (iii) reinvestimento do capital.⁶⁸

⁶⁶ OECE Model Tax Convention on Income and on Capital. Article 4(3). “Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated”.

⁶⁷ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 301.

⁶⁸ Lei n. 4.131/1962, artigo 9º, § 1º: “As remessas para o exterior dependem do registro da empresa na SUMOC e de prova de pagamento do imposto de renda que fôr devido” (*SIC*). Artigo 3º, “c”: “Fica instituído, na Superintendência da Moeda e do Crédito, um serviço especial de registro de capitais

Segundo o artigo 5º da Lei n. 4.131/1962, o registro deverá ser requerido dentro do prazo de 30 dias contados da data de seu ingresso no País, a não ser quando o investimento for realizado com bens tangíveis, devendo, neste caso, ser observado o prazo de 90 dias, a contar da data do desembarço aduaneiro.⁶⁹ O descumprimento dos referidos prazos é punível com a multa de que trata o artigo 58 da Lei n. 4.131/1962, o artigo 7º da Lei n. 11.371/2006, e o artigo 1º da Resolução Bacen 2.883/2001.

Deve ser observado que nem todas as modalidades de investimento estrangeiro devem ser submetidas ao registro no Banco Central, de acordo com a Lei n. 4.131/1962. Segundo o artigo 3º da Lei, somente devem ser registrados os capitais estrangeiros que entrem no país a título de investimento direto ou empréstimo, seja em moeda ou bens, bem como todas as remessas de retorno, os rendimentos do capital (dividendos, juros etc.), além dos reinvestimentos de lucros e alterações de capital. Contudo, atualmente o registro deve ser realizado também para as demais formas de investimento estrangeiro no Brasil.⁷⁰

Editada em 2 de agosto de 2000, a Circular Bacen 2.997, que instituiu o Registro Declaratório Eletrônico – RDE, trouxe uma série de inovações importantes relativas ao registro do capital estrangeiro, de forma a aumentar ainda mais o controle do Banco Central sobre os investidores estrangeiros, bem como sobre as empresas receptoras dos recursos. O artigo 1º da Circular instituiu, dentre outras, a obrigatoriedade de prestação de informações sobre reorganizações societárias; aquisição de participação societária no país por investidores não-residentes; alterações no quadro societário; permutas de ações ou quotas; etc.

Como é de se ver, a Circular 2.997 dispôs muito além das normas da Lei n. 4.131/1962, permitindo-se afirmar que tais inovações seriam inválidas. Todavia, as

estrangeiros, qualquer que seja sua forma de ingresso no País, bem como de operações financeiras com o exterior, no qual serão registrados: III – os reinvestimentos de lucros dos capitais estrangeiros”.

⁶⁹ Circular Bacen n. 2.997/2000, artigo 4º, parágrafo único.

⁷⁰ Uma série de regulamentações foram editadas pelo Banco Central tendo por base a norma contida no § 2º Lei n. 9.069/1995, que assim dispõe: “O Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes do Presidente da República, regulamentará o disposto neste artigo, dispondo, inclusive, sobre os limites e as condições de ingresso no País e saída do País da moeda nacional”. Destaque para a Resolução Bacen 2.337/1996 que autoriza a instituição do registro declaratório eletrônico no âmbito do Banco Central do Brasil e altera dispositivos relacionados a investimentos externos em *portfolio*.

disposições constantes do referido ato normativo não sofreram maiores questionamento, encontrando-se plenamente vigentes e eficazes.

Outra drástica alteração deu-se na forma pela qual o registro é realizado. Pelo sistema anterior, o interessado encaminhava ao Banco Central o pedido de registro instruído com toda a documentação necessária para a análise. Estando tudo em ordem, o Certificado de Registro era emitido, caso contrário, o órgão intimava o interessado a realizar a retificação necessária, até que o problema estivesse sanado, para, então, emitir o Certificado. À época, como o Bacen analisava previamente o pedido de registro, com a emissão do respectivo Certificado, ele atestava a regularidade da operação de ingresso do capital estrangeiro. Portanto, sendo este procedimento de responsabilidade do Banco, que atestava a regularidade do procedimento, o Certificado e Registro era oponível a toda a Administração Pública.

Pelo sistema introduzido pela Circular n. 2.997, o registro é feito eletronicamente por meio de um programa de computador disponibilizado pela própria Receita Federal. Nele, o investidor não-residente e a empresa receptora dos recursos inserem os dados e prestam as informações requeridas relativas à operação, sendo, ao final, emitido o Certificado de Registro. Não há, portanto, análise e aprovação prévia da documentação, mas apenas a declaração efetuada pelos próprios interessados, que se responsabilizam pela veracidade e tempestividade das informações prestadas, ficando sujeitos às multas dos artigos 58 da Lei n. 4.131/1962, 7º da Lei n. 11.371/2006, e 1º da Resolução Bacen 2.883/2001.

A doutrina divide-se sobre a natureza jurídica do Certificado de Registro. Parte dela sustenta que o Certificado tem natureza meramente declaratória, que apenas reconheceria a entrada do capital no país. Outros entendem que o Certificado tem natureza de ato jurídico misto, declaratório e constitutivo, o qual, além de declarar a entrada legal do capital, outorgava direitos ao investidor. Entre os adeptos da primeira corrente encontra-se Egberto Lacerda Teixeira, que entende o Certificado como “título declaratório e não atributivo de direitos”, eis que “o investimento existe desde o

ingresso ou introdução regular dos bens ou valores no País”.⁷¹ A segunda corrente é defendida, dentre outros, por Luiz Olavo Baptista⁷² e José Eduardo Monteiro de Barros.⁷³

Contudo, após a implantação da nova sistemática, nenhuma das correntes encontra sustentação, tendo em conta que o registro é efetuado unilateralmente pelo interessado, sem a análise prévia do Banco Central e sem, portanto, o ato administrativo no sentido de reconhecer a correção do procedimento, ou mesmo a efetiva entrada de recursos no Brasil. A fiscalização da documentação e dos procedimentos poderá ocorrer em momento posterior à emissão do Certificado de Registro se o Banco Central entender necessária. Assim, não há que se dizer que o Certificado de Registro atesta a entrada de capital e a sua conformidade com os ditames legais. Sendo ato unilateral dos particulares, o registro é suscetível de suspensão, ou mesmo cancelamento, caso as informações e documentos estejam incorretos, omissos ou inverídicos.

O Certificado de Registro não pode mais ser considerado um título de legitimação, tal como sustentava Alberto Xavier, que atestava intrinsecamente “direitos cambiais oponíveis pelo investidor estrangeiro às autoridades monetárias do Estado”.⁷⁴ Pela sistemática vigente, o Certificado não garante de *per si* os direitos relativos à repatriação, reinvestimentos e remessas de lucros ao exterior, já que ele pode ser anulado posteriormente à sua emissão.

O Certificado de Registro, do jeito que se encontra formatado pela nova sistemática eletrônica e unilateral, apresenta-se como um ato jurídico *stricto sensu* da espécie “participação”, na dicção de Orlando Gomes, que assim discorre sobre o tema: “As participações consistem em declaração para ciência de intenções ou fatos. Sua existência consubstancia-se na destinação, no sentido de que o sujeito pratica o ato para

⁷¹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil. **Revista dos Tribunais**, n. 463/29, São Paulo: Ed. RT, 1974.

⁷² BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 84.

⁷³ BARROS, José Eduardo Monteiro de. Regime do capital estrangeiro. *In*: **Direito econômico**, São Paulo: EDUC, p. 54.

⁷⁴ XAVIER, Alberto. Natureza jurídica do Certificado de Registro de Investimento Estrangeiro – alienação parcial de participações societárias e redução do capital social, **Revista de Direito Mercantil**, n. 69/40, São Paulo: Ed. RT, 1988.

conhecimento a outrem de quem tem certo o propósito ou de que ocorreu determinado fato. São atos que têm por fim fazer alguém ciente de uma ocorrência ou de um intuito”. E continua: “As **participações** são declarações de vontade, sem intento negocial, que visam a produzir *in mente alterius* um evento psíquico. Têm, necessariamente, destinatário, sem se confundirem com as declarações de vontade dos negócios jurídicos, porque estas são manifestações de um intento, enquanto as **participações** consistem em simples **comunicação**” [destaque no original].⁷⁵

Inobstante ainda continue sendo chamado de “Certificado de Registro”, a mudança na sua sistemática não autorizaria o seu reconhecimento como um “certificado” na acepção jurídica do termo, este entendido como uma “afirmação de fato, por conhecimento pessoal ou de terceiros, informantes de confiança de quem os dê, e cuja ciência decorre da razão do ofício”, nas precisas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁷⁶ mas uma simples participação conforme mencionado acima.

O registro do investimento será feito na moeda efetivamente ingressada no país, independentemente da nacionalidade do investidor. Assim o é porque, se na ocasião do registro fosse realizada a conversão da moeda ingressada para a moeda nacional, o investidor estaria a risco de sofrer graves prejuízos em razão da variação cambial, ou ainda da possibilidade de inconvertibilidade da moeda.

Originalmente, o artigo 4º da Lei n. 4.131/1962 dispunha, de certa forma, incompleta, que o registro deve ser feito na moeda do país de origem. Incompleta porque, como se vê, ela não resolve situações tais como o investidor de um país X resolve investir no Brasil aportando dólares. Ora, não há ilegalidade nessa situação. É legítimo, por exemplo, que um investidor residente num país pouco desenvolvido resolva capitalizar em dólares uma empresa brasileira. A aplicação da regra do artigo 4º obrigaria esse investidor a obter o Certificado na moeda do seu país, ao invés de obtê-lo em moeda forte.

⁷⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 233-234.

⁷⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**, vol. 1, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 590.

Seguiu-se, então, o Decreto 55.762/1965, que, em confusa redação, estabeleceu que “o registro de capitais será na moeda estrangeira em que foram emitidos, para os investimentos ingressados no país, nos casos de importação financiada, e de investimento sob a forma de bens, na moeda do domicílio ou da sede do credor ou do investidor, respectivamente, ou, ainda, em casos especiais, na moeda de procedência dos bens ou do financiamento, desde que obtida a prévia anuência do Banco Central”.

Em que pese a correção desse dispositivo, é sabido que decreto não altera lei. Contudo, fazendo vistas grossas à atecnia, o Banco Central adota este posicionamento, o qual, além de ser o mais recomendado, é proveitoso tanto para o investidor, como para a empresa receptora dos recursos.

O registro de investimento estrangeiro em bens é efetuado pelo valor constante da fatura comercial – valor *FOB* – se o investimento não compreender as despesas de transporte e seguro ou no valor *CIF* se estiverem inclusos o frete e o seguro. Essa modalidade de investimento caracteriza-se pela capitalização dos bens, que são de propriedade do não-residente e são importados sem cobertura cambial. Quando da importação, é exigido pelo Banco Central que os bens sejam registrados, no máximo, até 90 dias do seu desembarço aduaneiro (artigo 6º, § 1º, Regulamento anexo à Circular 2.997/2000).

Também são passíveis de registro a conversão de empréstimos externos em investimentos de capitais estrangeiros, de acordo com o artigo 50 do Decreto n. 55.762/1965. O investidor com capital aportado em empresa nacional, pode solicitar que essas quantias sejam registradas no Banco Central como investimento estrangeiro, tornando-se sócio da empresa.

1.5 Capital contaminado

Denomina-se “capital contaminado” aquele que ingressou no país sem o devido registro, ou ao qual foi denegado o registro – situação recorrente na impossibilidade de provar o seu ingresso.⁷⁷

⁷⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 82.

A falta do registro do capital estrangeiro acarreta sérias e danosas consequências para o investidor, tais como: “(i) limitada remessa de lucros atribuídos ao investidor estrangeiro, proporção do capital constante do certificado; (ii) remessa proporcional dos ganhos de capital ou do valor de realização do investimento; (iii) incidência do imposto de renda na fonte sobre a parcela de lucros não remissíveis, como rendimento auferido por não-residente”.⁷⁸ A par disso, embora pertença a não-residentes, o capital contaminado não será passível de registro para fins de reinvestimento, não terá seus frutos remetidos ao exterior, nem serão repatriados.

Luiz Olavo Baptista lembra, ainda, que “a repatriação do capital ‘contaminado’ e não-contaminado apresenta problemas, pois segundo a jurisprudência administrativa do Banco Central, a moeda sendo fungível é impossível distinguir as participações que se encontram ‘contaminadas’. Assim, cada quota ou ação, ou título de dívida será considerado contaminado na proporção em que o investimento o estiver”.⁷⁹

É possível que se proceda a “descontaminação” do capital, porém, como observa o autor por último referido, o procedimento é complexo e depende de prévia aprovação pelo Banco Central.⁸⁰

1.6 Remessa de lucros

A Lei n. 4.131/1962 prescrevia um tratamento bastante restritivo em relação à remessa dos lucros oriundos de investimentos estrangeiros. A Lei estipulava que somente 10% do capital registrado poderia ser remetido ao exterior a título de lucros, sendo qualquer quantia superior a essa considerada como repatriação, importando em redução do investimento registrado (artigos 31, 32 e 33). Com nítido caráter fiscal, a Lei n. 4.390/1964 (artigo 43 da Lei n. 4.131/1962, modificado) instituiu o imposto suplementar de renda, um ônus crescente e proporcional às remessas de rendimentos superiores a 12% do capital registrado no triênio anterior. O objetivo era manter o

⁷⁸ TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional – planejamento tributário e operações transnacionais**, São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 572.

⁷⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 82.

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 82.

dinheiro originalmente investido no país evitando-se a fuga do capital, o qual, à época era vital para a economia nacional.

O regime atualmente vigente – Lei n. 9.249/1995, artigo 10 – é o de não incidência de imposto de renda sobre as remessas de lucros, assim como a total liberdade no que tange à quantidade remetida. Contudo, conforme ressalva o artigo 28 da Lei n. 4.131/1962, “sempre que ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamento ou houver sérias razões para prever a eminência de tal situação, poderá o Conselho da Superintendência 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 total ou parcial das operações de câmbio”.

De acordo com o artigo 13 do Regulamento Anexo à Circular 2.997/2000, os lucros, dividendos e juros sobre o capital próprio distribuídos ao investidor não-residente devem ter sua destinação registrada junto ao sistema do Banco Central, na proporção da respectiva participação no total de ações ou quotas que compõe o capital social integralizado da empresa receptora do investimento.

1.7 Reinvestimento

A redação original do artigo 7º conceituava o reinvestimento como “as quantias que poderiam ter sido legalmente remetidas para o exterior, a título de rendimentos, e não o foram, sendo aplicadas na própria empresa de que procedem ou em outro setor da economia nacional”, determinando, ainda, que os lucros reinvestidos deveriam ser realizados em moeda nacional (art. 4º).

Egberto Lacerda Teixeira noticia que “esses dois artigos de lei provocaram, como era de se esperar, forte impugnação. Alegou-se que a conceituação restritiva do investimento e sua mensuração em moeda nacional iriam comprometer seriamente a política de reaplicação de lucros nas empresas. A lei, na verdade, não somente desencorajaria novos investimentos como, ainda, iria estimular a saída maciça de lucros

e dividendos para o exterior. A lei, de certo modo, punia os empresários prudentes e progressistas e favorecia os especuladores”.⁸¹

Na tentativa de melhorar a norma, a Lei n. 4.390/1964 deu nova redação ao artigo 4º, prescrevendo que o registro do reinvestimento será realizado “simultaneamente em moeda nacional e na moeda do país para o qual poderiam ter sido remetidos, realizada a conversão à taxa cambial média do período durante o qual foi comprovadamente efetuado o reinvestimento”. Mudança também no artigo 7º: “Consideram-se reinvestimentos para os efeitos desta lei, os rendimentos auferidos por empresas estabelecidas no País e atribuídos a residentes e domiciliados no exterior, e que forem reaplicados nas mesmas empresas de que procedem ou em outro setor da economia nacional”.

Mais tarde, editou-se a Circular 2.997/2000, dispondo em seu artigo 10, § 2º, que o “registro do reinvestimento é efetuado na moeda do país para o qual poderiam ter sido remetidos os rendimentos”. Assim, se o investidor residente no México investir no Brasil aportando dólares, e tiver interesse em reinvestir os lucros da operação, deverá efetuar o registro desta última operação em pesos mexicanos.

Essa obrigatoriedade pode trazer grandes prejuízos ao investidor residente em país que tenha moeda fraca ou inflação excessiva. O capital de reinvestimento registrado nessa moeda perderá grande parte do seu valor intrínseco ao longo do tempo em função dessas duas condições. É certo que o reinvestimento, se não planejado cuidadosamente, não é nada interessante para o investidor estrangeiro.

Importante mencionar, como observa Egberto Lacerda Teixeira,⁸² que, para fins de reinvestimento, o lucro deve ser primeiramente posto à disposição, sob qualquer forma, do investidor estrangeiro. Enquanto permanecerem nas contas contábeis de reserva, como “lucros em suspenso”, “dividendos a pagar” ou “reserva de lucros”, não há reinvestimento, pois o capital ainda está “parado”, sem gerar a riqueza, que constitui o seu fim.

⁸¹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil. **Revista dos Tribunais**, n. 463/30, São Paulo: Ed. RT, 1974.

⁸² *Idem, ibidem.*

1.8 Repatriação

Nas palavras de Luiz Olavo Baptista, “por repatriação pode-se entender o conjunto de operações pelas quais um investidor procede à conversão do investimento ou de seus frutos em outra moeda (que não a do país hospedeiro) e o transfere para outro país”.⁸³

Como mencionado anteriormente, quando se tratou da remessa de lucros ao exterior, o texto original da Lei n. 4.131/1962 era bastante restritivo no tratamento da repatriação dos investimentos. A Lei somente autorizava a repatriação do investimento na proporção máxima de 20% ao ano do capital registrado (art. 32, parágrafo único). No entanto, essa restrição foi revogada pela Lei n. 4.390/1964, que assegurou aos investidores estrangeiros o direito de repatriar integralmente o capital aqui investido, no momento que mais lhes fosse conveniente.

Observa, ainda, que há duas fórmulas clássicas de abordagem do problema: “a adotada pelo Brasil – que é a autorização genérica para os investidores que preencham certas condições (possuir Certificado de Registro, pagar o imposto de renda etc.) e a preferida pela maioria dos países em desenvolvimento, que é a outorga de uma garantia individual, de natureza quase contratual ou de concessão (também sujeita ao cumprimento de certas regras)”.⁸⁴

É bom salientar que, embora o Brasil não adote restrições temporais ou quantitativas relativas ao repatriamento do capital estrangeiro, o investidor deverá recolher o valor referente ao imposto de renda incidente sobre o ganho de capital, caso o montante a ser repatriado supere o valor registrado.

⁸³ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 92.

⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 92.

AS FORMAS DE ATUAÇÃO DAS EMPRESAS ESTRANGEIRAS NO BRASIL: O INVESTIMENTO DIRETO

2.1 O termo “investimento internacional”: a necessidade da investigação terminológica

A dificuldade, quando quer-se propor uma definição de “investimento internacional”, vem da multiplicidade de abordagens desse assunto. Essa multiplicidade gera um aumento de fontes.

No esforço de bem elucidar as características do objeto sob análise, conforme leciona Paulo de Barros Carvalho,⁸⁵ o cientista deverá substituir as locuções carregadas de imprecisão significativa por termos, na medida do possível, unívocos e suficientemente aptos para indicar, com exatidão, os fenômenos descritos, pois, ao proceder à depuração da linguagem empregada, evita as confusões significativas e assegura a coerência sistemática do campo científico sobre o qual trabalha, mantendo-o separado dos outros áreas do conhecimento.

É necessário que a linguagem científica afaste-se ao máximo da linguagem natural, entendida aquela que “espontaneamente desenvolvida, não encontra limitações rígidas, vindo fortemente acompanhada de outros sistemas de significação coadjuvantes”,⁸⁶ a qual, “em face da latitude de indeterminações semânticas que provoca, ao lado da flexibilidade excessiva na construção sintática de suas proposições, jamais atenderia ao caráter analítico-descritivo do saber científico, que requer fórmulas minudentes, precisas, capazes de relatar a sutileza e a finura dos fenômenos que constituem seu objeto”.⁸⁷

⁸⁵ CARVALHO, Paulo de. **Direito tributário – linguagem e método**, 2ª ed. São Paulo: Noeses, p. 59.

⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 56.

⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 57.

A vaguidade, segundo Guibourg, Ghigliani e Guarinone,⁸⁸ consiste na “falta de precisión en el significado (designación) de una palabra”, ocorrendo “en la medida en que hay casos (reales o imaginarios, poco importa) en los que su aplicabilidad es dudosa”. Paralelamente, é como ocorre no clássico exemplo citado pelos autores da luz projetada numa superfície. Haverá uma parte claramente iluminada no centro e um manto de escuridão no entorno. Porém, entre a claridade total e a escuridão completa, haverá uma zona de penumbra em que o objeto ainda será visível, ainda que sem a mesma nitidez.

Da mesma forma ocorre com as palavras. Existe uma série de casos em que um certo nome encaixa-se sem dificuldades às situações ou objetos do mundo, pelo que se habitua a se aplicar tais vocábulos a tais situações. Como na zona de escuridão total, há casos em que o nome efetivamente não se aplica sem que a coerência semântica seja sacrificada. Porém, há que ser considerado, ainda, o território da vaguidade, representado pela zona de penumbra, “donde nuestros criterios resultan insuficientes y los casos no pueden resolverse sin criterios adicionales más precisos”.⁸⁹

A ambigüidade, por sua vez, é a polissemia, ou seja, pluralidade de significados que determinada palavra poderá ter dentro de determinada língua.

Conforme observado pelos autores argentinos,⁹⁰ “todas las palabras son vagas y muchas son ambiguas (todas, al menos *potencialmente* ambiguas)” [destaque no original].⁹¹

O termo aqui analisado também sofre dessa “enfermedad incurable”, nos termos de Genaro Carrió.⁹² Tanto é que Antônio Houaiss, Mauro de Salles Villar e Francisco

⁸⁸ GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Ricardo M.; GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1985, p. 48.

⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 49

⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 51.

⁹¹ No mesmo sentido, consulte-se Genaro Carrió, que, *in verbis*, afirma: “todas las palabras que usamos para hablar del mundo que nos rodea, y de nosotros mismos son, al menos, potencialmente vagas. Sus condiciones de aplicación no están determinadas en todas las direcciones posibles; siempre podemos imaginar casos, supuestos o circunstancias frente a los cuales el uso no dicta la aplicación ni la no aplicación del término”. CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y Lenguaje**, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 34.

⁹² CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y Lenguaje**, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 36.

Manoel de Mello Franco⁹³ registram nada menos que vinte sinônimos para o verbo “investir”, de que o substantivo “investimento” é derivado, divididos em seis sentidos diferentes: “aplicar”, “atacar”, “conferir”, “empossar”, “empregar” e “sagrar”, comprovando a imensa polissemia que acomete o termo.

Evidentemente, para os fins propostos neste trabalho, interessa somente a concepção do termo cunhada no campo direito interno, bem como pelo direito internacional dos investimentos.⁹⁴

Conforme adverte Luiz Olavo Baptista,⁹⁵ “a noção econômica, entretanto, embasará a visão jurídica, pois o investimento é um ato econômico”. Um ato econômico dentro do mundo infinito de fatos da vida social a que o direito “já atribuiu determinadas consequências, configurando-o e tipificando-o objetivamente”, na precisa colocação de Miguel Reale⁹⁶ ao definir “fato jurídico em sentido amplo”. O investimento internacional, portanto, é um elemento do sistema econômico que, internalizado pelo direito – por meio de seus próprios códigos⁹⁷ –, passou a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por normas jurídicas.⁹⁸ Ao assunto voltar-se-á mais tarde ao se tratar de investimento internacional como modalidade de negócio jurídico.

Faz-se necessário o estudo prévio do termo “investimento internacional” na doutrina econômica, para, então, analisar-se com mais firmeza o sentido jurídico da palavra a seguir.

⁹³ HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos**, Verbetes: “investir”, 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 394.

⁹⁴ SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**, 2ª ed., Cambridge: Cambridge Press, 2004, *passim*.

⁹⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 23.

⁹⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 200.

⁹⁷ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, *passim*.

⁹⁸ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 320.

2.2 Acepção jurídica do investimento no direito internacional

2.2.1 O conceito no campo no direito internacional

No capítulo anterior, destinado às definições, analisou-se a o conceito de “capital estrangeiro” contido na Lei n. 4.131/1962, destacando-se e comentando-se individualmente todos os aspectos relativos ao instituto. Cabe neste momento elucidar o sentido de “investimento estrangeiro” também no direito internacional para, então, adentrar-se ao estudo das formas de investimento direto, no esforço de se demonstrar que tal classificação não é somente econômica, mas, também, jurídica.

Dominic Carreau e Patrick Juillard⁹⁹ aduzem que conceituação de investimento internacional é uma tarefa tormentosa, tendo em conta, principalmente, a pluralidade tanto de fontes legais internas, como internacionais, ressaltando a ausência de unidade entre as diversas definições. É que a definição do objeto que se está a regular deverá ser coerente com as finalidades que perseguem esses instrumentos. Nesse sentido, é evidente que a definição oferecida pelo instrumento cuja finalidade é assegurar o investimento não pode ser idêntica à definição cuja finalidade é priorizar a mobilidade de investimentos, por exemplo. Entretanto, é de se ver que todas elas possuem uma raiz comum, fincada na definição econômica,¹⁰⁰ que “gravita em torno da idéia de afetação do capital (ou bens) numa atividade que se espera reprodutiva, isto é, que assegure o seu retorno, acrescido de lucros ou outra forma qualquer de remuneração”.¹⁰¹

Em obra conjunta com Flory e Juillard, Carreau,¹⁰² discorrendo sobre as fontes do direito econômico internacional, propõe dois tipos de classificação distintos: “fontes segundo a ordem jurídica em que se encontram” e “fontes em virtude de seus autores”.

De acordo com a primeira classificação, as fontes podem ser puramente nacionais, puramente internacionais, ou de terceira ordem. As puramente nacionais

⁹⁹ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique**, 4ª ed., Paris: LGDJ, 1998, p. 395.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 396.

¹⁰¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 29.

¹⁰² CARREAU, Dominic, FLORY, Thiébaud, JUILLIARD, Patrick. **Droit international économique**, Paris: LGDJ, 1990, p. 49-51.

seriam os atos legislativos editados pelo governo soberano, que inovam a ordem macroeconômica mundial. As fontes puramente internacionais, cerne do direito internacional econômico, são subdivididas em “convencionais”, representadas pelos instrumentos bilaterais e multilaterais firmados entre governos soberanos, e “não-convencionais”, documentos editados pelos outros atores do direito internacional, as organizações internacionais. Por último, as de terceira ordem seriam derivadas dos esforços dos operadores do direito internacional econômico, como, por exemplo, as decisões tomadas em relação a empresas transnacionais ou a agentes de comércio internacional. Embora estejam desvinculadas da ordem jurídica, seja a nacional, seja a internacional, os autores reconhecem as fontes de terceira ordem pois elas inovam a ordem macroeconômica internacional. É o caso da criação do mercado de “euro-divisas”¹⁰³ e “euro-obrigações”.¹⁰⁴

Segundo a segunda classificação proposta pelos autores franceses, as fontes podem ser: a) de direito público, b) de direito privado, c) mistas. A primeira decorre de iniciativas soberanas dos Estados em instrumentos bilaterais ou multilaterais, enquanto a segunda consiste em entendimentos mantidos entre pessoas jurídicas de direito privado. A terceira e última categoria decorre de atos convencionais entre os Estados soberanos e pessoas privadas de outros Estados.

As categorias de fonte propostas por Carreau, Flory e Juilliard bem demonstram que o direito internacional econômico confere importância fundamental aos atos das sociedades transnacionais na formatação de suas normas, tendo em conta que o costume é amplamente aceito como fonte de direito pelos atores internacionais, comprovando, também, a heterogeneidade das definições do termo em estudo.

Quanto aos acordos internacionais, conforme observa Sornarajah,¹⁰⁵ a tendência seguida principalmente por aqueles assinados por países exportadores de capital tem sido no sentido ampliar o alcance da definição de investimento estrangeiro, com o

¹⁰³ Haveres em moedas europeias detidos por empresas ou bancos estrangeiros e negociados por eles no mercado monetário internacional.

¹⁰⁴ Títulos negociados no mercado financeiro internacional, emitidos simultaneamente em vários países e na qual a divisa não é necessariamente aquela que vigora no país de emissão ou do emitente.

¹⁰⁵ SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**, 2ª ed., Cambridge: Cambridge Press, 2004, p. 9.

objetivo de assegurar que esteja sob a égide do tratado o mais amplo espectro de atividades possível.

O Tratado de Roma de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE), não traz em seu texto a definição expressa do que se entende por “investimento internacional”, limitando-se somente a dizer que se trata de “movimento de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes”.¹⁰⁶ A prescrição lacônica em torno do assunto é justificada, em virtude da natureza integradora do Tratado, que buscava – mediante a criação de um mercado comum generalizado – superar a destruição provocada pela 2ª Guerra Mundial e reerguer a economia da região.¹⁰⁷ Nesse sentido, enquadrar o instituto numa definição-modelo legalmente qualificada poderia ir de encontro aos interesses dos países signatários, visto que certas operações ficariam de fora do conceito legal, desincentivando de alguma forma a livre circulação de capitais.¹⁰⁸

No âmbito do Mercosul, o Tratado de Assunção de 1991, que instituiu o Mercado Comum, não dedica disposições expressas à regulamentação dos investimentos internacionais, sendo o assunto reservado para o Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul, de 1994. Segundo o artigo 1º do Diploma, “o termo ‘investimento’ designa todo tipo de ativo, investido direta ou indiretamente, por investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, em conformidade com as leis e a regulamentação dessa última”.

¹⁰⁶ Artigo 57-1.

¹⁰⁷ CORREIA, Rita. Tratado de Roma, Hemeroteca Municipal de Lisboa. Disponível em <<http://hemerotecadigital.cm-lisboa.pt/efemerides/50anos/TratRoma.pdf>>. Acesso em 11 jul. 2009.

¹⁰⁸ Dentro do propósito do Tratado, a livre circulação do capital figura como uma condição basilar. Observe-se a disposição do artigo 57-2: “*Ao mesmo tempo que se esforça por alcançar, em toda a medida do possível, o objectivo da livre circulação de capitais entre Estados-Membros e países terceiros, e sem prejuízo dos restantes capítulos do presente Tratado, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, pode adoptar medidas relativas aos movimentos de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes que envolvam investimento directo, incluindo o investimento imobiliário, estabelecimento, prestação de serviços financeiros ou admissão de valores mobiliários em mercados de capitais. É exigida unanimidade relativamente às medidas a adoptar ao abrigo do presente número que constituam um retrocesso da legislação comunitária em relação à liberalização dos movimentos de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes*”.

Dentre os instrumentos internacionais que tratam sobre a livre circulação de capitais, deve-se destacar o Código OCDE para Liberalização dos Movimentos de Capitais, cunhado sob a idéia de que o desenvolvimento econômico dos Estados participantes exige a livre circulação dos fatores de produção, que só pode ser viabilizada mediante a liberalização dos investimentos internacionais.¹⁰⁹

O Código não fornece indicações completas sobre o que se deve entender por investimento internacional, tendo em conta que define somente o investimento direto,¹¹⁰ que se fundamenta na combinação dos seguintes elementos: a) o efetivo aporte de capital; b) o estabelecimento de vínculos duradouros, e; c) estar em posição de exercer uma real influência na gestão da empresa investida.

Assim como ocorre com o vocábulo que o precede, a internacionalidade não apresenta um perfil único, tendo em conta a ampla natureza das fontes regulamentadoras do instituto. Nos instrumentos que se destinam a promover a livre circulação de capitais, como o Código OCDE e os tratados formadores dos mercados comuns, o investimento internacional é aquele que conduz um movimento de capitais entre fronteiras, afetando a balança de pagamentos, entendida como o instrumento da contabilidade social destinada a descrever as relações comerciais de um país com o resto do mundo, registrando as entradas e saídas de capital do país na forma de importações e exportações de produtos, serviços, capital financeiro, bem como as transferências comerciais.

Nesse tipo de instrumento, a nacionalidade do investidor não é levada em conta para se classificar um investimento como estrangeiro, mas a sua residência.¹¹¹ Assim,

¹⁰⁹ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique**, 4ª ed., Paris: LGDJ, 1998, p. 397.

¹¹⁰ Direct investment: Investment for the purpose of establishing lasting economic relations with an undertaking such as, in particular, investments which give the possibility of exercising an effective influence on the management thereof: A. In the country concerned by non-residents by means of: **1. Creation or extension of a wholly-owned enterprise, subsidiary or branch, acquisition of full ownership of an existing enterprise; 2. Participation in a new or existing enterprise; 3. A loan of five years or longer.** B. Abroad by residents by means of: 1. Creation or extension of a wholly-owned enterprise, subsidiary or branch, acquisition of full ownership of an existing enterprise; 2. Participation in a new or existing enterprise; 3. A loan of five years or longer.

¹¹¹ De acordo com a lição de Luiz Olavo Baptista, “para determinar se um investimento é ou não internacional, não se pode recorrer unicamente à nacionalidade das partes. O critério é fraco e

diz-se internacional o investimento conduzido por um movimento de capital a partir de um certo território para outro, ou por um investidor que reside no exterior realizando operações em seu país de origem.¹¹²

A solução é diferente quando se trata das convenções bilaterais de promoção e proteção dos investimentos, pois já não se trata de medir o fluxo dos investimentos, mas sim de determinar a nacionalidade do investidor, apto a receber proteção do seu investimento. É, portanto, o fator nacionalidade que ocupa o lugar do fator residência. Neste caso, a residência, na verdade, não tem utilidade para determinar a nacionalidade do investidor. Tais instrumentos atribuem a qualidade de internacionalidade a uma operação realizada pelo investidor, seja como pessoa física ou jurídica, a partir do momento que este realiza um investimento fora de seu país de origem, independentemente do país que escolheu para se fixar.¹¹³

Ressalvando-se as peculiaridades inerentes aos propósitos buscados pelas diversas espécies de fontes, pode-se afirmar que o investimento estrangeiro, em sentido amplo, constitui-se na transferência de ativos tangíveis ou intangíveis de um país a outro com o propósito de utilizá-los para a geração de riqueza, em operações controladas parcial ou totalmente pelo investidor.¹¹⁴

2.2.2 *O investimento internacional como negócio jurídico*

Há, necessariamente, um intervalo entre a realidade social, constituída pela linguagem social, e a realidade jurídica, constituída pela linguagem do direito. Naturalmente, a primeira ocupa um espectro infinitamente maior que a segunda, uma vez que esta se alimenta daquela, atuando como uma metalinguagem, com um rígido controle de absorção dos acontecimentos ocorridos na sua linguagem-objeto. Sendo o

insuficiente”. (**Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 36).

¹¹² CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique**, 4ª ed., Paris: LGDJ, 1998, p. 407.

¹¹³ *Idem, ibidem, passim.*

¹¹⁴ SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**, 2ª ed., Cambridge: Cambridge Press, 2004, p. 7.

direito positivo objeto cultural,¹¹⁵ ou, nas palavras de Paulo de Barros Carvalho,¹¹⁶ “subsistema do sistema social total”, ele decide se uma dada realidade, em sentido amplo, é ou não relevante para a sociedade, internalizando aqueles que lhes são caros ou simplesmente ignorando os demais. E mais: essa absorção se dá por meios previstos pelo próprio sistema, o que confere legitimidade a tais decisões.

Assim, o direito positivo internaliza, de acordo com os critérios estabelecidos no âmbito do mesmo direito positivo, elementos da realidade que considere dignos de regulamentação, colocando-os no antecedente de suas normas e lhes atribuindo efeitos jurídicos próprios.

Nesse sentido, observa Marcelo Neves:¹¹⁷ “Sendo assim, o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com os seus próprios critérios, os *fatores* do ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada *imediatamente* por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, pois depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico” [destaque nosso]. Pode-se afirmar que os métodos de mutação do direito estão previstos pelo próprio direito, que reconhece fatos, novos ou velhos, no ambiente geral, ou realidade social, adaptando-se às expectativas sociais, acompanhando, a seu modo, a dinâmica das relações interpessoais e mantendo, por esse meio, íntegros os seus objetivos finais.¹¹⁸ Na linguagem da teoria dos sistemas, desenvolvida por Niklas Luhmann, diz-se que o direito é um subsistema fechado operativamente, mas aberto cognitivamente.

¹¹⁵ Bela exposição sobre o assunto empreendida por Tárék Moysés Moussallem (**Revogação em matéria tributária**, São Paulo: Noeses, 2005, p. 51 e ss.).

¹¹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 109.

¹¹⁷ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 136-137.

¹¹⁸ “Do ponto de vista intersistemático, o direito positivo é subsistema do sistema cultural total. Mantém constante troca de informações com o meio ambiente. Mas esse trocar informações (no sentido luhmanniano) requer a existência de regras de formação e de transformação endógenas ao próprio direito positivos que são responsáveis pela assimilação de elementos exógenos e de ejeção de frações internas”. MOUSSALEM, Tárék Moysés, **Revogação em matéria tributária**, São Paulo: Noeses, 2005, p. 56.

Juridicizado pela regra, o fato, antes bruto, entra no mundo jurídico, tornando-se, assim, fato jurídico, que, nos termos utilizados por Miguel Reale,¹¹⁹ é conceituado em sentido amplo como “todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito”.

Os fatos jurídicos *lato sensu* podem ser classificados em: a) fatos naturais ou fatos jurídicos *stricto sensu*; e b) fatos humanos ou atos jurídicos *lato sensu*. Os primeiros decorrem de simples manifestação da natureza e os segundos da atividade humana. Os fatos humanos ou atos jurídicos em sentido amplo são ações humanas que criam, modificam, transferem ou extinguem direitos e dividem-se em: b.1) lícitos; e b.2) ilícitos. Os atos lícitos são subdivididos em b.1.1) ato jurídico em sentido estrito, ou meramente lícito; b.1.2) ato-fato jurídico; e b.1.3) negócio jurídico.

No ato jurídico em sentido estrito, a mera manifestação de vontade do agente desencadeia efeitos predeterminados em lei, como ocorre, por exemplo, com a notificação, que constitui em mora o devedor, o reconhecimento de filho, a tradição etc.

A espécie seguinte, a dos atos-fatos jurídicos, encontra-se a ênfase na consequência do ato, diminuindo-se a vontade do agente em praticá-lo. Muitas vezes, o efeito do ato não é buscado nem imaginado pelo agente, mas decorre inevitavelmente de uma conduta, sendo sancionado pela lei. Exemplificativamente, é o caso da pessoa que acha um tesouro.¹²⁰

Há, ainda, a categoria dos negócios jurídicos, constituída por aqueles atos jurídicos que, “além de se originar de um ato de vontade, implicam a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico”.¹²¹ Apontado pela doutrina como o “*centro vitale di tutto il sistema del diritto privato*”,¹²² o negócio jurídico

¹¹⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201.

¹²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 1, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 279.

¹²¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 208-209.

¹²² LEVI, Alessandro. **Teoria generale del diritto**, 2ª ed., Padova: Cedam, 1967. *Apud* NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 320.

possibilita que as partes convençam livremente – dentro do que a ordem jurídica permite – objetos pertencentes às suas esferas de interesse, criando o seu próprio dever-ser e assumindo espontaneamente novas obrigações e adquirindo direitos.¹²³

A partir dessa análise, o investimento, em qualquer das suas formas, direto ou indireto, nacional ou internacional, deve ser enquadrado dentro da categoria dos negócios jurídicos, “um tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia deixou à escolha das pessoas”.¹²⁴

Importante ter-se, ainda, que se exige, para a validade do negócio jurídico a concorrência de três circunstâncias: (i) a capacidade do agente; (ii) objeto lícito; e (iii) a forma legal. Os agentes devem possuir capacidade para exercer seus direitos. Caso não a possua, um representante capaz poderá fazê-lo em seu nome, nos termos da lei. O objeto não pode contrariar a lei, a moral ou os bons costumes, devendo, ainda, ser jurídica e fisicamente possível. Por último, para que o negócio jurídico seja válido, exige-se que ele se realize de acordo com a forma legalmente prescrita, ou, em casos omissos, por forma não vedada pela lei.¹²⁵

2.3 A dicotomia entre investimentos estrangeiros indiretos (*portfólio investments*) e investimentos estrangeiros diretos (*direct investment*)

Seguindo a tônica que marca as definições dos institutos pertencentes ao direito internacional dos investimentos, a dicotomia entre investimentos estrangeiros diretos e indiretos é bastante divergente na doutrina e nos documentos dos organismos econômicos internacionais.

A concepção de IED é dada por Krugman e Obstfeld,¹²⁶ *in verbis*: “Por investimento estrangeiro direto, entendemos os fluxos internacionais de capitais pelos quais uma firma de determinado país cria ou expande uma filial em outro”. Observe-se

¹²³ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 323.

¹²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, Parte geral, tomo I, Campinas: Bookseller, 1999, p. 140.

¹²⁵ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 327.

¹²⁶ KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. **Economia internacional – teoria e política**, Trad. Eliezer Martins Diniz, 6ª ed., São Paulo: Pearson, 2005, p. 126.

que a definição, ao mesmo tempo ampla quanto às formas, é restrita quanto às finalidades. O investimento, nessa definição pode ser realizado por qualquer instrumento de transferência de ativos ou operação. Contudo, a finalidade da operação deve residir na criação ou expansão de uma filial própria.¹²⁷ E continuam: “A característica que diferencia esse tipo de investimento é que ele não envolve somente uma transferência de recursos, mas também a aquisição do *controle*” [grifo dos autores]. Não mencionam o que entendem por investimento estrangeiro indireto, levando a presumir que esta categoria engloba todos os outros tipos de investimentos.

Luiz Olavo Baptista¹²⁸ enfatiza sobremaneira a aspecto da tomada do controle da empresa investida como critério definitivo da distinção. Segundo o autor, a distinção “se opera pela tomada (ou assunção) do controle, ou pela vontade de participar, ainda que minoritariamente, no capital da empresa, de modo permanente, e *exercendo um grau de controle ou influência preponderante em sua gestão*” [destaque nosso]. Há uma diferença entre aplicação financeira e investimento: a primeira seria um ato típico do “rendeiro”, que desejam receber as rendas do capital, sem se envolverem com o processo produtivo. Já o segundo é promovido por investidores com expertise na atividade na qual o capital é aplicado, que desejam engajar-se no processo produtivo da empresa, definindo os seus rumos e objetivos.

No mesmo sentido segue Sornajarah,¹²⁹ para quem não há dúvidas de que a transferência de propriedade física, tais como equipamentos, constitui investimento estrangeiro direto, em contraste com o investimento de portfólio, que normalmente é representado pela compra de ações de empresas previamente existentes noutro país. Em conclusão, observa: “*the distinguishing element is that, in portfolio investment, there is a divorce between management and control of the company and the share of ownership in it*”.

¹²⁷ “Do ponto de vista da economia, o investimento estrangeiro supera o simples movimento de capitais. Ele é parte de um processo de expansão da empresa, ou um movimento para assegurar a sua sobrevivência”. BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 23.

¹²⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 32.

¹²⁹ SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**, 2ª ed., Cambridge: Cambridge Press, 2004, p. 7-8.

Responsável por consolidar e elaborar estatísticas sobre balanços de pagamento, o Fundo Monetário Internacional adota o critério dos 10% de participação societária. Para fins de análise de balanço de pagamentos, o FMI considera investimento estrangeiro direto quando uma empresa ou investidor individual detém, no mínimo, 10% das ações ordinárias da investida ou possui poder de decisão,¹³⁰ embora saiba que esse critério não seja aplicável mundialmente – tendo em conta que algumas nações utilizem qualificações que envolvem algum grau de julgamento subjetivo (*subjective judgement*).

O investimento indireto, ou *portfólio investment*, é definido pelas categorias mencionadas no *Balance of Payments Manual*. São elas os *equity securities* e os *debt securities*. Dentro da primeira categoria, estão incluídas quotas, ações, participações ou documentos similares, como as ADRs (American Depositary Receipts). A segunda espécie compreende títulos, debêntures, notas, derivativos financeiros, opções, bem como outros títulos representativos de dívida negociáveis no mercado financeiro. O IEI, portanto, segundo o FMI, corresponde ao investimento realizado mediante a interposição necessária de uma instituição financeira.

A definição de IED fornecida pela OCDE volta a enfatizar a questão do interesse de permanência e o exercício do poder de mando pelo investidor estrangeiro, conforme estudado anteriormente. *In verbis*, assim dispõe o Código para Liberalização dos Movimentos de Capitais:

“Investment for the purpose of establishing lasting economic relations with an undertaking such as, in particular, investments which give the possibility of exercising an effective influence on the management thereof: A. In the country concerned by non-residents by means of: 1. Creation or extension of a wholly-owned enterprise, subsidiary or branch, acquisition of full ownership of an existing enterprise. 2. Participation in a new or existing enterprise. 3. A loan of five years or longer.”

É de se observar que todas essas definições contemplam aspectos eminentemente econômicos, sejam eles objetivos, como é o caso da tomada de controle

¹³⁰ FMI, Balance of payments manual, 2007, p. 87. Disponível em <<http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf>>. Acesso em 15 jul. 2009.

da empresa pelo investidor, ou subjetivos, caso do interesse de se manter o capital investido por um período longo de tempo; não se pode precisar o que se entende por “interesse de permanência” – um ano, cinco anos etc. São realidades pertencentes ao sistema econômico que não encontram paralelo no sistema jurídico.

Não há norma que defina “investimento de longo prazo”, bem como não é relevante ao direito se o investidor assumirá um posto de gerência na companhia. Os fatos jurídico-tributários nas operações de investimento são somente o acréscimo patrimonial verificado em razão do investimento, e as operações de câmbio necessárias à internalização do capital vindo do exterior.

Embora não seja propriamente jurídica a dicotomia aqui analisada, é importante que se diga que a origem do acréscimo patrimonial, para fins de tributação pelo imposto sobre a renda, é decisiva na determinação da alíquota aplicável. A Lei n. 11.033/2004 dispõe sobre a tributação dos ganhos auferidos no mercado financeiro e de capitais, investimento indireto por natureza. Há, inclusive, a previsão de regime especial de tributação para o investidor estrangeiro do mercado financeiro e de capitais que atender a certos requisitos (Resolução CMN n. 2.689/2000). Outras normas, contidas no Regulamento do Imposto sobre a Renda, como será estudado mais adiante, prescrevem os aspectos relativos à tributação do ganho de capital auferido na alienação de bens e direitos e dos ganhos obtidos em moeda estrangeira, que se enquadram na modalidade direta de investimento estrangeiro.

Assim, por mais que não haja classificação legal explícita, os dois tipos de investimento recebem tratamento tributário diferenciado, permitindo visualizar-se a dicotomia ainda que indiretamente.

2.4 O investimento internacional direto no Brasil: aspectos societários e tributários

A sociedade passa a existir no mundo jurídico a partir da conclusão dos procedimentos tendentes a constituir formalmente a empresa nos registros competentes, de acordo com a legislação vigente no país em que se instala. Constituída a empresa, esta passa a desenvolver as atividades definidas nos seus atos constitutivos dentro do mesmo país, ou transnacionalmente. Todavia, o reconhecimento da personalidade

jurídica em certo ordenamento não implica o mesmo em relação aos demais. Assim, diferentemente das pessoas físicas, que têm reconhecimento imediato no seio de qualquer ordenamento, as pessoas jurídicas necessitam do respectivo reconhecimento quando estão a atuar, de forma direta, fora dos limites da jurisdição do país que lhes concedeu originalmente a personalidade.¹³¹

No Brasil, não há maiores entraves societários à participação do estrangeiro na economia nacional. A única exceção relaciona-se diretamente com o que acabou de ser dito. Inspirado na necessidade de exercitar a soberania brasileira, dispõe o artigo 11 do Decreto-Lei n. 4.657/1942, a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que não poderão existir filiais, agências ou estabelecimentos de pessoas jurídicas estrangeiras sem a prévia aprovação do governo brasileiro.

O investidor estrangeiro que deseje investir diretamente no Brasil possui as seguintes alternativas:¹³² (i) constituir filiais, sucursais ou agências, necessitando, neste caso, da devida autorização; (ii) aquisição de participações societárias, por meio de subsidiárias ou controladas; (iii) constituição de *holdings*; (iv) participação minoritária em empresas brasileiras; (v) diretamente, de forma precária, sem uma base fixa de negócios que seja suficiente para se caracterizar como estabelecimento permanente.

A restrição aplicável às filiais objetiva evitar que empresas estrangeiras funcionem clandestinamente no país, fugindo ao controle e à fiscalização do poder público. Todavia, embora o Brasil seja atualmente um dos principais destinos de capitais internacionais do mundo, é bastante raro encontrar-se exemplos de pessoas jurídicas estrangeiras que se instalam no Brasil implantando filiais. Em vez de pedirem autorização ao governo federal, criam, por meio de terceiros, ou mesmo em nome próprio, necessitando, nesse caso de um representante brasileiro, uma sociedade nacional com o mesmo objeto social, passando, em momento posterior, a ser acionistas da sociedade brasileira, adquirindo o controle acionário e funcionando diretamente no país, sem a fiscalização direta do governo. Heleno Taveira Tôrres observa que “essa permissão legal de subscrição de capital de sociedade anônima brasileira por empresas

¹³¹ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluriributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 182.

¹³² *Idem, ibidem*, p. 185.

estrangeiras, alcançando a maioria do capital, não constitui qualquer fraude à lei, como forma velada de funcionar no Brasil, obtendo as facilidades e regalias típicas sem submeter-se aos atos de controle governamental”.¹³³ Esse planejamento societário é inclusive previsto no Código Civil. Observe-se:

“Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, *podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.*”

2.4.1 Funcionamento de empresa estrangeira no Brasil: os estabelecimentos permanentes

A legislação brasileira não define o estabelecimento permanente. Como mencionado há pouco, os acordos internacionais firmados pelo Brasil apresentam a estrutura padrão de apresentação semelhante ao estipulado pelo Modelo OCDE. O sentido de EP neste Modelo respeita uma regra de formação constituída por uma definição geral seguida pela enumeração exemplificativa¹³⁴ de casos positivos e negativos, ou seja, um rol do que pode ser entendido como EP e outro cujos itens não podem ser considerados casos de EPs.

A definição geral (“caso geral”, “*basic rule*”) encontra-se no primeiro parágrafo do artigo 5º do Modelo, que assim dispõe:

“For the purposes of this Convention, the term “Permanent Establishment”, means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried out”.

A definição geral nos acordos firmados pelo Brasil é no seguinte sentido:

“Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘Estabelecimento Permanente’ designa uma instalação fixa em que a empresa exerça toda ou parte da sua atividade.”

¹³³ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluriritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 187.

¹³⁴ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 678.

Há na definição geral a concorrência de quatro requisitos, quais sejam: 1) a existência de uma empresa; 2) que esta esteja a realizar negócios; 3) a existência de uma sede fixa; 4) na qual a empresa exerça total ou parcialmente as suas atividades.¹³⁵

Após a definição, segue-se o rol de casos, que podem ser de duas ordens: uma de ordem positiva de aplicações (listagem positiva) e uma classe negativa de aplicações, ou seja, uma lista negativa. A enumeração será positiva quando a classe de casos descritos objetiva esclarecer, ou mesmo ampliar, a idéia expressa na *basic rule*. Por outro lado, será negativa quando tiver em vista sacar do conceito os casos enumerados.

Quanto à enumeração positiva, estabelece o Modelo OCDE:

2. A expressão "estabelecimento permanente" abrange, especialmente:
 - a) Sede de direção;
 - b) Uma sucursal;
 - c) Um escritório;
 - d) Uma fábrica;
 - e) Uma oficina;
 - f) Uma mina, uma pedreira, ou qualquer local de extração de recursos naturais.
3. Um canteiro de construção ou de montagem, cuja duração exceda doze meses.
4. Uma pessoa que atue num Estado Contratante por conta de uma empresa do outro Estado Contratante – desde que não seja um agente independente contemplado no parágrafo 5 – será considerada como estabelecimento permanente no primeiro Estado se tiver, e exercer habitualmente naquele Estado, autoridade para concluir contratos em nome da empresa, a não ser que suas atividades sejam limitadas à compra de bens ou mercadorias para a empresa.
Contudo, uma sociedade de seguros de um Estado Contratante será considerada como tendo um estabelecimento permanente no outro Estado Contratante desde que receba prêmios ou segure riscos nesse outro Estado.

A enumeração negativa segue a seguinte ordem:

4. Não obstante as disposições precedentes deste Artigo, a expressão "estabelecimento permanente" não compreende:
 - a) a utilização de instalações unicamente para fins de armazenagem, exposição ou entrega de bens ou mercadorias pertencentes à empresa;
 - b) a manutenção de um estoque de bens ou mercadorias pertencentes à empresa unicamente para fins de armazenagem, exposição ou entrega;

¹³⁵ CALIENDO, Paulo. **Estabelecimentos permanentes em direito tributário internacional**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 178-179.

- c) a manutenção de um estoque de bens ou mercadorias pertencentes à empresa unicamente para fins de transformação por outra empresa;
 - d) a manutenção de uma instalação fixa de negócios unicamente para fins de comprar bens ou mercadorias ou de obter informações para a empresa;
 - e) a manutenção de uma instalação fixa de negócios unicamente para fins de realizar para a empresa qualquer outra atividade de caráter preparatório ou auxiliar.
6. Não se considera que uma empresa tem um estabelecimento permanente num Estado Contratante pelo simples fato de exercer a sua atividade nesse Estado por intermédio de um corretor, de um comissário geral ou de qualquer outro agente independente, desde que essas pessoas atuem no âmbito normal de suas atividades.
7. O fato de uma sociedade residente de um Estado Contratante controlar ou ser controlada por uma sociedade residente do outro Estado Contratante, ou exercer sua atividade nesse outro Estado (quer seja por intermédio de um estabelecimento permanente, que de outro modo) não é por si só, bastante para fazer, de qualquer dessas sociedades, estabelecimento permanente da outra.

Dentre os casos descritos, constantes das enumerações negativas e positivas, um chama a atenção por fugir à regra comum a todas as situações, que pressupõe a instalação física de um estabelecimento em solo estrangeiro. Trata-se do estabelecimento permanente pessoal. Segundo a descrição do Modelo, há cinco requisitos para a caracterização de um agente como sendo considerado um EP. São eles:¹³⁶

- que ele atue em nome de uma empresa em outro Estado contratante;
- tenha autoridade para concluir contratos em nome da empresa;
- habitualmente exercite esta autoridade em nome desta empresa;
- o agente deve ter vínculos tais com a empresa que não o caracteriza como agente independente;
- as atividades do agente devem demonstrar a atividade econômica da empresa, sendo excluídas, portanto, aquelas meramente preparatórias ou auxiliares.

¹³⁶ Para uma exposição detalhada, cf. CALIENDO, Paulo. **Estabelecimentos permanentes em direito tributário internacional**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 146 e ss.

2.4.2 Funcionamento de empresa estrangeira no Brasil: as filiais

Complementando o que se comentou no início deste subtópico, a constituição de uma pessoa jurídica sob a égide legislativa de um determinado país não vincula de imediato os demais ordenamentos internacionais quanto à sua regularidade formal perante as normas domésticas. É dizer: o funcionamento de uma empresa em território estrangeiro por meio de uma filial depende de reconhecimento jurídico do país em que deseja se instalar.

Conforme observa Heleno Taveira Tôres,¹³⁷ o direito brasileiro não dispõe de nenhuma regra expressa sobre reconhecimento da personalidade jurídica de sociedades estrangeiras, devendo a norma ser construída a partir da conjunção de dois enunciados distintos: artigo 11 da LICC¹³⁸ e artigo 64 do Decreto-Lei 2.627/1940, dispositivo da antiga Lei da S.A, com texto idêntico àquele do artigo 1.134 do CC mencionado há pouco. De acordo com o Professor, a lei brasileira reconhece automaticamente a personalidade jurídica das companhias estrangeiras para atuarem de forma esporádica e isolada. Contudo, para que possam funcionar – situação que denota um prazo de maior permanência e estabilidade nas atividades – sob a forma de filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos, necessitarão invariavelmente da autorização¹³⁹ de que fala a lei.

Coloca-se, então, o problema de se diferenciar a situação da “simples prática de atos” ocasionais – adquirindo direitos e contraindo obrigações por meio de negócios isolados no tempo e no espaço sem qualquer espécie de estabelecimento permanente – daquela em que a pessoa jurídica estrangeira está em plena “prática habitual” de atos

¹³⁷ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluriributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 184.

¹³⁸ “Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.”

¹³⁹ Código Civil, artigo 1.134, § 1º: “Ao requerimento de autorização devem juntar-se:
I – prova de se achar a sociedade constituída conforme a lei de seu país;
II – inteiro teor do contrato ou do estatuto;
III – relação dos membros de todos os órgãos da administração da sociedade, com nome, nacionalidade, profissão, domicílio e, salvo quanto a ações ao portador, o valor da participação de cada um no capital da sociedade;
IV – cópia do ato que autorizou o funcionamento no Brasil e fixou o capital destinado às operações no território nacional;
V – prova de nomeação do representante no Brasil, com poderes expressos para aceitar as condições exigidas para a autorização;
VI – último balanço.”

negociais, constituindo a situação de “funcionamento”, o que exige a devida autorização administrativa.

Funcionar, segundo Alberto Xavier,¹⁴⁰ apoiado em Egberto Lacerda Teixeira e J.A. Tavares Guerreiro, “significa desenvolver plena e organicamente as atividades econômicas tendentes à consecução do objeto social”. E continua: “Pressupõe um esforço de organização permanente (o *estabelecimento*) que se exterioriza por uma série de atos ou de fatos vinculados à exploração de certa atividade econômica” [destaque no original]. Observa, ainda, que, para a caracterização do funcionamento, há de haver a separação entre os atos típicos daqueles meramente instrumentais. Os primeiros exprimem o exercício do objeto social da sociedade estrangeira e são os únicos que podem efetivamente caracterizar o funcionamento da sociedade em solo nacional. Os instrumentais visam somente a tutelar direitos e administrar o patrimônio e, por si só, nunca poderão configurar o funcionamento. A par desse aspecto, sustenta Alberto Xavier, não há de se falar em funcionamento de sociedade estrangeira no Brasil quando ela não disponha aqui de um patrimônio dotado especialmente para o exercício da atividade.

Quanto à personalidade jurídica das filiais, o Professor¹⁴¹ entende que “as filiais, agências ou sucursais de sociedades estrangeiras, bem como as filiais, agências ou sucursais de sociedades brasileiras no exterior não têm personalidade jurídica distinta daquela de que são mero prolongamento, sendo o ponto pacificamente reconhecido tanto na doutrina nacional, como na doutrina estrangeira”. E continua: “Não sendo pessoas jurídicas distintas a matriz, as filiais, agências ou sucursais (tanto de sociedades estrangeiras como de sociedades nacionais) revestem a natureza jurídica de meros estabelecimentos comerciais. Com efeito, importa distinguir neste caso a empresa, que é uma pessoa jurídica, e o estabelecimento, que é um simples conjunto de coisas corpóreas e incorpóreas de bens e serviços, organizado pelo comerciante com vista ao exercício de sua atividade mercantil”.

¹⁴⁰ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 631-632.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 636-637.

De forma diversa leciona Heleno Taveira Tôrres.¹⁴² Ressalvando a boa sustentação da teoria de Alberto Xavier, tendo em conta o fato de que a concessão da autorização para o funcionamento da filial pressupõe a existência da matriz localizada no exterior, Tôrres sustenta que o desempenho da atividade econômica no Brasil depende da criação de uma pessoa jurídica própria constituída de acordo com as leis brasileiras. Ou seja, embora a filial brasileira seja considerada uma extensão patrimonial da sua matriz – segundo o ordenamento do país de residência desta –, ela é fiscalmente equiparada aos residentes brasileiros, nos termos no artigo 147 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), assumindo os mesmos direitos e obrigações de outras PJs, em face do princípio da territorialidade, independente da residência da matriz.

Tôrres¹⁴³ argumenta nos seguintes termos: “Quem recebe autorização para funcionamento não é a filial, mas a matriz. A filial de empresa estrangeira é pessoa jurídica brasileira, como qualquer outra empresa criada e personificada no Brasil, fazendo-se pessoa jurídica independente da matriz. O capital é separado. O tipo societário é próprio, e não tem necessariamente que ser o mesmo da matriz. Além disso, a filial, agência ou sucursal pode ter outras filiais, agências ou sucursais próprias, o que permitirá aplicar o princípio da renda mundial pelos rendimentos produzidos no exterior pelo seu estabelecimento permanente, se for o caso”.

A nosso ver, a dissonância entre os dois autores é injustificada, pois a razão assiste a ambos. Para o direito interno do país de origem, a filial figura como uma extensão da sua matriz, uma base além-mar para a realização de novos negócios. Tanto é assim, que a contabilidade da filial integra o balanço da sua matriz. Todavia, segundo o ordenamento do país de instalação, esse apêndice societário que é a filial necessita de personalidade jurídica própria,¹⁴⁴ a despeito do laço que a envolve com a matriz, sendo

¹⁴² TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluriributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 199.

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p. 200.

¹⁴⁴ Em sentido contrário, posiciona-se Fábio Nusdeo: “Note-se, no entanto, ser perfeitamente possível uma empresa multinacional atuar em diversos países sem constituir ou sem participar de sociedades locais. Ela poderá fazê-lo pura, e simplesmente, mediante a abertura de agências, filiais, sucursais e estabelecimento, que nada mais são do que a mesma pessoa jurídica atuando diretamente em diversos países, sem assumir novas formas societárias, isto é, sem neles se instalar juridicamente. Esta última modalidade é, em geral, a utilizada por bancos”. (**Curso de economia: introdução ao direito econômico**, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 333).

considerado como uma pessoa jurídica como as nacionais, a quem incumbe o dever de pagar impostos e cumprir com os deveres instrumentais.

A natureza jurídica das filiais é um assunto que suscita uma certa discussão na doutrina nacional. Na Convenção Modelo da OCDE, adotada pelo Brasil como base para tratados contra a bitributação em que toma parte, as filiais enquadram-se na *basic rule* de estabelecimentos permanentes, conceito amplo que abrange qualquer instalação física em que a empresa exerça, no todo ou em parte, as suas atividades. Baseado nessa concepção, Alberto Xavier¹⁴⁵ não tece maiores comentários, limitando-se a afirmar que a “filial é um típico caso de estabelecimento permanente”.

Helena Taveira Tôrres sustenta uma classificação dicotômica do conceito de EP: um amplo, capaz de albergar qualquer hipótese de presença direta de pessoas jurídicas não-residentes, inclusive as filiais, e um estrito, limitando-se à identificação das formas de presença demorada da entidade, intermediárias entre a simples atuação e o funcionamento autorizado.

Para Tôrres¹⁴⁶ “o único sentido adequado para indicar o conceito de estabelecimento permanente seja o descrito na sua aceção estrita; todavia, não é esse o universal entendimento da doutrina, tendo em vista o cego aprisionamento das suas reflexões às deliberações da OCDE, que contempla na sua definição as filiais. *Salvo a particularidade de servir ao mesmo propósito de atuação direta de pessoas jurídicas, não existe qualquer justificativa plausível para manter o tratamento dos estabelecimentos permanentes envolvidos com as chamadas filiais ou sucursais*” [destaque nosso]. É que as filiais “constituem-se em pessoas jurídicas, não se limitando a um simples estabelecimento ou base fixa de negócios, devendo ser reconhecidas para o funcionamento no território do país de destino e com isso adquirindo residência fiscal”.¹⁴⁷

¹⁴⁵ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 652.

¹⁴⁶ TÔRRES, Helena Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 248.

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 248-249.

Independente de a filial estar contida ou não dentro do conceito de estabelecimento permanente, o sistema de tributação aplicável para ambos é o mesmo.

Por força da norma extraída da combinação dos artigos 146¹⁴⁸ e 147¹⁴⁹ do RIR, as filiais de sociedades estrangeiras são equiparadas às pessoas jurídicas brasileiras para fins de incidência do imposto sobre a renda. Assim, estão sujeitas as filiais e o EP ao regime de tributação sintético, ou seja, os rendimentos por eles produzidos serão tributados no seu somatório de componentes negativos e positivos (conceito de renda tributável) conforme a escrituração contábil. Os outros componentes redituais, que não se relacionam ao *business income*, estarão submetidos à tributação isolada conforme as normas próprias a cada categoria (*royalties*, dividendos, ganhos de capital etc.).

Este modelo de tributação é denominado pela doutrina de “princípio da força de atração restrita”, o qual “opera tratando o estabelecimento permanente como uma entidade *realmente autônoma*, atribuindo-lhe, tão-somente, as rendas por ele produzidas, pela conexão efetiva e condicionando a tributação todos os demais componentes redituais, *isoladamente*, conforme as categorias próprias (renda do capital, investimentos financeiros, *royalties* etc.), *desde que não apresentem uma suficiente conexão com as atividades produtivas de renda praticadas pelo estabelecimento permanente*” [destaque nosso].¹⁵⁰

O princípio da força de atração restrita é largamente adotado pelas convenções internacionais contra a dupla tributação, inclusive pelo Modelo OCDE. De acordo com o item 1 do artigo 7º do Modelo, “os lucros de uma empresa de um Estado contratante

¹⁴⁸ “Art. 146. São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este Decreto (Decreto-Lei n. 5.844, de 1943, art. 27):
I – as pessoas jurídicas (Capítulo I);
II – as empresas individuais (Capítulo II).”

¹⁴⁹ “Art. 147. Consideram-se pessoas jurídicas, para efeito do disposto no inciso I do artigo anterior:
I – as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País, sejam quais forem seus fins, nacionalidade ou participantes no capital (Decreto-Lei n. 5.844, de 1943, art. 27, Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962, art. 42, e Lei n. 6.264, de 1975, art. 1º);
II – as filiais, sucursais, agências ou representações no País das pessoas jurídicas com sede no exterior (Lei n. 3.470, de 1958, art. 76, Lei n. 4.131, de 1962, art. 42, e Lei n. 6.264, de 1975, art. 1º);
III – os comitentes domiciliados no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou comissários no País (Lei n. 3.470, de 1958, art. 76).”

¹⁵⁰ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 332.

só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, “*mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável*”. Dessa forma, as rendas relacionadas à atividade orgânica do EP no Estado contratante serão tributadas pelo regime sintético, ao passo que as demais – inclusive aquelas aqui produzidas de forma autônoma pela matriz – estarão sujeitas à tributação analítica.¹⁵¹

Quanto às despesas, deve ser observado o artigo 397 do RIR, que assim dispõe *in verbis*: “As pessoas jurídicas domiciliadas no exterior e autorizadas a funcionar no País somente poderão deduzir como custos ou despesas aqueles realizados por suas dependências no território nacional, bem como: I – as quotas de depreciação, amortização, ou exaustão dos bens situados no país; II – as provisões relativas às operações de suas dependências no país”. Alberto Xavier¹⁵² leciona que a territorialidade em causa não pode ser restringida ao lugar de realização da despesa, de forma simplória, mas à sua conexão com o estabelecimento localizado no território do país, podendo ser o gasto incorrido dentro ou fora do país, mas desde que relacionado com o estabelecimento brasileiro.

2.4.3 Sociedades controladas e coligadas

É possível, ainda, que o investidor estrangeiro atue no Brasil participando de sociedades nacionais, aquelas organizadas de acordo com a lei brasileira e que aqui mantenham a sede de sua administração. As sociedades nacionais, relativamente ao controle, subdividem-se em dois tipos: (i) a sociedade brasileira propriamente dita –

¹⁵¹ Ver nesse sentido CALIENDO, Paulo. **Estabelecimentos permanentes em direito tributário internacional**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 371: “Estabelece o Modelo OCDE em seu art. 7º, § 1º, segunda parte, que os rendimentos de não-residentes serão tributados no Estado da fonte, mas tão-somente na medida em que forem atribuíveis a esse Estabelecimento Permanente. Possui esse princípio, como conteúdo, o resultado de uma atuação orgânica por parte do não residente, e, quanto ao seu *alcance*, este estará limitado aos rendimentos que estiverem em conexão com o EP. Quanto ao *regime de tributação*, este será o analítico para os rendimentos oriundos de atividades isoladas (atividades da matriz sem conexão com o EP) e sintético para as atividades correntes de atuação orgânica (Estabelecimento Permanente).”

¹⁵² XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 649.

possui uma pequena participação de capital estrangeiro, o controle e a maior parte de seu capital são detidos por nacionais; e (ii) sociedade transnacional – embora brasileira em relação à constituição, e dotada parcialmente de capital nacional, é controlada por estrangeiros.

Para os fins propostos neste trabalho, não se fazem necessárias maiores explicações sobre as sociedades de capital majoritariamente nacional, devendo o foco ser mantido na segunda categoria, dentro da qual estão contidas as sociedades ditas “coligadas” e as “controladas”.¹⁵³ As sociedades coligadas são “aquelas nas quais a investida tenha influência significativa”, nos termos do § 1º do artigo 243 da Lei n. 6.404/1976, com redação dada pela Lei n. 11.941/2009. De acordo com § 4º do mesmo artigo, “considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la”, sendo a influência significativa presumida quando o investidor for titular de 20% ou mais do capital votante da investida (§ 5º).

Já a definição de “sociedade controlada” é trazida explicitamente pela Lei n. 6.404/1976, que assim dispõe:

“Art. 243 (...)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”

Observe-se que o dispositivo não exige que a sociedade controladora utilize efetivamente seu poder, como condição para caracterização do controle. Para tanto, basta que o cenário societário seja tal que o sócio tenha condições de exercer o controle. Ou seja, há o controle ainda que o titular não exerça de fato esse poder.¹⁵⁴

¹⁵³ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**, 28ª ed., atual. Jorge Lobo. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 325.

¹⁵⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**, 8ª ed., São Paulo: Renovar, 2003, p. 516.

Por último, importa deixar consignado que não é permitida aos investidores estrangeiros a criação de sociedades subsidiárias integrais, constituídas unipessoais – artigo 251 da Lei n. 6.404/1976.

2.4.4 *Joint Ventures*

Outra modalidade muito comum de investimento estrangeiro toma forma por meio de associações temporárias de cooperação, ou simplesmente *joint ventures*, cuja origem, segundo noticia Heleno Taveira Tôrres,¹⁵⁵ encontra-se na prática empresarial desenvolvida nos países jurídicos que adotam o *common law*, sobretudo os Estados Unidos, onde tal modelo apresentou-se como uma boa opção comercial ou industrial nos setores de altos riscos ou de elevada complexidade industrial.

Não existe no direito brasileiro a figura da *joint venture* como uma espécie autônoma de sociedade, podendo ser identificada na constituição de um empreendimento conjunto, como um acordo temporário de sócios ou consórcio, por meio de uma das formas de sociedade legalmente admitidas, de tal forma que nenhum dos *partners* possa figurar como detentor do controle unilateral das atividades econômicas e operacionais da *joint venture*.

Como costuma acontecer com outros “produtos comerciais” altamente difundidos na economia mundial, a *joint venture* é uma figura originada e moldada pela prática dos agentes econômicos, que assume diferentes fórmulas institucionais ou contratuais dentro dos diversos sistemas jurídicos, o que torna impossível verificar uma uniformidade de tratamento ou mesmo um conceito universal.¹⁵⁶ De um modo geral, é possível dizer que o conceito de *joint venture* pode ser associado à noção de empreendimento conjunto, que se revela como uma forma de associação temporária entre empresas, com ou sem a constituição de uma terceira pessoa jurídica, com o fim

¹⁵⁵ TÔRRES, Heleno Taveira. **Plur tributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 283.

¹⁵⁶ BASSO, Maristela. ***Joint venture: manual prático das associações empresariais***, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 39.

específico de desenvolver uma certa atividade econômica transitória localizada dentro de um setor econômico de comum interesse.¹⁵⁷

Todas as especificidades do empreendimento – tais como o tipo e o modelo societário adotado, as contribuições dos sócios, a constituição dos órgãos decisórios, a forma de realização da gestão conjunta, a duração do contrato, dentre outros – são estipuladas pelo “acordo de base”, instrumento imprescindível à constituição da *joint venture* e que servirá de base para todos os demais acordos relativos ao contrato.

Quanto à forma de organização, as *joint ventures* distinguem-se em *corporate joint ventures* e *contractual joint ventures*. A primeira categoria caracteriza-se por ser um tipo de cooperação que, dada a sua estabilidade, corporifica-se na criação de uma nova pessoa jurídica, cujo tipo societário adotado poderá ser qualquer um dentre os admitidos pela legislação do país de instalação.¹⁵⁸ Para tanto, é necessário a dotação e aporte de capital específico para a nova empresa pelos *venturers*, na medida da sua participação societária.

Dada a sua personalidade jurídica própria, a questão da tributação sobre a *corporate joint venture* não apresenta problemas complexos; a sujeição passiva será sempre encontrada na nova empresa. Nestes casos, no Brasil vigorará o regime de tributação ordinária sobre a renda de pessoas jurídicas, cujo regime impositivo reditual varia conforme as disposições legislativas pertinentes (lucro real/presumido, PIS e Cofins cumulativa/não-cumulativa etc.).

A segunda forma possível de associação por *joint ventures* se dá mediante vínculos contratuais, sem a constituição de uma nova pessoa jurídica, os quais estabelecem os critérios de participação das partes envolvidas, tendo em vista um empreendimento específico a ser concluído. A *contractual joint venture*, tendo em conta

¹⁵⁷ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 284.

¹⁵⁸ “O tipo societário mais comum que é utilizado para dar personalidade jurídica ao empreendimento compartilhado é o de uma sociedade de capitais (como uma *joint stock company*), na forma de uma ‘sociedade de com responsabilidade limitada’. (...) Com isso, mantém a *joint venture* autonomia patrimonial em relação aos sócios (*venturers*), apresentando-se com responsabilidade perante terceiros limitadamente ao próprio patrimônio”. TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 288.

a inexistência de uma pessoa jurídica distinta, apresenta algumas peculiaridades: (i) autonomia de iniciativa e de gestão de cada associado, limitada à própria parte da obra que lhe corresponda; (ii) responsabilidade própria e divisível; (iii) risco variável, não determinável unitariamente por cada associado.¹⁵⁹

A ausência de uma nova pessoa jurídica, centralizadora das relações jurídicas da *joint venture*, ocasiona efeitos diretos no campo tributário. As perdas e ganhos deverão ser contabilizados individualmente por cada um dos participantes, proporcionalmente, de acordo com a respectiva participação, concorrendo à formação da renda tributável de cada uma *per se*, residentes e não-residentes, como se *joint venture* não existisse.¹⁶⁰

¹⁵⁹ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 289-290.

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 293-294.

REGIMES DE TRIBUTAÇÃO DAS RENDAS AUFERIDAS EM OPERAÇÕES DE INVESTIMENTOS DIRETOS NO BRASIL

3.1 Considerações introdutórias

3.1.1 Soberania – aspectos gerais

Em acepção ampla, o conceito político-jurídico de Soberania remete à noção de imposição de força, de coação, ao poder de mando em última instância no âmbito de certa sociedade politicamente organizada.¹⁶¹ No sentido estrito – significando o poder do Estado, sujeito único e exclusivo da política, em contraponto à organização medieval do poder¹⁶² – o termo surge no final do século XVI, juntamente com a própria noção de Estado.

Há uma conexão orgânica entre o conceito de Soberania e o próprio poder político e a forma como este é exercido. À Soberania vincula-se a noção de racionalização jurídica do poder, “no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito”.¹⁶³ Mas, é importante atentar, como adverte Heleno Taveira Tôrres,¹⁶⁴ que “a Soberania não é o poder em si, mas sua *qualificação jurídica*, na medida em que ela identifica a supremacia do *poder político* e da *ordem jurídica* existentes em determinado território” [primeiro grifo, nosso; demais, do autor].

¹⁶¹ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO. **Dicionário de Política**. Verbete: Soberania, 5ª Ed., São Paulo: Ed. UnB, 2004, p. 1179.

¹⁶² *Idem, ibidem*.

¹⁶³ *Idem, ibidem*.

¹⁶⁴ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 63.

Modernamente, em que pese a dificuldade em se achar a definição do conceito dogmático do instituto, a Soberania pode ser qualificada como o atributo do Estado¹⁶⁵ de (i) fazer prevalecer a ordem por ele estabelecida perante expressões internas de poder, e (ii) erigir limites ao âmbito de eficácia de ordens jurídicas estrangeiras.¹⁶⁶ Dessa forma, podemos visualizar uma bipartição do âmbito de aplicação da soberania em interna e externa.¹⁶⁷

Paulo Bonavides adota posição cética em relação à Soberania vista sob o prisma de Direito Internacional, ao sustentar que “há estados soberanos e estados não soberanos. Do ponto de vista externo a soberania é apenas qualidade do poder, que a organização estatal poderá ostentar ou deixar de ostentar”.¹⁶⁸ Internamente, segundo o Professor, no entanto, a eficácia da Soberania não merece ressalvas. É própria de qualquer ordenamento jurídico estatal a característica de supremacia sobre todas as demais manifestações de poder que existem dentro da sociedade.¹⁶⁹ Este traço – a superioridade da ordem estabelecida pelo poder central – é suficiente para resumir a noção de Soberania, permitindo-se afirmar a própria existência do Estado.¹⁷⁰

Desde os primeiros estudos, há certo consenso sobre as características formais da Soberania. Jean Bodin,¹⁷¹ por motivos sobretudo de ordem histórica,¹⁷² afirma ser ela

¹⁶⁵ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 216.

¹⁶⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluriributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 64.

¹⁶⁷ A concepção de soberania externa foi primeiramente desenvolvida por Francisco de Vitoria, teólogo espanhol que buscou, por meio de sua doutrina, legitimar o poder da Espanha sobre as colônias do Novo Mundo. Desenvolvida em meio à crise do Estado francês do século XVI, a definição de soberania interna deve-se ao filósofo político Jean Bodin, no esforço de restaurar o poder do soberano e, em consequência, da ordem estatal. Cf. CARNEIRO, Anna Carolina Coêlho. **Soberania: um novo conceito ou uma readaptação a novos tempos**. Dissertação de mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 122.

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁷⁰ Em crítica à concepção atual de Soberania, Paulo Bonavides argumenta: “A porfia pelo poder por parte de partidos, órgãos sindicais, ideologias, grupos compactos de opinião e pressão, arrebatando ao Estado propriamente dito autonomia e iniciativa, criam centros militantes e concorrentes de poder, que antes de sujeitarem o Estado, atuam já paralelamente a este, diminuindo-lhe a autoridade e supremacia, questionando-lhe a soberania, tornando enfim crítico e problemático o desempenho daquilo que compõe a essência da estatalidade, a saber, o monopólio social da *coação organizada*, o poder incontrastável de ditá-la e impô-la indistinta e irresistivelmente a todos os grupos sociais” [destaque nosso].

¹⁷¹ *Apud* BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO. **Dicionário de Política**. Verbete: Soberania, 5ª ed., São Paulo: Ed. UnB, 2004, p. 1181.

una, suprema, absoluta, perpétua, indivisível, inalienável e imprescritível. Dalmo Dallari¹⁷³ reconhece na Soberania a unidade, indivisibilidade, inalienabilidade e a imprescritibilidade.

Alberto Xavier¹⁷⁴ reconhece a existência de dois tipos distintos de soberania: a territorial e a pessoal. A primeira refere-se ao poder do Estado de legislar sobre pessoas, coisas ou fatos que se localizam no seu território, enquanto a segunda significa o poder do Estado de legislar sobre pessoas que, pela nacionalidade, estão ligadas a ele, onde quer que estejam localizadas.

Apesar de apresentar-se suprema frente a qualquer outra manifestação de poder dentro do território, não podemos afirmar que a soberania não apresenta restrições. Em âmbito interno, a soberania encontra limitações na própria Constituição Federal,¹⁷⁵ enquanto no cenário internacional, a soberania, a par de ser contida pelas próprias disposições de direito interno e pela volição dos Estados em aderir a tratados internacionais – o que, em maior ou em menor grau acarreta uma renúncia à sua soberania¹⁷⁶ –, ganha novas fronteiras em razão da atuação dos novos atores das relações internacionais, que, freqüentemente, desenvolvem atividades de interesse comum da comunidade internacional de forma independente, alheios à vontade oficial.¹⁷⁷

¹⁷² BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 126.

¹⁷³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 81.

¹⁷⁴ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 13.

¹⁷⁵ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 63.

¹⁷⁶ Betina Treiger Grupenmacher, com base em Biscaretti di Rufia, observa que o atual estágio de desenvolvimento e alcance dos blocos econômicos demanda ampliações cada vez mais drásticas na rigidez dos limites impostos às soberanias respectivas, como forma de viabilizar a convivência entre os estados. Um exemplo desta tendência pode ser encontrado na Constituição Italiana, *verbis*: “Art. 11. A Itália repudia a guerra como instrumento de ofensas às liberdades de outros povos e como meio de solução de conflitos internacionais, *consente em condições de paridade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça entre as nações; promove e favorece as organizações internacionais destinadas a esse fim*” [grifo da autora]. GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados internacionais em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 14.

¹⁷⁷ CARNEIRO, Anna Carolina Coêlho. **Soberania: um novo conceito ou uma readaptação a novos tempos**. Dissertação de mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006, p. 78.

3.1.2 Soberania tributária

Dentre os poderes inerentes ao Estado soberano, encontra-se o de instituir e disciplinar um sistema tributário independente em termos legislativos – pois a modificação somente é permitida por meio dos métodos prescritos pela Constituição Federal – e de aplicação exclusiva a todos os sujeitos submetidos à sua ordem.

A soberania tributária é uma derivante da soberania geral e, nesta medida, seus conceitos se associam.¹⁷⁸

Dessa forma, podemos afirmar que a soberania possui dois prismas de aplicação. A soberania tributária, na sua face externa, autoriza o Estado, como sujeito da ordem mundial, a impedir interferências não autorizadas de sistemas tributários próprios de outros países. Noutras palavras, a soberania tributária externa, demonstrando capacidade plena de um Estado perante os demais, erige limites ao âmbito de aplicação espacial das normas tributárias alienígenas. Internamente, a soberania tributária manifesta-se diretamente como “o poder de imposição, que reflete uma supremacia do sujeito ativo sobre o sujeito passivo”,¹⁷⁹ cuja decorrência natural, a competência tributária, constitui-se na “aptidão de para criar, *in abstracto*, tributos descrevendo legislativamente suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas”.¹⁸⁰⁻¹⁸¹

Soberania tributária e competência tributária (poder de tributar¹⁸²) são conceitos que não podem ser tomados um pelo outro, apesar da grande semelhança que guardam

¹⁷⁸ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 13.

¹⁷⁹ GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados internacionais em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 17.

¹⁸⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito tributário**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 437.

¹⁸¹ Em sentido contrário, Betina Treiger Grupenmacher: “Por ser uma e indivisível, a soberania não pode ser seccionada em interna e externa, ou seja, não se pode falar em soberania interna e soberania internacional”. **Tratados internacionais em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 22.

¹⁸² “Em boa técnica, não se deve dizer que as pessoas políticas têm, no Brasil, *poder tributário*. Poder tributário tinha a Assembléia Nacional Constituinte, que era soberana. Ela, realmente, tudo podia, inclusive em matéria tributária. A partir do momento, porém, em que foi promulgada a Constituição Federal, o *poder tributário* retornou ao povo (detentor da soberania). O que passou a existir, em seu lugar, foram as *competências tributárias*, que a mesma Constituição Federal repartiu entre a União, os Estados-

entre si. O poder de instituir tributos é decorrência da existência de soberania; o primeiro é manifestação técnica da segunda. Pode-se dizer que somente a República Federativa do Brasil ostenta soberania, enquanto a competência de instituir tributos é conferida *constitucionalmente* à União, aos estados, aos municípios e ao Distrito Federal.¹⁸³

Helena Taveira Tôrres esclarece o assunto ao explicar uma importante distinção: quando tratamos de interações em âmbito externo – onde se reconhece o direito de autodeterminação interna dos povos, bem como o princípio da reciprocidade de tratamento entre os entes – havemos de falar em articulações de “soberanias tributárias” que lhes é inerente, não em poder tributário, o qual pode ser entendido como a “manifestação de soberania na ordem interna, *poder constituído*, estabelecido constitucionalmente para gestão do respectivo sistema tributário [...] conforme os limites demarcados constitucionalmente para tanto”¹⁸⁴ [grifo do autor]. Internamente, portanto, a soberania tributária assemelha-se em muito à competência tributária.

Não existem disposições efetivas de Direito Internacional que balizem os limites do poder de tributar próprio de cada Estado. No entanto, já podem ser observados em âmbito internacional princípios gerais e normas consuetudinárias que, tomando por base a necessidade de coexistência dos ordenamentos jurídicos, estabelecem contenções formais ao alcance legislativo de um Estado sobre o outro. Nesse sentido, revestem-se da maior importância as seguintes proposições: (i) é completamente livre e lícita a atividade legislativa dos Estados em matéria tributária, sendo apenas excluída a possibilidade de aceitar a aplicação de normas atinentes ao exercício do poder de tributar sobre o território de um outro Estado, salvo a existência de normas permissivas em contrário; (ii) é lícita e livre a atividade legislativa do Estado, desde que mediante a

membros, os Municípios e o Distrito Federal”. CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito tributário**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 436.

¹⁸³ TÔRRES, Helena Taveira. **Pluritributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 66.

¹⁸⁴ TÔRRES, Helena Taveira. Princípio da territorialidade e tributação de não-residentes no Brasil. Prestações de serviços no exterior. Fonte de produção e fonte de pagamento. In: TÔRRES, Helena Taveira (coord.), **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 75.

utilização de critérios de conexão que expressem um contato efetivo entre o fato tributário e o Estado com pretensões fiscais.¹⁸⁵

Pode-se dizer que as mesmas noções aplicáveis à soberania geral podem ser adaptadas à soberania tributária no que toca às suas limitações. Duas proposições são suficientes para se apreender a extensão dos limites, a saber: (i) não há impedimentos materiais ou formais às atividades legislativas do Estado, desde que sejam utilizados critérios de conexão que efetivamente vinculem o fato-evento com elementos de estraneidade e o Estado com a pretensão fiscal; (ii) salvo autorização em contrário, são excluídas quaisquer possibilidades de ingerências tributárias de um Estado sobre o outro, tanto em relação a constituição de créditos tributários, como a atividades fiscalizadoras de qualquer natureza.¹⁸⁶

É oportuno lembrar que, por não se encontrarem positivados em nenhum ato normativo internacional, tais disposições não são vinculantes para os Estados, de forma que o descumprimento não constitui ilícito tributário ou internacional. Nas palavras de Heleno Taveira Tôres, “é antes de tudo uma questão de ética *a ser convalidada pela ordem interna*, respeito à determinação de outras jurisdições e aceitação de uma razoável convivência com outras ordens soberanas no conserto das nações que imprimem efetividade a tais limites”¹⁸⁷ [grifo nosso].

3.2 Princípio da territorialidade tributária

3.2.1 Território: noções básicas

O ordenamento jurídico, enquanto estrato de linguagem positiva, é “conceptual”, na dicção de Paulo de Barros Carvalho, sendo, portanto, a-temporal e a-espacial. No entanto, os fatos sociais selecionados pelo legislador como hábeis de desencadear efeitos jurídicos devem necessariamente ser condicionados por coordenadas de tempo e de espaço, pois, sem tal referencialidade, seria impossível a documentação da

¹⁸⁵ TÔRES, Heleno Taveira. **Pluriritributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 69.

¹⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 69.

¹⁸⁷ TÔRES, Heleno Taveira. Princípio da territorialidade e tributação de não-residentes no Brasil. Prestações de serviços no exterior. Fonte de produção e fonte de pagamento. In: TÔRES, Heleno Taveira (coord.), **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 76.

ocorrência dos fatos jurídico-tributários e, conseqüentemente, a prescrição de condutas,¹⁸⁸ com a formação das relações jurídicas correspondentes.

Dessa forma, os conceitos de território e territorialidade apresentam-se sobremaneira relevantes para o Direito Tributário Internacional, por manterem estreitos vínculos com a noção de soberania, que fundamenta o exercício do poder tributário dos Estados.¹⁸⁹ Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica, que juridiciza fatos ocorridos estritamente *dentro dos seus limites territoriais*.¹⁹⁰

Território,¹⁹¹ nas precisas palavras de Paulo Bonavides,¹⁹² é a base geográfica do poder. Ou, noutras palavras, é o espaço físico juridicamente qualificado e delimitado.¹⁹³ Elemento constitutivo necessário do Estado, o território estabelece a sua delimitação soberana em termos geográficos. Isto significa que, dentro de tais limites, a ordem jurídica que lhe corresponde é a única dotada de soberania, dependendo de ela admitir a aplicação de normas jurídicas externas.¹⁹⁴

A noção de *territorialidade* encontra-se ligada à questão da soberania estatal, que, tanto impõe limites ao alcance ultraterritorial das suas próprias normas tributárias, como veda a incidência daquelas estranhas ao ordenamento nacional, salvo, por suposto, eventual acordo expresse em sentido contrário. Trata-se, portanto, de se delimitar territorialmente a validade, a vigência e a eficácia de normas. Esta é a idéia ampla do conceito.

¹⁸⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da territorialidade no regime de tributação da renda mundial (universalidade). In: IBET. **Justiça Tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 669.

¹⁸⁹ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 70.

¹⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da territorialidade no regime de tributação da renda mundial (universalidade). In: IBET. **Justiça Tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 669.

¹⁹¹ Terra firme, com as águas aí compreendidas, o mar territorial, o subsolo e a plataforma continental, bem como o espaço aéreo.

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 87.

¹⁹³ TÔRRES, Heleno Taveira. Princípio da territorialidade e tributação de não-residentes no Brasil. Prestações de serviços no exterior. Fonte de produção e fonte de pagamento. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.), **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 77.

¹⁹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 90.

Derivando da natureza das normas tributárias envolvidas – de incidência, que geram obrigações tributárias principais, ou aquelas que simplesmente constituem deveres formais –, a doutrina consagrou a dicotomia da territorialidade em duas acepções: material e formal.¹⁹⁵ A primeira equivale ao âmbito de incidência da lei tributária (regra-matriz de incidência), dotada de aplicação territorial, mas com possibilidade de localizar fatos jurídicos ou sujeitos passivos em qualquer parte, para que venha a nascer a obrigação tributária. A territorialidade formal, por sua vez, prescreve que as leis tributárias somente poderão ser exigidas dentro dos limites territoriais do Estado que as editou.¹⁹⁶

3.2.2 Territorialidade material

Como mencionado linhas atrás, a territorialidade material diz respeito ao problema da vigência das normas tributárias no espaço, quanto à possibilidade de constituição de créditos tributários.

Vigência é a qualidade que detém certas regras jurídicas de ter plena força para disciplinar, reger e regular as condutas nas quais a norma incide, cumprido o seu objetivo final.¹⁹⁷ Pode-se dizer que as regras vigentes estão absolutamente aptas a propagar seus efeitos tão-logo sejam verificados no mundo social os fatos descritos nos seus antecedentes.¹⁹⁸ Certamente, uma norma vigente pressupõe existência e validade,

¹⁹⁵ Alberto Xavier analisa o princípio da territorialidade sob diversos aspectos: em sentido material e formal; em sentido pessoal e real, e, ainda, em sentido negativo ou positivo. **Direito tributário internacional do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 23.

¹⁹⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluriributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 81.

¹⁹⁷ Embora tomados muita vez um pelo outro, deve-se atentar para a diferença entre vigência e vigor. Tércio Sampaio Ferraz Junior define o conceito de “vigor” como a “qualidade da norma que diz respeito a sua força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império” e “vigência” como o intervalo de tempo em que a norma atua, podendo ser invocada para produzir efeitos. O autor justifica a distinção mencionando os casos, frequentes no Brasil, em que uma regra não mais vigente, ainda é vinculante aos fatos acontecidos antes de sua revogação. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 202.

¹⁹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

para definir o alcance espacial dentro do qual a norma poderá surtir efeitos, sendo o território correspondente o limite máximo de aplicação da lei.¹⁹⁹

É importante, no entanto, que não se confunda o âmbito espacial de vigência da norma tributária, ou seja, o território dentro do qual ela detém a aptidão de gerar efeitos, com os locais possíveis de acontecimento dos fatos tributáveis, que podem ser extraterritoriais. O primeiro caso diz respeito à eficácia da lei no espaço, enquanto o segundo é relacionado à questão da localização no espaço de elementos redituais, que faz parte da própria estrutura da regra-matriz de incidência tributária, precisamente no seu aspecto espacial.

Helena Taveira Tôres²⁰⁰ explica:

“No primeiro caso (eficácia da lei no espaço), os limites impostos pelo princípio da territorialidade das normas fiscais, entre outros, como já visto, impedem a factibilidade de uma imposição alhures; já no segundo (localização do fato tributável – critério espacial), a norma identifica os rendimentos externos (*foreign income*), cujos efeitos são próprios de uma norma de estrutura, posta para compor a regra-matriz de incidência suficiente e, com isso, permitir a incidência da(s) norma(s) impositiva(s) dotada(s) de elemento(s) de estraneidade, internamente, sobre os respectivos residentes.”

É certo que a norma de incidência tributária não tem vigência fora dos limites territoriais do Estado. Trata-se de limitação imposta pela soberania. No entanto, não há óbices à incidência de tais normas sobre (i) os não residentes que dentro do território brasileiro pratiquem os fatos descritos nos antecedentes das normas e, (ii) os residentes que o façam no exterior.

Não se trata de violação à soberania alheia. A vinculação do critério de localização à norma de incidência confere-lhe eficácia ultraterritorial, no entanto, não restam dúvidas de que a imputação dos efeitos da incidência dessa norma está restrita

¹⁹⁹ TÔRRES, Helena Taveira. *Pluriributação internacional sobre a renda das empresas*. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 81.

²⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 82.

aos limites do território nacional, a cuja autoridade fiscal o contribuinte deverá reportar-se e onde o devido crédito será constituído e exigido.²⁰¹

Em que pese a possibilidade de constituição de créditos tributários decorrentes de fatos jurídicos tributários ocorridos alhures, as autoridades fiscais são impedidas de realizar quaisquer atos investigatórios em território estrangeiro, sob pena de violação à soberania alheia.

3.2.3 Territorialidade formal

Enquanto a territorialidade material liga-se à vigência das normas tributárias no espaço possibilitando o seu alcance ultraterritorial com a consequente constituição de créditos tributários, a territorialidade formal relaciona-se com a possibilidade de execução coercitiva de atos de império tendentes a verificar a ocorrência dos fatos tributáveis. O sentido formal da territorialidade está visceralmente vinculado à noção de soberania,²⁰² no que tange especificamente à impossibilidade de execução de comandos legislativos expedidos por autoridades estrangeiras sem o devido consentimento.

É característica do Estado soberano, como visto, não conhecer nenhuma ordem jurídica superior à sua dentro do território que lhe corresponde, nem aceitar restrições à liberdade dos seus cidadãos, notadamente ao direito de propriedade que lhes é assegurado constitucionalmente. Carecem de legitimidade quaisquer comandos legislativos emanados de autoridades alóctones tendentes a materializar imposição tributária ou mesmo acionar cidadãos por mecanismos de cobrança, fiscalização ou arrecadação, sem o correspondente beneplácito *ad domum*.

Dessa forma, não pode o Estado brasileiro tributar cidadãos submetidos exclusivamente a outro ordenamento tributário e que se subsumam a hipóteses tributárias desvinculadas do território nacional, sem o critério de conexão material, portanto. Por outro lado, por meio da aposição de um elemento de conexão localizado

²⁰¹ ALVES, Taciana Stanislau Afonso Bradley. O princípio da renda mundial no Direito brasileiro. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.), **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 628.

²⁰² TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 84.

no aspecto espacial do antecedente da regra-matriz de incidência, é possível tributar os rendimentos auferidos no exterior por um residente. Contudo, por força da territorialidade formal, nenhuma medida unilateral poderá tomar no sentido de verificar a ocorrência de tais fatos no território estrangeiro.

É de se salientar que a territorialidade formal não implica a impossibilidade absoluta de se averiguar a materialidade de fatos tributáveis ocorridos fora dos limites territoriais do Estado. Como mencionado, a vedação se estende somente a atos de império não autorizados pelo governo soberano. Como se vê, a questão pode facilmente ser superada com a celebração de acordos ou convênios que garantam aos signatários a reciprocidade na prestação e uso de informações, bem como a colaboração entre as autoridades fiscais respectivas.

Alfredo Becker²⁰³ contesta a posição tradicional da doutrina, a qual aceita como “fundamento óbvio” a tese da territorialidade da lei tributária. Sustenta o autor que, em virtude da evolução do Direito Tributário em todos os países e tributação de bens existente no estrangeiro, dentre outros fatores, já é de se admitir a extraterritorialidade da lei tributária, que pode alcançar fatos geradores ocorridos além das fronteiras do Estado.

Em que pese o particular respeito e admiração prestados ao autor gaúcho, não parece ser este o mais correto posicionamento. Conforme visto acima, é princípio de toda lei tributária a territorialidade, que, bipartida nos aspectos material e formal, (i) estabelece o território do Estado como limite máximo do alcance legislativo – relativo, portanto, à vigência –, e (ii) impede a execução coercitiva de normas provenientes de outros Estados – relativo, portanto, ao reconhecimento recíproco das esferas de soberania. Conclui-se necessariamente que não há de se falar em extraterritorialidade da lei tributária.

Becker, ao que tudo indica, refere-se à possibilidade de o Estado, mediante a modulação do critério espacial na regra-matriz de incidência tributária, imponha seu poder impositivo sobre fatos jurídicos realizados fora do seu território por sujeitos que,

²⁰³ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**, 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2007, p. 299.

com ele, mantenham algum vínculo de conexão pessoal (residência, domicílio ou nacionalidade). Mas, conforme leciona Heleno Tôrres,²⁰⁴ “os limites espaciais dentro do qual a norma pode produzir efeitos, pela eficácia da norma tributária no espaço, não devem ser confundidos com a localização de fatos sujeitos à tributação, que podem ser extraterritoriais” [grifo nosso].

3.3 Regimes sintético e analítico de tributação – aplicabilidade

Como observado linhas atrás, não há impedimentos materiais ou formais às atividades legislativas do Estado na esfera tributária, desde que sejam utilizados critérios de conexão que estabeleçam o vínculo entre a materialidade fática e o ordenamento, ou seja, entre o fato tributável e a respectiva esfera de soberania fiscal. Fatos que não se relacionem com o território, que não se conectem a ele por meio de critérios materiais ou pessoais, não podem ser tributados, sendo possível afirmar, em virtude disso, que a relação tributária do não-residente é sempre “casual, fortuita”.²⁰⁵ Nos dizeres de Alberto Xavier, “as pessoas domiciliadas [‘residentes’ parece ser o termo tecnicamente mais correto] no exterior, sejam pessoas físicas ou jurídicas, apenas são tributáveis no Brasil pelos rendimentos que aqui tenham sido produzidos, isto é, por rendimentos imputados a fontes nacionais”.²⁰⁶

É que o tributo é obrigação decorrente da consumação da hipótese prevista no antecedente da norma, não do concurso de vontades vigente no direito civil, mas do preenchimento das notas previstas hipótese normativa. Dessa forma, sendo obrigação *ex lege*, “sua constituição somente pode se perfazer nos limites da territorialidade, i.e., da eficácia do ordenamento, para os fins de tipificação, identificação e qualificação do respectivo fato jurídico tributário”.²⁰⁷

²⁰⁴ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 81.

²⁰⁵ NUNES, Renato. Ganho de capital em investimentos estrangeiros – incidência, apuração e sujeitos passivos do Imposto sobre a Renda. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 154/93, São Paulo: Dialética, 2008.

²⁰⁶ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 499.

²⁰⁷ TÔRRES, Heleno Taveira. Princípio da territorialidade e tributação de não-residentes no Brasil. Prestações de serviços no exterior. Fonte de produção e fonte de pagamento. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.), **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 83.

O tratamento tributário dos rendimentos dos não-residentes obedece a dois modelos distintos. O primeiro, analítico, de tratamento isolado, em que a tributação incide diferentemente sobre cada espécie de rendimentos, sem que variações positivas ou negativas influam no *quantum debeatur pro fisco* de cada relação tributária. Esta modalidade pode ser (a) típica dos não-residentes, incidindo sobre o bruto dos rendimentos ou (b) modificado, em que a legislação prescreve a aplicação do mesmo tratamento dispensado aos contribuintes residentes, num regime de equiparação.

A par do modelo analítico, os rendimentos dos não-residentes podem ser tributados de forma sintética, unificada, no que a doutrina denomina “força de atração”, quando a atuação dos não-residentes no país seja realizada por meio de filiais, sucursais, agências ou representações, ou ainda de comitentes domiciliados no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou comissários no país,²⁰⁸ estando todos estes equiparados a estabelecimentos permanentes.²⁰⁹

Neste caso, o Direito brasileiro – art. 147 do Regulamento de Imposto sobre a Renda e art. 43 da Lei n. 4.131, de 1962 – disciplina a renda proveniente de atividades de empresas não-residentes por meio de sua equiparação a pessoas jurídicas residentes no país,²¹⁰ de forma que a base de cálculo do imposto sobre a renda devido pelos estabelecimentos permanentes é apurada pela mesma sistemática aplicada a qualquer outra pessoa jurídica instalada no Brasil.

²⁰⁸ “Ao contrário do que sucede noutros ordenamentos, a lei interna brasileira não se refere expressamente ao conceito de *estabelecimento estável* ou *permanente*, consagrado nas convenções contra dupla tributação e por estas definido como ‘a instalação fixa de negócios onde a empresa exerça suas atividades’. Referido conceito é mais amplo que o de ‘dependência de sociedade estrangeira’, pois embora esta seja, inegavelmente, estabelecimento permanente, este pode assumir outras modalidades que não se esgotam filiais, sucursais, agências ou representações de sociedades estrangeiras, tais como minas, pedreiras, canteiros de obras e construção, etc.”. XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 635.

²⁰⁹ Não existe definição unívoca de Estabelecimento permanente no ordenamento jurídico. Contudo, o art. 5 do Modelo de Convenção da OCDE, aceito pela República Federativa do Brasil na generalidade dos tratados celebrados, assim os define: “Para os propósitos desta convenção, o termo ‘Estabelecimento permanente’ significa a sede fixa de negócios onde a empresa exerça, no todo ou em parte, as suas atividades”. CALIENDO, Paulo. Do conceito de estabelecimentos permanentes e suas aplicação no Direito Tributário Internacional. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.), **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

²¹⁰ CALIENDO, Paulo. **Estabelecimentos permanentes em Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 233.

A chamada “força de atração do estabelecimento permanente” permite que a pessoa jurídica não-residente, que aqui realiza negócios de forma orgânica,²¹¹ considere seus rendimentos de forma global, fazendo incidir o imposto somente sobre o resultado apurado após o confronto dos componentes positivos e negativos por ela obtidos no final do período (aspecto temporal), escriturados contabilmente.

A equiparação do estabelecimento permanente às outras pessoas jurídicas nacionais justifica-se pelo fato de que a penetração deste na ordem territorial local é de tal forma intenso e continuado, que a lei determina que os rendimentos auferidos não devem mais ser tratados de *per si*, isoladamente, de forma analítica, mas de forma sintética, como lucro de empresa, com “caráter absorvente das categorias individuais de rendimentos (dividendos, juros, ganhos de capital)”,²¹² o que permite visualizar o que a doutrina denomina de “princípio da absorção do Estabelecimento permanente”.

A força de atração, nos diversos ordenamentos, poderá ser plena ou restrita em conformidade com a conexão efetiva que persiste entre as espécies de rendimento e o respectivo estabelecimento permanente. A força de atração plena “vincula e atribui ao estabelecimento permanente, também, os componentes da renda cuja fonte efetiva não seja originária do próprio estabelecimento permanente, mas de outras, porque produzidos pela correspondente matriz, autonomamente, em relação à renda formada através do estabelecimento permanente”.²¹³

O ordenamento que consagre a força de atração restrita, como a maioria dos países, inclusive o Brasil,²¹⁴ considera o estabelecimento permanente como uma

²¹¹ CALIENDO, Paulo. **Estabelecimentos permanentes em direito tributário internacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 224.

²¹² XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 634,

²¹³ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluriributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 329.

²¹⁴ Os acordos internacionais firmados pelo Brasil reproduzem de modo praticamente idêntico a forma do artigo 7(1) do Modelo da OCDE, com algumas pequenas diferenças de redação, mas sem diferenças substanciais de conteúdo. Observe-se:

“Artigo 7.º Lucros das empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável.”

entidade ontologicamente autônoma, imputando-lhe tão somente as rendas por ele produzidas por conexão *efetiva*. Os rendimentos que não guardem conexão com a atividade produtiva do estabelecimento permanente serão objeto de tratamento isolado, regra geral para a tributação dos rendimentos dos não-residentes.²¹⁵

No modelo analítico de tributação, como mencionado acima, a legislação considera isoladamente cada espécie de rendimento auferido pelo não-residente (juros, *royalties*, aluguéis, dividendos, ganhos de capital etc.), sujeitando cada um deles ao tratamento que lhe for individualmente aplicável, segregando, portanto, as diversas relações jurídico-tributárias. Sendo assim, é impossível que o não-residente, quando tributado pelo regime analítico, confronte suas mutações patrimoniais ocorridas em território brasileiro, recolhendo, após a compensação de ganhos e perdas, o imposto cabível. “Haverá tantos patrimônios, ou possibilidade de formação de patrimônios, quantas fontes de produção de renda houver”.²¹⁶ Esta é a regra geral de tributação para esta espécie de contribuinte.

São duas as situações em que o tratamento analítico é aplicado: (i) quando o contribuinte não-residente não possuir um estabelecimento permanente no território dentro do qual auferiu os rendimentos em questão, e (ii) quando, mesmo dotada de um estabelecimento permanente, a pessoa produza rendas de modo autônomo em relação a este, ou seja, quando há uma dissociação entre a espécie reditual em regra produzida pelo estabelecimento permanente e outra eventualmente percebida.

O objetivo da modalidade analítica de tributação, segundo Heleno Tôrres, é “aplicar, a cada um destes, uma disciplina própria com vistas à formação de específicos fatos jurídico-tributários”, para que sejam atendidos “certos interesses *extrafiscais* (protecionistas, incentivadores ou discriminatórios) ou de *controle*, distinguindo, assim, as disciplinas aplicáveis aos rendimentos provenientes de atividade empresarial

²¹⁵ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 329.

²¹⁶ NUNES, Renato. Ganho de capital em investimentos estrangeiros – incidência, apuração e sujeitos passivos do Imposto sobre a Renda. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 154/93, São Paulo: Dialética, 2008.

(*business income*) daquelas inerentes aos ganhos de capital (*investment* ou *passive income*) e outros”²¹⁷ [grifos do autor].

3.4 Categorias de rendimentos auferidos por não-residentes

Para os fins propostos neste trabalho, abordaremos somente aquelas categorias de rendimentos que guardem relação com o investimento estrangeiro realizado na modalidade direta, ou seja, aquele em que, para a alocação dos recursos no mercado produtivo, com objetivos de permanência, sem a necessária atividade de intermediação financeira. Não estão relacionados, portanto, aquelas espécies de rendimentos decorrentes de aplicação no mercado financeiro, tais como as aplicações financeiras de renda fixa, de renda variável, realizadas no mercado acionário. Também não abordaremos os rendimentos relativos ao pagamento de *royalties*, visto que se trata de remuneração decorrente do uso, fruição ou exploração de direitos, e não de receitas operacionais relacionadas com o investimento estrangeiro direto.

Assim sendo, os rendimentos decorrentes de investimento estrangeiro direto realizado no Brasil sem a atuação de estabelecimentos permanentes, cuja fonte de pagamento esteja aqui localizada, estão categorizados da seguinte forma:

Regime Geral: tributação analítica por retenção na fonte sobre o rendimento bruto (regime típico, sem equiparação).

Regimes Especiais: tributação isolada, com tratamento equiparado aos dos contribuintes residentes.

- a) Juros sobre o capital próprio;
- b) Dividendos;
- c) Ganhos de capital na alienação de bens e direitos;
- d) Ganhos de capital relativos a investimentos em moeda estrangeira.

²¹⁷ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 336.

3.5 Tributação das rendas auferidas por sujeitos não-residentes

3.5.1 Regra-matriz de incidência do imposto sobre a renda

3.5.1.1 Teoria da regra-matriz de incidência

Paulo de Barros Carvalho²¹⁸ classifica as normas tributárias em três classes distintas: (i) normas que estatuem os princípios da tributação, “concebidos para dar os limites da virtualidade legislativa no campo tributário”; (ii) as normas que prescrevem deveres instrumentais, “providências administrativas para a operatividade do tributo, tais como as de lançamento, recolhimento, configuração de deveres instrumentais e relativas à fiscalização; e (iii) as normas que estabelecem as regras para a incidência tributária, delineando os critérios necessários para sua imposição, equivale a dizer “descrevem fatos e estipulam os sujeitos da relação, como também os termos determinativos da dívida. É a norma tributária em sentido estrito, ou regra-matriz de incidência.

A regra-matriz de incidência figura como um excelente instrumental para uma análise metodológica da organização interna norma, na medida em que permite ao intérprete individualizar todos os critérios que lhe integram, assegurando a própria compreensão da mensagem legislada num contexto racionalmente e logicamente estruturado.

Constituindo-se como resultado do esforço interpretativo dos enunciados prescritivos pelo cientista²¹⁹ – extraída mediante a análise de um ou vários textos positivados²²⁰ –, a norma de incidência tributária (norma em sentido estrito) apresenta uma estrutura de um juízo hipotético, da forma $h \rightarrow c$ ²²¹ (se “hipótese”, então “consequência”), “em que o legislador (sentido amplo) enlaça uma consequência jurídica (relação deôntica entre dois ou mais sujeitos), desde que acontecido o fato

²¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 241.

²¹⁹ Neste sentido, cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**, 2ª ed., São Paulo: Noeses, 2008, p. 128.

²²⁰ Sobre a não correspondência biunívoca entre norma e disposição, cf. GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**, Trad. Edson Bini, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 34.

²²¹ Ricardo Guastini, de forma distinta, adota um conceito amplo de norma. Para o autor italiano, norma é “todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições)”. *Idem, ibidem*, p. 25.

previsto no antecedente da norma”.²²² A hipótese normativa prevê uma classe de situações – com conteúdo econômico, necessariamente – que, se praticado de acordo com as coordenadas de tempo e espaço lá descritas, darão ensejo à instalação de uma relação jurídica de cunho patrimonial entre um sujeito passivo, pessoa física ou jurídica, e o Estado, ou quem lhe faça as vezes, em que o segundo ficará investido do direito subjetivo de exigir do primeiro o pagamento de uma determinada quantia em dinheiro, a ser calculada utilizando-se os elementos quantitativos constantes da própria norma.²²³

A regra-matriz de incidência se expressa como uma estrutura lógica, na forma condicional, em cujo descriptor ou antecedente pode-se identificar um critério material, formado por um verbo e um complemento, condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). No prescriptor, ou consequente, teremos um critério pessoal, com um sujeito ativo e um passivo, e o critério quantitativo, formado pela base de cálculo e alíquota.²²⁴ Estes dados nos permitem construir a regra-matriz de incidência, que, em termos formais, pode assim ser representada:

$$D\{[Cm (v.c).Ce.Ct] \rightarrow [Cp (Sa.Sp).Cq (bc.al)]\}$$

3.5.1.2 Critério material

A definição da regra geral para a tributação pelo imposto sobre a renda no caso dos não-residentes encontra-se no art. 682 do Regulamento do Imposto de Renda:

Art. 682. Estão sujeitos ao imposto na fonte, de acordo com o disposto neste Capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos:

I – pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior;

II – pelos residentes no País que estiverem ausentes no exterior por mais de doze meses, salvo os mencionados no art. 17;

²²² CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**, 2ª ed., São Paulo: Noeses, 2008, p. 148.

²²³ *Idem*. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 88.

²²⁴ *Idem*. **Direito tributário, linguagem e método**, 2ª ed., São Paulo: Noeses, 2008, p. 533.

III – pela pessoa física proveniente do exterior, com visto temporário, nos termos do § 1º do art. 19;

IV – pelos contribuintes que continuarem a perceber rendimentos produzidos no País, a partir da data em que for requerida a certidão, no caso previsto no art. 879.

Os artigos seguintes do Regulamento estabelecem outras normas para cada um dos tipos de rendimento ou ganhos que o não-residentes possa auferir no Brasil.

O critério material apresenta-se como o núcleo da hipótese de incidência do tributo. Invariavelmente, no critério material estarão descritas expressões genéricas (conotativas) designativas de comportamentos de pessoas ou simplesmente uma situação fática, um estado pessoal. O critério material da H.I., destituído das condicionantes de espaço e tempo, constitui-se sempre por um verbo e seu complemento.²²⁵

Para o imposto sobre a renda, o legislador adotou a locução “auferir renda” como núcleo da hipótese de incidência. Segundo José Artur da Lima Gonçalves,²²⁶ “renda”, para fins de incidência do imposto deve ser entendida como o saldo positivo resultante do sopesamento entre certas entradas e saídas financeiras. O Regulamento do Imposto de Renda, nos arts. 247 e seguintes, traz a sistemática de apuração do lucro real, num modelo de natureza sintética. Assim prescreve o art. 247: “Lucro real é o lucro líquido do período de apuração *ajustado pelas adições, exclusões ou compensações* prescritas ou autorizadas por este Decreto” [grifo nosso]. Sobre este valor positivo, denominado contabilmente de “lucro líquido”, incidirá a alíquota correspondente. É, em outras palavras, imposto sobre o acréscimo patrimonial.²²⁷

No que tange aos não-residentes, o conceito de “renda” contido na materialidade da hipótese de incidência do IR apresenta uma diferença fundamental em relação à regra geral: enquanto este se refere ao efetivo acréscimo patrimonial verificado num período certo de tempo (regime sintético), aquele, aplicável aos não-residentes, leva em conta o

²²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 247.

²²⁶ GONÇALVES, José Artur da Lima. **Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais**, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 179.

²²⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 41.

acrécimo apurado em função de cada fonte de produção isoladamente considerada (regime analítico). Voltaremos ao assunto quando tratarmos do aspecto quantitativo da regra-matriz do IR.

3.5.1.3 Critério espacial

Como afirmado linhas atrás, o fato previsto no antecedente da norma tributária somente tem o condão de deflagrar a formação da relação obrigacional tributária quando ele toma lugar dentro dos limites territoriais indicados pelo critério espacial. O critério espacial da regra-matriz de incidência, portanto, consiste na classe de notas que permitem identificar os locais de possível ocorrência dos fatos jurídico-tributários.²²⁸ Não se trata do âmbito de validade da lei, o qual é sempre correspondente à extensão do território do ente legislativo respectivo, mas de campo territorial de incidência tributária. É definido normativamente, logo pode ser livremente ajustado dentro dos limites da sua soberania.²²⁹

Em se tratando de contribuintes residentes, nos termos dos arts. 43, § 1º, do Código Tributário Nacional e 394 do Regulamento do Imposto de Renda o imposto pode alcançar os rendimentos produzidos tanto em território nacional, como no estrangeiro,²³⁰ consagrando o que a doutrina costuma denominar “tributação em bases mundiais”, ou “princípio da universalidade”.

O art. 682 do RIR cuida da incidência do IR sobre os não residentes. Assim dispõe: “Estão sujeitos ao imposto na fonte, de acordo com o disposto neste Capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de *fontes situadas no País*, quando percebidos: I – pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior”. O art. 685 complementa: “Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, *por fonte situada no*

²²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 260-261.

²²⁹ *Idem, ibidem*, p. 263.

²³⁰ Código Tributário Nacional, art. 43, § 1º: “A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou *nacionalidade da fonte, da origem* ou da forma de percepção”. No mesmo sentido, art. 394 do RIR: “Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano”.

País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte”.

Como se observa, o critério de conexão utilizado pela norma é a “fonte de rendimento”, ao que se torna imperativo, de antemão, definir o alcance concreto do instituto. No primeiro dispositivo, verifica-se a locução “*provenientes* de fontes situadas no país”,²³¹ enquanto, no segundo, a referência é “*pagas* por fonte situada no país”.²³² À vista dessa aparente incoerência, é de se perguntar: o critério de conexão empregado pela norma é a existência somente da fonte de pagamento, somente da fonte de produção dos rendimentos, ou da existência cumulativa de ambas? Na doutrina brasileira encontramos opiniões (sempre bem fundamentadas) favoráveis às três correntes. Vejamos.

Para Ricardo Mariz de Oliveira,²³³ a lei brasileira abandonou completamente o critério da fonte de produção, o que autorizou, no caso dos residentes, a incidência do IR em bases universais. De modo reflexo, se a pessoa física ou jurídica não-residente adquirir direito à renda no exterior, ela estará sujeita à tributação brasileira caso a fonte de pagamento, “na condição de devedora da mesma renda ou provento”, seja residente brasileira. Desconsiderada a fonte de produção, o único critério de conexão do fato jurídico-tributário ocorrido no estrangeiro com o ordenamento brasileiro é a fonte de pagamento da renda que, no caso, é brasileira.²³⁴

A segunda corrente, a mais consistente dentre as três em nosso ver, sustenta que as rendas dos não-residentes deverão ser tributadas quando estiver localizada no Brasil necessariamente a fonte de produção, “salvo a hipótese de pagamentos serem praticados

²³¹ Entende-se por fontes de produção “aqueles atos ou fatos jurídicos que motivam mutações patrimoniais positivas”. NUNES, Renato. Ganho de capital em investimentos estrangeiros – incidência, apuração e sujeitos passivos do Imposto sobre a Renda. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 154/97, São Paulo: Dialética, 2008.

²³² Fonte de pagamento “não esta ligada a uma idéia de causalidade, mas sim à de origem dos recursos que representam renda para o respectivo beneficiário”. XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 304.

²³³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 642.

²³⁴ No mesmo sentido: GALHARDO, Luciana Rosanova. Serviços técnicos prestados por empresa francesa e imposto de renda na fonte, **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 31/37, São Paulo: Dialética, 2008.

no Brasil por fatos cujas hipóteses estejam previamente entabuladas pela legislação como aplicável nestes termos, expressamente”.²³⁵

Conforme sustenta Heleno Taveira Tôrres, estando a fonte de produção localizada no Brasil, não se afigura relevante investigar a origem dos recursos dados em pagamento para o não-residente, se a transferência foi realizada a partir do Brasil, ou de qualquer outro lugar. Haverá inquestionavelmente a incidência do IR, com fundamento no art. 682 do Regulamento. Contudo, “não se encontrando a fonte de produção localizada no território, caberá a incidência sobre ‘pagamento, crédito, emprego, entrega...’ quando aqui seja praticado em favor do não-residente, mesmo que o fator de produção do rendimento esteja no exterior, quando a legislação assim o exija expressamente, derogando aquele preceito geral”.²³⁶ Ou seja, estando localizada no Brasil somente a fonte de pagamento, a incidência dar-se-á com fundamento não mais no art. 682, mas no art. 685 do Regulamento.

Dessa forma, tendo em conta a premissa de que é possível a incidência do imposto sobre rendas decorrentes de negociações cujos objetos estão em território brasileiro, sem a necessidade cumulativa da fonte de pagamento, consideramos, ao contrário de parte da doutrina,²³⁷ que o art. 26 da Lei n. 10.833 de 2002, neste tocante, não apresenta, nesse ponto, inconstitucionalidades. No entanto, como será visto mais tarde, o dispositivo apresenta vícios insanáveis.

²³⁵ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluriributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 340.

²³⁶ *Idem, ibidem*, p. 340.

²³⁷ Renato Nunes sustenta que o art. 26 da referida lei somente pode ser aplicado sobre ganhos cujas operações tenham sido realizadas no território brasileiro (Ganho de capital em investimentos estrangeiros – incidência, apuração e sujeitos passivos do Imposto sobre a Renda. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 154/93, São Paulo: Dialética, 2008). Simone Dias Musa e Marcos Vinícius Passarelli consideram que o dispositivo criou a figura de “um novo responsável pela obrigação de reter e pagar o imposto eventualmente devido”, embora ponderem que a legislação brasileira esteja seguindo a tendência de tributar ganhos auferidos por não-residentes em razão de fontes localizadas no Brasil (A tributação de ganhos auferidos por não-residentes na alienação de bens localizados no Brasil – Análise do artigo 26 da Lei n. 10.833/2003. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 156/111, São Paulo: Dialética, 2008). Guilherme Cezaroti defende que o art. 26 criou nova hipótese de incidência de IR sem, contudo, definir com precisão todos os elementos da sua regra-matriz de incidência (A tributação do ganho de capital nas operações entre não-residentes prevista na Lei n. 10.833/2003. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 105/53, São Paulo: Dialética, 2004).

Por último, parte da doutrina, interpretando em conjunto os dois artigos do Regulamento do IR entende que, para a incidência de imposto no Brasil, é necessário que tanto a fonte de produção como a de pagamento estejam localizadas em território nacional.²³⁸

3.5.1.4 Critério temporal

Para que a relação tributária entre sujeito ativo e passivo seja definitivamente estabelecida, é necessário que a situação descrita na norma, condicionada pelas coordenadas de lugar prescritas pelo critério material, aconteça no marco temporal definitivo por ela indicado. Assim, o critério temporal da regra-matriz de incidência deve ser compreendido como o grupo de indicações a respeito do marco temporal em que se considera juridicamente ocorrido o evento tributável.²³⁹

O modelo de tributação sintético, aplicado à maioria dos rendimentos auferidos por contribuintes residentes, pressupõe sempre um termo inicial e um final, dentro do qual recairá a investigação sobre a ocorrência do aumento patrimonial objeto do imposto. A lei estabelece que o início do período-base é 1º de janeiro e o final 31 de dezembro do mesmo ano.

Conforme dito anteriormente, modelo aplicado aos não-residentes é o de tributação analítica, em que a incidência do imposto se dá de forma individual, considerando-se de *per si* cada fato jurídico-tributário. O critério temporal da regra-matriz de incidência do imposto de renda na fonte aplicável aos não-residentes, de acordo com o art. 682 do RIR, corresponde ao momento em que os rendimentos forem “percebidos” pelo sujeito passivo.²⁴⁰ Segundo Alberto Xavier, o conceito de “percepção do rendimento” equivale à sua disponibilidade econômica ou jurídica. O autor explica: “a disponibilidade econômica da renda traduz-se no poder de dispor, efetivo e atual, de quem tem a posse direta da renda; a disponibilidade jurídica caracteriza as situações em

²³⁸ Cf. XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 510; e MUSA, Simone Dias e PRADO, Marcos Vinícius Passarelli. A tributação de ganhos auferidos por não-residentes na alienação de bens localizados no Brasil – Análise do artigo 26 da Lei n. 10.833/2003. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 156/111, São Paulo: Dialética, 2008.

²³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 264.

²⁴⁰ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 513.

que, embora o titular não tenha a posse direta da renda, esta foi colocada à sua disposição pela fonte pagadora”.²⁴¹

Assim, pode-se afirmar que o aspecto temporal da H.I. do IRF devido pelos não-residentes é o momento da disponibilidade jurídica dos rendimentos, ou seja, quando haja o respectivo “pagamento, crédito, emprego, entrega ou remessa” (art. 685 do RIR).²⁴²

3.5.1.5 Critério quantitativo

A atividade tributária tem por fundamento, via de regra – eis que se atribui também a “função extrafiscal” para alguns tributos – a transferência de recursos dos particulares para o Estado, com o objetivo de custeá-lo nas suas atividades em favor da coletividade. O núcleo da tributação consiste no repasse de um dado valor patrimonial aos cofres públicos. Segundo leciona Paulo de Barros Carvalho, esta importância constitui-se como “o centro de convergência do direito subjetivo, de que é titular o sujeito ativo, e do dever jurídico cometido ao sujeito passivo”.²⁴³

A exata quantia devida a título de tributo pode ser aferida pela conjunção de dois elementos: a base de cálculo e a alíquota, constituindo o que a doutrina costuma chamar de critério quantitativo da regra-matriz de incidência. Aplicando-se a segunda sobre a primeira, obter-se-á o *quantum debeat*.

Base de cálculo:

Sendo a base de cálculo “a grandeza ínsita na hipótese de incidência”, ou mesmo “uma perspectiva mensurável do aspecto material da hipótese de incidência”, nos dizeres de Geraldo Ataliba,²⁴⁴ a base de cálculo deve, necessariamente, manter uma vinculação orgânica com a materialidade que lhe diz respeito. Segundo Paulo de Barros Carvalho, a base de cálculo apresenta três funções distintas, a saber: “a) medir as reais proporções

²⁴¹ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 513.

²⁴² TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 338.

²⁴³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 328.

²⁴⁴ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 69.

do fato; b) compor a específica determinação da dívida; e c) confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material contida no antecedente da norma”.²⁴⁵

Assim, em pese a correção da assertiva no sentido de que cabe a lei fixar a base de cálculo de qualquer tributo, não restam dúvidas a respeito da existência de limitações constitucionais²⁴⁶ e materiais à atividade legislativa quanto à sua determinação. É que a base de cálculo representa a grandeza quantitativa do fato gerador, não podendo, em virtude disto, dissociar-se deste para eleger algum ente completamente diferente.

O art. 44 do Código Tributário Nacional prescreve que a base de cálculo do imposto de renda é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis. Segundo Ricardo Mariz de Oliveira,²⁴⁷ a singeleza do dispositivo não lhe retira a densidade e importância. Segundo o autor, “ela [a disposição do art. 44] vem exatamente mostrar a essência da base de cálculo, sediada no aumento patrimonial ocorrido, afastando muitas veleidades do legislador ordinário ou de correntes de pensamento, principalmente quando se trata de lucro real”.

Não cabe no escopo deste trabalho demonstrar as correntes jurídicas e econômicas que estudam o fenômeno “renda”. No entanto, todas possuem, no mínimo, um ponto em comum:²⁴⁸ renda e proventos, base de cálculo do imposto, sempre podem

²⁴⁵ “Abundam motivos para que recebamos com prudência e certa desconfiança o texto cru do nosso direito positivo. As elaborações da Ciência, todavia, encontram na base de cálculo *índice seguro para identificar o genuíno critério material da hipótese de incidência, ofertando-nos instrumento sólido e eficiente para confirmar, infirmar ou afirmar o enunciado da lei, surpreendendo o núcleo lido da incidência jurídica*” [grifo nosso]. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 335.

²⁴⁶ “A Constituição traçou rigorosamente as competências tributárias, subtraindo, ao legislador ordinário (da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal), a possibilidade de livremente definir o alcance das *normas jurídicas* criadoras *in abstracto* de tributos (*normas jurídicas tributárias*). Deste modo, os entes políticos só podem tributar dentro do restrito campo que lhes foi reservado pela Constituição Federal, uma vez que dela receberam *não o poder tributário* (incontrastável, absoluto), mas uma parcela deste, bastante limitada”. CARRAZZA, Roque Antônio. A tributação na Constituição, o princípio da autonomia municipal e o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS). Questões conexas. In SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.) **Curso de direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 783.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 401.

²⁴⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11ª ed. atual. por Misabel de Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 288.

ser entendidos como riqueza nova, acréscimo de patrimônio proveniente do trabalho, do capital, da combinação de ambos, ou mesmo de qualquer outra fonte (art. 43, CTN).²⁴⁹

A tributação da renda no Brasil segue disciplinas distintas, a variar em função da residência fiscal dos sujeitos envolvidos: se residentes ou não-residentes.

Para o imposto incidente sobre os residentes, a renda consistirá no lucro real,²⁵⁰ entendido este como o lucro líquido apurado no período-base, ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas em lei (art. 247 RIR). Este modelo, inclusive em relação às obrigações instrumentais (art. 253, art. 840, § 1º, RIR), também é aplicado aos contribuintes não-residentes equiparados aos residentes, ou seja, aqueles que possuam em território nacional estabelecimentos permanentes, filiais ou sucursais de pessoas jurídicas domiciliadas no exterior.

Em se tratando de não-residentes regra geral, o imposto seguirá, como já afirmado anteriormente, o modelo analítico de tributação. Por esta sistemática, cada rendimento será tratado isoladamente, tributando-se cada qual pela sistemática que lhe é própria. Não há, portanto, autorização para que se confronte os fatores positivos de mutação reidual com aqueles negativos. A única exceção pode ser encontrada no art. 705 do RIR, que, para as mais valias oriundas de negociações com imóveis situados no país, autoriza a dedução das despesas constantes do art. 50 do regulamento.

Em ambos os casos, rendimentos dos não-residentes de forma analítica ou sintética, a tributação dar-se-á de forma definitiva, estando dispensada a apresentação de declaração de rendimentos ou elaboração de demonstrações financeiras. Tais ônus cabem aos procuradores e responsáveis.

Alíquota:

O estudo da alíquota, na sua compostura funcional na regra-matriz tributária, não traz maiores complexidades. Como afirmado anteriormente, ela consiste no valor ou

²⁴⁹ Nesse sentido, conferir MACHADO, Hugo de Brito. Gasto com educação e imposto de renda, **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 165/84, São Paulo: Dialética, 2009.

²⁵⁰ A sistemática de tributação com base no lucro presumido figura apenas como uma opção oferecida aos contribuintes que desejam simplificar o processo de apuração da base de cálculo do IR e, sendo discricionária para algumas espécies de contribuintes, não pode ser imposta a quem não a deseje.

percentual que, em contraste com a base de cálculo, permite a aferição da quota-parte da renda auferida pelo contribuinte que será destinada ao Estado a título de pagamento de tributo.

No regime de tratamento sintético – cuja imposição é global, com força de atração –, aplicável aos residentes e equiparados, a alíquota aplicável é 15% (Lei n. 9.542/95, art. 3º), além do adicional, quando cabível (RIR, art. 542).

Quando o regime aplicável for aquele de tratamento isolado, modelo sintético, a incidência dar-se-á individualmente sobre cada espécie reitoral, com a alíquota que lhe é própria. As rendas do investidor estrangeiro no Brasil em investimento direto, ganhos de capital relativos a investimentos em moeda estrangeira e auferidos na alienação de bens e direitos, são tributadas à alíquota de 15%. Os dividendos e os juros sobre capital próprio são isentos de tributação. Este assunto será abordado mais à frente.

Rendas auferidas no Brasil, inclusive as decorrentes de ganho de capital, cujos beneficiários sejam pessoas residentes em “paraísos fiscais”, aqueles que não tributam a renda ou o façam aplicando alíquota inferior a 20%, sujeitam-se à alíquota de 25% de IR.

3.5.1.6 Critério pessoal

No sistema de direito em geral, e ao sistema de direito tributário particular, a “relação jurídica substancial”²⁵¹ assume um papel de importância fundamental, eis que é exatamente este o único instrumental de que dispõe o direito para alcançar sua finalidade: a regulação das condutas humanas.²⁵² Como leciona Paulo de Barros Carvalho: “Isso nos permite dizer, com inabalável convicção, que o prescritor normativo é o dado por excelência da realização do direito, porquanto é precisamente ali que está depositado o instrumento da sua razão existencial”.

Paulo de Barros Carvalho, calcado nos postulados da Teoria Geral do Direito entende relação jurídica como “o vínculo abstrato, segundo o qual, por força da

²⁵¹ JARACH, Dino. **O fato impositivo – teoria geral do direito tributário substantivo**. 2ª ed. Trad. Dejalma Campos. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 78.

²⁵² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 286.

imputação normativa, uma pessoa, chamada de sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outra, denominada sujeito passivo o cumprimento de certa prestação”.²⁵³

No sistema de direito tributário, pode-se encontrar duas formas de relações jurídicas: as de natureza patrimonial, cujo objeto é a transferência de quantias certas de dinheiro, e as de natureza instrumental, ou formal, que envolvem um *facere*, com o objetivo de operacionalizar a fiscalização e a arrecadação dos tributos.

Sujeito Ativo:

Dentro da compostura lógica do conseqüente da regra-matriz de incidência tributária, vista anteriormente, haverá, invariavelmente, dois pólos a formar a relação obrigacional tributária. O primeiro, positivo, ou ativo, tem o direito subjetivo de exigir do segundo, negativo, ou passivo, o pagamento de certa quantia em dinheiro, em razão da ocorrência do fato jurídico (tributário) descrito no antecedente da norma.²⁵⁴

O conceito de sujeito ativo é indissociável ao conceito de competência tributária, “aptidão para criar, *in abstracto*, tributos”.²⁵⁵ Constitucionalmente prevista, a competência tributária constitui-se como a habilitação, ou “faculdade potencial” outorgada às pessoas jurídicas de direito público interno para, por meio de lei, instituir tributos.²⁵⁶

Na maior parte dos casos, verifica-se que o sujeito ativo da obrigação tributária é a própria pessoa cometida pela Constituição Federal de instituir o tributo. Pode ela, no entanto, no exercício desta competência, delegar, por meio de lei, a capacidade tributária ativa, investindo pessoa diversa na atribuição de arrecadar o tributo, tornando-a sujeito ativo, muito embora a capacidade tributária delineada constitucionalmente seja indelegável.

²⁵³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 286.

²⁵⁴ A respeito, cf. BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**, 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2007, p. 356.

²⁵⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 437.

²⁵⁶ Para maior aprofundamento no tema das competências tributárias, cf. CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 435 e ss.

No caso do imposto sobre a renda, a União Federal detém a capacidade tributária, assim como figura no pólo ativo das relações.

Sujeito passivo:

Localizado no critério pessoal, no conseqüente da regra-matriz de incidência, o sujeito passivo da relação obrigacional tributária é aquela pessoa, física ou jurídica, privada ou público, de quem é exigido o cumprimento da obrigação de dar, quando se tratar de obrigações principais – pecuniárias, portanto –, ou da obrigação de fazer, quando a obrigação seja meramente instrumental (acessória).²⁵⁷ Nas palavras de Luciano Amaro,²⁵⁸ “*sujeito passivo* é o devedor da obrigação tributária, ou seja, é a pessoa que tem o dever de prestar, ao *credor* ou *sujeito ativo*, o objeto da obrigação” [grifos do autor].

O sistema constitucional brasileiro tratou de traçar o arquétipo básico de cada exação, de forma que o poder discricionário do legislador infraconstitucional, no que tange à eleição dos sujeitos passivos, é restrito.²⁵⁹ Neste sentido, afirma Geraldo Ataliba: “No Brasil, só pode ser onerado o destinatário constitucional tributário, porque este juízo político-financeiro foi exaurido pelo constituinte”.²⁶⁰

O Código Tributário Nacional traça o regime geral da sujeição tributária passiva. Veja-se:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.
Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:
I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;
II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Em complemento ao 121, o art. 128 estatui:

²⁵⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 304.

²⁵⁸ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 297.

²⁵⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 448.

²⁶⁰ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 86.

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Em suma, podemos concluir que o sujeito passivo da relação tributária principal é a pessoa natural ou jurídica que se encontra obrigada a adimplir, em seu nome, a obrigação.

O sujeito passivo é gênero, que possui as espécies “contribuinte”, aquele que mantém relação pessoal e direta com a realização do fato jurídico tributário e denota a capacidade contributiva, ou “responsável”, aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, vale dizer, sem ter relação pessoal e direta com o fato jurídico tributário, está obrigado a fazer o recolhimento respectivo por disposição expressa da lei.²⁶¹

A determinação do responsável tributário é matéria submetida à reserva legal, conforme estabelece o art. 97, III, do CTN. Todavia, o legislador não encontra margem de discricionariedade suficiente para a escolha o responsável ao seu livre alvedrio. Não restam dúvidas de que o contribuinte somente pode ser a pessoa que está pessoal e diretamente relacionada com o fato jurídico-tributário. O responsável, por sua vez, não guarda este grau de intimidade com o fato, mas está apto, em razão de sua relação indireta, a cumprir o disposto na lei. Dessa forma, podemos afirmar que o responsável não pode ser um sujeito apanhado aleatoriamente pelo legislador, pois a vinculação suficiente para a instituição da responsabilidade tributária deve ser de tal forma que permita à pessoa responsável “algum tipo de controle do fato gerador”.²⁶²

O responsável não é o devedor do tributo, quem vai ter o seu patrimônio onerado pelo Estado, mas aquele que, em razão de eficiência e segurança na arrecadação, estará incumbido na tarefa de apresentar-se perante o Fisco e realizar, em nome próprio, o pagamento. É por essa razão que Ricardo Mariz de Oliveira sustenta que o vínculo decorrente da responsabilidade tributária não pode acarretar gravames descabidos ao

²⁶¹ MACHADO, Hugo de Brito. O contribuinte e o responsável no imposto de renda na fonte. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 70/111, São Paulo: Dialética, 2001.

²⁶² COSTA, Alcides Jorge. ICMS e substituição tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 2/76, São Paulo: Dialética, 1995.

responsável tributário, tendo em conta que o ônus econômico sempre pertence ao contribuinte, pois é ele quem detém a capacidade contributiva respectiva.²⁶³ É que, no caso dos impostos, é imperativo que o fato jurídico-tributário apresente-se como signo presuntivo de riqueza, o que justifica a atividade tributária do Estado. Não é o caso do responsável.

Na obrigação tributária que tem por objeto o imposto de renda, outro não pode ser o contribuinte se não aquele que seja o titular da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou do provento tributável, inclusive quando ele seja possuidor, a qualquer título, dos bens produtores da renda ou proventos (art. 45 Código Tributário Nacional). Nestes casos, é evidente a relação direta e pessoal entre os sujeitos e os fatos jurídico-tributários. São eles, portanto, que podem ser colocados, em regra, na condição de sujeito passivo da obrigação, tendo o seu patrimônio diminuído, “isto sem violar a natureza das coisas, ou o ordenamento jurídico em geral, ou os mandamentos do CTN, quer os contidos no art. 121, quer os existentes no art. 45”.²⁶⁴

3.5.1.7 Sistemática de recolhimento – retenção na fonte

O imposto sobre a renda devido por não-residentes se sujeita à sistemática de recolhimento denominada “retenção na fonte”. Isto significa que a fonte pagadora das rendas ou proventos tributáveis tem a obrigação de reter o valor correspondente a título de IR e repassá-lo aos cofres públicos, por ocasião de seu pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa.

A eleição da fonte como sujeito passivo ocorre por razões de conveniência e racionalidade²⁶⁵ na arrecadação dos tributos. Neste sentido, Alfredo Becker²⁶⁶ aduz que

²⁶³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 448.

²⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 451.

²⁶⁵ “Estou fazendo remessa de dinheiro, remessa de juros, pagamento disto ou daquilo a um beneficiário no exterior; vou exigir que ele venha aqui no final do período para fazer uma declaração onde ele compute também o que ele gastou lá com os filhos ou com a família e as demais rendas que ele teve, para dizer ‘olha, meu caro, então a sua renda aqui é x nesse período e o senhor vai pagar imposto’? Ora, ele não está sujeito à minha soberania; se eu deixar o dinheiro sair não há nada que juridicamente o obrigue a vir ao Brasil pagar o imposto”. AMARO, Luciano. Periodicidade do Imposto de Renda 1, **Revista de Direito Tributário** n. 63/30, São Paulo: Malheiros, 1994.

²⁶⁶ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**, 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2007, p. 586.

“a utilização pelo legislador do *individuo* humano como instrumento para atingir um objetivo que é estranho a este indivíduo humano é procedimento normal e freqüente”. No caso do IR devido pelos não-residentes, como argutamente observa Elidie Palma Bifano,²⁶⁷ se o acréscimo de riqueza “não fosse tributado na fonte, no momento da percepção da renda ou provento, em nenhuma outra oportunidade ele o seria, subtraindo-se assim, ao Brasil, parcela de sua soberania representada pelo poder de arrecadar”.

A retenção na fonte tem arrimo no parágrafo único do art. 45²⁶⁸ e 128²⁶⁹ do CTN, e expressa uma modalidade da técnica genericamente denominada de “substituição tributária”, em que o surgimento da figura do responsável revela “uma *modificação subjetiva no pólo passivo da obrigação*, na posição que, naturalmente, seria ocupada pela figura do contribuinte”²⁷⁰ [grifos do autor].

Sempre decorrente de disposição expressa da lei, a instituição da sujeição passiva à fonte é originária, eis que é estabelecida anteriormente à ocorrência do fato jurídico-tributário. Diferencia-se, portanto, da mera “transferência”, hipótese em que a condição de sujeito passivo desloca-se para outra pessoa em virtude da ocorrência de um fato superveniente ao nascimento da obrigação, como, por exemplo, no caso da incorporação de empresas, em que a incorporadora será cobrada pelas dívidas tributárias contraídas pela empresa incorporada.²⁷¹

Não há também de se cogitar a existência de solidariedade tributária, que pressupõe a existência, desde logo, de duas pessoas, com “interesses comuns” (art. 124,

²⁶⁷ BIFANO, Elidie Palma. **O mercado financeiro e o imposto sobre a renda**, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 160.

²⁶⁸ “A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.”

²⁶⁹ “Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”

²⁷⁰ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 303.

²⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 307.

I), a ocupar o pólo passivo da obrigação.²⁷² Nesta hipótese, opera-se, como observa Luciano Amaro, uma “extensão da subjetividade passiva”,²⁷³ com uma pluralidade de devedores, sendo todos obrigados pela dívida inteira, sem o benefício de ordem (CTN, art. 124, parágrafo único).

Há quem sustente que a retenção na fonte constitui hipótese de solidariedade tributária. Todavia, a fim de esclarecer o equívoco, duas perguntas desde já se fazem necessárias: 1. qual o “interesse comum” que une a fonte e o contribuinte na satisfação da dívida?; 2. se não há benefício de ordem na obrigação solidária, qual o sentido de se colocar a fonte no pólo passivo da obrigação?

Inicialmente, é bom se ter que a solidariedade não depende de lei que a estabeleça, de forma que a eleição dos sujeitos passivos depende tão somente do próprio “interesse comum” no cumprimento da obrigação.²⁷⁴

Ademais, é de se notar que a solidariedade e a responsabilidade tributária foram tratadas em seções distintas do Código Tributário Nacional, de forma que a conclusão possível é que a solidariedade não pode ser considerada uma forma de sujeição passiva indireta, mas simplesmente uma forma legalmente pressuposta de garantir o cumprimento da obrigação tributária, tendo em conta a necessidade de gradação das responsabilidades para com a dívida quando existem duas ou mais pessoas como devedoras.²⁷⁵

²⁷² No mesmo sentido, BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**, 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2007, p. 592.

²⁷³ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 309.

²⁷⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional – anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Lei Complementares 87/1996 e 116/2003**, São Paulo: Atlas, 2007, p. 227-228.

²⁷⁵ “A solidariedade não é espécie de sujeição passiva por responsabilidade indireta, como querem alguns. O Código Tributário Nacional, corretamente, disciplina a matéria em seção própria, estranha ao Capítulo V, referente à responsabilidade. É que a solidariedade é simples forma de garantia, a mais ampla das fidejussórias. Quando houver mais de um obrigado no pólo passivo da obrigação tributária (mais de um contribuinte, ou contribuinte e responsável, ou apenas uma pluralidade de responsáveis), o legislador terá de definir as relações entre os coobrigados. Se são eles solidariamente obrigados, ou subsidiariamente, com benefício de ordem ou não, etc. A solidariedade não é, assim, forma de inclusão de um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, apenas forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o pólo passivo”. BALEEIRO, Aliomar **Direito tributário brasileiro**, 11ª ed. atual. Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 729.

O “interesse comum” de que fala o art. 124 verifica-se quando os devedores se beneficiam diretamente do adimplemento da obrigação, uma vez que praticam *em conjunto* o fato jurídico tributário. É o caso, por exemplo, dos co-proprietários de um imóvel sujeitos à incidência do IPTU, ou dos cônjuges casados em comunhão de bens no pagamento do IR. Sendo a renda comum do casal, o imposto que a grava também é de interesse comum.

Certamente, não é o que se passa com a relação entre a fonte de pagamento e o contribuinte do imposto. Embora façam parte de uma mesma relação jurídica, não apresentam a mesma espécie de ligação – e, por consequência, o mesmo “interesse” – com o fato jurídico-tributário, como aquelas predominantes nas relações mencionadas acima.

A sujeição passiva solidária autoriza o credor a exigir dos devedores, em conjunto ou separadamente, a totalidade da dívida. Dessa forma, utilizando-se o exemplo anterior, se temos duas pessoas co-proprietárias de um dado imóvel, o Fisco municipal poderá exigir de qualquer um deles, ou de ambos conjuntamente, a satisfação do crédito correspondente. Ocorre que a cada qual assiste o direito de ter seu patrimônio onerado na medida de seu interesse e participação no fato econômico. Assim, se o município exigir a totalidade da dívida a um dos co-proprietários e este a satisfizer, ele seguramente terá direito de ser ressarcido em relação à parte que cabia aos outros obrigados. Isso porque “a condição de sujeito passivo assumiria forma híbrida em que cada co-devedor seria contribuinte na parte que lhe toca e responsável pela porção que caiba ao outro”.²⁷⁶

Se a retenção na fonte do imposto sobre a renda fosse caso de solidariedade, criar-se-ia a insólita situação de a fonte e o particular ocuparem, ao mesmo tempo, o pólo passivo da relação jurídico-tributária, podendo a primeira exigir do segundo somente uma “fração” do desembolso que teve de praticar para adimplir uma obrigação causada exclusivamente pelo segundo, como se o mesmo “interesse” existente para o contribuinte aproveitasse também à fonte.

²⁷⁶ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 316.

Se a solidariedade autoriza o credor a exigir de qualquer dos co-obrigados a totalidade da dívida, o benefício de ordem é logicamente eliminado, sendo desnecessária a norma do parágrafo único do art. 124: “a solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem”. Ora, se o fundamento da retenção na fonte é racionalizar, ou mesmo viabilizar a tributação, qual o sentido de se poder exigir desde logo do contribuinte o recolhimento do montante devido? No caso da tributação sobre os não-residentes, isto queda-se impossível, se levarmos em conta que o contribuinte encontra-se além dos domínios territoriais brasileiros.

O que se tem na hipótese de retenção na fonte é uma relação jurídica em que o sujeito passivo não é o contribuinte, mas a fonte pagadora das rendas ou proventos tributáveis. O substituto legal, a fonte, no caso, sempre é devedor de débito próprio. Ou seja, integrando o pólo passivo da relação, a fonte cumpre dever jurídico que lhe foi legalmente assinalado, em seu próprio nome.²⁷⁷

A lei, arts. 682²⁷⁸ e 685²⁷⁹ do Regulamento do Imposto sobre a Renda, estabelece que o valor devido a título de IR deverá ser descontado da quantia paga ou creditada ao contribuinte. Há, portanto, uma relação jurídica entre a União e a fonte pagadora legalmente estabelecida desde a ocorrência do fato jurídico-tributário, estando o contribuinte a manter uma relação meramente econômica com a relação obrigacional tributária, já que ele é o detentor da capacidade contributiva, pois é o proprietário do patrimônio onerado.

A relação jurídica entre o contribuinte de fato e o sujeito ativo merece algumas considerações. Neste tocante, a doutrina apresenta divergências em vários sentidos.

²⁷⁷ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**, 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2007, p. 591.

²⁷⁸ “Estão sujeitos ao imposto na fonte, de acordo com o disposto neste Capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos: I – pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior; II – pelos residentes no País que estiverem ausentes no exterior por mais de doze meses, salvo os mencionados no art. 17; III – pela pessoa física proveniente do exterior, com visto temporário, nos termos do § 1º do art. 19; IV – pelos contribuintes que continuarem a perceber rendimentos produzidos no País, a partir da data em que for requerida a certidão, no caso previsto no art. 879.”

²⁷⁹ “Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte.”

Vejam-se alguns exemplos. Ricardo Mariz de Oliveira²⁸⁰ sustenta que, em virtude dessa “originalidade” na instituição da sujeição passiva sobre a fonte, o contribuinte estaria totalmente excluído da relação tributária. Em sentido contrário, Hugo de Brito Machado²⁸¹ aduz: “Preferimos entender que o beneficiário da renda é, em qualquer caso, o devedor do imposto e como tal sujeito passivo da obrigação tributária correspondente”.

A despeito da envergadura de ambos, parece que a doutrina de Alfredo Becker²⁸² é mais hábil na explicação do tema. Temos que o fenômeno da substituição opera-se no momento político em que o legislador cria a regra jurídica. Em tal momento, o legislador, por motivos de conveniência, elege a fonte como responsável pela liquidação da obrigação, pondo-a na condição de sujeito passivo. Em momento posterior, na realidade da incidência do tributo, é a fonte que sofre a *incidência jurídica* do tributo. Está formada a primeira relação jurídica, tendo a fonte como sujeito passivo e o contribuinte de fato – quem demonstra a capacidade contributiva – absolutamente destituído de qualquer relação com o sujeito ativo. A repercussão econômica do encargo advindo do tributo não interessa à investigação científica da sujeição passiva da relação tributária, mas tão somente à Ciência das Finanças Públicas ou política fiscal.²⁸³

A segunda relação tem por objeto a obrigação instrumental do substituído de oferecer à tributação, em sua declaração de renda, aquele rendimento recebido com o devido desconto realizado pela fonte. O montante do imposto é calculado sobre este rendimento, como se não tivesse havido a retenção. Ao final dos cálculos, se houver excedente no pagamento, o contribuinte será ressarcido. Caso contrário, se houver saldo devedor, o contribuinte, aí sim, será integrante de uma nova relação tributária que tem por objeto os valores faltantes.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 454.

²⁸¹ MACHADO, Hugo de Brito. O contribuinte e o responsável no imposto de renda na fonte. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 70/114-115, São Paulo: Dialética, 2001.

²⁸² BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**, 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2007, p. 588.

²⁸³ *Idem, ibidem*, p. 596.

Os não-residentes no Brasil não são obrigados a preencher declaração anual de rendimentos, é evidente, mas obrigatoriamente constituirão um procurador no país, ao qual caberá fazer a retenção em algumas hipóteses elencadas na lei.²⁸⁴ Em todo caso, a fonte localizada no Brasil estará sempre obrigada em relação ao montante que deveria ter sido retido.

3.5.1.8 Estudo específico para o ganho de capital na alienação de bens e direitos – art. 26 da Lei n. 10.833/2003

Ainda no que toca ao aspecto pessoal da regra-matriz do IR incidente sobre ganhos dos não-residentes, devemos tecer algumas considerações sobre o art. 26 da Lei n. 10.833/2003, que assim estatui:

“O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.”

Para que tenhamos conhecimento completo do dispositivo, o art. 18 da Lei n. 9.249/1995 por sua vez estabelece:

“O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no Brasil.”

A norma extraída do texto legal prescreve que o adquirente – aquele que compra o bem, paga o preço – ou o seu procurador, quando aquele por quem ele responde for um sujeito não-residente, será responsável pela retenção do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital auferido por outro sujeito não-residente, quando a transação tiver por objeto um bem localizado no Brasil.

²⁸⁴ Decreto-lei n. 5.844/1943: “**Art. 100.** A retenção do imposto, de que tratam os arts. 97 e 98, compete à fonte, quando pagar, creditar; empregar, remeter ou entregar o rendimento. Parágrafo único. Excetuam-se os seguintes casos, em que competirá ao procurador a retenção: *a)* quando se tratar de aluguéis de imóveis; *b)* quando o procurador não der conhecimento à fonte de que o proprietário do rendimento reside ou é domiciliado no estrangeiro. (...) **Art. 103.** Se a fonte ou o procurador não tiver efetuado a retenção do imposto, responderá pelo recolhimento desde (*sic*), como se o houvesse retido.”

Verifica-se, portanto, que a regra contempla duas possibilidades de sujeição passiva: I – a regra geral, com o contribuinte ocupando o pólo passivo; e II – a de substituição tributária, elegendo o procurador como responsável quando o adquirente for também sujeito não-residente. Segundo o próprio texto, o objetivo é dotar de eficácia o art. 18 da Lei n. 9.249, criando uma regra de sujeição passiva que submeta os ganhos da transação à tributação brasileira quando ambas as partes forem residentes no exterior, e que não podem ser alcançadas pela jurisdição brasileira, por consequência.

A tributação pelo IR incide diretamente nos ganhos de capital, entendidos como a diferença positiva entre o valor de alienação, liquidação ou reembolso de um determinado direito real e o respectivo custo de aquisição. As operações em que a mais valia não se verifica, portanto, não são tributáveis.

À fonte pagadora cabe reter o valor devido a título de IR da parcela devida ao contribuinte.

No entanto, há um óbice de ordem prática absolutamente intransponível para o recolhimento do IR relativo ao ganho de capital auferido por não-residente: a transferência de recursos entre os negociantes não é hábil para indicar a o montante do ganho de capital a que alude a lei. Aliás, não indica nem mesmo se houve o ganho de capital. É que nas negociações, nunca se tem pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa de uma categoria de renda denominada “ganho de capital”, mas sim de preço, valor de liquidação ou valor de reembolso acordado entre as partes. A fonte pagadora não tem meios para desvendar a base de cálculo do imposto, pois ela não tem informações sobre o custo de aquisição do bem em questão. Tais informações pertencem ao vendedor do bem, que pode legitimamente decidir por não revelá-las.

Por esse motivo, a norma que obriga o adquirente efetuar a retenção e o recolhimento do valor devido a título de IR incidente sobre o ganho de capital padece de *ineficácia técnica de caráter semântico*, que ocorre quando dificuldades de ordem prática impedem a configuração em linguagem competente do acontecimento previsto no antecedente da norma – a verificação da existência do ganho de capital, *in casu*. Em

consequência, o fenômeno não poderá ser juridicizado e os efeitos próprios da norma não serão propagados.²⁸⁵

As complicações agravam-se no caso de o adquirente ser também um não-residente e ser necessário, por este motivo, a constituição de um procurador residente no Brasil. Ora, se o adquirente, a pessoa que participa diretamente das negociações, que realiza o desembolso para a aquisição de um determinado bem, não tem dados suficientes para o cálculo do imposto devido no caso, que dirá o procurador, que simplesmente o representa no Brasil e muita vez sequer sabe das informações básicas relativas ao negócio. Quanto a essas situações, assim posiciona-se Betina Treiger Grupenmacher:²⁸⁶ “Importante esclarecer que, nesta hipótese, em não havendo trânsito de receitas no país, o procurador só poderá cumprir o dever a si atribuído se o adquirente, residente ou domiciliado no exterior, lhe remeter os recursos para o pagamento do imposto”.²⁸⁷

A par desse aspecto, constituir uma pessoa com esse nível de informação como substituto tributário afronta o art. 128 do Código Tributário Nacional. É certo que o procurador, pela sua própria condição, encontra-se vinculado ao fato gerador, mas a vinculação requerida pelo art. 128 deve ser de tal ordem que o substituto tenha algum controle sobre o fato jurídico-tributário, como afirmado há pouco. Sem tais informações, o procurador brasileiro não terá meios para cumprir a obrigação sem que o ônus financeiro recaia sobre ele próprio, o que, como também visto linhas atrás, contraria a natureza da substituição tributária.

Assim sendo, a condição de responsável tributário só pode ser legalmente conferida ao procurador quando este tiver total acesso às informações da negociação e,

²⁸⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 83-84.

²⁸⁶ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Incidência do imposto de renda sobre ganho de capital auferido por não-residentes, *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.), **Interpretação e estado de direito**, São Paulo: Noeses, 2006, p. 42.

²⁸⁷ No mesmo sentido, UTUMI, Ana Cláudia Akie. **O regime tributário brasileiro do imposto sobre a renda de não-residentes: a fonte como critério de conexão**, Tese de Doutorado em Direito, São Paulo: USP, 2006.

principalmente, ao montante acordado no negócio do qual decorreu o ganho de capital.²⁸⁸

3.5.2 *Dividendos*

Entende-se por dividendo a parcela do lucro líquido auferido por uma sociedade a ser partilhada entre os respectivos sócios ou acionistas.

O artigo 10 da Lei n. 9.249/1995 revogou o antigo regime até então vigente no Brasil de tributar duplamente o mesmo capital.²⁸⁹ Segundo o dispositivo, os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996 pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou *no exterior*.

Não há, desse modo, incidência tributária sobre a distribuição de lucros ou dividendos, vigorando atualmente uma “neutralidade fiscal” em relação a esse acréscimo patrimonial.

3.5.3 *Ganhos de capital*

Além dos dividendos distribuídos pela sociedade em que figura como sócio ou acionista, o ganho de capital figura como a segunda modalidade possível de mutação

²⁸⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 479.

²⁸⁹ “Até 1991, a regra geral de tributação dos lucros e dividendos produzidos pelos investimentos diretos de capital estrangeiro foi idêntica à da tributação dos lucros e dividendos produzidos pelo capital nacional; qual seja, retenção na fonte, à alíquota de 25%, sempre que o beneficiário fosse pessoa jurídica. Exceção a esta regra eram os residente no exterior, em países que celebraram com o Brasil convenções para evitar a dupla tributação; nestes casos, aplicava-se a alíquota limite estabelecida na Convenção. A Lei n. 8.383/91 eliminou a tributação dos lucros e dividendos distribuídos a pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no Brasil, mas manteve a tributação na fonte, á alíquota de 15% dos lucros e dividendos distribuídos aos residentes no exterior. A mesma lei aboliu o chamado imposto suplementar de renda. Finalmente a Lei n. 9.249/95 eliminou a tributação dos lucros e dividendos atribuídos a residentes no exterior, calculados com base em resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996” CASTRO, Eduardo Spinola; SEQUEIRA, Andrea Spinola C. V. Investimento de capital estrangeiro e desenvolvimento econômico – A regulamentação e a tributação como incentivo ou desestímulo. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Tributação nos mercados financeiro e de capitais e na previdência provada**, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 323.

positiva do patrimônio dos não-residentes em operações de investimento estrangeiro direto no Brasil.

O ganho de capital corresponde à diferença positiva entre o quanto foi gasto na aquisição do ativo e o quanto se recebeu pela sua alienação e, dentro do campo do IED, para efeitos tributários, pode classificar-se em duas categorias: (i) ganho de capital auferido na alienação de bens e direitos em geral; e (ii) ganho de capital relativo a investimentos em moeda estrangeira.

Por força do disposto no artigo 18 da Lei n. 9.249/1995, o ganho de capital auferido por não-residente será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no país, sem prejuízo dos acordos, tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação ou da existência de reciprocidade de tratamento. Os conceitos de apuração e tributação reportam-se, respectivamente, à base de cálculo e à alíquota e *isenções* aplicáveis aos sujeitos residentes no país.²⁹⁰ Dessa forma, a base de cálculo do imposto será o ganho de capital percebido na operação de alienação a que se aplicará uma alíquota de 15%, em conformidade com o artigo 21 do Lei n. 8.981/1995.

Quanto ao momento do recolhimento, o § 2º do artigo 685 do RIR estabelece que a retenção deve ser efetuada no momento da alienação do bem ou do direito. Todavia, esse dispositivo vai de encontro com a exigência da disponibilidade jurídica ou econômica da renda como condição da tributação pelo IR, estabelecida no artigo 43 do CTN. Desse modo, a retenção deve ser feita apenas à medida que os ganhos forem percebidos.²⁹¹

Resta, por último, identificar a base de cálculo do imposto incidente sobre o ganho de capital auferido pelo não-residente em operações de investimento cujo capital é registrado no Banco Central, ou seja, ganhos de capital relativos a investimentos em moeda estrangeira. Neste caso, assim como nos outros, o ganho de capital refere-se ao montante recebido acima do custo de aquisição do investimento. Sendo o custo de

²⁹⁰ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 352.

²⁹¹ XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 618.

aquisição calculado em moeda estrangeira, a determinação do ganho realizar-se-á por comparação entre tal custo em moeda estrangeira e o contravalor do preço da venda também em moeda estrangeira.²⁹² Nesse sentido, Heleno Taveira Tôres observa: “Parece-nos indubitável que, não se podendo chamar de ganho de capital as diferenças de variação cambial, o único critério prudente para se atribuir tal qualificação à diferença positiva dos valores seja tomar em conta o valor em moeda estrangeira”.²⁹³

²⁹² NUNES, Renato. Ganho de capital em investimentos estrangeiros – incidência, apuração e sujeitos passivos do Imposto sobre a Renda. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 154/99 e ss. São Paulo: Dialética, 2008.

²⁹³ TÔRES, Heleno Taveira. **Plurirributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 353.

TRIBUTAÇÃO DO CÂMBIO E INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

4.1 Do conceito jurídico de “operação de câmbio” e “contrato de câmbio”

A compreensão do câmbio dentro do campo dos investimentos internacionais parte do conhecimento da sua etimologia: *cambium*, termo latino para “troca” ou “permuta” de algo. Neste campo, o “algo” é dinheiro.²⁹⁴

A necessidade do câmbio monetário nas operações de investimento estrangeiro parte do pressuposto das regras do curso legal e forçado da moeda nacional. Por curso legal entende-se a estipulação de uma ou mais espécies monetárias no país dotadas do efeito de extinguir obrigações.²⁹⁵ Ou, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira,²⁹⁶ “curso legal é o efeito liberatório nos pagamentos, que a lei atribui a uma ou mais moedas num determinado país”.

Por sua vez, o curso forçado da moeda obriga o credor a aceitar a espécie monetária adotada pelo país como forma primária de extinção de obrigações. Segundo o referido autor,²⁹⁷ “diz-se que a moeda tem curso forçado quando a lei determina que um certo padrão monetário dotado de curso legal tem de ser obrigatoriamente aceito pelo credor, não podendo ser recusado o seu poder liberatório pela convenção das partes”.

Assim, para o investidor estrangeiro que deseje aportar capital no Brasil em moeda estrangeira, as regras de câmbio monetário revestem-se de importância fundamental para a viabilidade da operação, principalmente porque “são nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que,

²⁹⁴ Cf. RATTI, Bruno. **Comércio internacional e câmbio**, 11ª ed., São Paulo: Aduaneiras, 2008.

²⁹⁵ O curso legal do Real foi estabelecido pelo artigo 1º da Lei n. 9.069/1995.

²⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 2, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 94-95.

²⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 94-95.

exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, *restringam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro*”,²⁹⁸ nos termos do artigo 1º do Decreto-Lei n. 857/1969.²⁹⁹ [destaque nosso].

Para efeitos de integralização de capital em sociedade anônima nacional, é autorizado pela Lei n. 6.404/1976, artigo 6º, que o aporte seja realizado por meio de contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro. Tomando como premissa as regras de curso legal e curso forçado do Real, as contribuições de que fala o artigo 6º devem ser em moeda corrente nacional,³⁰⁰ seguindo a norma inscrita no artigo 5º do mesmo diploma, segundo o qual o estatuto da companhia fixará o valor do capital social, *expresso em moeda nacional*.

Contudo, isso não significa que valores em moeda estrangeira não podem ser utilizados pelo investidor na capitalização de uma sociedade empresária. A moeda estrangeira pode sim ser utilizada, mas ela não será considerada “dinheiro” no sentido de moeda corrente, mas uma mercadoria, entrando, portanto, na categoria legal de “bens”, fazendo-se necessária a sua avaliação prévia em dinheiro nacional para integrar o capital como coisa.³⁰¹

Assim o é porque, quando circula em sistema distinto do que lhe deu origem e fundamento, a moeda perde o caráter de objeto ideal – capaz de liquidar obrigações, forçando ao credor a sua aceitação (curso forçado) –, sendo encarada pelo outro sistema meramente como uma mercadoria, ainda que sujeita a uma série de regulamentações especiais, tais como o registro da operação, a autorização dos órgãos reguladores, além de outras regulamentações destinadas aos agentes autorizados para as negociações de câmbio, bem como e ao próprio governo.

²⁹⁸ A correta interpretação da norma, evidentemente, deve ser adaptada à moeda hoje corrente.

²⁹⁹ No mesmo sentido, o artigo 318 do Código Civil: “São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial”.

³⁰⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**, vol.1, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 62.

³⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 62.

As operações de câmbio têm por objeto, portanto, a troca de uma mercadoria – uma certa quantidade de moeda estrangeira – por seu equivalente em moeda nacional, sendo esta operação realizada sob rígidos padrões normativos. A par desse aspecto, é necessário que pelo menos um dos negociantes seja agente registrado e autorizado para realização da operação.

O contrato de câmbio, por sua vez, é o instrumento escrito que documenta e regula as condições da operação, de forma individual e concreta, entre duas moedas (ou papéis representativos destas) enquanto compra e venda de uma mercadoria específica, sendo semelhante o conteúdo da letra de câmbio (título de crédito), mas sem as características usuais de contrato, tendo-se em conta o caráter de maior rigidez na forma, prevista normativamente.

O contrato de câmbio pressupõe a existência de uma operação de câmbio, mas a recíproca não é verdadeira, tendo-se em conta a existência de operações de câmbio manual.

4.2 Reguladores do sistema de câmbio – competências

4.2.1 Conselho Monetário Nacional

Criado pela Lei n. 4.595/1964, ao Conselho Monetário Nacional compete:

- a) formular a política que objetiva regular o valor externo da moeda e o equilíbrio no balanço de pagamentos do país, tendo em vista a melhor utilização dos recursos em moeda estrangeira (artigo 3º, III);
- b) fixar as diretrizes e normas da política cambial, inclusive compra e venda de ouro e quaisquer operações em Direitos Especiais de Saque e em moeda estrangeira (artigo 4º, V);
- c) outorgar ao Banco Central do Brasil o monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamentos ou houver sérias razões para prever a iminência de tal situação; (artigo 3º, XVIII);
- d) baixar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive *swaps*, fixando limites, taxas, prazos e outras condições (artigo 3º, XXXI).

De acordo com o artigo 8º da Lei n. 9.069/1995, o CMN é composto pelos Ministros da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão, e pelo presidente do Banco Central.

4.2.2 Banco Central do Brasil

Autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, o Banco Central foi criado em substituição à Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) pela Lei n. 4.595/1964. No que se refere a assuntos cambiais, compete privativamente ao Bacen:

- a) Efetuar o controle dos capitais estrangeiros (artigo 10, VII);
- b) Ser depositário das reservas oficiais de ouro, de moeda estrangeira, e de Direitos Especiais de Saque e fazer com estas últimas todas e quaisquer operações previstas no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional (artigo 10, VIII);
- c) Conceder autorizações às instituições financeiras para realização de operações de câmbio (artigo 10, X);
- d) Relacionar-se, em nome do governo brasileiro, com as instituições financeiras estrangeiras e internacionais (artigo 11, I);
- e) Atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos, podendo, para esse fim, comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem como realizar operações de crédito no exterior, inclusive as referentes aos Direitos Especiais de Saque e separar os mercados de câmbio financeiro e comercial (artigo 11, III);
- f) Autorizar e fiscalizar o exercício das atividades dos corretores de câmbio (instituído pela Lei n. 4.728/1965).

É de se observar que, nas cidades onde não houver repartições do Banco Central, as funções de fiscalização e controle das operações cambiais são desempenhadas pelo Banco do Brasil.

O Banco Central do Brasil é administrado por um presidente e cinco diretores nomeados pelo Presidente da República e referendados pelo Senado Federal, escolhidos entre cidadãos brasileiros de reputação ilibada e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, podendo demitidos *ad nutum* (artigo 5º, Lei n. 6.045/1974).

4.3 Operadores do sistema de câmbio

A par dos órgãos reguladores do câmbio no Brasil, outras instituições há que, seguindo as regulamentações do Bacen e do CMN, servem para instrumentalizar as operações de câmbio.

4.3.1 Instituições bancárias

A oferta e a demanda por moeda estrangeira são originadas de operações de importação, exportação, remessa do exterior e remessa para o exterior. Por força das regulamentações, os agentes econômicos que praticam tais operações, ofertando ou demandando moeda estrangeira devem, obrigatoriamente, contratar operações de câmbio com as instituições bancárias autorizadas pelo Banco Central a operar nesse mercado.

Dessa forma, todas as operações que não transitarem por estabelecimentos devidamente autorizados são operações ilegítimas, podendo, inclusive, constituir crime previsto na Lei n. 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, dependendo da conduta do agente.

As autorizações para a prática de operações de câmbio por parte dos estabelecimentos bancários estão reguladas pela Resolução Bacen n. 1.620/1989. Segundo o inciso I, a instituição financeira, para se habilitar à obtenção de autorização para operar em câmbio, deve possuir capital não inferior aos níveis mínimos regulamentares e atender aos seguintes requisitos básicos:

a) ser constituída sob a forma de banco comercial, banco de investimento, ou múltipla;

b) no caso de instituição financeira múltipla, possuir carteira comercial ou de investimento;

c) designar, entre os diretores da instituição homologados pelo Banco Central, aquele que, detentor de notória experiência em administração bancária, ficará responsável pelas operações de câmbio;

d) designar pessoa responsável pelas operações em cada uma das dependências autorizadas, que detenha comprovada experiência na condução de serviços de câmbio em geral, por tempo não inferior a 5 anos, adquirida no país;

e) dispor das facilidades e condições operacionais necessárias à condução dos negócios de câmbio, consoante projeto a ser apresentado ao Banco Central.

4.3.2 Corretores de câmbio

Para os clientes, os corretores de câmbio desempenham eminentemente uma função de assessoria, procurando no mercado cambial, quais as melhores taxas e condições para a conclusão das negociações. Embora não obrigatória, a utilização de corretores é bastante conveniente para os investidores estrangeiros, já que eles se incumbem de procurar no mercado as melhores condições para a conclusão do negócio, tornando, ao final, a operação mais barata.

4.4 O IOF incidente sobre operações de câmbio

4.4.1 O IOF Constitucional

Conforme estatuído pela Constituição Federal, no artigo 153, V, compete à União Federal instituir impostos sobre operações de crédito, câmbio e seguros, ou relativas a títulos ou valores imobiliários. São cinco materialidades distintas, portanto, abrangidas pelo mesmo imposto: operações de crédito, operações de câmbio, operações de seguro, operações relativas a títulos ou valores mobiliários e, por fim, aquelas envolvendo o ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial.

É de se ver que foi conferida à União Federal a prerrogativa de instituir impostos sobre cinco fenômenos econômicos completamente distintos.³⁰² Contudo, a diferença de realidades fáticas não impediu o legislador infraconstitucional de alocar as cinco materialidades sob o mesmo espécime tributário, com a sigla IOF. Se de perto observado, ver-se-á que não há notas de generalidade da sigla IOF com relação aos fatos albergados, tendo em conta a grande diversidade que as cinco operações guardam entre si, nem mesmo a natureza estritamente financeira da operação, como acontece no caso

³⁰² COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 542.

de operações entre particulares. Há, na verdade, operações financeiras não tributáveis pelo IOF e, ao mesmo tempo, há operações não financeiras que são tributáveis pelo IOF.

A partir dessa observação, é que Roberto Quiroga Mosquera analisa separadamente as regras-matrizes de incidência, nomeando-as IO/Crédito, IO/Câmbio, IO/Seguros e IO/Títulos.³⁰³

O IOF é da espécie dos tributos extrafiscais,³⁰⁴ assim entendidos aqueles que possuem finalidades eminentemente regulatórias, em detrimento do seu caráter arrecadatório. Isto é, o IOF é utilizado, principalmente, como instrumental para a intervenção do Estado na economia, induzindo ou desencorajando comportamentos dos agentes de mercado, visando a objetivos puramente econômicos.³⁰⁵

A efetividade do IOF como instrumento de manipulação da política de crédito, câmbio, seguros e títulos mobiliários é conferida pela Constituição Federal, que, nos arts. 150, § 1º, e 153, § 1º. O primeiro dispositivo excepciona o IOF das restrições impostas pelas regras da anterioridade comum e anterioridade nonagesimal. Isso significa que a lei que criar ou majorar o IOF terá efeito imediato, no mesmo ano da publicação do ato legislativo e sem a necessidade de transcurso dos noventa dias normalmente exigidos.

A outra regra constitucional autoriza o chefe do Executivo, desde que atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, a alterar as alíquotas do imposto. É bom ressaltar que, ao contrário do que é comumente veiculado, esse dispositivo não encerra uma exceção ao princípio da legalidade.³⁰⁶ É que não se pode considerar que a Constituição conferiu irrestrita discricionariedade ao Executivo para estabelecer as alíquotas, pois conforme a ressalva feita no próprio texto, a liberdade do Executivo

³⁰³ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**, São Paulo: Dialética, 1998, p. 92.

³⁰⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 320.

³⁰⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**, 14ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 187 e 378.

³⁰⁶ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**, São Paulo: Dialética, 1998, p. 95.

encontra parâmetros previamente estabelecidos pelo legislador ordinário. Nesse sentido, Roque Carrazza³⁰⁷ afirma: “Na verdade, o Executivo (representado pelo Presidente da República, nos termos do art. 76 da CF) não cria as alíquotas destes impostos, mas, simplesmente, as altera, dentro dos limites prefixados pelo legislador”. E continua: “Alterar, como é cediço, pressupõe algo preexistente. Só se altera o que está posto. No caso, só se alteram as alíquotas dentro dos limites e condições que a lei previamente traçou”.

No mais, todos os outros princípios constitucionais devem ser plenamente observados na disciplina do IOF, os seguintes notadamente: (i) o legislador não poderá exigir impostos em relação a fatos ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (princípio da irretroatividade tributária); (ii) o legislador não poderá estipular alíquotas elevadas que os tornem confiscatórios ou com fins confiscatórios (princípio da vedação ao confisco); (iii) impossibilidade de instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente (princípio da isonomia tributária); e (iv) respeito irrestrito às imunidades tributárias.

4.4.2 A regra-matriz de incidência sobre operações de câmbio

4.4.2.1 Critério material

O critério material da hipótese de incidência do IOF incidente sobre as operações de câmbio, ou IO/Câmbio, na dicção de Roberto Quiroga Mosquera, formado por um verbo mais o seu complemento, é realizar operações de câmbio, entendidas aquelas operações consistentes na troca de moeda estrangeira por seu equivalente em moeda nacional, conforme a definição de operações de câmbio tratada linhas atrás.

Seguindo a linha de pensamento defendida pelo Professor Roque Carrazza, considera-se que a Constituição Federal, na discriminação das competências tributárias, traçou, mesmo que de modo implícito e com certa margem de discricionariedade ao legislador, a regra-matriz de incidência de cada exação.³⁰⁸ Assim sendo, nada mais pode prescrever o Código Tributário Nacional nem o Decreto 6.306/2007, que

³⁰⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 270.

³⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 448.

regulamenta o IOF, em relação à materialidade do imposto que não seja meramente as operações de câmbio, em termos idênticos aos constitucionais.

Tais operações, segundo o CTN, artigo 63, podem ser efetivadas mediante a entrega do valor em papel moeda, ou “documento que o represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este”.

4.4.2.2 Critério espacial

O critério espacial da hipótese de incidência do IO/Câmbio confunde-se com o âmbito espacial de validade da norma, que, no caso, é o território nacional, tendo-se em conta que se trata de uma lei nacional.

4.4.2.3 Critério temporal

Apresenta-se problemática a questão do critério temporal da regra-matriz de incidência do IO/Câmbio. Roberto Quiroga Mosquera³⁰⁹ entende que esse aspecto da RMI é lacunoso, pois o legislador olvidou de prescrevê-lo mesmo que indiretamente, ocasionando o vício insanável de inconstitucionalidade por lesão ao princípio da legalidade, o que, na opinião do autor, inviabiliza a cobrança do tributo. Contudo, o posicionamento do festejado Professor parece um tanto extremada.

O critério temporal da hipótese tributária constitui-se no grupo de indicações, contidas no suposto da regra, que oferecem elementos para saber o preciso instante em que se reputa acontecido o fato descrito.³¹⁰ Paulo de Barros Carvalho³¹¹ sustenta que “desponta a natural necessidade de que a norma tributária revele o marco de tempo em que se dá por *ocorrido o fato, abrindo-se aos sujeitos da relação o exato conhecimento da existência de seus direitos e suas obrigações*” [destaque nosso].

Os artigos 5º e 6º dispõem da seguinte maneira, *in verbis*:

³⁰⁹ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**, São Paulo: Dialética, 1998, p. 129-130.

³¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 264.

³¹¹ *Idem, ibidem*, p. 264.

Art. 5º O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF), incidente sobre operações de câmbio será cobrado à alíquota de vinte e cinco por cento sobre o valor de liquidação da operação cambial.

Parágrafo único. O Poder Executivo poderá reduzir e restabelecer a alíquota fixada neste artigo, tendo em vista os objetivos das políticas monetária, cambial e fiscal.

Art. 6º São contribuintes do IOF incidente sobre operações de câmbio os compradores ou vendedores da moeda estrangeira na operação referente a transferência financeira para ou do exterior, respectivamente.

Parágrafo único. As instituições autorizadas a operar em câmbio são responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto.

Pela letra simples dos enunciados, é árduo o trabalho do intérprete de identificar o critério temporal da RMI neste caso, mas não impossível.

Tem-se que o critério espacial representa o preciso instante em que se reputa ocorrida a materialidade do fato na sua completude, ou, na dicção do artigo 116, I, do Código Tributário Nacional: “Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios”. Ou seja, em caso de lacuna da lei, o que aqui acontece, o critério temporal, em se tratando de situação de fato, é verificado quando concluído o fato material suporte da exação.³¹²

Assim, se está a se tratar de imposto incidente sobre operações de câmbio – entendidas aquelas em que há troca de certa quantia de uma moeda pelo equivalente noutra moeda – outro não pode ser o critério temporal da RMI que não o aperfeiçoamento da referida operação, ou seja, no momento em que há para o sujeito passivo, quem manifesta a capacidade contributiva, a disponibilização do preço que lhe foi pago em troca da mercadoria, a moeda. Quer-se referir precisamente ao momento da liquidação do contrato.

³¹² AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 267-268.

4.4.2.4 Critério pessoal

Sujeito ativo:

O sujeito ativo da relação obrigacional tributária quando da exigência do IO/Câmbio pode ser deduzida da competência constitucional para a instituição do imposto: a União Federal.

Sujeito passivo:

Já foi dito que o sujeito passivo da relação tributária principal é a pessoa natural ou jurídica que se encontra obrigada a adimplir, em seu nome, a obrigação, ou, na dicção de Paulo de Barros Carvalho,³¹³ sujeito passivo é a pessoa de quem se exige o cumprimento da prestação.

A Lei 8.894/1994 é literal nesse aspecto. Veja-se:

Art. 6º São contribuintes do IOF incidente sobre operações de câmbio os compradores ou vendedores da moeda estrangeira na operação referente a transferência financeira para ou do exterior, respectivamente.

Parágrafo único. *As instituições autorizadas a operar em câmbio são responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto.* [destaque nosso]

O parágrafo único do artigo 6º instituiu típico caso de responsabilidade tributária das instituições financeiras operadoras de câmbio, obrigando-as a reter e recolher os montantes devidos a título de IO/Câmbio. Então, mesmo que os contribuintes continuem sendo os compradores ou vendedores de moeda estrangeira, a depender da operação realizada, ou seja, aqueles que denotam a capacidade econômica que justifica o tributo, quem ocupa a posição passiva na relação obrigacional são as instituições financeiras.

Registre-se que o requisito da “vinculação ao fato gerador”, prescrito no artigo 128 do CTN, para a instituição da responsabilidade tributária está suficientemente

³¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 304.

cumprido, tendo-se em conta que as instituições financeiras autorizadas a operar em câmbio integram ativamente as operações e têm acesso direto aos valores negociados.

4.4.2.5 Critério quantitativo

Base de cálculo

A base de cálculo figura como elemento da hipótese de incidência que dimensiona a intensidade do seu aspecto material, que fixa o montante economicamente mensurável do fato jurídico-tributário.

No caso, a base de cálculo confirma o critério material da hipótese, tendo-se em conta que o valor negociado no contrato de câmbio é um, senão o único, indício seguro para a valoração do conteúdo econômico da hipótese de incidência. Expressamente fornecida pelo inciso II do artigo 64 do CTN, a base de cálculo do IO/Câmbio é o “respectivo montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição”.

Alíquota

Como afirmado linhas atrás, a alíquota do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários é objeto de regras especiais no que toca à sua fixação, podendo ser alteradas por ato do Poder Executivo (Constituição Federal, artigo 153, § 1º), dentro do limite máximo de 25% e mínimo de zero (Lei n. 8.894/1994, artigo 5º), tendo em vista os objetivos das políticas monetária, cambial e fiscal (Lei n. 8.894/1994, artigo 5º, parágrafo único), não olvidando que o imposto, quando majorada a alíquota, poderá ser cobrado no mesmo exercício fiscal e sem o período mínimo de 90 dias normalmente exigido para esses casos (Constituição Federal, artigo 150, § 1º).

Dentro do escopo desse trabalho, em que se estudam as operações de investimento estrangeiro direto, destacam-se as seguintes alíquotas:

- 5,38% no caso de ingressos decorrentes ou destinados a empréstimos em moeda com prazo médio de até 90 dias (artigo 15, inciso I, do RIOF);
- Zero, nas liquidações de operações de câmbio relativas a transferências do e para o exterior, inclusive por meio de operações

simultâneas, realizadas por investidor estrangeiro, para aplicação nos mercados financeiro e de capitais, na forma regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional – CMN (artigo 15, inciso X, do RIOF);

- Zero, nas liquidações de operações de câmbio para remessa de juros sobre o capital próprio e dividendos recebidos por investidor estrangeiro referentes às aplicações de que trata o inciso X (artigo 15, inciso XII, do RIOF);

- Zero, nas operações de câmbio realizadas por empresas de transporte aéreo internacional, domiciliadas no exterior, para remessa de recursos originados de suas receitas locais (artigo 15, inciso XIV, do RIOF);

- Zero, nas liquidações de operações de câmbio de ingresso e saída de recursos no e do País, referentes a recursos captados a partir de 23 de outubro de 2008 a título de empréstimos e financiamentos externos (artigo 15, inciso XIV, do RIOF);

- 0,38%, nas demais operações de câmbio (artigo 15, inciso XX, do RIOF).

PARTE II

**INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E
ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO**

PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA E HERMENÊUTICA: A OPÇÃO “HUMANISTA” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

5.1 Noções fundamentais sobre a Constituição

É comum encontrarmos nos domínios do Direito e da Política uma pluralidade de significações para o vocábulo “constituição”. Originária do latim *constituere*, a palavra vulgarmente significa constituir, construir, edificar, formar, organizar. Note-se desde já a carga semântica que o termo traz consigo: estrutura, formação, ordenação.

Fruto das revoluções liberais, o constitucionalismo moderno deu à idéia de Constituição sentido, forma e conteúdo específico.³¹⁴ Todavia, conforme observa Luís Roberto Barroso,³¹⁵ há muito a noção de “Constituição” integra o direito e a política, sempre associada à configuração do poder em diferentes fases da evolução da humanidade, da antiguidade clássica ao Estado Moderno. Dentro dessa acepção, mais ampla e menos técnica, é possível dizer que todas as sociedades políticas tiveram uma Constituição, uma forma de estruturar o poder e suas instituições essenciais.

Nesse contexto, é cabível a lição de J. J. Gomes Canotilho,³¹⁶ no clássico “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”: “Começamos pela seguinte proposição: (1) todos os países (quaisquer grupos sociais organizados) têm uma constituição; (2) mas nem todos possuem um documento escrito chamado constituição;

³¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

³¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 73.

³¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed., Lisboa: Almedina, 2003, p. 1129.

(3) e nem todos os que têm um documento constitucional possuem uma constituição filtrada pela ideia de *constitucionalismo*” [destaque no original].

Quanto à primeira assertiva, complementa o Professor,³¹⁷ “no fundo, a constituição revela-se como uma espécie de realidade social e o conceito de constituição nada mais é do que o conceito *empírico-descritivo* dessa realidade” [destaque no original].³¹⁸

Canotilho, portanto, concebe a Constituição de um país (ou de qualquer grupo político) – em sentido amplo, frise-se mais uma vez – como o modo orgânico de funcionamento da sociedade refletidas as realidades ali presentes. Essa “concepção sociológica” de Constituição foi difundida por Ferdinand Lassalle no manifesto “Que é uma Constituição”, uma par de conferências proferidas em Berlim em 1862, em protesto contra o rei Frederico Guilherme III em razão de este não ter cumprido a promessa de dar aos súditos uma Constituição com ampla participação popular.

Questionando a essência das leis, Lassalle³¹⁹ afirma que por trás delas existem os “fatores reais de poder”, “essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”. Para ele, os fatores reais de poder convertem-se em fatores jurídicos quando, observados certos procedimentos, são transportados para uma folha de papel, recebendo uma expressão escrita. A partir de então, já não são mais simples fatores reais de poder, mas direito positivo, instituições jurídicas, e quem atentar contra eles estará contra a lei, sendo legitimamente castigado.³²⁰

A Constituição escrita, quando em dissonância com os tais fatores reais de poder, está condenada a ser por esses afastada, sendo, nessas condições, reformada para ser posta em sintonia com o poder dominante na sociedade ou esta levanta-se para

³¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed., Lisboa: Almedina, 2003, p. 1129.

³¹⁸ No mesmo sentido, MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 320.

³¹⁹ LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**, Trad. Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 42.

³²⁰ *Idem, ibidem*, p. 48.

demonstrar que é mais forte, deslocando os pilares sobre os quais a Constituição se embasa. Os problemas constitucionais são, sobretudo, problemas políticos, não jurídicos.

Contra-pondo-se às considerações de Lassalle, Konrad Hesse, um dos expoentes do constitucionalismo moderno, sustenta que a Constituição não é um mero reflexo dos fatores dominantes no seio da sociedade e não será, necessariamente, a parte vencida num eventual embate com a “Constituição fática”. A Constituição possui uma força normativa que conforma a sociedade. Hesse³²¹ argumenta no seguinte sentido: “Mas – esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia ser definitivamente separadas”.

A idéia de Constituição normativa também é tratada por Canotilho.³²² Para o Professor português, é necessário que o conteúdo do documento “Constituição” obedeça aos princípios fundamentais revelados pelo constitucionalismo. Nesse sentido, ela (i) deve formar um corpo de regras jurídicas vinculativas do corpo político e impeditivas do uso abusivo do poder, mesmo ao poder soberano (antidespotismo e antiabsolutismo); e (ii) esse corpo de regras vinculativas do corpo político deve ser informado por princípios materiais fundamentais, como o princípio da separação dos poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, dentre outros de igual relevância.

³²¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 15.

³²² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed., Lisboa: Almedina, 2003, p. 1130.

Mas, voltando para Hesse, noutra obra o autor sustenta que não existe uma opinião dominante sobre o conceito e a peculiaridade da Constituição, seja sobre sua estrutura, natureza, sentido ou função. No entanto, se se entendessem necessários esforços científicos nesse sentido, o estudioso poderia fazê-lo apenas operando as teorias já conhecidas, extraíndo delas elementos para a compreensão da natureza constitucional.³²³ Segundo Hesse, a Constituição deve ser entendida como “a ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”.³²⁴

A teoria pura de Hans Kelsen concebe que o fundamento de validade de uma dada norma apenas pode ser a validade de outra norma, numa estrutura piramidal. Dessa forma, uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra é figurativamente designada como norma superior. Na estrutura concebida por Kelsen, a Constituição ocupa o ápice da pirâmide, servindo de fundamento de validade de todo o sistema jurídico.³²⁵ Como fundamento da Constituição, Kelsen entende existir uma “norma fundamental” pressuposta – visto que não pode ser posta por nenhuma autoridade –, a qual pode ser considerada como “a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada constituição no sentido lógico-jurídico”.³²⁶

Merecem igual atenção os estudos de um dos mais proeminentes constitucionalistas brasileiros. Para José Afonso da Silva, “a Constituição do Estado, considerada sua Lei Fundamental, seria a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”.³²⁷ Dessa forma, “as Constituições

³²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10.

³²⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, 20ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 41.

³²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 221.

³²⁶ *Idem, ibidem*, p. 222.

³²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37-38.

têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos *direitos econômicos*, sociais e culturais”³²⁸ [grifo nosso].

Jorge Miranda³²⁹ consegue muito precisamente definir o momento em que vive constitucionalismo moderno, uma aglutinação dos valores básicos acolhidos pela sociedade e um desejo de conformação ou dirigismo vivificado pela própria Constituição, tudo visando à segurança dos cidadãos frente ao poder. Assim leciona o autor: “Assim, antes de mais, enquanto parcela do ordenamento jurídico do Estado, a Constituição é elemento conformado e elemento conformador de relações sociais, bem como resultado e factor de integração política. Ela reflecte a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições económicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e dos grupos, rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e perante a vida colectiva como um todo, *pode ser agente ora de conservação, ora de transformação*” [destaque nosso].

Em conclusão, Jorge Miranda³³⁰ observa: “Não é por acaso que as novas Constituições e as Constituições compromissórias somente logram garantir direitos individuais a institucionais, sem fracturas, e modelas o futuro comunitário, sem rupturas, se satisfazem três requisitos primordiais: a) máximo rigor possível nos preceitos atinentes a direitos e liberdades fundamentais do homem, do cidadão, do trabalhador, e dos grupos em que se inserem, não cabendo ao legislador e ao aplicador senão uma tarefa de interpretação e de regulamentação; b) abertura, nos limites de sua força normativa, dos preceitos atinentes à vida económica, social e cultural, sujeitos às sucessivas concretizações correspondentes às manifestações da vontade política

³²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42.

³²⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 352.

³³⁰ *Idem, ibidem*, p. 354.

constitucionalmente organizada; c) criação de mecanismos jurídicos e políticos, procedimentais e processuais, de garantia das normas constitucionais”.

Muito embora seja difícil a tarefa de moldar um conceito definitivo e incontestável que abarque a universalidade das características das Constituições vigentes na modernidade atual, podemos afirmar que todas as elas têm em comum pelo menos “o conjunto peculiar de princípios orgânicos característicos”.³³¹ Quanto à origem das Constituições e dos direitos fundamentais, Bobbio, Mateucci e Pasquino³³² lecionam: “As primeiras Constituições se inseriram no quadro de um processo de limitação e fragmentação do poder absoluto, tal como o que se consolidou nas monarquias européias. Por isso ainda hoje o próprio conceito de Constituição é freqüentemente considerado como coincidente com o de poder político repartido entre diversos órgãos constitucionais, sendo reconhecidas aos cidadãos, além de *uma série de direitos fundamentais, adequadas garantias contra os abusos cometidos pelos titulares dos órgãos do poder político*” [destaque nosso].

Os autores italianos enumeram as diversas funções desempenhadas pelas Constituições: a) garantia das liberdades fundamentais; b) constitutiva de um novo componente perante a comunidade internacional;³³³ c) estabilização e racionalização de um determinado sistema de poder; d) legitimação de um novo titular do poder político; e) propaganda e educação política, principalmente nas Constituições com elevado teor ideológico, como as francesas revolucionárias, as socialistas e as islâmicas.

Do ponto de vista material, a Constituição de um Estado vivifica-se pelo conjunto de regras que disciplinam a organização jurídica e política fundamental do Estado, estejam elas escritas ou não.³³⁴ Dentro desse rol estão certamente incluídas a organização e o exercício do poder, a distribuição das competências, a forma do

³³¹ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO. **Dicionário de Política**. Verbete: Soberania, 5ª ed., São Paulo: UnB, 2004, p. 258.

³³² *Idem, ibidem*, p. 258.

³³³ “Isto explica por que, depois da independência, todos os novos Estados se apressam em se apresentar de modo formalmente inobjetable na cena internacional como dotados de uma Constituição própria.” BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO. **Dicionário de Política**. Verbete: Soberania, 5ª ed., São Paulo: UnB, 2004, p. 258.

³³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 11.

governo, bem como os direitos da pessoa humana, tanto individuais, como sociais.³³⁵ São, em suma, as regras destinadas à formação básica do Estado e do Governo, além dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Além das regras materialmente constitucionais, há nas Constituições escritas regras de “mera aparência constitucional”³³⁶ que são introduzidas no texto mais por liberalidade do legislador constituinte, do que por se tratarem de normas que dizem diretamente com a organização do Estado ou com o exercício e defesa do poder. Tais enunciados, pelo fato estarem contidos no texto constitucional, gozam da estabilidade que a própria Constituição (rígida) confere às suas disposições. Em suma, tais regras são apenas formalmente constitucionais.

5.2 Constituição econômica

A Constituição Federal brasileira de 1988 segue uma tendência comum nas constituições modernas típicas do chamado “estado social” – que se propõe a intervir no domínio econômico e social, a fim de assegurar a todos o bem-estar, ao propiciar condições gerais de êxito para o sistema político de liberdade – e destina capítulos especiais dedicados à economia, reunindo princípios, normas e institutos jurídicos que alicerçam a ordem jurídica econômica. Tais disposições objetivam firmar os princípios e regras que conduzirão as relações econômicas públicas e particulares. Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca,³³⁷ “a regência dessas relações se dá sob dois prismas: a ordem jurídico-econômica *aceita e acolhe* o regime econômico existente, adotando-o como base de toda a organização que a norma implanta; a ordem jurídico-econômica procura *criar um novo regime econômico*” [destaques do autor]. Veja-se que a definição de Fonseca segue uníssona em relação ao conceito de Constituição tratado há pouco no sentido de que os enunciados constitucionais por um lado refletem a ordem jurídica existente na sociedade, e, por outro, conformar a sociedade de acordo com o seu desiderato.

³³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80.

³³⁶ *Idem, ibidem*, p. 81.

³³⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 93.

José Afonso da Silva³³⁸ conceitua a Constituição Econômica nos seguintes termos: “A Constituição Econômica formal brasileira consubstancia-se na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica” [destaque do autor].

Em complemento, João Bosco Leopoldino da Fonseca leciona: “A Constituição Econômica se corporifica precisamente no modo pelo qual o direito pretende relacionar-se com a economia, a forma pela qual o jurídico entra em interação com o econômico”.³³⁹

Não é o caso brasileiro, como será analisado adiante, contudo, é oportuno mencionar que a opção do constituinte em quedar-se silente em relação à instituição de princípios e regras diretoras das relações econômicas não deve ser interpretado, conforme adverte Eros Grau,³⁴⁰ como a falta de regulamentação dessas relações, mas, sim, como a existência de uma Constituição Econômica implícita no sentido mais liberal que o termo pode abranger.

É importante salientar que a Constituição Econômica de um Estado não se encontra tão-somente nas disposições formais encontradas no seu texto constitucional. As regras básicas aplicáveis às relações econômicas também podem ser depreendidas de textos normativos infraconstitucionais.

Eros Grau,³⁴¹ com base em Sousa Franco, explica: “O seu conteúdo, assim descrito, não se exaure contudo no texto constitucional. Daí por que se impõe distinguirmos a Constituição Econômica material – que na dicção de Sousa Franco, ‘integra o núcleo essencial de normas jurídicas que regem o sistema e os princípios básicos das instituições econômicas, quer constem quer não do texto constitucional: máxime, quer seja ou não dotada da particular estabilidade que caracteriza as normas

³³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 767.

³³⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 89.

³⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 72.

³⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 71.

nos textos constitucionais’ – da Constituição Econômica formal – que ainda na dicção de Sousa Franco, ‘compreenderá apenas as normas, tal como definidas, que estejam integradas no texto constitucional e dotadas dos seus requisitos e características formais: ou outras normas constantes do texto constitucional formal com incidência econômica, ainda que desprovidas, de per si, daquela particular relevância material”’.

A existência da Constituição Econômica tanto no âmbito material como no formal é um fenômeno natural quando se tem como premissa o fato de que os Estados que adotam “textos constitucionais”, é dizer, Constituições escritas, como é o caso do Brasil, possuem regras estruturantes de outros aspectos também em sua legislação ordinária.

5.3 A matriz da ordem econômica nacional – Artigo 170

A semântica do termo “ordem” remete a inúmeras significações distintas, que remetem ora à noção de sequência, ora à noção de comando, dentre outras. Aqui interessam somente as expressões técnicas da linguagem jurídica, ao que ordem jurídica designa um sistema de princípios e normas³⁴² destinado a regular um determinado assunto.

A exemplo do que ocorre com a infinidade de matérias às quais Constituição Federal destina disposições, a ordem econômica é amplamente tratada pela legislação infra-constitucional, no sentido de dar efetividade a essas normas. Todo esse plexo de normas válidas, incluindo as constitucionais, tendentes a regulamentar e a instrumentalizar o exercício da atividade econômica é considerado como a ordem econômica do país.

Eros Grau³⁴³ discorre sobre o conceito nos seguintes termos: “(...) [a ordem jurídica] descrevo, agora, como o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da

³⁴² VIDIGAL, Geraldo Camargo. **Teoria geral do direito econômico**, São Paulo: RT, 1977, p. 82.

³⁴³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 63.

ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)”.

Segundo Nelson Nazar,³⁴⁴ a ordem econômica possui três distintos sentidos: modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; conjunto de todas as normas (morais, jurídicas e religiosas) sobre o comportamento dos sujeitos econômicos; e o conjunto das normas jurídicas da economia.

No Brasil, a disciplina da ordem econômica compreendida basicamente entre os artigos 170 a 192 da Constituição Federal, no Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira”. Dentre esses dispositivos, podemos destacar o artigo 170 como o que condensa o maior número de princípios fundamentais da ordem econômica brasileira. *In verbis*:

Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Mas, como dissemos poucas linhas atrás, a Constituição Econômica não se esgota nos princípios localizados no texto constitucional. Para que conheçamos a ordem

³⁴⁴ NAZAR, Nelson. **Direito econômico**, 1ª ed., São Paulo: Edipro, 2004, p. 38.

econômica em sua inteireza, é necessário nos remetermos para a legislação infraconstitucional. Nesse sentido, Nelson Nazar³⁴⁵ adverte que: “A ordem constitucional econômica, do sentido geral para o particular, vai ensejar na legislação infraconstitucional o conhecimento de diversas leis: Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), Lei n. 8.137/1990 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica, e Contra as Relações de Consumo), Lei n. 8.176/1991 (Crimes contra a Ordem Econômica), e, em especial, Lei n. 8.884/1994 (Infrações à Ordem Econômica e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE)”.

Com a leitura do artigo 170, podemos perceber claramente a opção do constituinte originário pelo regime capitalista.³⁴⁶ Repare-se nos incisos II e IV, bem como a liberdade de escolha entre as atividades econômicas consagrada no parágrafo único. No artigo 5º, podemos encontrar vários dispositivos que reforçam essa interpretação. Vejamos: inciso XIII, liberdade de trabalho, ofício profissão; inciso XXII, garantia do direito de propriedade, incisos XXVII, XXVIII e XXIX, direito à propriedade intelectual; inciso XXX, direito à herança; inciso XXXVI, a inviolabilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada.³⁴⁷

Mas para que façamos a correta interpretação do artigo 170 – e da ordem econômica como um todo – é fundamental que atentemos para as ressalvas contidas no *caput*: “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e, notadamente, “conforme os ditames da justiça social”. Tais valores, observemos, não constam somente do Título VII da CF, mas figuram igualmente no inciso IV do artigo 1º, como fundamentos do Estado Democrático de Direito.

5.3.1 A “valorização do trabalho humano”

O constituinte originário, ao construir a matriz da ordem econômica brasileira, elevou sobremaneira o princípio da valorização do trabalho humano reafirmando a índole democrática e social que permeia todo o texto constitucional.

³⁴⁵ NAZAR, Nelson. **Direito econômico**, 1ª ed., São Paulo: Edipro, 2004, p. 42.

³⁴⁶ Cf. BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição Federal anotada**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

³⁴⁷ SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista no Brasil**. São Paulo, 2008, p. 7, não publicado.

Eros Grau,³⁴⁸ na interpretação deste dispositivo, observa: “Esse tratamento, em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. [...] Valorização do trabalho humano e reconhecimento do valor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas que, a par de afirmarem a compatibilização – conciliação e composição – a que acima me referi, portam em si evidentes potencialidades transformadoras. Em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam prevalência dos valores do trabalho humano na conformação da ordem econômica – prevalência que José Afonso da Silva reporta como prioridade sobre os demais valores da economia de mercado” [destaque nosso].

5.3.2 A “livre iniciativa”

O princípio da proteção à livre iniciativa, ao contrário do que possa parecer ao se proceder a uma interpretação ligeira, não se restringe à mera reiteração da opção capitalista do constituinte brasileiro, no sentido de liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica.³⁴⁹ É que, de acordo com Eros Grau, a livre iniciativa – titulada não apenas pela empresa – “é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre em uma sociedade livre e pluralista”.³⁵⁰ Assim colocado, torna-se fácil visualizar-se a coerência de se ter livre iniciativa e valorização do trabalho humano lado a lado no caput do artigo 170.

No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz³⁵¹ leciona: “Dizer que a livre iniciativa é fundamento da Ordem Econômica é também afirmar que a estrutura desta está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. *Não significa a exclusão deste*, mas ressalta que o exercício da atividade econômica, na

³⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182-183.

³⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 775.

³⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 190.

³⁵¹ FERRAZ Jr., Tércio. “Direito e Cidadania na Constituição Federal”, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>>. Acesso em 17 ago. 2008.

produção, na gestão, na direção, na empresa, está regulado originariamente pelo chamado princípio da exclusão: o que não está proibido, está permitido. Obviamente, isto não é um reconhecimento do *laissez faire*. Há de se ter em conta que livre iniciativa e valorização do trabalho humano devem estar conjugados. Trata-se de uma Ordem com dois fundamentos. Liberdade, como base, está em ambos. Na iniciativa, em termos de *liberdade negativa*, de ausência de impedimentos para a expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de *liberdade positiva*, de participação sem alienação na construção da riqueza econômica. Portanto não há nenhum sentido de ilimitado absoluto na livre iniciativa. A ilimitação, note-se, está no início, no principiar da atividade, mas não nos desempenhos e nas conseqüências. Livre iniciativa, assim, não exclui a atividade fiscalizadora, estimuladora, arbitral e até suplementar empresarial do Estado. Este, porém, não deve limitar a espontaneidade humana de produzir algo novo, de começar e empreender desde o princípio algo que não estava ali. É desta liberdade que se fala como livre iniciativa. Conjugada com a valorização do trabalho humano, porém, ela se define como participação, como *construção positiva da dignidade humana na produção de riqueza*, isto é, como tarefa social que os homens realizam em conjunto. É no respeito a esse duplo fundamento que a Ordem Econômica revela sua própria legitimidade. Sob este fundamento ergue-se uma ordem, cujo fim, diz o *caput* do artigo 170, é ‘assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social’”. [destaques nossos].

5.4 A justiça social como um fim

Isto posto, não podemos afirmar que o Brasil adota o modelo capitalista liberal formatado nos moldes da Revolução Francesa – guiadas pelo idealismo burguês de liberdade, igualdade e fraternidade – em que as relações econômicas eram estabelecidas exclusivamente dentro do individualismo privativista,³⁵² concebidas por uma economia de mercado guiada pelas suas próprias regras, obedecendo a tão mencionada “mão

³⁵² “Foi com base nisso que no tocante aos direitos individuais, na percepção privada do direito, desde o Código Civil Napoleônico, se reconheceu a liberdade privada, em que tudo que não for proibido é permitido, que sustenta a autonomia da vontade, via de conseqüência, a individualidade iluminista, traduzida juridicamente no instituto de direito privado da personalidade civil, que é a aptidão de contrair direitos e obrigações, e dá suporte ao exercício do direito à propriedade privada”. SAYEG, Ricardo Hasson; MATSUSHITA, Thiago. **O direito econômico brasileiro como direito humano tridimensional**, São Paulo, 2008 p. 8.

invisível” de Adam Smith. Tampouco há de se falar em um Estado intervencionista de bem-estar social, que se propõe a determinar toda a atividade econômica com a supressão da liberdade de iniciativa e da propriedade privada.

A leitura do artigo 170 da Constituição Federal nos conduz à conclusão de que o Brasil posiciona-se por uma terceira via, a da “economia social de mercado”. Não se trata de um meio termo entre o mercado liberal e o dirigismo econômico estatal, mas uma concepção própria e individual de um Estado que tem por finalidade “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”. É evidente que a atividade econômica, do ponto de vista do particular, sempre visa ao lucro; a Constituição, nesse ponto, reflete o pensamento vigente na sociedade brasileira. Todavia, é de se observar que a ordem econômica – o conjunto de normas relativas à atividade econômica – possui balizamentos muito claros descritos nos incisos que seguem o *caput* do artigo 170, com a responsabilidade social a ser cumprida que é a dignidade da pessoa humana.³⁵³

Nesse sentido, Luís Eduardo Schoueri:³⁵⁴ “A idéia da atuação positiva do Estado retoma a posição, defendida no intróito deste estudo, do inconformismo do legislador constituinte com a realidade econômica que encontrou, propondo-se a modificá-la. Na expressão de Marbach, passa o Estado de mero vigilante noturno a *pater familias distribuens*. Enquanto no final do século XIX esta atuação positiva (intervenção) ainda se baseava num caráter redistributivo, no qual os cidadãos passavam a ser divididos em dois grupos, os fortes e os fracos, tratando o Estado apenas de se preocupar com os últimos, ainda que impondo ônus aos primeiros, no início do século XX a atuação positiva revestia-se das funções de conduzir, coordenar e agilizar a economia. Aí, a novidade da atuação positiva do Estado: este há muito se ocupava da economia, quando, no exercício do poder de polícia, corrigia suas distorções (atuação negativa); agora, passava o Estado a direcioná-la. O Estado não se conteve naquele papel de relativa neutralidade e platonismo, passando a impor finalidades outras que não a de mero suprimento de condições para superar as imperfeições do mercado, passando a lograr a obtenção de objetivos de política econômica bem definidos para o desempenho do

³⁵³ Cf. TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 135.

³⁵⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73.

sistema econômico, implicando impor-lhe distorções, alterá-lo, interferir no seu funcionamento, a fim de fazer com que os resultados produzidos deixem de ser apenas os *naturais* ou *espontâneos*, para se afeiçoarem às metas econômicas”.

A norma, à vista disso, destina-se ao legislador, responsável por garantir o cumprimento dos objetivos finais, a ser concretizada a partir da redução das desigualdades sociais e regionais a que se refere o próprio constituinte. Daí poder-se encontrar, a partir dessa finalidade o primeiro princípio da Ordem Econômica brasileira, que se poderá definir como o *Princípio do Estado Social e Democrático de Direito*.

Como explica Rinck,³⁵⁵ a cláusula do **Estado Social de Direito** é um compromisso entre dois extremos que se opõem: o do **Estado Social** (com a repartição patrimonial) e o do **Estado de Direito** (cujo extremo seria o liberalismo absoluto). Dentre as tarefas do **Estado Social** está a garantia de um mínimo existencial digno. Por esta cláusula, procura o texto constitucional um equilíbrio entre ambas as posições, que têm igual importância, ficando elas numa posição dialética consentida, que sempre exigirá novos equilíbrios, o que justifica medidas de direcionamento econômico

Na dicção do professor Ricardo Sayeg, o Brasil opta por um sistema *capitalista humanista*, em que se busca a conciliação do lucro, objetivo máximo de qualquer sistema capitalista, com a promoção e concretização dos direitos humanos fundamentais – individuais e sociais, garantindo a todos uma existência digna. Isso porque “a economia não está a serviço de um, mas, sim, a serviço da população, dando-lhe a plataforma concreta de edificação dos demais direitos humanos, compreendidos no conceito de dignidade da pessoa humana e cidadania”.³⁵⁶

Neste sentido, leciona Ricardo Sayeg:³⁵⁷ “Claro está, assim, nos termos da Constituição brasileira que se preservou a economia de mercado, mas temperada pelos ditames da justiça social, como expressamente está consignado no art. 170, *caput*, de

³⁵⁵ RINCK, Gerd. **Wirtschaftsrecht**, 2ª ed. rev., Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns, 1969. *Apud* SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 75.

³⁵⁶ MATSUSHITA, Thiago. **Análise reflexiva da norma matriz da ordem econômica**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, p. 137.

³⁵⁷ SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista no Brasil**. São Paulo, 2008, s/p, não publicado.

modo que o regime econômico eleito pela Carta Magna, via de conseqüência, o princípio axiológico a ser observado na alocação eficiente dos recursos econômicos escassos e na regência jurídica da economia, não é o do Estado liberal, mas o correspondente ao neoliberalismo de economia social de mercado, observados os fundamentos, finalidade e conformação e princípios consignados no referido dispositivo constitucional; daí porque o artigo 219 da Carta atribui ao mercado interno a natureza de patrimônio nacional e este será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

O Estado brasileiro, por intermédio da sua ordem econômica, busca assegurar que todos tenham acesso ao “mínimo existencial”, a medida básica para que um ser humano viva com dignidade. “Todos ficam além da igualdade sob o aspecto meramente moral, porém não são rigidamente iguais no aspecto material, mas sim iguais na dignidade básica de ser humano, que deve ser satisfeita efetivamente pelo Governo”.³⁵⁸

O mencionado Professor³⁵⁹ continua: “*Id est*, nossa Constituição Federal sustenta o capitalismo como regime econômico, contudo, longe de ser sórdido e selvagem, muito menos de um Estado centralizador, mas sim indutor da livre iniciativa e da propriedade privada, com vista à consecução dos objetivos fundamentais da República e concretizador dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, em especial, os direitos sociais, *que assegurem a toda a população existência digna*, mediante a alocação eficiente dos recursos econômicos escassos e regência jurídica, quando necessária, da economia, implementando o cumprimento pelo Estado de seu papel de agente normativo e regulador, na fiscalização, fomento e planejamento da atividade econômica, sendo este último indicativo para o setor privado e determinante para o setor público, na forma do artigo 174, sempre em *consonância com a efetividade dos direitos humanos de primeira dimensão, particularmente a liberdade e a propriedade privadas*, bem como o poder de enfrentamento contra o Estado tirânico,

³⁵⁸ SAYEG, Ricardo Hasson e MATSUSHITA, Thiago. **O direito econômico brasileiro como direito humano tridimensional**. São Paulo, 2008, p. 13, não publicado.

³⁵⁹ SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista no Brasil**. São Paulo, 2008, s/p, não publicado.

como postulava Locke – entretanto, no nosso caso, pelas vias próprias, a saber, aquelas que levam ao Judiciário” [destaques nossos].

Em síntese ao pensamento da “Escola do Capitalismo Humanista”, pode-se dizer que, embora estejamos inseridos numa estrutura de mercado livre, onde todos têm garantido o direito de propriedade e o direito de auferir lucros por meio das atividades econômicas que mais lhes parecerem proveitosas, o Estado deve alocar os recursos da forma mais eficiente possível para que sejam atingidos os padrões econômicos mínimos dentro dos quais um ser humano possa viver com dignidade, no que toca a educação, saúde, trabalho, moradia etc.

5.5 A questão da eficácia jurídica dos princípios – o problema da “constitucionalização simbólica” das normas programáticas

Amplamente difundida principalmente por José Afonso da Silva, no seu *Aplicabilidade das normas constitucionais*, tornou-se clássica a divisão das normas constitucionais quanto à sua eficácia em: (i) normas constitucionais de eficácia plena; (ii) normas constitucionais de eficácia contida; e (iii) normas constitucionais de eficácia limitada, estando localizada nesta última categoria as normas de caráter programático, ou simplesmente normas programáticas, às quais serão dedicadas um breve estudo.

Nas palavras do Professor,³⁶⁰ as normas programáticas são aquelas “normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.

Tais normas demonstram o desiderato do legislador constituinte originário, calcado nos valores vigentes na sociedade, a partir do qual derivarão as normas constitucionais reformadoras, bem como toda a legislação infraconstitucional. A par desse aspecto, as disposições constitucionais programáticas vinculam o Poder Judiciário

³⁶⁰ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 138.

por dois aspectos distintos: (i) sempre que possível, as causas deverão ser decididas observando-se tais preceitos em “interpretação conforme a Constituição”, um dos princípios de interpretação do texto constitucional; (ii) elas servem de parâmetro para aferição da constitucionalidade de leis em eventuais arguições de constitucionalidade em controle abstrato.

As normas programáticas não tutelam interesses imediatos e específicos; cumprem a função de estipular os objetivos que deverão ser *necessariamente* alcançados pela Administração Pública nas três esferas de poder. Por esse motivo diz-se que “das normas programáticas, em geral, derivam vínculos para o legislador, para o administrador e para o juiz”.³⁶¹ É inegável a posição central ocupada pelas normas programáticas.

Contudo, há quem despreze a importância dada às normas programáticas pelo direito constitucional brasileiro e diga que as normas programáticas são meros programas, exortações morais, apelos ao legislador ou simples conselhos, que poderão ou não ser observados pelo Estado, negando, portanto, eficácia ao texto constitucional. Muito pelo contrário. Toda e qualquer norma constante da Constituição possui *de per se* força vinculante suficiente para que seja observada, em todas as situações possíveis, pelos seus destinatários.³⁶² É a chamada “força normativa da Constituição” (*die normative Kraft der Verfassung*) esmiuçada por Konrad Hesse em obra homônima, um dos textos mais significativos do direito constitucional contemporâneo. Nesse sentido sustenta o autor:³⁶³ “A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.

³⁶¹ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 175.

³⁶² “O exame teórico da juridicidade dos princípios constitucionais é indissociável de uma prévia indagação acerca da eficácia normativa dos princípios gerais de Direito cujo ingresso nas Constituições se faz com força positiva incontestável, perdendo, desde já, grande parte daquela clássica e alegada indeterminação, habitualmente invocada para retirar-se o sentido normativo das cláusulas operacionais”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 258-259.

³⁶³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14.

A eficácia das normas programáticas não difere das demais em termos de concretude.³⁶⁴ Nesse sentido, manifesta-se José Afonso da Silva:³⁶⁵ “Para aquela corrente doutrinária que lhe nega juridicidade, não têm elas capacidade de tutelar qualquer espécie de interesse, e, logo, não criam situações jurídicas positivas nem de simples interesse. *Essa doutrina já foi por nós repelida na sua essência*, o que implica a refutação de suas conseqüências, inclusive essa negativista. Isso, por outro lado, importa a assertiva de que as normas programáticas regulam juridicamente certos interesses” [destaque nosso].

E continua:³⁶⁶ “Essas normas geram situações subjetivas negativas para o legislador e para a Administração, que não podem desenvolver suas atividades senão nos limites e do modo como elas determinam em seu programa, nas suas diretrizes, nos seus princípios. Essa situação de dever importa o surgimento de uma situação jurídica contraposta, que confere a seu beneficiário uma possibilidade de invalidação dos atos decorrentes daquelas atividades, quando contrários aos ditames das normas programáticas”.

A questão da eficácia – ou falta de eficácia – das normas constitucionais programáticas não pode ser atribuída à sua própria natureza preceptiva, como visto. Nas palavras de Marcelo Neves,³⁶⁷ “o problema da constitucionalização simbólica tem sido frequentemente encoberto através da deformação do conceito jurídico-dogmático de normas programáticas”.

Partindo-se da classificação proposta por Neves com apoio em Kindermann, a constitucionalização simbólica teria três formas básicas de manifestação: a) a constitucionalização simbólica tendente a corroborar com certos valores sociais do grupo dominante; b) a Constituição como instância de compromisso dilatatório firmado entre grupos políticos divergentes; ou c) a Constituição-álibi.

³⁶⁴ “(...) atualmente, não mais se admite haver na Constituição normas que sejam meras exortações morais ou declarações de princípios e promessas a serem atendidos futuramente”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**, 3ª ed., São Paulo: RCS, 2007, p. 146.

³⁶⁵ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 175.

³⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 177.

³⁶⁷ NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 113.

No entanto, Neves considera como um genuíno problema de constitucionalização simbólica aquela situação em que “a própria atividade constituinte (e reformadora), o texto constitucional e o discurso a ele referente funcionam antes de tudo, como álibi para os legisladores constitucionais e governantes (em sentido amplo), como também para os detentores de poder não integrados formalmente na estrutura de poder”.³⁶⁸ Diferentemente da legislação simbólica, onde o vício se restringe a “relações jurídicas de domínios específicos”, a constitucionalização simbólica compromete toda a estrutura do sistema jurídico, uma vez que a Constituição, como vimos, é o mecanismo de autonomia operacional do direito, que lhe confere o fechamento operacional e lhe autoriza a abertura cognitiva.

Nas situações em que é possível visualizar-se a existência de uma Constituição-álibi, percebe-se a quase total falta de concretização do texto constitucional pela Administração Pública. Nas palavras de Marcelo Neves,³⁶⁹ “o Estado apresenta-se como identificado com os valores constitucionais, que não se realizam por ‘culpa’ do subdesenvolvimento da ‘sociedade’”. Ou seja, a falta de concretização normativo-jurídica da Constituição está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático é respaldado pela letra da Constituição. Todavia, em face das graves diferenças econômico-sociais, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a “culpa” dessa situação para a sociedade “atrasada” e “desorganizada”, descarregando-se o governo da responsabilidade de concretizar a Constituição. À vista disso, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto, como se a esperar que a situação social remedie-se por si só, esquecendo-se do poder conformador que a Constituição traz.

O problema com as normas programáticas surge a partir do momento em que se afirma ser a Constituição de 1988 a mais programática entre todas que tivemos face ao fato de que boa parte dos programas constitucionais não tenham sido satisfatoriamente efetivados. “Confunde-se, assim, a categoria dogmática das normas programáticas, realizáveis dentro do respectivo contexto jurídico social, com o conceito de

³⁶⁸ NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 105.

³⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 176.

constitucionalização simbólica, indissociável da insuficiente concretização normativa do texto constitucional”.³⁷⁰

Observe-se que a definição do conceito de “normas programáticas” ressalta um aspecto fundamental: a possibilidade, ou viabilidade, de concreção da norma pelos poderes e órgãos estatais. Nesse sentido, observa Neves:³⁷¹ “A própria noção de programa implica a sua realizabilidade no contexto social das expectativas e comunicações que ele propõe a direcionar ou reorientar”.

Na vigência de uma constitucionalização simbólica, a situação é outra: as normas programáticas não correspondem às orientações vigentes no cerne de sua sociedade, principalmente no que tange às relações envolvendo poder e dinheiro. É impossível falar-se, num ambiente de constitucionalização simbólica, em realização por órgãos e poderes estatais de metas sociais futuras traçadas pelo constituinte. Ao contrário, os agentes estatais encarregados de produzir, aplicar e executar as leis freqüentemente caminham no sentido *oposto* ao apontado pelo programa. Por outro lado, é correto afirmar que a presença excessiva de normas (pseudo)programáticas é sintomática da existência de uma Constituição simbólica, a qual, nessa situação, serve de alibi para legisladores que encenam interesse no desenvolvimento social.

Referindo-se às normas programáticas “irrealizáveis”, no sentido exposto, Canotilho³⁷² assevera: “Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da ‘morte’ das **normas constitucionais programáticas**. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que ‘impõem uma actividade’ e ‘dirigem’ materialmente a concretização constitucional. (...) Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição” [destaque no original].

³⁷⁰ NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 186.

³⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 114-115.

³⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed., Lisboa: Almedina, 2003, p. 1176.

5.6 Hermenêutica constitucional

5.6.1 Hermenêutica jurídica – o direito como objeto cultural

A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito positivo.³⁷³ Em termos mais rigorosos, “a interpretação do Direito é a operação intelectual por meio da qual a partir da linguagem vertida em disposições (enunciados) com força normativa o operador do Direito chega a determinado e específico conteúdo”.³⁷⁴

Diferentemente das realidades puramente naturais – constituídas por objetos ontologicamente neutros, cujo conhecimento se constitui e se conclui quando são eles referidos a algo que lhes é externo, à sua causa, próxima ou remota³⁷⁵ – no mundo dos objetos culturais não existem relações necessárias entre as coisas, ou seja, um elemento só é vinculado a outro por força de uma atividade humana.³⁷⁶ No campo cultural,³⁷⁷ a interpretação vem ser a designação, a compreensão de um determinado fenômeno que se conecta com outros por meio de relações valorativas.

Nesse sentido, o Professor Celso Bastos³⁷⁸ explica: “Enquanto fenômeno natural que é, o Direito afasta-se radicalmente das denominadas ciências naturais, já que, quanto a estas, as conclusões obtidas caracterizam-se pela verdade decorrente do método empírico-indutivo a que se submetem as realidades próprias dessa ciência”.

³⁷³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1.

³⁷⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73.

³⁷⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

³⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, 3ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 20.

³⁷⁷ “Outro ponto merecedor de destaque diz respeito a criação do direito. As normas jurídicas são criadas sempre por atos de fala os quais, em última instância, são atos de decisão. Decisão de sujeitos (competentes, é claro) que sofrem o influxo do sistema cultural no qual estão inseridos. Não há direito sem vontade humana, e não há vontade humana que não esteja inserida em dado sistema cultural. Eis o direito positivo resplandecendo como fato institucional”. MOUSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**, São Paulo: Noeses, p. 53.

³⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, 3ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 20.

O substrato de trabalho da interpretação jurídica são os enunciados jurídicos, que regulam a vida em sociedade, impondo-se indistintamente a todos. Dessa forma, qualquer interpretação que se faça a respeito desse conjunto normativo terá repercussão imediata na liberdade (em sentido amplo) de cada indivíduo a ele submetido.³⁷⁹ Por esse motivo, é que a interpretação é um exercício fundamental.

Alguns proclamavam que a interpretação teria por propósito único “esclarecer” a norma, ao que se concluía que somente as regras “obscuras”, ou “não claras” mereciam um esforço interpretativo (*in clarit cessat interpretatio*, era o que se sustentava). Todavia, é de se notar que a aposição da qualidade “clara” ou “não clara” é, em si, o produto final de um esforço interpretativo, afinal não há que se confundir o grau de dificuldade ou facilidade na interpretação com a própria atividade de interpretação. A rigor, todo e qualquer enunciado legal merece ser interpretado, ainda quando demonstre o máximo esmero dos seus vocábulos, isso importando dizer que a atividade interpretativa não é eventual, ocasional, que deve ser levada a cabo somente quando o texto está pouco claro.³⁸⁰

A hermenêutica distingue-se da interpretação. A primeira trata de regras sobre as regras jurídicas, de seu alcance, validade, de sua origem e desenvolvimento. A interpretação, por sua vez, não permite esse caráter teórico-jurídico, sendo esta, na verdade, a aplicação daquela no caso concreto,³⁸¹ o que equivale a dizer que só é passível de exercitar-se a interpretação quando se está diante de um problema.³⁸²

5.6.2 Princípios da interpretação constitucional

O processo hermenêutico supõe o pré-conhecimento de alguns princípios de interpretação que se apresentam como enunciados lógicos básicos para a decomposição e solução do problema interpretativo. Deve ser dito que, embora pareçam anteriores aos

³⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, 3ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 26.

³⁸⁰ PONTES FILHO, Valmir. **Curso fundamental de direito constitucional**, São Paulo: Dialética, 2001, p. 46.

³⁸¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1.

³⁸² BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, 3ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 34.

problemas que buscam resolver, os princípios em verdade, e quase sempre, funcionam como fórmulas persuasivas, como argumentos de que se valem os aplicadores do direito para justificar “pré-decisões” que, mesmo necessárias ou convenientes, mostrar-se-iam arbitrárias ou desprovidas de fundamento se não contassem com o apoio desses cânones interpretativos.³⁸³

Tais princípios não têm caráter normativo, ou seja, não prescrevem interpretações de antemão obrigatórias para o aplicador, valendo apenas como simples enunciados doutrinários, tópicos ou pontos de vista interpretativos que se manejam sem benefício de ordem, mas conjuntamente, como argumentos para a solução de problemas interpretativos.³⁸⁴

Em consonância com a grande parte da doutrina brasileira, J. J. Gomes Canotilho propõe os seguintes princípios, aqui descritos em linhas gerais:

a) Princípio da unidade da Constituição

O aplicador deve interpretar a Constituição de forma a evitar as contradições entre as suas normas. O princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade,³⁸⁵ procurando harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema unitário de normas e princípios coerentes entre si.³⁸⁶

³⁸³ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104.

³⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 104.

³⁸⁵ “Aqui devo salientar, contudo, inicialmente, que, assim como jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 150.

³⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed., Lisboa: Almedina, 2003, p. 1224.

Na lição de Mendes, Coelho e Branco,³⁸⁷ “registre-se, ainda, que a rigor esse princípio compreende e dá suporte, se não a todos, pelo menos à grande maioria dos cânones da interpretação constitucional, porque ao fim das contas ele otimiza as virtualidades do texto da Constituição, de si naturalmente expansivo, permitindo aos seus aplicadores construir as soluções exigidas em cada situação hermenêutica”.

b) Princípio da concordância prática ou da harmonização

Intimamente ligado ao princípio anterior, o princípio da harmonização consiste numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de potencial ou efetivos conflitos entre disposições, opte por uma solução interpretativa que otimize a realização de todos eles, sem acarretar a negação de nenhum.

Canotilho afirma que o campo de eleição deste princípio tem sido o dos direitos fundamentais, principalmente em situações de colisão de direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Leciona o Professor³⁸⁸ que “subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”.

O grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais pode ser resolvido, assevera Willis Santiago Guerra Filho,³⁸⁹ pelo “princípio dos princípios”, a proporcionalidade, “que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’”.

³⁸⁷ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

³⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed., Lisboa: Almedina, 2003, p. 1225.

³⁸⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**, 3ª ed., São Paulo: RCS, 2007, p. 148.

c) Princípio da conformidade funcional

Derivando do princípio da unidade da Constituição (assim como o princípio da concordância prática), o princípio da conformidade funcional tem por finalidade evitar que os aplicadores da Constituição cheguem a conclusões hermenêuticas que perturbem o esquema organizatório-funcional nela própria estabelecido, como é o caso da separação de poderes, cuja observância vincula-se com a própria idéia de Estado de Direito.³⁹⁰

d) Princípio da eficácia integradora

Também intimamente associado ao princípio da unidade da Constituição, o cânone da eficácia integradora orienta o hermeneuta a atingir soluções que dêem primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Isso não significa “efeito integracionista do Estado”, que pode conduzir ao inverso do objetivo do princípio, autoritarismo, exclusões sociais e fundamentalismos, mas “arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras”.³⁹¹

e) Princípio da força normativa da Constituição

O esforço do aplicador deve ser voltado à interpretação que confira a maior eficácia possível da norma constitucional diante da evolução dos fatos, possibilitando a “atualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”.³⁹² Trata-se de manter a Constituição viva e estável, o que lhe confere segurança e perenidade em função do tempo.³⁹³

³⁹⁰ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109.

³⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed., Lisboa: Almedina, 2003, p. 1224.

³⁹² *Idem, ibidem*, p. 1226.

³⁹³ “Essa função integrativa do sentido das normas pelo intérprete dá margem ao desempenho de uma atividade criativa, que se expressa em categorias como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva. A propósito, nenhuma delas se confunde com a mutação constitucional. A interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa. Já a interpretação evolutiva se traduz na aplicação da

e) Princípio eficiência ou da máxima efetividade

Vinculado ao princípio anterior, o princípio da eficiência, como se assume do próprio nome, tem por objetivo orientar o hermenêuta a aplicar as normas de forma que lhes garanta a maior eficácia possível, ou seja, que a força da norma seja integralmente aplicada sobre o caso, sem nunca, porém, alterar-lhe o conteúdo.³⁹⁴

5.6.3 Princípio da interpretação conforme a Constituição

O princípio da interpretação das leis conforme a Constituição é fundamentalmente situado mais no âmbito do controle de constitucionalidade, não uma regra de interpretação como as demais,³⁹⁵ ganhando relevância quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido unívoco dentre os vários significados da norma.³⁹⁶

Assim é que, no caso de enunciados polissêmicos, deve o hermenêuta dar preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com os preceitos constitucionais, ou seja, deve o juiz procurar, sempre que possível, reconhecer a constitucionalidade da lei.³⁹⁷ É que não pode restar mitigado o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, significando que toda lei é presumivelmente é compatível com a Constituição até que haja decisão judicial transitada em julgado.

Importa dizer que a interpretação conforme a Constituição não pode ser excessiva ao ponto de o intérprete ter que salvar a qualquer custo a lei – promovendo

Constituição a situações que não foram contempladas quando da sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional. A diferença essencial entre uma e outra está em que na interpretação construtiva a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 190-230.

³⁹⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111.

³⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Representação 1.417/DF, rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 126/48-72, 66.

³⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed., Lisboa: Almedina, 2003, p. 1226.

³⁹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868 de 10.11.1999**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 294.

uma mudança radical da própria concepção original do legislador –, nem tampouco a contrariar o seu sentido inequívoco. Não se trata disso. A interpretação conforme só pode ser levada a efeito quando existe um “espaço de decisão” aberto a várias propostas interpretativas, umas que concretizam as normas constitucionais – que devem ser preferidas – e outras que sublinham justamente o contrário, devendo evidentemente serem rejeitadas.³⁹⁸

5.7 A função dos princípios na atividade hermenêutica³⁹⁹

O conceito de princípio é definido por Crisafulli⁴⁰⁰ nos seguintes termos: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”.

Além de dizer o que se entende por princípio, a definição acima esboçada fornece uma noção introdutória do papel que os princípios desempenham no esforço hermenêutico. Embora não se possam deduzir direitos subjetivos diretamente dos princípios, é certo que eles conferem unidade ao texto constitucional ao determinar-lhe as suas diretrizes fundamentais. São os princípios, portanto, enunciados abrangentes que se irradiam por todas as normas não só da Constituição, como do ordenamento.

Em virtude dessa natureza, o aplicador das demais normas deverá levar em conta, sempre que possível, a harmonização destas com os princípios, como forma de

³⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed., Lisboa: Almedina, 2003, p. 1227.

³⁹⁹ Interessante observar os postulados do “Neoconstitucionalismo”, doutrina em pleno desenvolvimento segundo a qual a Constituição deve ser compreendida em função dos próprios princípios constitucionais. Contudo, em razão do escopo e das limitações naturais deste trabalho, nos furtaremos de analisar tal doutrina. Para tanto, cf: CLÈVE, Clémerson Merlin. “Estado constitucional, neoconstitucionalismo e tributação”, <www.cleveadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc>, Acesso em 21 jun. 2009; BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito**, Tese de Livre Docência, não publicada, São Paulo: USP, 2008, p. 240 e ss.

⁴⁰⁰ CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizioni di principio**, Milão: Giuffrè, 1952, p. 15, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 257.

dar vida ao ordenamento, bem como mantê-lo coerente. Não se tenta atribuir aos princípios uma pretensão exclusivista, todavia, a norma principiológica reveste-se de importância diferenciada em relação às outras pois elas têm a finalidade de conferir unidade ao sistema de acordo com os *valores* que o próprio sistema jurídico encampa.⁴⁰¹

Não são os princípios regras de interpretação, mas o próprio objeto da interpretação, muito embora não o seja da maneira tradicional. Não se procura a interpretação do princípio isoladamente considerado; sua significação se dá na medida em que alcança outra norma, e daí atribuir-se determinado conteúdo que ele, *de per si*, não tivesse.⁴⁰²

As funções desempenhadas pelos princípios foi bem analisada por Raúl Usera,⁴⁰³ citado por Celso Ribeiro Bastos: “significa a absoluta preponderância com que os princípios atuam no curso do processo hermenêutico constitucional, tanto quanto são eles que selecionam os métodos, guiam seu desenvolvimento e, por último, atribuem significado constitucionalmente correto a um enunciado normativo. Em resumo, cumprem duas funções, a saber: a primeira, instrumental, que compreende a mencionada seleção e guia do emprego dos cânones hermenêuticos; a segunda, material, quando ajusta os conteúdos do interpretado e do interpretável, dos princípios e do objeto concreto do caso específico”. Portanto, continua o autor, “ademais da função interpretativa, os princípios (...) exercem uma função diretiva e integrativa na medida [em] que, controlando a interpretação, fazem bascular o desenvolvimento hermenêutico no sentido desejado”.⁴⁰⁴

Em conclusão, registre-se a lição densa e didática de Paulo Bonavides a respeito da relação que une o princípio hermenêutico da unidade da Constituição e o papel dos princípios constitucionais na atividade de interpretação constitucional: “Um expediente elementar de interpretação constitucional consistem em tomar sempre a Constituição

⁴⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, 3ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 210.

⁴⁰² *Idem, ibidem*, p. 211-212.

⁴⁰³ USERA, Raúl Canosa. **Interpretación constitucional y formula política**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 149, *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, 3ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 215.

⁴⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 215.

globalmente, como um todo, de que as cláusulas particulares de fazer tributárias e indissociáveis, recebendo luz, significado e vida da finalidade conjunta e comum corporificada no instrumento máximo, ou seja, nas idéias e princípios essenciais da carta magna”.⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 468.

A INSERÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA – A TRIBUTAÇÃO E O “INTERESSE NACIONAL”

6.1 Os investimentos estrangeiros e a ordem constitucional econômica – art. 172

6.1.1 Leitura da “ordem econômica”

No Brasil, a exemplo do mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição consagra um sistema capitalista onde vigem basicamente três elementos indissociáveis: a) propriedade privada dos meios de produção (artigos 5º, XXII, e 170, II), para cuja ativação é necessária a presença de trabalho formalmente livre (artigos 5º, XIII, 6º e 170, VII); b) coordenação pelo mercado, baseado na iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e na empresa privada, não necessariamente pessoal (artigo 173); c) racionalização dos meios com objetivo de lucro.⁴⁰⁶

Não se confunda, entretanto, um Estado que abrace a ordem econômica capitalista com o liberalismo econômico. Este, vigente na época do capitalismo nascente, sustentava que o Estado não deveria se intrometer no livre jogo do mercado que, sob determinados aspectos, era visto como um Estado natural, fundamentado em contratos entre particulares. Aceitava-se o Estado somente na figura do guardião, deixando total liberdade (*laissez faire, laissez passer*) na composição dos eventuais conflitos entre patrões e empregados, ou entre empresas, ou, ainda, no jogo da concorrência, onde o mais forte sempre é recompensado.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO. **Dicionário de Política**. Verbete: *Capitalismo*, 5ª ed., São Paulo: Ed. UnB, 2004, p. 141.

⁴⁰⁷ *Idem, ibidem*, Verbete: *Liberalismo*, p. 692.

A vigência desse sistema, para os seus defensores, é a realização de liberdades naturais, que privilegiam o mais poderoso, ocasionando, em necessária consequência, uma diminuição da tutela jurídica, intervenção do Estado por excelência.

A Constituição Federal de 1988, como visto no capítulo 1, além de conformar-se à ordem vigente na sociedade apontando no sentido do capitalismo,⁴⁰⁸ estabelece um conjunto de princípios pelos quais e para os quais – no sentido de meios e fins – a atividade econômica deverá seguir. José Afonso da Silva, sobre o tema, ressalta: “Essa característica teleológica confere-lhes relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, como bem assinala Natoli, tendente a instaurar um regime de democracia substancial (mais ainda distante uma democracia socialista), ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social”.⁴⁰⁹

Em primeiro lugar, a Constituição prescreve que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Constitui a livre iniciativa um dos cânones do capitalismo, mas, ressalte-se, “não pode significar mais do que a liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo”.⁴¹⁰ Todavia, o texto constitucional confere ao trabalho ao trabalho humano um destaque singular em relação aos demais princípios. “Essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o

⁴⁰⁸ “O capitalismo se define como um sistema econômico baseado na propriedade privada dos meios de produção, propiciadora de acúmulo de poupança com finalidade de investimento de grandes massas monetárias, dentro de uma organização de livre mercado, através de uma organização permanente e racional. O capitalismo pode ser visto sob um prisma jurídico, e significa estatuto jurídico que adota o princípio da propriedade privada dos meios de produção. Pode visualizar-se sob o aspecto político, significando uma ideologia e um regime de livre empresa. No sentido econômico, se manifesta como um sistema que, adotando a apropriação privada dos bens de produção, dá origem à economia de empresa e de mercado”. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 253.

⁴⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 763-764.

⁴¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 770.

fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV)”.⁴¹¹

A finalidade da ordem econômica há de ter-se em mente, conforme a Constituição que foi incisiva, ao indicar a existência digna da população, por meio da justiça social, o que torna possível dizer, com José Afonso da Silva,⁴¹² que o capitalismo há de humanizar-se, se é que seja possível, embora o sistema capitalista seja marcado sobretudo pelo individualismo.

Dentro desse contexto, insere-se o artigo 172, que assim dispõe, *in verbis*:

“A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.”

A partir desse momento, toma-se este enunciado como objeto de investigação, analisando-se a forma de sua interpretação em consonância com as premissas estabelecidas no capítulo 5 e suas decorrências, notadamente aquelas relativas à tributação das rendas e operações de investimento estrangeiro direto, pontos analisados nos capítulos de 1 a 4.

6.1.2 Investimentos estrangeiros: interpretação sistemática

Cada artigo da Constituição situa-se num capítulo ou num título e seu valor, no sentido de extensão, normatividade, depende de sua colocação sistemática. É dever do hermeneuta interpretar os enunciados segundo seus valores lingüísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema.⁴¹³ Os dispositivos da Constituição encontram-se organizados dentro de uma razão lógica, possuindo uma conexão entre si, isto é, “o sentido de cada proposição jurídica só se infere, as mais das vezes, quando se a considera como parte da regulação a que pertence”.⁴¹⁴ Dessa forma, o esforço interpretativo não pode ter por objeto enunciados isolados. O trabalho de exegese tem

⁴¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 764.

⁴¹² *Idem, ibidem*, p. 766.

⁴¹³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 281.

⁴¹⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 457.

de ser feito considerando-se todo o acervo normativo constitucional ligado ao assunto. Nisso consiste a interpretação sistemática da Constituição.

Sobre o contexto significativo da lei como um critério de interpretação, Karl Larenz⁴¹⁵ posiciona-se nos seguintes termos: “Para além desta função geral do contexto, proporcionadora da compreensão, o contexto significativo da lei desempenha, ainda, um amplo papel em ordem à sua interpretação, ao poder admitir-se uma *concordância objectiva* entre as disposições legais singulares. Entre as várias interpretações possíveis segundo sentido literal, deve por isso ter prevalência aquela que possibilita a garantia de concordância material”.

A partir dessa premissa, a conclusão possível é a de que o artigo 172 deva ser interpretado de acordo com aqueles princípios trazidos pelo artigo 170, estudados no capítulo 1 e revisitados há pouco. Nesse sentido, em largas linhas, pode-se dizer que os investimentos de capital estrangeiro serão disciplinados – em todos os seus aspectos, inclusive o tributário – com base no “interesse nacional”, incentivando sempre o reinvestimento dos lucros auferidos com a atividade no país e regulando a sua remessa ao exterior.

Sem se pretender diminuir a importância dos outros dispositivos constitucionais, notadamente os que tratam da soberania nacional no que toca ao regramento da ordem econômica, os que tratam da inserção da República Federativa do Brasil no cenário internacional, os que tratam de direito da concorrência, entre outros, o que efetivamente não é possível em razão das regras hermenêuticas vistas no início deste trabalho, ao colocar o artigo 172 dentro do capítulo referente aos princípios gerais da atividade econômica, sob a regência do artigo 170, portanto, o constituinte originário associou formalmente a questão dos investimentos estrangeiros ao princípio da justiça social e da finalidade de assegurar a todos uma existência digna.

A leitura do dispositivo não pode ser no sentido de que o investimento estrangeiro *per se* no Brasil deve ter por objetivo assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Não se trata de se realizar uma

⁴¹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 458.

interpretação tacanha socializante da norma constitucional. O Brasil consagra o regime capitalista e a finalidade da atividade econômica num país capitalista é a obtenção do lucro, a geração de renda. Contudo, deve ser observado que a norma do artigo 172 prescreve que o regramento do capital estrangeiro será realizado com base no interesse nacional de forma que sejam concretizados, por meio dos investimentos de capital estrangeiro, os princípios da “justiça social” assegurando-se a todos uma existência digna. O capital estrangeiro, além de uma forma de geração de riqueza para o particular, figura como um instrumento a serviço da sociedade brasileira no sentido de promover a justiça social. Não atendidos os requisitos do “interesse nacional” o governo brasileiro tem o legítimo direito de vetar o investimento.⁴¹⁶

Em suma, o artigo 172, porque contido nas disposições atinentes à ordem econômica e financeira, deve igualmente ser interpretado conforme os princípios insculpidos no do artigo 170, notadamente aqueles do *caput*, diante da abertura cognitiva de seus próprios termos ao conformar os fundamentos da disciplina jurídica ao interesse nacional.

Isto posto, veja-se como se entende o “interesse nacional”.

6.2 O “Interesse nacional”

6.2.1 O “interesse nacional” como conceito jurídico indeterminado

Visando principalmente a manter intacta a sua própria força normativa ao longo do tempo, a Constituição constantemente utiliza-se de expressões intencionalmente abertas e vagas, de modo a transferir para o intérprete o papel de completar o sentido da norma frente aos elementos dos casos concretos. Conceitos jurídicos indeterminados são, portanto, “expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo,

⁴¹⁶ “A Carta também não proíbia, na versão original, que a lei estabelecesse áreas em que o investimento estrangeiro fosse vedado; não havia, como continua não havendo após as mudanças constitucionais de 1995, um direito constitucional à liberdade de iniciativa quando esta tenha origem estrangeira”. BARBOSA, Denis Borges. “As mutações no regime do capital estrangeiro após a Carta de 1988”. Disponível em <www.denisbarbosa.addr.com/21.doc>, Acesso em 14 ago. 2009.

especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído”.⁴¹⁷

O artigo 172, quando fala que “a lei regulará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro”, não deu nenhuma direção concreta do sentido que deve ser adotado pelo exegeta para a interpretação e aplicação desse enunciado. Isso não significa, contudo, a impossibilidade de fazer-se um esforço hermenêutico baseado principalmente na interpretação sistemática do dispositivo.

Como visto há pouco, estando o artigo 172 mantido sob a tutela do artigo 170, seus conceitos referenciam-se mutuamente, devendo toda atividade interpretativa que tenha por objeto o primeiro dispositivo pautar-se pelos princípios consagrados pelo segundo. Assim sendo, pode-se afirmar que o “interesse nacional” mencionado pelo artigo 172 mantém vinculação direta com os princípios da “justiça social” e da garantia geral do mínimo existencial. São três cláusulas dotadas de grande vaguidade. O sentido delas somente poderá ser completamente depreendido na análise dos casos concretos.

6.2.2 O “interesse nacional” como princípio

Na linguagem jurídica a expressão “princípios de(o) direito” é largamente utilizada, apresentando um significado fugaz. É bom que se diga *a priori* que os princípios não constituem uma categoria normativa simples e unitária. A par desse aspecto, a normatividade dos princípios não se diferencia das demais regras quanto à sua coercitividade, ao contrário do que por vezes é veiculado por alguns autores.

Karl Larenz,⁴¹⁸ nesse sentido, qualifica os princípios como “pautas directivas de normação jurídicas que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas”.

A definição do conceito de princípio é rigorosamente dada por Humberto Ávila⁴¹⁹ nos seguintes termos: “Os princípios são normas imediatamente finalísticas,

⁴¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 312.

⁴¹⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 674.

primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

Segundo Ávila,⁴²⁰ distinguem-se os princípios das regras por três critérios: (i) as regras diferenciam-se dos princípios pela natureza da descrição normativa, ou seja, enquanto as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes etc.), os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido; (ii) as regras diferenciam-se dos princípios pela natureza da justificação que exigem para serem aplicadas: as regras exigem um exame de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, quando os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas a ser promovido; (iii) as regras diferenciam-se dos princípios pela natureza da contribuição para a solução do problema, isto é, enquanto as regras têm pretensão de decidibilidade, tendo em conta que visam a proporcionar uma solução provisória para um problema conhecido, ou antecipável, os princípios têm pretensão de complementaridade, já que servem de razões para serem conjugadas com outras para a solução de um problema.

Os princípios, segundo Robert Alexy,⁴²¹ “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Dessa forma, Alexy⁴²² completa, “los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y en la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también las jurídicas” [destaque no original].

⁴¹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78.

⁴²⁰ *Idem, ibidem*, p. 83-84.

⁴²¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, 2ª ed., Trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 68.

⁴²² *Idem, ibidem*, p. 67-68.

A distinção dos princípios e das regras para o autor alemão⁴²³ resolve-se da seguinte forma “las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado”⁴²⁴ [destaque no original].

Para Canotilho,⁴²⁵ saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa, podendo, porém, ser utilizado os seguintes critérios por ele sugeridos:

“a) O grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

d) ‘Proximidade da ideia de direito’: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (DWORKIN) ou na ‘ideia de direito’

⁴²³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, 2ª ed., Trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 68.

⁴²⁴ Sobre a distinção entre princípios e “normas”, registre-se a lição de Ricardo Guastini: “Esse modo de pensar, na verdade, parece fundar-se na suposição falaz de que a aplicação das normas não dá lugar a dúvidas ou dificuldade, nem comporta escolhas discricionárias, mais ou menos como se as normas possuíssem (sempre ou quase sempre) um campo de aplicação claro e bem delimitado, sem margens de incerteza. Deve-se objetar que, pelo contrário, também as normas (todas as normas) padecem, não menos que os princípios, de um certo grau de vagueza e que, portanto, também a aplicação de normas é, na maior parte dos casos, discricionária ou passível de controversas”. GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**, Trad. Edson Bini, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 188.

⁴²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed., Lisboa: Almedina, 2003, p. 1160-1161.

(LARENZ); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.

e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”.⁴²⁶

Os princípios são expressos habitualmente por enunciados bastante vagos. Assim o é por dois motivos, seguindo Ricardo Guastini:⁴²⁷ (i) às vezes o princípio é vago por não possuir um campo exato de aplicação; e (ii) o princípio não prescreve uma conduta determinada, mas exprime solenemente um valor, ou a realização de um programa sem, todavia, estabelecer os meios que devem ser empregados para atingi-lo.

Ainda com Guastini,⁴²⁸ é interessante registrar, ao lado dos princípios expressos, os princípios não expressos.⁴²⁹ Os primeiros não suscitam maiores discussões: são aqueles formulados numa adequada disposição constitucional, como por exemplo, o “interesse nacional” contido no artigo 172. Por outro lado, os princípios não expressos são desprovidos de disposição, ou seja, não são explicitamente formulados em disposições constitucionais, mas construídos pelos intérpretes ora a partir de normas singulares, ora de conjuntos mais ou menos amplos de normas, ora do ordenamento jurídico no seu conjunto.⁴³⁰

Os princípios eram disposições com normatividade baixíssima, segundo a “Velha Hermenêutica”, nas palavras de Paulo Bonavides.⁴³¹ Na então vigente

⁴²⁶ Apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 65.

⁴²⁷ GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**, Trad. Edson Bini, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 189.

⁴²⁸ *Idem, ibidem*, p. 183.

⁴²⁹ Cf. Diferenciação também em BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 6ª ed., Brasília: Ed. UnB, 1995, p. 159-160.

⁴³⁰ “Alguns deles [princípios] estão expresamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeira de sentido, por via de uma «analogia geral» ou do retorno à *ratio legis*; alguns foram ‘descobertos’ e declarados pela primeira vez ela doutrina ou pela jurisprudência, as mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na ‘consciência jurídica geral’, graças à força de convicção a eles inerentes”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 675.

⁴³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 258 e ss.

concepção, os princípios operavam no meio constitucional como simples programas, indeterminados por natureza, que podiam ou não ser atingidos. Eram expressões retóricas do legislador que não detinham o mesmo grau de normatividade das regras. Tratava-se mais de disposição política do que jurídica.

A segunda fase, no relato de Bonavides, vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos códigos como fonte normativa subsidiária. Neste sentido é a lição de Norberto Bobbio:⁴³² “Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas?”.

A terceira fase, atualmente vigente, é a pós-positivismo, que, segundo Paulo Bonavides,⁴³³ corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX por acentuarem a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. Ronald Dworkin,⁴³⁴ principal expoente dessa corrente, entende existir uma diferença de ordem lógica entre princípios e regras jurídicas: “os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da obrigação que

⁴³² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 6ª ed., Brasília: Ed. UnB, 1995, p. 158-159.

⁴³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 264.

⁴³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

O pós-positivismo de Dworkin imprime uma força normativa ainda maior aos princípios. Nesse sentido, o autor americano sustenta: “Contudo, uma vez que abandonemos tal doutrina [positivista] e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida”.⁴³⁵

Paulo Bonavides⁴³⁶ sintetiza a importância e a força normativa dos princípios segundo a concepção contemporânea em lição que merece integral transcrição dada a sua densidade: “Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a *expressão mais alta da normatividade* que fundamenta a organização do poder. As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência” [destaque nosso].

É por isso, continua Bonavides⁴³⁷ com apoio em Flórez-Valdés, que os princípios são considerados “superfontes” de direito, porquanto podem ser fontes das mesmas fontes.

Discorrendo sobre a função dos princípios na Constituição, Luis Roberto Barroso leciona: “No tocante ao conteúdo, o vocábulo ‘princípio’ identifica as normas que expressam as decisões políticas fundamentais – República, Estado Democrático de Direito, Federação –, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética –

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 71.

⁴³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 288-289.

⁴³⁷ *Idem, ibidem*, p. 288.

dignidade da pessoa humana, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego. Como consequência de tais conteúdos, os princípios podem referir-se tanto a direitos individuais como a interesses coletivos”.⁴³⁸

Tendo em conta a lição de Luis Roberto Barroso e lembrando as definições esboçadas no início deste subtópico, o “interesse nacional” é um conceito finalístico com pretensões de preenchimento pela legislação (Ávila) na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais (Alexy), figurando como um valor a ser observado em razão da sua dimensão ética. É, portanto, um princípio a ser observado *a priori* pelo legislador, não se restringindo a este, mas, como todo princípio, o “interesse nacional” merece concretização pelo Estado em todas as suas esferas de Poder. Nas palavras de Larenz,⁴³⁹ “a concretização final [dos princípios] efectua-a sempre a jurisprudência dos tribunais, atendendo ao caso particular em concreto”.

6.2.3 Tentativa de definição

Como conceito jurídico indeterminado que é, o “interesse nacional” encontra seus limites mais na ponderação de sua aplicação em casos concretos do que propriamente mediante uma definição científica antecedente. Todavia, aqui não se furtará de buscar uma definição, por mais geral que seja.

Bobbio, Mateucci e Pasquino⁴⁴⁰ entendem o “interesse nacional” em dois contextos distintos: no contexto das relações internacionais e no da política interna. No âmbito internacional, a expressão é entendida como “uma necessidade de segurança que cada Estado tem dentro das condições anárquicas das relações internacionais, uma necessidade que faz com que os conflitos entre os Estados sejam resolvidos, em última instância, pelo uso das armas ou com ameaça da força”. O “interesse nacional”, nesse aspecto, relaciona-se muito de perto com o valor segurança/integridade interna. No contexto da política interna, o “interesse nacional” é entendido como o “interesse da

⁴³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 205.

⁴³⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 675.

⁴⁴⁰ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO. **Dicionário de Política**. Verbete: *Interesse Nacional*, 5ª ed., São Paulo: Ed. UnB, 2004, p. 642.

generalidade habitantes do país (...), interesse que de contrapõe aos interesses particulares de cada um dos cidadãos e de cada um dos grupos econômico-sociais”. Exemplificando, “a política de ajuda às regiões atrasadas de um país julga-se corresponder ao interesse nacional deste país, além de corresponder ao interesse legítimo de tais regiões, enquanto a resistência movida pelas regiões ricas contra essa política se reduz a interesses regionais particularistas”.

Analisando o conceito dentro do próprio dispositivo, Denis Borges Barbosa⁴⁴¹ posiciona-se da seguinte forma: “Entendo, porém, que não se deve ler a cláusula ‘interesse nacional’, constante do Art. 172, nem sob a ótica exclusiva da soberania nacional, tomada aqui na acepção muito política, próxima da cláusula de independência nacional a que se refere o Art. 4º, I, da Carta da República, nem sob as lentes de um liberalismo *enragé* [raivoso] que tentaria justificar o controle do capital estrangeiro como sendo uma intervenção de incentivo, possivelmente para dar melhores condições de competitividade ao capital estrangeiro. Sem tentar repelir nem uma, nem outra das iluminações ideológicas da doutrina, parece ao autor que a melhor técnica levaria a avaliar o interesse nacional, em face dos fluxos de capital estrangeiro, à luz multicolorida dos vários condicionantes do texto constitucional: a) interesse nacional como expressão da soberania econômica; b) interesse nacional na tutela do mercado interno nacional; c) interesse nacional numa concorrência livre e isonômica; d) os direitos e garantias constitucionais; e) o respeito aos compromissos internacionais”.

A posição de Denis Borges Barbosa não merece reparos. O autor mencionou em linhas gerais as cinco diretrizes básicas consagradas pelo artigo 170 da Constituição. Todavia, arrisca-se a dizer que, tendo em conta que o objetivo da atividade econômica é “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”, a concretização dos direitos e garantias constitucionais (por quaisquer meios, diretos ou indiretos) deve sobressair-se em relação às demais em caso de eventual colisão na prática.

⁴⁴¹ BARBOSA, Denis Borges. “As mutações no regime do capital estrangeiro após a Carta de 1988”, Disponível em <www.denisbarbosa.addr.com/21.doc>, Acesso em 14 ago. 2009.

O interesse nacional será atendido quando o investimento estrangeiro não ir de encontro aos princípios do artigo 170 ou dificultar a sua concretização.⁴⁴² Isso significa que um investimento é de interesse nacional se proporcionar a instalação de novos postos de trabalho, auxiliar no incremento da economia local, viabilizar a transferência de novas tecnologias, incentivar o desenvolvimento da indústria nacional ao estabelecer concorrência, aprimorar o sistema financeiro, enfim, propiciar mais-valia e progresso à economia local e, via de consequência, *a seus habitantes*, o objetivo da atividade econômica.

Um belo exemplo do que não pode ser considerado um investimento estrangeiro de interesse nacional é relatado por Joseph Stiglitz:⁴⁴³ “A Argentina mostra os perigos que os bancos estrangeiros representam. Antes do colapso de 2001, o setor bancário argentino *havia sido dominado pelos bancos estrangeiros* e, apesar de esses bancos fornecerem recursos financeiros com facilidade para as multinacionais, e mesmo para as grandes empresas locais, as pequenas e médias corporações da Argentina não podiam contar com nenhum capital. (...) E a falta de crescimento – para a qual contribuiu a falta de financiamento – *foi crucial para o colapso da Argentina*” [destaques nossos].

Via de regra, o investimento estrangeiro direto harmoniza-se mais com o mandamento constitucional do que o investimento indireto. Quando o investidor estrangeiro realiza um efetivo aporte de capital numa empresa, ele demonstra um interesse mais duradouro no investimento. O investidor do mercado financeiro, ao contrário, é muitas vezes motivado pela obtenção de lucros em curto prazo, podendo zerar totalmente suas posições em questão de minutos. Não se pretende dizer que o investimento indireto seja maléfico para um país, até porque ele traz crescimento e solidez para o mercado financeiro, mas é inegável que uma economia cujos investimentos, em sua maior parte, se concentrem em aplicações especulativas apresenta uma fragilidade bem maior do que aquela fundada em investimentos de longo prazo. Uma amostra do que pode ocorrer com a economia de um país nesses casos ocorreu em 1997, quando um ataque especulativo devastou a economia dos, até então,

⁴⁴² Cf. Item 6.3.2 abaixo.

⁴⁴³ STIGLITZ, Joseph. **A globalização e seus malefícios**, São Paulo: Futura, 2002, p. 123.

chamados “Tigres Asiáticos” dando início à maior crise mundial desde a Grande Depressão, segundo os especialistas.⁴⁴⁴

6.3 Tributação e “interesse nacional”

Se a Constituição Federal prescreve que os investimentos de capital estrangeiro serão disciplinados com base no interesse nacional, podemos inferir que o regulamento tributário, tanto das operações, como das rendas relativas aos investimentos, deverão também atender ao interesse nacional. Noutras, palavras, os investimentos de capital estrangeiro serão tributados com base na “justiça social”, princípio do artigo 170. Essa conclusão aplica-se a dois aspectos diferentes da atividade estatal de tributar: (i) o cidadão, inclusive o estrangeiro, deve ocupar posição central na relação jurídico-tributária; e (ii) em se tratando de investimentos estrangeiros, a tributação deve ser de forma tal a não inviabilizá-lo, o que, na prática, barraria, ou desencorajaria o aporte de capital forâneo na economia nacional.

6.3.1 O papel central do contribuinte

Tem-se que a relação jurídico-tributária é formada pelos sujeitos ativo e passivo, Estado e contribuinte, em torno de um objeto, uma certa quantia em dinheiro, cuja origem encontra-se na prática levada a efeito pelo sujeito passivo de um ato ou uma situação fática prevista legalmente.

Baseada essencialmente na autoridade do Estado sobre o contribuinte, a relação tributária historicamente nunca primou pelo reconhecimento e exercício da cidadania, pois que nunca houve reformas legislativas amplas o suficiente para conceder o devido relevo à consideração dos princípios da ordem sociológica e afirmação da posição da pessoa humana como ser social e como cidadão em relação à natureza do dever de contribuir para a realização integral da coletividade.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ STIGLITZ, Joseph. **A globalização e seus malefícios**, São Paulo: Futura, 2002, p. 125.

⁴⁴⁵ FAVEIRO, Vitor. **O estatuto do contribuinte**, Coimbra: Ed. Coimbra, 2002, p. 10.

Todavia, segundo sustenta Renato Lopes Becho,⁴⁴⁶ na atualidade, a afirmação de que o direito cria suas próprias realidades tem de ser sopesada com um importante condicional: o respeito ao ser humano acima de tudo, notadamente com sua diversidade. Ou seja, o direito cria suas próprias realidades desde que essa realidade normativa esteja em consonância com os valores supremos do ordenamento jurídico.

A posição central do contribuinte na relação tributária exige que a tributação não seja uma mera técnica, mas que seja um ato estatal que respeite e que promova os valores constitucionais que dão dignidade ao homem. A arrecadação, que consiste na expropriação de uma parcela do patrimônio do contribuinte, não pode ser visto como um simples ato de força estatal, mas uma prática (legítima, sem dúvidas) que atenda não aos detentores do poder, mas à comunidade e ao cidadão.⁴⁴⁷ É o que Faveiro⁴⁴⁸ chama “estrutura humanista da fiscalidade”, em que visualizam-se dois pressupostos: o da consideração do homem – pessoa e cidadão – como causa, objeto, medida e fim de todas as instituições; “é sempre o homem que se encontra, afinal, na constituição do próprio Estado e na causa e destino do imposto”.

Becho⁴⁴⁹ sintetiza seu posicionamento nos seguintes termos: “Colocar o homem no centro do direito tributário implica afirmar que a simples arrecadação não é mais o fim último do direito tributário. A finalidade do direito tributário é fazer da arrecadação um ato de *justiça social*, com limites, com proteções ao contribuinte diante da força e da voracidade do Estado. (...) Os sujeitos passivos que recolhem os tributos aos cofres públicos têm *poderes constitucionais*, que são os instrumentos de defesa, destacando-se as possibilidades de oposição a uma tributação desmedida”.

Os artigos 1º e 170 da Constituição protegem o direito fundamental à livre iniciativa e trabalham em sintonia com o §1º do artigo 145, que garante ao contribuinte resistir contra a intervenção fiscal – capacidade contributiva. Essa realidade autoriza

⁴⁴⁶ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito**, Tese de Livre Docência, não publicada, São Paulo: USP, 2008, p. 323-324.

⁴⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 325.

⁴⁴⁸ FAVEIRO, Vitor. **O estatuto do contribuinte**, Coimbra: Ed. Coimbra, 2002, p. 11.

⁴⁴⁹ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito**, Tese de Livre Docência, não publicada, São Paulo: USP, 2008, p. 324.

afirmar que, se a imposição tributária for alta a ponto de inviabilizar o exercício pleno da atividade econômica, é possível a intervenção judicial no sentido de fazer valer a norma constitucional invalidando as regras impositivas excessivas.

6.3.2 *A tributação como fator indutor do investimento de “interesse nacional”*

A globalização econômica propiciou um movimento de capitais entre fronteiras sem precedentes na história mundial. Necessitando expandir suas economias, os países em desenvolvimento travam entre si intensas disputas pelo capital estrangeiro, concedendo, incentivos fiscais e financeiros, o que não raro acarreta lucros mínimos em contrapartida a benefícios vultosos para os investidores. A abertura indiscriminada para o capital estrangeiro pode ocasionar a asfixia da indústria nacional, ou crises setoriais, como visto no caso argentino relatado por Stiglitz, provocando a eliminação da concorrência e o desemprego. Ademais, a renúncia fiscal incorrida para a atração do investimento pode não receber a contrapartida desejada, acarretando prejuízos consideráveis nas contas públicas.

São raras as vozes que se levantam contra o investimento estrangeiro, contudo. É certo que os investimentos geradores de benefícios diretos e indiretos para a população são extremamente relevantes em qualquer economia. Essas duas realidades precisam ser trabalhadas da forma mais eficiente possível: a ação governamental que visa a promover a entrada de capital estrangeiro e os benefícios para a economia nacional decorrentes do aporte internacional. A relação é sintetizada por Celso Bastos⁴⁵⁰ no seguinte sentido: “Não adianta o Estado fixar exigências exageradas no que tange ao capital estrangeiro, porque isso só resultaria na fuga desses capitais. Há, sem dúvida, um meio termo que deve ser alcançado pelo Estado, através da disciplinação da matéria que vise à conjugação de esforços entre fornecedor e receptor, gerando um benefício para ambos os lados”.

A ordem tributária figura como um fator decisivo para a atração de investimentos que se alinham ao interesse nacional. Parte-se da idéia que a lei tributária tem o condão de sub ou sobreonerar a atividade econômica, tornando-se um método

⁴⁵⁰ BASTOS, Celso. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros, **Revista dos Tribunais**, n. 463/25.

eficaz na intervenção do Estado no domínio econômico no sentido de induzir (intervenção por indução)⁴⁵¹ comportamentos no contribuinte que sejam desejados pela Constituição, já que a intervenção do Estado é forçada pela norma do artigo 172, “com o escopo de ajustar os comportamentos econômicos, visando assegurar operacionalidade, de forma harmoniosa e engrenada, aos elementos previstos na Ordem Econômica”.⁴⁵²

Como já analisado, o Estado brasileiro adota uma concepção dirigista da atividade econômica, tendo-se estabelecido um vetor de atuação estatal positiva, a que fica imposto o dever de construir uma sociedade na qual seja valorizada a pessoa humana, com existência digna, num ambiente de justiça social, numa clara superação da ideologia liberal segundo a qual Estado era concebido para ocupar a posição de mero vigilante de um curso econômico que se auto-regulava por "leis naturais".

Ora, se dentre as formas de atuação estatal sobressai a tributação, e se a Constituição preceve que a lei deverá atender o interesse nacional na disciplina no capital estrangeiro, parece coerente a conclusão de que as normas tributárias indutoras, longe de serem exceção, surgem em obediência ao preceito constitucional da atuação positiva do Estado, de acordo com o artigo 170.

A intervenção por indução dá-se por estímulos ou desincentivos pelo Estado. Na primeira modalidade, o Estado proporciona vantagens adicionais àqueles que incorrem nos atos contemplados pela norma, que não seriam obtidas no livre funcionamento do mercado, citando os casos das subvenções e incentivos fiscais; no caso de desincentivos, recai o destinatário da norma em custos que não lhe seriam imputados, em caso de livre curso do mercado.⁴⁵³

O tributo é, pois, um instrumento eficiente para a atuação do Estado em sentido político, seja na escolha dos sujeitos que devem suportar os ônus devidos por um dado programa de despesas, seja na escolha dos fatos jurídico-tributários. Por meio de

⁴⁵¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 41.

⁴⁵² *Idem, ibidem*, p. 64.

⁴⁵³ *Idem, ibidem*, p. 52.

atuações nesse sentido, o Estado influenciará terminantemente as decisões dos agentes econômicos estrangeiros, influenciando na *concretização*, por meio da alocação de recursos, dos princípios constitucionais aplicáveis caso a caso, notadamente os princípios da solidariedade social e econômica.

Vê-se, por tudo, que a relação mantida entre a tributação e a ordem econômica é bastante próxima. Nesse sentido, Schoueri⁴⁵⁴ aduz que “Sobre a relação entre tributação e Ordem Econômica, deve-se ponderar que a primeira não é um corpo estranho na última, mas parte dela e por isso deve estar em coerência com a Ordem Econômica, submetendo-se a ela”. Às normas tributárias cabe servir de instrumento para a concretização da Ordem Econômica preconizada pela Constituição Federal de 1988.

Em sua atuação positiva, o Estado brasileiro reveste-se de sua condição de **Estado Democrático Social de Direito** com o objetivo de implementar por meio das três esferas de Poder os princípios delineados em sua Constituição Econômica (eis a relação dialética consentida entre o Estado Social e o Estado de Direito, de que fala Schoueri). Dessa forma, compete ao governo a construção de uma sociedade na qual seja valorizada a pessoa humana e na qual todos vivam dignamente, num ambiente de justiça social. Os princípios arrolados no artigo 170 informam a leitura dos princípios delineados nos incisos que lhe seguem, extensivos, portanto, às normas tributárias.⁴⁵⁵ Assim, tem-se:

- a) **Soberania econômica:** materializa-se pelo incentivo a investimentos estrangeiros que possibilitem a transferência de tecnologia a fim de diminuir a dependência do estrangeiro;
- b) **Propriedade privada:** é o parâmetro de aferição dos limites de invasão da norma tributária sobre a propriedade particular, seja no que se refere à tributação, propriamente dita (alavanca), seja no que tange ao efeito indutor que a medida pode ter sobre o uso da

⁴⁵⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 80.

⁴⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 99-100.

propriedade, lembrando que tais limites devem ser construídos a partir da atuação caso a caso;

- c) **Função social da propriedade:** surge no sentido de motivar normas tributárias indutoras que estimulem o adequado emprego da propriedade pelos investidores
- d) **Livre concorrência:** o legislador, por meio de instrumentos tributários indutivos, promoverá a instalação de novos agentes econômicos que otimizem a concorrência com os nacionais;
- e) **Defesa do consumidor:** atendem ao interesse nacional os investimentos que produzam bens de primeira necessidade, os quais, pela sua essencialidade poderão gozar de isenções totais ou parciais;
- f) **Defesa do meio ambiente:** mote do Direito Tributário Ambiental, que concerne ao emprego de normas tributárias, principalmente como forma de corrigir a alocação de fatores econômicos, exigindo que se computem na atividade poluidora os custos das externalidades geradas, no sentido de sobre onerar as empresas estrangeiras que não estejam de acordo com os *standards* estabelecidos pelas autoridades ambientais municipal, estadual e federal (CF, artigo 23, VI);
- g) **Redução das Desigualdades Regionais e Setoriais:** problema observado há tempos pelo Brasil, a desigualdade regional, principalmente, pode ser diminuída, e, de fato vem sendo, por meio de incentivos fiscais à instalação de empresas em áreas com baixo desenvolvimento sócio-econômico e IDH;
- h) **Busca do Pleno Emprego:** a geração de postos de trabalho é um aspecto chave na promoção da dignidade da pessoa humana, sendo fundamental para o Brasil o investimento direto em detrimento daqueles meramente especulativos;

- i) **Tratamento Favorecido para Empresas de Pequeno Porte:** a indução estatal por meio de leis tributárias promove investimentos estrangeiros de grande porte, os quais viabilizam a criação de empresas-satélite que funcionam como suporte para o desenvolvimento da atividade principal, como empresas de alimentação e vestuário para funcionários, equipamentos de segurança etc.

- j) **Livre Exercício de Qualquer Atividade Econômica:** cuja relevância para as normas tributárias indutoras está em não poderem elas implicar discriminação a qualquer trabalho, ofício ou profissão.

CONCLUSÃO

1. É condição necessária à imposição tributária a conexão do fato jurídico-tributário com o ordenamento do Estado que pretende exercer tal pretensão, sem o que se configuraria invasão à soberania alheia.

2. Entende-se por critérios de conexão os elementos da norma geral e abstrata que estabelecem relações entre certo fato jurídico com e o ordenamento – nos casos aqui estudados, o ordenamento tributário especificamente – do ente tributante.

2-A. Os critérios de conexão objetivos são atributos do próprio fato tributável, que se encontra ligado ao ordenamento tributário do país pelo fato de ter acontecido dentro dos seus limites territoriais. O critério de conexão, portanto, encontra-se no aspecto espacial da regra-matriz de incidência.

2-B. Os critérios de conexão subjetivos identificam nas características pessoais do próprio sujeito passivo o vínculo necessário à imposição tributária. Neste caso, o critério de conexão está no aspecto pessoal da regra-matriz de incidência.

3. Não existe definição expressa de “não-residente”, sendo este um conceito construído a partir da antítese da residência.

4. A qualificação jurídica de residência representa um papel central na tributação internacional. É por meio da qualificação jurídica de “residente” ou “não-residente” que será determinado o tratamento tributário aplicável ao sujeito passivo: se baseado no princípio da universalidade dos rendimentos (*worldwide income*), para os primeiros, ou na territorialidade pura, para os últimos.

5. A condição de residente para fins fiscais contém critérios que a diferencia dos conceitos relativos aos demais ramos do direito, o que nos obriga a estudar o conceito de forma individualizada.

6. Para a qualificação da residência, o direito brasileiro adota critérios objetivos: para pessoas físicas, a posse do visto permanente ou de trabalho, ou, no caso, de portar

visto provisório, que aqui se estabeleça por 183 dias; para pessoas jurídicas, a residência, quando existir um único estabelecimento, é o lugar de situação deste; havendo pluralidade de estabelecimentos, à opção da pessoa jurídica, o lugar onde se achar o estabelecimento centralizador das suas operações ou a sede da empresa dentro do País.

7. Os critérios de residência são estabelecidos pelo direito interno de cada país, obedecendo a princípios próprios, de acordo com seus próprios interesses e concepções. É bastante comum, no cenário internacional, que os critérios de residência de dois, ou mais países, coincidam de forma tal que o mesmo contribuinte seja chamado a compor relações obrigacionais tributárias com o mesmo objeto, mas com sujeitos ativos diferentes. Este é um dos casos da chamada “pluritributação internacional de rendas”.

7-A. Tendo por fim erradicar situações desse jaez é que se fazem necessárias as convenções contra a dupla tributação, estabelecendo critérios de determinação da residência fiscal – ou critérios de desempate, *tie breaker rules* – nos casos em que é detectada a concorrência de soberanias fiscais, tendo por base o princípio da unicidade das residências.

8. O investimento estrangeiro é um conceito econômico absorvido pelo sistema jurídico, contudo, o seu tratamento pelas legislações internas e instrumentos internacionais é divergente, a variar de acordo com o escopo da regulamentação.

9. Os conceitos de investimentos estrangeiros diretos e indiretos também variam de acordo com a origem da definição. Há traços em comum: investimento estrangeiro direto consiste no efetivo aporte de capital em empresas localizadas noutro país; investimento estrangeiro indireto é aquele realizado por meio de intermediários financeiros, como os bursáteis ou em fundos.

10. O investidor estrangeiro que deseje investir diretamente no Brasil possui as seguintes alternativas: (i) constituir filiais, sucursais ou agências, necessitando, neste caso, da devida autorização; (ii) aquisição de participações societárias, por meio de subsidiárias ou controladas; (iii) constituição de *holdings*; (iv) participação minoritária em empresas brasileiras; (v) diretamente, de forma precária, sem uma base fixa de negócios que seja suficiente para se caracterizar como estabelecimento permanente.

10-A. Para funcionar regularmente no Brasil, as filiais necessitam de autorização do governo, de acordo com o artigo 11 do Decreto-Lei n. 4.657/1942, Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

10-B. Excepcionando-se essa hipótese, não há maiores entraves para a atuação estrangeira no Brasil no que se refere a investimentos.

11. Por força da norma extraída da combinação dos artigos 146 e 147 do Regulamento do Imposto de Renda, as filiais de sociedades estrangeiras são equiparadas às pessoas jurídicas brasileiras para fins de incidência do imposto sobre a renda

12. As filiais e os estabelecimentos permanentes estão sujeitos ao regime de tributação sintético, ou seja, os rendimentos por eles produzidos serão tributados no seu somatório de componentes negativos e positivos (conceito de renda tributável) conforme a escrituração contábil.

13. Os outros componentes redituais, que não se relacionam ao *business income*, estarão submetidos à tributação isolada conforme as normas próprias a cada categoria (*royalties*, dividendos, ganhos de capital, etc.).

14. Na maioria das vezes, os investidores estrangeiros constituem pessoas jurídicas independentes, controladas ou coligadas, tendo em vista eximir-se das complexas regulamentações relativas às filiais e aos estabelecimentos permanentes.

15. As *joint ventures* são instrumentos valiosos para investimentos internacionais, figurando como uma boa opção comercial ou industrial nos setores de altos riscos ou de elevada complexidade industrial.

16. A soberania tributária é uma derivante do conceito geral de soberania e, nessa medida, seus conceitos se assemelham.

17. Soberania tributária e competência tributária são conceitos próximos, porém, distintos. A instituição de tributos é um poder decorrente da existência da soberania. o primeiro é manifestação técnica da segunda. Pode-se dizer que somente a República Federativa do Brasil ostenta soberania, enquanto que a competência de instituir tributos é conferido constitucionalmente à União, aos estados, aos municípios e ao Distrito Federal.

18. O princípio da territorialidade tributária, sob o aspecto material, equivale ao âmbito de incidência da lei tributária dotada de aplicação territorial, mas com possibilidade de localizar fatos jurídicos ou sujeitos passivos em qualquer parte, para que venha a nascer a obrigação tributária.

18-A. Sob o ângulo formal, o princípio da territorialidade diz com a noção de soberania. Assim, por força do princípio, ergue-se a impossibilidade de execução coercitiva de atos de império estrangeiros tendentes a verificar a ocorrência dos fatos tributáveis.

19. A tributação dos não-residentes pelo Brasil pode ser realizada sob dois regimes: o analítico, de tratamento isolado, em que a tributação incide diferentemente sobre cada espécie de rendimentos, sem que variações positivas ou negativas influam no objeto de cada relação tributária, e o sintético, em que a pessoa jurídica não-residente, que aqui realiza negócios de forma orgânica, considere seus rendimentos de forma global, fazendo incidir o imposto somente sobre o resultado apurado após o confronto dos componentes positivos e negativos por ela obtidos no final do período (aspecto temporal), escriturados contabilmente.

20. É possível a incidência do imposto sobre a renda brasileiro sobre rendas produzidas ou remetidas de fontes aqui situadas, não necessitando, a nosso ver, da cumulação de ambas, como sustenta parte da doutrina. Assim, é possível a incidência sobre rendas auferidas por beneficiário localizado no exterior quando a fonte de pagamento também esteja lá localizada, desde que a fonte de produção seja brasileira.

21. O critério temporal da regra-matriz de incidência do imposto de renda aplicável aos não-residentes corresponde ao momento em que os rendimentos forem “percebidos” pelo sujeito passivo (artigo. 682 do RIR), ou seja, quando haja o respectivo “pagamento, crédito, emprego, entrega ou remessa” (art. 685 do RIR).

22. Sujeito passivo é a pessoa legalmente obrigada a adimplir, em seu nome, a obrigação, estando ela a suportar o ônus econômico ou não.

23. O imposto sobre a renda devido por não-residentes se sujeita à sistemática de recolhimento na fonte por razões de conveniência e racionalidade na arrecadação dos tributos.

24. A retenção na fonte não constitui hipótese de solidariedade tributária, pois não há “interesse comum” entre fonte e contribuinte que autorize essa qualificação.

25. É possível a incidência de IR sobre ganho de capital quando somente a fonte de produção está localizada no país. A norma do artigo 26 da Lei n. 10.833/2003, portanto, não apresenta inconstitucionalidades neste tocante.

25-A. Todavia, padece de ineficácia de técnica de caráter semântico tendo em conta que a verificação da existência de ganho de capital é, na prática, impossível, pois não existem dados suficientes para aferir o ganho de capital.

25-B. No caso de o adquirente ser não-residente, o procurador só poderá cumprir o dever a si atribuído se o adquirente, residente ou domiciliado no exterior, lhe remeter os recursos para o pagamento do imposto. Sem essa condição, o procurador brasileiro não terá meios para cumprir a obrigação sem que o ônus financeiro recaia sobre ele próprio, o que contraria a natureza da substituição tributária.

26. As regras referentes à tributação do câmbio figuram como fundamentais para as operações de investimento estrangeiro, tendo em conta as regras do curso legal e forçado do Real no Brasil.

27. As operações de câmbio têm por objeto a troca de uma moeda por outra, e podem ser formais, realizadas mediante um contrato, ou informais, realizadas à viva voz.

28. À União compete instituir tributo sobre operações de crédito, câmbio e seguros, relativas a títulos ou valores imobiliários, ou sobre operações com ouro quando este for ativo financeiro ou instrumento cambial. São cinco materialidades distintas sob a mesma sigla: IOF.

29. O IOF é um tributo com baixa função fiscal, ao que se diz que ele é um exemplo dos tributos extrafiscais, regulares da atividade econômica.

30. A materialidade da regra-matriz de incidência do imposto sobre operações de câmbio consiste em “realizar operações de câmbio”, entendidas aquelas operações consistentes na troca de moeda estrangeira por seu equivalente em moeda nacional.

31. O critério espacial da RMI confunde-se com o âmbito espacial de validade da norma, que, no caso, é o território nacional, tendo-se em conta que se trata de uma lei nacional.

32. Embora não esteja previsto literalmente na lei, o que faz parte da doutrina sustentar a inconstitucionalidade desta imposição, é possível dizer, com a leitura do artigo 116 do Código Tributário Nacional, que o critério temporal da RMI do IO/Câmbio é o momento em que há para o sujeito passivo a disponibilização do preço que lhe foi pago em troca da mercadoria, a moeda, ou seja, o momento da liquidação do contrato.

33. Partindo da premissa de que o sujeito passivo é a pessoa eleita para cumprir em seu nome a obrigação tributária, pode-se dizer que a sujeição passiva da relação tributária do IO/Câmbio são as instituições financeiras autorizadas a operar câmbio, nos termos do artigo 6º da Lei 8.894/1994.

34. A Constituição econômica de um país consiste nos enunciados destinados a regular a atividade econômica naquela sociedade, estando eles contidos na Constituição formal ou não.

35. É repleta de princípios a Constituição econômica brasileira. Embora consagre a opção capitalista do Estado brasileiro, a Constituição não deixou de consagrar princípios básicos que deverão ser buscados pelo legislador brasileiro.

36. A ordem econômica tem por *fim* assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. São essas as palavras utilizadas pelo constituinte originário para ditar o artigo 170.

36-A. O Brasil, à vista disso, adota um modelo “capitalista humanista”, que, exigindo a concretização dos princípios trazidos pelo artigo 170, encontra motivação de existência, ou finalidade, a dignidade da pessoa humana.

37. Não se trata de meras exortações morais, mas enunciados que trazem consigo uma carga excepcional de normatividade. As normas programáticas têm função chave no ordenamento jurídico brasileiro, servindo de vetor interpretativo não só para o legislador, mas para toda a Administração Pública.

38. A falta de concretização das normas programáticas se deve a um vício comum nos países da modernidade periférica: a constitucionalização simbólica, situação em que os governantes eximem-se de cumprir a Constituição ao argumento de que a sociedade é atrasada, descarregando-se o governo da responsabilidade de concretizar a Constituição.

39. A função dos princípios no esforço hermenêutico, portanto, é tal que se espera o direcionamento de todo o ordenamento no sentido por eles apontado.

40. Ressalte-se que não são os princípios regras de interpretação, mas o próprio objeto da interpretação, muito embora não o seja da maneira tradicional.

41. Dentro do contexto do artigo 170 insere-se o artigo 172, prescrevendo que a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, regulará a remessa de lucros e incentivará os reinvestimentos.

41-A. Como resultado de uma interpretação sistemática, pode-se afirmar que o artigo 172 tem como matriz principiológica o artigo 170, devendo ser lido de acordo com este último.

41-B. Assim sendo, o interesse nacional será atendido quando o investimento estrangeiro não ir de encontro aos princípios do artigo 170 ou dificultar a sua concretização, podendo ser recusado nesses casos.

41-C. Se a Constituição Federal diz que a lei disciplinará com base no interesse nacional os investimentos de capital estrangeiro, deve-se inferir que o regulamento tributário, tanto das operações, como das rendas relativas aos investimentos, deverão também atender ao interesse nacional.

41-D. Essa conclusão traz dois desdobramentos: (i) o cidadão, inclusive o estrangeiro, deve ocupar posição central na relação jurídico-tributária; e (ii) em se tratando de investimentos estrangeiros, a tributação deve ser de forma tal a não inviabilizá-lo, o que, na prática, barraria, ou desencorajaria o aporte de capital forâneo na economia nacional.

42. Na atualidade, a realidade jurídica e o exercício da coerção patrimonial devem estar integralmente conformados com os princípios supremos do ordenamento jurídico, notadamente os que dizem com a dignidade da pessoa humana. Assim, a

posição central do contribuinte na relação tributária exige que a tributação não seja uma mera técnica, mas que seja um ato estatal que respeite e que promova os valores constitucionais que dão dignidade ao homem.

43. A lei tributária figura deve ser entendida como um recurso de intervenção do Estado no domínio econômico no sentido de concretizar os direitos humanos fundamentais inscritos na Constituição Federal, notadamente os do artigo 170.

43-A. Em sua atuação positiva, o Estado brasileiro reflete a condição de Estado Democrático Social de Direito, cabendo-lhe implementar os princípios delineados na Constituição Econômica. Deve o Estado, pois, a partir da utilização da tributação como fator incentivador dos investimentos internacionais, promover a construção de uma sociedade informada pelos valores da livre iniciativa e valorização do trabalho humano, onde a todos seja garantido o mínimo existencial, num ambiente socialmente justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALVES, Taciana Stanislau Afonso Bradley. O princípio da renda mundial no direito brasileiro. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. Periodicidade do Imposto de Renda, **Revista de Direito Tributário** n. 63, São Paulo: Malheiros, 1994.
- ANDRADE JR., Attila de Souza Leão. **O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ANTÓN, Fernando Serrano. ¿Hacia la unificación del derecho tributario para residentes y no residentes? *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. vol. 3, São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11ª ed. atual. Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos estrangeiros no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BARBOSA, Denis Borges. As mutações no regime do capital estrangeiro após a Carta de 1988. Disponível em: <www.denisbarbosa.addr.com/21.doc>. Acesso em 14 ago. 2009.
- _____. **Tratamento do capital estrangeiro desde a Lei de 1962 até a Carta de 1988**. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/29.doc>>. Acesso em 29 maio 2009.
- BARROS, José Eduardo Monteiro de. Regime do capital estrangeiro. **Curso de direito empresarial**, vol. 3, São Paulo: LGDJ, 1976.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASSO, Maristela. **Joint venture: manual prático das associações empresariais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

- _____. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros. **Revista dos Tribunais**, vol. 463. São Paulo: Ed. RT.
- BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito**. Tese de Livre Docência, não publicada, São Paulo: USP, 2008.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007.
- BIFANO, Elidie Palma. **O mercado financeiro e o imposto sobre a renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1995.
- _____; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO. **Dicionário de política**. 5ª ed. São Paulo: Ed. UnB, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8ª ed. São Paulo: Renovar, 2003.
- BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição Federal anotada**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CALIENDO, Paulo. Do conceito de estabelecimentos permanentes e suas aplicação no direito tributário internacional. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- _____. **Estabelecimentos permanentes em direito tributário internacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CARNEIRO, Anna Carolina Coêlho. **Soberania: um novo conceito ou uma readaptação a novos tempos**. Dissertação de mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. A tributação na Constituição, o princípio da autonomia municipal e o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS). Questões conexas. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Curso de direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARREAU, Dominic, FLORY, Thiébaud, JUILLIARD, Patrick. **Droit international economic**. Paris: LGDJ, 1990.
- CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Direito tributário, linguagem e método**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- _____. O princípio da territorialidade no regime de tributação da renda mundial (universalidade). *In*: IBET. **Justiça Tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1997.
- CASTRO, Eduardo Spinola; SEQUEIRA, Andrea Spinola C. V. Investimento de capital estrangeiro e desenvolvimento econômico – A regulamentação e a tributação como incentivo ou desestímulo. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Tributação nos mercados financeiro e de capitais e na previdência provada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CEZAROTI, Guilherme. A tributação do ganho de capital nas operações entre não-residentes prevista na Lei n. 10.833/2003. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 105/53, São Paulo: Dialética, 2004.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. Estado constitucional, neoconstitucionalismo e tributação. Disponível em: <www.cleveadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc>. Acesso em 21 jun. 2009.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CORREIA, Rita. **Tratado de Roma**. Hemeroteca Municipal de Lisboa. Disponível em: <<http://hemerotecadigital.cm-lisboa.pt/EFEMERIDES/50anos/TratRoma.pdf>>. Acesso em 11 jul. 2009.
- COSTA, Alcides Jorge. ICMS e substituição tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 2, São Paulo: Dialética, 1995.
- CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milão: Giuffrè, 1952.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- FAVEIRO, Vitor. **O estatuto do contribuinte**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.
- FERRAZ Jr., Tércio. Direito e cidadania na Constituição Federal. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>>. Acesso em 17 ago. 2008.
- _____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Pinto. **Capitais estrangeiros e dívida externa do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1965.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FONTENELE, Leopoldo C. **Aspectos do investimento internacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1960.

- GALHARDO, Luciana Rosanova. Serviços técnicos prestados por empresa francesa e imposto de renda na fonte. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 31, São Paulo: Dialética, 2008.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. vol. 1, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GONÇALVES, José Artur da Lima. **Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e desnacionalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. Incidência do imposto de renda sobre ganho de capital auferido por não-residentes, *In SANTI*, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Interpretação e estado de direito**, São Paulo: Noeses, 2006.
- _____. **Tratados internacionais em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 1999.
- GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 3ª ed. São Paulo: RCS, 2007.
- GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Ricardo M.; GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1985.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- _____. **Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha**. 20ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- HOBSBAWN, Eric. **Era dos extremos – o breve século XX**, 2ª ed., Trad. Marcos Santarrita, São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.
- IMF, International Monetary Found. Balance of payments Manual. Washington: IMF, 2007. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf>>. Acesso em 15 jul. 2009.
- IMF, International Monetary Found. Balance of payments Manual. Washington: IMF, 2008. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/cat/longres.cfm?sk=157.0>>. Acesso em 03 jul. 2009.
- JARACH, Dino. **O fato imponible – teoria geral do direito tributário substantivo**. Trad. Dejalma Campos. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. **Economia internacional – teoria e política**. Trad. Eliezer Martins Diniz. 6ª ed. São Paulo: Pearson, 2005.

- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.
- LEVI, Alessandro. **Teoria generale del diritto**. 2ª ed. Padova: Cedam, 1967.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. Gasto com educação e imposto de renda. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 165, São Paulo: Dialética, 2009.
- _____. O contribuinte e o responsável no imposto de renda na fonte. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 70, São Paulo: Dialética, 2001.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional – anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Lei Complementares 87/1996 e 116/2003**. São Paulo: Atlas, 2007.
- MAITTO, Rodrigo. **Aplicação de tratados internacionais contra a dupla tributação – qualificação de *partnership joint ventures***. São Paulo: Quatier Latin, 2009.
- MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 28ª ed. atual. Jorge Lobo. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868 de 10.11.1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MATSUSHITA, Thiago. **Análise reflexiva da norma matriz da ordem econômica**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. vol. II, 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MOREIRA FILHO, Aristóteles. Os critérios de conexão na estrutura da norma tributária. *In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 1998.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**. São Paulo: Noeses, 2005.
- MUSA, Simone Dias e PRADO, Marcos Vinícius Passarelli. A tributação de ganhos auferidos por não-residentes na alienação de bens localizados no Brasil – Análise do

- artigo 26 da Lei n. 10.833/2003. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 156, São Paulo: Dialética, 2008.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NAZAR, Nelson. **Direito econômico**. São Paulo: Edipro, 2004.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NUNES, Renato. Ganho de capital em investimentos estrangeiros – incidência, apuração e sujeitos passivos do Imposto sobre a Renda. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 154, São Paulo: Dialética, 2008.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Parte geral, tomo I, Campinas: Bookseller, 1999.
- _____. **Tratado de direito privado**. tomo IV, atual. por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000.
- PONTES FILHO, Valmir. **Curso fundamental de direito constitucional**. São Paulo: Dialética, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. 2, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PRADO JR., Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1974.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RINCK, Gerd. **Wirtschaftsrecht**, 2ª ed. rev. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns, 1969.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Parte geral, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANTOS, Manuel da Costa. **Os investimentos estrangeiros no Brasil**. São Paulo: FCIESP, 1995.
- SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista no Brasil**. São Paulo, 2008. Não publicado.
- _____. e MATSUSHITA, Thiago. **O direito econômico brasileiro como direito humano tridimensional**. São Paulo, 2008.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVEIRA, Eduardo Teixeira. O regime jurídico do investimento estrangeiro no Brasil. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

- SILVEIRA, Renata Marcheti. **Registro do capital estrangeiro e intervenção do Estado nos contratos privados**. Tese de doutorado, São Paulo: PUC/SP, 2005.
- SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 2ª ed. Cambridge: Cambridge Press, 2004.
- STIGLITZ, Joseph. **A globalização e seus malefícios**. São Paulo: Futura, 2002.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.
- TEIXEIRA, Alessandra. A residência das pessoas jurídicas no direito tributário brasileiro: art. 75 do Código Civil. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. vol. 5, São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil. **Revista dos Tribunais**, n. 463, São Paulo: Ed. RT, 1974.
- TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional – planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- _____. Princípio da territorialidade e tributação de não-residentes no Brasil. Prestações de serviços no exterior. Fonte de produção e fonte de pagamento. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- _____. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- USERA, Raúl Canosa. **Interpretación constitucional y formula política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- UTUMI, Ana Cláudia Akie. O não-residente na legislação do imposto de renda. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. vol. 5, São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. **O regime tributário brasileiro do imposto sobre a renda de não-residentes: a fonte como critério de conexão**, Tese de Doutorado, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.
- VIDIGAL, Geraldo Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Ed. RT, 1977.
- XAVIER, Alberto. **Direito internacional tributário do Brasil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. **Direito tributário e empresarial – pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- _____. Natureza jurídica do Certificado de Registro de Investimento Estrangeiro – alienação parcial de participações societárias e redução do capital social. **Revista de Direito Mercantil**, n. 69, São Paulo: Ed. RT, 1988.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)