

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP
Pós-Graduação em Direito Internacional

ELKE COELHO VICENTE

INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL

SÃO PAULO

2010

ELKE COELHO VICENTE

INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL

Trabalho apresentado à Coordenadoria Geral de
Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia
Universidade Católica COGEAE - PUC-SP

Orientador: Professor Paulo Marcos Rodrigues Brancher.

SÃO PAULO

2010

À minha família e amigos pelo apoio, carinho e paciência. Ao professor Paulo Brancher pelo auxílio e estímulo. Ao Banco Central do Brasil, pelo tempo concedido para me dedicar a esse estudo

“ O único factor material indispensável para a geração do poder é a convivência entre os homens. (...) Todo aquele que, por algum motivo, se isola e não participa dessa convivência renuncia ao poder e torna-se impotente, por maior que seja a sua força e por mais válidas que sejam as suas razões.” *Hannah Arendt, in 'A Condição Humana'*

RESUMO

A globalização voltou a despertar o interesse dos Estados para o tema do investimento estrangeiro, mormente porque possui como veículo as grandes empresas transnacionais que dispõem de ampla flexibilidade para eleger os mercados para os quais pretendem se expandir e dos quais pretendem sair.

Apesar do coincidente foco de atenção dos países para o assunto objeto deste trabalho, até o presente momento não se logrou implementar uma disciplina multilateral para a matéria. Tentativas existiram, porém sem grande êxito. A contraposição dos interesses entre os países exportadores de capital e aqueles que dele necessitam como fonte de recursos para impulsionar sua economia e assim tentar atingir melhor nível de desenvolvimento impede que seja estabelecido um consenso.

Neste cenário, os acordos bilaterais têm assumido importante papel na regulamentação do tema, porém em âmbito mais restrito que o desejado. Isso ocorre porque a celebração destes acordos internacionais não busca disciplinar, da melhor forma possível o investimento estrangeiro, visando ao atendimento de um interesse superior que aqueles individualmente considerados, ou seja o interesse da comunidade internacional de que se estabeleça um equilíbrio nas relações travadas pelos atores internacionais. Eles buscam, sim, atender aos objetivos dos países que os celebram, como por exemplo, se a intenção for de proporcionar maior liberalização do fluxo de investimentos, serão aprovadas disposições em determinado sentido; se ao contrário, a finalidade for a de aumentar a proteção da indústria doméstica, um acordo completamente distinto pode ser fruto das negociações entabuladas.

Sendo assim, a legislação interna é de fundamental importância para adequar o investimento estrangeiro aos particulares interesses de cada Estado de forma a impedir que a sua entrada em território nacional apenas persiga o lucro, incondicionalmente, mas que se consiga, também, extrair dela as potencialidades tão citadas e defendidas por alguns, em prol do desenvolvimento.

Palavras-chave: investimento estrangeiro direto, princípios de direito internacional, transnacionais, legislação nacional, registro.

ABSTRACT

Globalization called States' interest again to the issue of foreign investment, mainly because one of its vehicle is large transnational companies that have great flexibility to choose markets that they wish to expand their business and from which they want to leave.

Despite of the coincident focus of attention of the countries to the subject which is the object of this paperwork, so far it was not possible to implement a multilateral discipline for the matter. Attempts existed, but without great success. The opposition of interests between capital-exporting countries and those who need it as a mean of getting resources to boost its economy and thus try to achieve higher level of development prevents establishing a consensus.

In this scenario, bilateral agreements have assumed an important role in regulating the subject, but in a narrower scope than desired. This is because the conclusion of these international agreements do not seek to regulate, as well as possible, foreign investment in order to attend a higher interest than those considered individually, meaning the interest of the international community to establish a balance in relations between international actors. They intend to meet the goals of the countries that concluded them, for example, if the intention is to allow investment flows' further liberalization, measures should be adopted in a sense; if, instead, the aim is domestic industry's greater protection, the agreement achieved can be completely different from the one settled in the first case.

Thus, domestic legislation is crucial to balance foreign investment's consequences with each State's private interests in order to prevent its entry into the country just to pursue profit, unconditionally. It is also important that the country extracts from it the potential, mentioned and advocated by some, to help to achieve development.

Keywords: foreign direct investment, principles of international law, transnational, national laws, registry.

SUMÁRIO

Introdução	11
CAPÍTULO 1 – Nascimento e Evolução da Disciplina do Investimento Estrangeiro	13
1.1 - Fase embrionária.....	13
1.2 - Fase de Delineamento da Disciplina.....	14
1.3 - Fase de Dissensões e Ajustes	15
1.4 – Código de Liberalização de Movimentos de Capital e Código de Operações Correntes Invisíveis - OCDE.....	25
1.5 – Centro Internacional para Soluções de Disputas sobre Investimentos (ICSID) – Banco Mundial	26
1.6 – Código de Conduta das Transnacionais - ONU	33
1.7 – Declaração e Decisões sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais - OCDE.....	34
1.8 – Multilateral Internatinoal Guaranty Agency (MIGA) – Banco Mundial	36
1.9 – General Agreement on Trade of Services (GATS) - OMC	40
1.10 – Trade Related Investment Measures (TRIMS) - OMC.....	42
1.11 – Diretivas do Banco Mundial	45
1.12 – Multilateral Agreement on Investments.....	48
CAPÍTULO 2 – Conceitos Essenciais sobre o Tema	51
2.1- Conceituação de Investimento Estrangeiro	51
2.2- Princípios Relacionados ao Investimento Estrangeiro	57
2.3- Empresas Transnacionais e Desenvolvimento.....	65
CAPÍTULO 3 – Investimento Estrangeiro no Brasil	80
3.1- O Investimento Estrangeiro e a CF de 1988.....	80
3.1.1- Restrições e Possibilidades para o Investimento Direto no Brasil	83
3.2- A Legislação Infraconstitucional.....	95
3.2.1- Conceito de Investimento Estrangeiro na Legislação Brasileira	96
3.2.2- Registro.....	98
3.2.3- Investimento Direto	106
3.2.4- Crédito Externo.....	114
3.2.5- Remessa de Lucros	126
3.2.6- Repatriação	127

3.2.7- Reinvestimento	128
3.2.8- Atualização do Valor do Capital.....	129
Conclusões	131
Bibliografia	137

INTRODUÇÃO

A questão dos investimentos estrangeiros na atualidade é foco de constantes debates, principalmente, por estar diretamente relacionada com a do desenvolvimento econômico e por não haver uma disciplina multilateral que estabeleça diretrizes uniformes para a atuação dos agentes econômicos em âmbito internacional.

Inúmeros questionamentos surgiram a respeito dos benefícios que os investimentos estrangeiros podem trazer aos países que o recebem, existindo tanto posições que defendem que eles são fundamentais para estimular o desenvolvimento local, tanto por serem fonte de recursos, como pela possibilidade de aporte de novas tecnologias e de criação de diversos postos de trabalho; como o entendimento em sentido oposto, que sustenta que o ingresso do investimento estrangeiro não é necessariamente benéfico à economia doméstica, pois pode prejudicar a indústria local e até gerar a dependência do país hospedeiro. Todavia, independentemente do posicionamento adotado, a realidade atual não permite que os Estados deixem de participar da ordem internacional e se isolem em suas economias internas, sendo fato a necessidade de convivência com o capital estrangeiro.

A disciplina do investimento estrangeiro é objeto de estudo do Direito Internacional Econômico que extrapola o âmbito do Direito Internacional Público, por interessar-lhe as implicações da atividade de entes privados. O Direito Internacional Público se ocupa das relações entre as nações, editando normas de comportamento entre Estados, privilegiando tratados e costumes. O Direito Internacional Econômico engloba atividades de entes privados que gerem consequências de ordem pública, como por exemplo a atividade das empresas transnacionais quando elas utilizam seu poder de forma a violar a lei interna do país hospedeiro.¹

¹ Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 20/21.

O presente trabalho se propõe a examinar o tratamento do investimento estrangeiro na nossa ordem jurídica interna, pois diante da inexistência de uma norma jurídica multilateral que regule a matéria, entendemos que as legislações nacionais possuem importância fundamental na estruturação, limitação e condicionamento da atuação do investimento estrangeiro de forma a direcioná-lo para que possa auxiliar na consecução dos interesses nacionais.

Diante disso, dividimos o estudo em três capítulos. O primeiro pretende localizar a disciplina do investimento estrangeiro no cenário internacional. Com a noção acerca de seu surgimento e dos principais acontecimentos históricos que tangenciam o tema, passamos, no segundo capítulo, a examinar os conceitos essenciais para compreensão do tema, como a própria definição de investimento estrangeiro, os princípios relacionados à matéria, as transnacionais e a ligação do nosso objeto de estudo com o desenvolvimento econômico. Por fim, no último capítulo, ingressamos no ordenamento jurídico brasileiro para buscar o arcabouço interno da disciplina do investimento estrangeiro.

CAPÍTULO 1 - NASCIMENTO E EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Inicialmente, faz-se necessário analisarmos como nasceu a disciplina do investimento e como ela se desenvolveu no decorrer dos anos² para, posteriormente, passarmos à análise específica deste trabalho que consiste no estudo do investimento estrangeiro no Brasil.

1.1. FASE EMBRIONÁRIA

Antes da existência da preocupação com o investimento estrangeiro propriamente dito, começaram a surgir regras gerais com relação ao estrangeiro, abrangendo suas atividades e bens.

Nesta fase, cuja localização temporal se dá a partir do século XVI, o foco estava no comércio e não no investimento em si. Surgiu, nessa época, o entendimento de que, aos estrangeiros deveria ser dispensado o mesmo tratamento dado aos nacionais, vislumbrando-se, aí, a base da teoria da proteção dos investimentos estrangeiros surgida posteriormente.

Os Tratados de Amizade, Comércio e Navegação refletem a característica da disciplina neste período. O primeiro deles teria sido celebrado entre França e Estados Unidos, em 1778 e visava não só ratificar os termos da declaração de Independência de 1776, como consolidar as relações entre as duas nações diante da Guerra de Independência contra a Inglaterra.

² Este tópico é baseado na dissertação de mestrado de Eugênia Zerbini, O regime internacional dos investimentos, sistemas regional, multilateral, setorial, bilateral (balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da Alca). Tese - USP, 2003; na monografia apresentada por Camila Dean porto Mundin na Puc/SP, em 2009 – Tratamento Internacional do Investimento Estrangeiro e no estudo “International investment rule-making: stocktalking, challenges, and the way forward”, publicado pela UNCTAD em 10 de fevereiro de 2009.

Podem ser citados, como traços comuns destes tratados, a inclusão da cláusula da nação mais favorecida, de regras sobre o tratamento não discriminatório do estrangeiro e sobre a responsabilidade do país de acolhida. As demais disposições eram bem diversificadas, abrangendo desde acertos sobre cooperação militar, até regras sobre tributação.

Após esse período que pode ser considerado como os primórdios da disciplina do investimento estrangeiro, inicia-se uma outra fase que abrange o período compreendido entre o início do século XX e o final da II Guerra Mundial.

1.2. FASE DE DELINEAMENTO DA DISCIPLINA

Este período se caracteriza pela sedimentação de certos princípios que passaram a pautar a matéria, sendo importante ressaltar que o uso da força como meio para a solução de litígios internacionais ainda não havia sido abandonado, mas iniciou-se uma mobilização para que ele fosse justificado quando utilizado.

Importante mencionar que datam deste período as formulações das doutrinas Calvo e Drago, bem como a criação da fórmula Hull sobre o pagamento devido à título de indenização.

A **DOCTRINA CALVO**, entabulada por Carlos Calvo, jurista e chanceler argentino (1824-1906) sustentava que os estrangeiros estavam sujeitos ao tratamento nacional, assim, deveriam se submeter ao tribunal do país receptor e, portanto, abrir mão de eventual proteção diplomática que lhes fosse oferecida pelo país de origem. A legalidade desta doutrina foi discutida por quase todo o século XX e sua aplicação acabou por ser geograficamente reduzida, pois acabou sendo considerada pelos estudiosos regra costumeira regional.

Já a **DOCTRINA DRAGO** surgiu quando o chanceler argentino Luís Maria Drago sugeriu que nas relações entre credores e devedores não era possível empregar forças

militares, ainda que se tratassem de Estados. A questão acabou sendo levada à Segunda Conferência de Haia, em 1907 e uma solução de compromisso entre as partes contrapostas foi alcançada.

A delegação norte-americana, sob a chefia do Genral Horace Porter, modulou a proposta apresentada por Drago e a Convenção sobre a limitação ao uso da força na cobrança de dívidas contratuais de 1907 passou a dispor que na exigência de seus débitos e na solução de seus litígios, os Estados deveriam abster-se do uso da força e recorrer a meios pacíficos.

A intervenção só se justificaria quando o Estado se recusasse a se submeter à arbitragem ou quando não cumprisse a decisão arbitral. Esta Convenção foi superada pelo disposto na Carta das Nações Unidas que determina o recurso à solução pacífica de controvérsias e disciplina o uso da força quando isso não for possível.

Grande contribuição desse período foi a criação da **FÓRMULA HULL**, segundo a qual as indenizações devem ser prontas, adequadas e efetivas. Essa fórmula surgiu na época das nacionalizações petrolíferas mexicanas de 1938, para evitar que o investidor estrangeiro, além de ser alijado de seus negócios, ficasse sujeito a receber, como compensação, quantia incompatível com o seu investimento e, ainda, em longo período de tempo.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, novo período se inicia. Ele coincide com o período da Guerra Fria e é marcado por dois conflitos: o Leste-Oeste e pelo Norte-Sul, fruto do processo de descolonização. Ocorre um questionamento do direito internacional tradicional e surge um ideário comum que é a política do não alinhamento.

1.3. – FASE DE DISSENÇÕES E AJUSTES

Este período pode ser dividido em duas fases: A) de 1945 a 1989 e B) de 1990 até os dias atuais.

A) A **PRIMEIRA FASE** foi marcada por profundo desacordo na comunidade internacional sobre a eficácia do costume no Direito Internacional na proteção do investidor estrangeiro no território do Estado hospedeiro. Contrapunham-se, sobretudo, os países em desenvolvimento, que defendiam o exercício pleno da soberania do Estado e os exportadores de capital que sustentavam a necessidade de existirem princípios mínimos de proteção do investimento estrangeiro.

Vale ressaltar que no início desta época, dois fatos interessantes impactaram as relações internacionais, no que tange aos investimentos. As ex-colônias africanas e asiáticas rejeitaram o capital internacional, tendo em vista a sua identificação com o poder soberano dos colonizadores. Acrescente-se a isso, nas nacionalizações feitas pelos países socialistas na Europa Central, foi contestada a aplicação da fórmula Hull – ressarcimento integral - como critério de pagamento das indenizações e concedidas indenizações parciais em contrapartida às desapropriações.

A primeira tentativa de desenvolver regras multilaterais para a proteção do investimento surgiu com a **CARTA DE HAVANA de 1948 que pretendia estabelecer a Organização Internacional do Comércio (OIC)**. Apesar do objetivo principal da Carta estar voltado para o comércio, ela continha disposições sobre investimento estrangeiro, porém acabou não sendo adotada. As disposições comerciais acabaram fazendo parte do Gatt – General Agreement on Tariffs and Trade, todavia as disposições sobre investimentos acabaram caindo no esquecimento.

Mostra a história que após a tentativa da Carta de Havana, em princípio, houve uma tendência de celebração de acordos plurilaterais relacionados com questões de investimentos entre países da mesma região e com o mesmo desenvolvimento econômico.

Na medida em que a formação das regras internacionais se ampliava e passava a ocorrer entre países de diferentes regiões ou em diferentes níveis de desenvolvimento

econômico, elas passaram a ter maior probabilidade de serem criadas por meio de negociações bilaterais. Em 1959, o primeiro tratado bilateral contendo somente disposições relacionadas à proteção do investimento foi celebrado entre Alemanha e Paquistão.

Em 1961, a OCDE editou dois importantes Códigos que continuam em vigor até os dias de hoje: o CÓDIGO DE LIBERALIZAÇÃO DE MOVIMENTOS DE CAPITAL e o CÓDIGO DE OPERAÇÕES CORRENTES INVISÍVEIS.

A OCDE, Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento, tem sido pioneira nos esforços para desenvolver regras internacionais relacionadas ao movimento internacional de capitais, investimento estrangeiro e comércio de serviços.

Os membros dos governos estabeleceram regras para eles e para empresas multinacionais baseadas nas suas economias através de instrumentos legais que todos os membros devem aderir. Estão incluídos entre eles os Códigos mencionados, a Declaração e as Decisões sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais que serão abordadas posteriormente de modo a respeitar a ordem cronológica.

Os códigos foram inicialmente aprovados em 1961, mas já foram revisados e tiveram seu escopo ampliado.³ O item 1.1.4 contém mais detalhes sobre eles.

Em 1962 foi aprovada na ONU a RESOLUÇÃO 1803 sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais. A aprovação desta resolução significou mudança no entendimento acerca da aplicação do princípio do direito adquirido.

Em suas disposições, estabelecia que os direitos de soberania permanente dos povos e das nações sobre suas riquezas deve ser usado no interesse nacional e no bem da população do Estado interessado. Diante disto, ficou consagrado o direito dos Estados à nacionalização, todavia, gerou grandes discussões o conteúdo do artigo quarto no que tange ao valor da indenização. Assim estabelecia o artigo:

³ http://www.oecd.org/document/63/0,3343,en_2649_34887_1826559_1_1_1_1,00.html, acessado em 15/04/2010.

“(...) Nesses casos, pagar-se-á ao proprietário a indenização apropriada, tendo em vista as normas em vigor no Estado que adote essas medidas, no exercício de sua soberania e de conformidade com o direito internacional.”

A polêmica estabeleceu-se em torno da expressão indenização apropriada. Qual seria o seu significado, o mesmo que indenização adequada, decorrente do trinômio utilizado na fórmula Hull (indenização pronta, adequada e efetiva)? Confrontaram-se os países importadores de capital que defendiam que os termos não eram sinônimos e que as indenizações parciais eram possíveis, com aqueles expostadores de capital que advogavam que as expressões tinham o mesmo significado.

Os países do Sul, neste contexto, passaram a contestar a sua submissão aos costumes internacionais, uma vez que não haviam participado de sua criação e, por outro lado, pleiteavam o estabelecimento de medidas protetivas que propiciassem o seu desenvolvimento.

Conseguiram, então, aprovar, nas Nações Unidas, resoluções que reforçavam esse posicionamento, apesar de não terem recebido o voto dos países exportadores de capital, o que levou ao questionamento de sua obrigatoriedade no âmbito internacional.

Destaca-se, ente elas, a **DECLARAÇÃO SOBRE NOEI** que, diferentemente da Resolução 1803 que impunha parâmetros ao direito à nacionalização, como vinculação ao interesse social e indenização adequada, previa esta prerrogativa dissociada de qualquer regra de direito internacioanal. Criava, também, a Comissão das Transnacionais, incumbida de criar um Código de conduta para as transnacionais que, reconhecidamente, eram a fonte dos investimentos internacionais.

Ressalta-se que a sigla NOEI significa **Nova Ordem Econômica Internacional** e surgiu de um conjunto de propostas elaboradas e expressas pela Assembléia Geral nos documentos "Declaração de Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial" – Resolução 3.201 (1º de Maio de 1974), "Plano de Ação para o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial" – Resolução 3.202 (1º de Maio de 1974) e "Carta de Direitos e

Deveres dos Estados" – Resolução 3.281 (12 de Dezembro de 1974). O objetivo era diminuir a disparidade de poder nas relações econômicas entre países industrializados e países em desenvolvimento.

Vale notar que na mesma época, a **OCDE** tentou chegar a um acordo multilateral entre seus membros sobre o assunto dos investimentos estrangeiros, em **1962**.

Era o projeto de **CONVENÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE ESTRANGEIRA**, com o objetivo principal de disciplinar a proteção do direito de propriedade do nacional de um Estado Parte, garantindo-lhe tratamento justo e equitativo.

Esse texto, entregue à organização quando esta ostentava o nome de Organização para a Cooperação Econômica Européia (OCEE), era o resultado dos trabalhos de um comitê dirigido pelo Dr. Abs, Diretor Geral do Deutsche Bank, e de Lord Schwcross – daí sua denominação de Projeto Abs-Schwcross. O projeto de 1962 sofreu modificações e foi reapresentado por uma Resolução, aprovada em 1967, sob o título de Projeto de Convenção sobre a proteção de bens estrangeiros, cuja assinatura estaria franqueada a países membros e não membros da OCDE.⁴ Acabou não entrando em vigor, mas serviu de influência para estruturar direitos e obrigações previstos nos tratados bilaterais de proteção aos investimentos estrangeiros que passaram a ser a maior fonte de regulamentação da matéria.

As dificuldades em realizar uma convenção multilateral levaram a OCDE, nos anos 70 e 80, a colocar o foco em instrumentos não vinculantes, em especial os Códigos de Liberalização de Movimentos de Capital e de Liberalização de Operações Correntes de Invisíveis já mencionados anteriormente.⁵

⁴ Zerbini, Eugênia C.G. de Jesus. O regime internacional dos investimentos, sistemas regional, multilateral, setorial, bilateral (balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da Alca. Tese - USP, 2003, pág. 101.

⁵ Costa, José Augusto Fontoura. Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Juruá Editora, 2010, pág. 108.

Com a finalidade de assegurar a interpretação e aplicação das normas elaboradas, foi criado o **CIRDI (ICSID) – CENTRO INTERNACIONAL PARA SOLUÇÃO DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS**, com plena personalidade jurídica internacional, sob os auspícios do **Banco Mundial, em 1965**, por meio da Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estado contratante e nacional de outro Estado contratante, conhecida como convenção de Washington, assinada em 18/3/65 e com vigor iniciado em 14/10/66.

Surgiu com a intenção de disponibilizar meios de conciliação e arbitragem internacionais especializados nos conflitos surgidos entre Estados Contratantes e nacionais de outro Estado Contratante em relação a investimentos estrangeiros, ou seja, ao ICSID apenas podem ser submetidos litígios relacionados aos investimentos internacionais. Mais detalhes sobre o Centro no item 1.1.5.

Na década de 70, **os países membros da ONU discutiram o CÓDIGO DE CONDUTA DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS.**

O Código, sem dúvida, trazia em seu texto, clara intenção de controlar os investimentos estrangeiros, e, portanto, esbarrou nos interesses dos países exportadores de capital. Desta forma, acabou por não ser aprovado, apesar de ter representado tentativa importante de regulamentação do investidor estrangeiro. Outros comentários no item 1.1.6.

Em que pese a forte contraposição ao direito internacional da época, os países do Sul perceberam que apenas os recursos públicos não seriam suficientes para alavancar o seu desenvolvimento econômico e que os investimentos privados eram essenciais para a consecução de seus objetivos.

Diante disso, eles passaram a celebrar acordos bilaterais de proteção de investimentos e a aprovar códigos sobre investimentos estrangeiros que, em diversos casos, tinham previsão de incentivos para atraí-los. Ressalta-se que no fim da década de 70, a crise

financeira que acometeu os países em desenvolvimento por causa do aumento dos juros internacionais fez com que eles perdessem o seu poder de persuasão, ficando descartada a negociação multilateral.

Marco importante foi a aprovação do Código Andino de Investimentos em 31 de dezembro de 1970. Surgiu com um regime restritivo ao investimento estrangeiro, pois a política que prevalecia entre os países que dele faziam parte era o do regime de substituição das importações, todavia, em 1990, alterou suas diretrizes e liberalizou o fluxo dos investimentos, capital e tecnologia.

Vigia neste período grande indefinição sobre o regime de investimento estrangeiro. Para fazer frente às exigências dos países do Sul, os países do Norte articularam-se e criaram o G7, cuja primeira reunião ocorreu em 1975. Se as regras tocantes ao regime internacional sobre investimentos eram pouco claras, era necessário torná-las precisas. Acordos bilaterais passaram a ser celebrados a exaustão, entre países exportadores de capital, de um lado, e países importadores de capital de outro.⁶

A OCDE, diante deste cenário, mais uma vez deu a sua contribuição ao elaborar, em 1976 a **DECLARAÇÃO e as DECISÕES SOBRE INVESTIMENTO INTERNACIONAL E EMPRESAS MULTINACIONAIS, cuja finalidade era melhorar o ambiente para os investimentos**. Mais detalhes no item 1.1.7.

Em 1985, foi criada pela Convenção de Seul, também junto ao Banco Mundial, a **MIGA, MULTILATERAL INTERNATIONAL GUARANTY AGENCY**, organização que passou a institucionalizar um sistema multilateral de garantia com o fim de cobrir os riscos não comerciais ou políticos incidentes sobre o investimento internacional. A participação

⁶ Zerbini, Eugênia C.G. de Jesus. O regime internacional dos investimentos, sistemas regional, multilateral, setorial, bilateral (balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da Alca. Tese - USP, 2003, pág. 36.

nesta instituição foi aberta a todos os membros do Banco e à Suíça. Descrição das atividades da agência no item 1.1.8.

A queda do muro de Berlim, em 1989, encerrou esta etapa e configurou o fim do conflito ideológico Leste-Oeste.

B) A SEGUNDA FASE deste período, iniciada em 1990 centrou-se na idéia de abertura dos mercados, livre circulação de bens, capitais e serviços, com o fim de propiciar melhor proveito de seus benefícios e, em consequência, aumentar os ganhos, impulsionando, assim, o desenvolvimento econômico.

Esse enfoque voltado para a liberalização propiciou a implementação definitiva do código de liberalização dos movimentos de capitais da OCDE.

A globalização chegou como um fenômeno sem volta e, como contraponto, várias estruturas regionais surgiram ou alteraram os seus objetivos com o intuito de proteção dos interesses comuns dos países que as compunham.

A criação da União Européia, em 1992, pelo Tratado de Maastricht, deu início a esse novo direcionamento. Dentre essas entidades, podem ser citadas a ASEAN, criada pela Declaração de Bancoc, em 1967 e readequada em 1987, quando passou a ter como meta a criação de uma zona de livre comércio; o Mercosul, criado em 23/3/91, pelo Tratado de Assunção, tendo como partes Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai e a meta de transformar a inicial união aduaneira em um mercado comum; o Nafta, cujo acordo entre Estados Unidos, Canadá e México foi celebrado com o intuito de formar uma zona de livre comércio. Em dezembro de 1994 foi lançada a ALCA, cuja proposta era estabelecer uma parceria econômica entre os Estados Unidos, os países da América Latina e Caribe.

Paralelamente ao surgimento destas entidades regionais, trabalhava-se, também, nas tentativas de estabelecer alguma regulamentação ao investimento estrangeiro de forma multilateral.

Em 1982 os Estados Unidos solicitaram um painel no âmbito do Gatt visando questionar a legalidade da legislação canadense sobre investimento estrangeiro o que levou à análise do alcance do Gatt com relação às medidas de investimento.

A Declaração Ministerial de Punta Del Este, que lançou a rodada Uruguai, em 1986, incluía em sua agenda de negociações três novos temas: serviços, investimentos e propriedade intelectual e determinava que, “após o exame do funcionamento dos artigos do Gatt relacionados a medidas de investimento que produzem efeitos restritivos e distorcivos ao comércio, as negociações deveriam elaborar dispositivos adicionais que pudessem ser necessários para evitar tais efeitos adversos”.⁷

A Rodada Uruguai iniciou-se em 1986 e apenas foi concluída em 1994, tendo entre as suas decisões finais, a criação da OMC – Organização Mundial do Comércio - cujos acordos contêm 3 importantes tratados multilaterais: o Acordo sobre direitos de propriedade intelectual (TRIPS – Trade Related Intellectual Property Rights), o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS – General Agreement on Trade of Services) e o Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (TRIMS - Trade Related Investment Measures). Os dois últimos possuem preceitos mais específicos referentes ao investimento estrangeiro e são os que abordaremos de forma mais aprofundada, nos itens 1.1.9 e 1.1.10, porém o primeiro traz disposições acerca da limitação da transferência de tecnologia, uma das formas de manifestação do Investimento Estrangeiro Direto, que tangenciam a matéria.

Em 1991, em uma das reuniões do Comitê para o Desenvolvimento, surgiram as **DIRETIVAS DO BANCO MUNDIAL**, a partir da sugestão da França de elaborar uma consolidação de princípios aplicáveis aos investimentos estrangeiros. A proposta francesa era de compilar estes princípios com base nos inúmeros acordos bilaterais de promoção e proteção dos investimentos assinados nas três últimas décadas. A redação foi delegada aos

⁷ Fonseca, Karla Closs, Investimentos Estrangeiros, Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais, ed. Juruá, 2008, pág.40.

departamentos jurídicos do Banco Mundial e de e de outras instituições integrantes de seu grupo – IFC (International Finance Corporation) e MIGA. ⁸ Todavia, somente foram aprovadas em setembro de 1992, contidas em um documento chamado Guidelines on the Treatment of foreign Direct Investments.

Vale destacar, ainda, outra tentativa frustrada, no âmbito da OCDE, de alcançar um acordo multilateral específico sobre investimentos, **O MAI – MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENTS**.

A proposta sobre a elaboração deste tratado foi feita no Encontro Anual do Conselho da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) em nível Ministerial em maio de 1995. O objetivo era disponibilizar um amplo modelo multilateral para investimentos internacionais com alto padrão de liberalização dos regimes de investimento e sua proteção, bem como um procedimento efetivo de solução de controvérsias, aberto a países que não fossem membros da OCDE. Todavia, as negociações foram descontinuidas em abril de 1998, até o anúncio, em dezembro de 1998, de que elas seriam suspensas por tempo indeterminado.

É possível concluir, após esse breve estudo da evolução da disciplina do investimento estrangeiro que a expressão “bens estrangeiros” era usual no Direito Internacional até o fim da II Grande Guerra, quando o termo “investimentos estrangeiros” começou a suplantá-la. Há quem considere a alteração terminológica sintomática: ela traduziria um progresso na análise da situação e representaria uma conquista jurídica. O progresso na análise consistiria na distinção, no gênero bens, das características específicas da participação e do investimento, e na atribuição, a cada qual, de estatutos ou regimes jurídicos específicos. A conquista

⁸ Zerbini, Eugênia C.G. de Jesus. O regime internacional dos investimentos, sistemas regional, multilateral, setorial, bilateral (balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da Alca. Tese - USP, 2003, pág. 85.

consistiria em o direito estar regulamentando o movimento de capitais, desde o seu ponto de partida até o de chegada – o que acentua o caráter internacional da operação.⁹

Com essa evolução e metamorfose, o direito dos investimentos veio a gozar de autonomia própria, bem como a ser objetivo, pois que focaliza diretamente as operações econômicas e jurídicas que envolvem a saída e ingresso em qualquer Estado, dos valores destinados a fins econômicos, os investimentos.¹⁰

1.4. CÓDIGO DE LIBERALIZAÇÃO DE MOVIMENTOS DE CAPITAL E CÓDIGO DE OPERAÇÕES CORRENTES INVISÍVEIS - OCDE

Esses códigos constituem regras legais consolidadas que estipulam a liberalização do movimento de capitais de forma progressiva e não-discriminatória; o direito de estabelecimento; serviços financeiros e outras transações correntes invisíveis (principalmente serviços).¹¹ Todas as medidas em desconformidade devem ser indicadas nas reservas do país contra os Códigos.

A implementação ocorre pela remoção de restrições ao fluxo de capitais e comércio de serviços entre países, bem como por meio do concomitante levantamento das reservas dos países contra os códigos. Tais medidas, para serem atingidas, envolvem a pressão dos demais países, exercida através de revisões de políticas e análises do país, com o fim de incentivar a liberalização unilateral, ao invés de liberalização negociada.

O funcionamento dos códigos baseia-se no incentivo à liberalização unilateral e não impõe obrigações executáveis. Parte-se, portanto da premissa de que todos aceitam as vantagens da livre circulação de capitais e serviços e vêem as barreiras existentes como empecilho meramente temporário. Exclui-se, portanto, a noção de que os setores liberalizados

⁹ Baptista, Luiz Olavo. Investimentos Internacionais no Direito Comparado. Livraria do Advogado, 1998, pág. 17.

¹⁰ Idem, pág. 20.

¹¹ <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=2531>, acesso 14/4/2010.

e as listas de reservas devem ser negociadas na forma *quid pro quo*. Ao pressupor a generalização dos benefícios da liberalização, deve-se esperar que todos busquem tornar seus mercados os mais integrados e livres possíveis.¹²

Muito interessante anotar que os códigos são constantemente atualizados e possibilitam aferir as obrigações dos membros relativas aos códigos e o grau de liberalização alcançado por cada membro no que tange ao movimento de capitais e às transações internacionais previstas, incluindo serviços relacionados ao comércio, à indústria, transporte, seguro, transações bancárias e financeiras, cinema, televisão, viagens e turismo.

1.5. CIRDI (ICSID) – CENTRO INTERNACIONAL PARA SOLUÇÃO DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS – BANCO MUNDIAL

Abordaremos, agora, sem a menor intenção de esgotar o assunto, a disciplina daquilo que é, atualmente, o único centro especializado em conciliação e arbitragem de litígios relacionados aos investimentos estrangeiros.

Consiste em marco importante na disciplina do investimento estrangeiro, uma vez que o ICSID permitiu que o próprio investidor se voltasse contra o país receptor de investimentos para solução de litígio, sem a necessidade de recorrer ao instituto da proteção diplomática.

Uma característica dos procedimentos perante o Centro que merece ser destacada é a necessidade de as partes manifestarem o seu consentimento prévio ao submetimento de qualquer disputa a ele e esta concordância não reside, apenas, na ratificação, pelo Estado, da Convenção de Washington.

Com efeito, cada caso exige a aceitação expressa e por escrito das partes, geralmente, formulada com base nas cláusulas Modelo do ICSID que são disposições que

¹² Costa, José Augusto Fontoura. Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Juruá Editora, 2010, pág.109.

sugerem como o consentimento escrito deve ser formulado. A concordância pode ser manifestada antes (cláusula arbitral) ou depois do surgimento do litígio (compromisso arbitral) e, uma vez dada, não pode ser retirada unilateralmente.

O Estado Contratante poderá exigir o esgotamento prévio de suas vias administrativas ou judiciais, como condição a seu consentimento à arbitragem nos termos do Convênio. Todavia, não poderá conceder proteção diplomática, nem promover reclamação internacional sobre qualquer conflito que um de seus nacionais e outro Estado Contratante tenha consentido em submeter ou tenha submetido à arbitragem conforme este convênio, salvo se este Estado Contratante não tiver acatado o laudo arbitral proferido para o caso ou não o tenha cumprido.

O procedimento adotado na resolução dos conflitos submetidos ao ICSID está descrito na própria Convenção.

O Centro é composto de um conselho Administrativo e um Secretariado. Além disso, manterá uma lista de conciliadores e uma lista de árbitros. Sua sede está localizada em Washington.

O Conselho Administrativo se compõe por um representante de cada um dos Estados Contratantes. O seu presidente é o presidente do Banco e dentre suas funções estão a de adotar as regras de procedimento a seguir para iniciar a conciliação e a arbitragem, bem como adotar as regras processuais a elas aplicáveis. Para essas duas funções mencionadas o quorum de aprovação é de 2/3 dos membros do Conselho Administrativo, porém quando não houver disposição expressa no Convênio, o quorum é de maioria simples.

O Conselho se reunirá anualmente, mas é possível que sejam feitas outras reuniões, se necessário, conforme as disposições do artigo 7º do Convênio.

O Secretariado é composto pelo Secretário Geral, um ou mais Secretários Gerais Adjuntos que serão eleitos pelo Conselho Administrativo por proposta do Presidente, pela maioria de 2/3 dos membros, por um período não superior a 6 anos, podendo ser reeleitos.

O Secretário Geral é o representante legal e o funcionário principal do Centro, sendo o responsável pela sua administração. Tem a função de registrador, bem como a faculdade de autenticar os laudos arbitrais elaborados nos termos da Convenção e de conferir cópias dos mesmos.

Além das atribuições conferidas ao Secretariado do ICSID em razão da jurisdição firmada pela Convenção de Washington, o Conselho Administrativo do Centro adotou as Additional Facility Rules (Mecanismo Adicional para a Administração de Processos de Conciliação, Arbitragem e Verificação de Fatos) , por meio das quais autoriza o Secretariado a administrar procedimentos entre Estados e nacionais de outros Estados que estão fora da jurisdição do Centro, ou seja, este mecanismo está aberto a países não-signatários da convenção.

Para a composição da lista de conciliadores e de árbitros, cada Estado Contratante poderá designar 4 pessoas para cada uma, nacionais ou não. O Presidente poderá designar 10 pessoas para cada lista, desde que de diferentes nacionalidades. A designação é feita por período de 6 anos, renováveis e uma mesma pessoa pode figurar nas duas listas.

O Centro, seus bens e direitos, bem como os membros do Conselho Administrativo, as pessoas que atuam como conciliadores, árbitros ou membros de uma comissão gozam de imunidades, isenções e privilégios, nos termos do disposto nos artigos 19 a 24 da Convenção.

Quanto à jurisdição do Centro, o artigo 25 do convênio dispõe que ela abarca as disputas de natureza jurídica que surjam diretamente de um investimento entre um Estado Contratante e um nacional de outro Estado Contratante. Portanto, meros conflitos de

interesses não foram incluídos pela convenção. Vale observar que é possível submeter ao Centro casos nos quais figure pessoa jurídica de nacionalidade igual a do Estado parte na disputa desde que ela esteja submetida a controle estrangeiro.

CONCILIAÇÃO

A legitimidade para a solicitação de uma conciliação perante o Centro é de qualquer Estado Contratante ou nacional de um Estado Contratante. A solicitação deve ser dirigida ao Secretário Geral que a registrará ou denegará, na hipótese de a reclamação estar manifestamente fora do âmbito da jurisdição do Centro.

Importante observar aqui a possibilidade de acesso direto do investidor aos procedimentos do ICSID, o que consiste em uma característica incomum nos fóruns internacionais, contribuindo para o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional.

O próximo passo é a constituição de uma Comissão de conciliação que poderá ser composta de um conciliador único ou de um número ímpar de conciliadores, nomeados conforme acordado pelas partes e é importante mencionar que os conciliadores podem não pertencer à lista de conciliadores.

A Comissão resolverá sobre a sua própria competência, aplicando-se, aqui, claramente, o princípio Kompetenz-Kompetenz. A Convenção de Washington não define investimento estrangeiro e, portanto, caberá às comissões e aos tribunais arbitrais a análise sobre a subsunção do caso à jurisdição do Centro, o que confere maior flexibilidade ao Centro.

O procedimento será regido pelo disposto na Seção 3 da Convenção e, caso haja omissão nesta seção, as partes não tiverem acordado nada a respeito e, também, as regras de conciliação votadas pelo Centro e em vigor na data do consentimento bilateral de submissão à jurisdição do Centro não dispuserem de nada, a Comissão decidirá.

A Comissão deverá elucidar os pontos controvertidos e se esforçar em obter um acordo entre as partes, podendo em qualquer momento do procedimento e tantas vezes quanto considerar oportuno, propor disposições do acordo.

A qualquer tempo, se a comissão entender que não haverá acordo, declarará encerrado o procedimento e fará uma ata a respeito. O mesmo será feito se houver acordo entre as partes. Caso uma das partes não compareça, o procedimento também será encerrado e o registro feito na ata.

As partes não poderão alegar, em qualquer outro procedimento, salvo acordo em contrário, declarações, afirmações ou alegações feitas pela parte contrária no procedimento de conciliação.

ARBITRAGEM

A legitimidade para solicitar um procedimento de arbitragem ao Centro é a mesma para a conciliação, ou seja, de qualquer Estado contratante ou nacional de outro Estado contratante. A solicitação deve ser dirigida ao Secretário Geral que, igualmente ao caso da conciliação, poderá registrá-la ou denegá-la na hipótese da reclamação estar manifestamente fora da jurisdição do Centro.

O Tribunal de arbitragem será constituído o mais rápido possível e poderá ser composto por um único árbitro ou de árbitros em número ímpar, conforme acordo das partes. Não havendo acordo, a composição será com três árbitros, escolhidos um por casa parte e um terceiro que presidirá o tribunal, de comum acordo. Os árbitros nomeados pelas partes podem não pertencer à lista de árbitros.

O Tribunal resolverá sobre a sua própria competência, aplicando-se o princípio *Kompetens-Kompetenz*.

O litígio será decidido de acordo com as normas de direito material acordadas pelas partes. Na omissão, o Tribunal aplicará a legislação do Estado parte na arbitragem e as

regras de direito internacional que couberem no caso. O Tribunal não pode deixar de prosseguir com a arbitragem sob a escusa de inexistência ou obscuridade da lei. Se as partes acordarem, é possível que o Tribunal decida o litígio “ex aequo et Bono”, ou seja, utilizando-se de equidade.

O Tribunal, a qualquer momento do procedimento, salvo disposição em contrário das partes, pode solicitar documentos ou a realização de qualquer outra prova, inclusive efetuar diligências no local no qual o conflito se originou.

As regras de procedimento aplicadas são as previstas no Convênio, bem como as regras de arbitragem votadas pelo Centro e vigentes da data em que as partes prestaram o seu consentimento para a arbitragem, salvo acordo das partes em contrário. No caso de omissão, o Tribunal resolverá.

Caso uma das partes não compareça, não haverá presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte contrária, nem se presumirá que ela renunciou a suas pretensões. Todavia, a parte que compareceu poderá requerer que o Tribunal resolva os pontos controvertidos, não importa a fase do procedimento, e elabore o laudo. Será dado prazo à parte ausente antes da apresentação do laudo.

O Tribunal, em caso de necessidade e, salvo acordo em contrário das partes, poderá recomendar a adoção de medidas cautelares que considere necessárias para salvaguardar os direitos das partes.

O Tribunal decidirá todas as questões por maioria de votos dos seus membros. O laudo deve ser escrito e conter a assinatura de todos os membros que tenham votado favoravelmente.

O laudo conterá declaração sobre todas as pretensões submetidas pelas partes ao Tribunal e deverá ser motivado. Dentro de 45 dias após a apresentação do laudo as partes

poderão instar o Tribunal a se pronunciar sobre eventuais omissões ou erros materiais e a decisão do Tribunal integrará o laudo.

Na hipótese de surgir entre as partes um conflito acerca do sentido ou alcance do laudo, qualquer delas poderá solicitar esclarecimento, por escrito, ao Secretariado Geral.

O mesmo tribunal deve decidir a questão, porém, na impossibilidade, será constituído um novo Tribunal que poderá suspender a execução do laudo até que haja o esclarecimento solicitado.

As partes também podem pedir a revisão do laudo ao Secretário Geral, fundada no descobrimento de fatos que possam influir na decisão, mas que eram desconhecidos do Tribunal e da parte requerente, mas sem que esta tenha agido com negligência.

A revisão deve ser apresentada em até 90 dias da descoberta dos fatos novos e em até 3 anos da apresentação do laudo. Neste caso, também, é ideal que o mesmo Tribunal decida, porém, na impossibilidade, se constituirá um novo Tribunal e a execução do laudo poderá ser suspensa, se as circunstâncias assim o exigirem.

As partes podem, ainda, requerer a anulação do laudo nas seguintes hipóteses: a) de constituição incorreta do Tribunal; b) de o Tribunal ter agido manifestamente fora dos limites de suas atribuições; c) de corrupção de algum membro do Tribunal; d) de ofensa grave a uma norma de procedimento; e) de falta de motivação do laudo.

O prazo para o pedido de anulação é de 120 dias da apresentação do laudo, mas no caso do item “c”, o prazo terá início do conhecimento dos fatos pela parte, porém não poderá ultrapassar os 3 anos da elaboração do laudo.

Nesta hipótese será constituída uma comissão ad hoc integrada por 3 pessoas selecionadas da lista de árbitros, mas nenhuma delas poderá ter feito parte do Tribunal que elaborou o laudo, conforme disposição do item 3, do artigo 52 da Convenção.

A execução do laudo poderá ser suspensa até a decisão sobre o pedido de anulação e caso o laudo seja mesmo anulado, o litígio será submetido a um novo Tribunal.

O laudo será obrigatório para as partes e não poderá ser objeto de apelação ou qualquer outro recurso que não os previstos na Convenção. Vale dizer, portanto, que estão excluídas revisões por tribunais nacionais ou qualquer outra corte.

Em caso de descumprimento do laudo arbitral pelo Estado contratante parte na disputa, a convenção fixa um procedimento de solução de controvérsias entre o Estado receptor do investimento e o Estado de origem do investidor que consiste no ajuizamento de ação perante a Corte Internacional de Justiça (artigo 64 da Convenção), porém, neste caso, é também possível o uso da proteção diplomática por parte do Estado nacional do investidor.

1.6. CÓDIGO DE CONDUTA DAS TRANSNACIONAIS – ONU

Segundo FATOUROS, “Pode-se definir, de acordo com o uso atual, um código de conduta como um conjunto de princípios ou regras relacionadas com o comportamento de certas agências internacionais e incorporadas em um só ato ou instrumento jurídico adotado pelos Estado. (...) Ademais, os agentes internacionais dos quais se pretende regulamentar a conduta podem ser não somente os Estados, sujeitos tradicionais do direito internacional público mas também as sociedades e associações privadas, tais como as empresas transnacionais, ou mesmo as pessoas físicas.” Pode-se identificar quatro possibilidades distintas do papel que eles podem desempenhar: “a) um código juridicamente obrigatório; b) um código juridicamente não obrigatório mas de grande importância política como arma de certas reivindicações; c) um código que sirva de modelo a legislações internas; d) um código que preencha uma função educativa.”¹³

¹³ apud, Silveira, Eduardo Teixeira, a disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, pág 183.

O Código de Conduta impunha uma série de obrigações às empresas transnacionais, como respeito à soberania dos países nos quais operam, cumprimento das leis, regulamentos e práticas administrativas do país receptor, respeito aos direitos humanos, dentre outros e também ao país receptor, como a de conceder tratamento justo e equitativo, tratamento nacional e permissão da livre transferência de fundos.

Além das obrigações, o Código reconhecia o direito de o país receptor definir o papel que essas empresas deveriam desempenhar no desenvolvimento econômico e social do país, bem como a possibilidade de estabelecer as devidas restrições e limitações à atividade e ao acesso do investimento estrangeiro; o direito de nacionalizar bens de estrangeiros, desde que houvesse fim público e pagamento de indenização pronta, imediata e efetiva; e determinava que os conflitos deveriam ser solucionados perante o Judiciário local.

1.7. DECLARAÇÃO E DECISÕES SOBRE INVESTIMENTO INTERNACIONAL E EMPRESAS MULTINACIONAIS – OCDE

A Declaração¹⁴ (Diiem), elaborada pelos Governos dos países membros da OCDE, constitui um compromisso político cujo fim é melhorar o clima de investimentos, encorajar a contribuição positiva que as empresas multinacionais podem dar ao progresso econômico e social, bem como minimizar, além de resolver dificuldades que possam surgir das operações. Importa ressaltar que como os Códigos elaborados no âmbito da OCDE e antes mencionados, a Declaração ainda tem aplicação nos dias de hoje e sua última revisão foi feita em 2000.

Os 30 membros da OCDE assinaram a declaração e, além deles, outros 12 países não-membros, dentre os quais encontra-se o Brasil. Ela contém quatro elementos, cada um dos quais sustentado por uma Decisão do Conselho da OCDE e em relação aos quais esperam-se os seguintes procedimentos:

¹⁴ http://www.oecd.org/document/63/0,3343,en_2649_34887_1826559_1_1_1_1,00.html, acessado em 15/04/2010.

- 1- Diretrizes para Empresas Multinacionais: As Linhas Diretrizes são recomendações conjuntamente dirigidas pelos governos às empresas multinacionais. Fornecem princípios voluntários e padrões de boa conduta consistentes com as leis adotadas. A observância das Linhas Diretrizes pelas empresas é voluntária, não é legalmente aplicável. Os governos aderentes a essas Linhas Diretrizes encorajam as empresas que realizam operações no seu território a observarem as Linhas Diretrizes onde atuarem, tendo sempre em conta as circunstâncias específicas de cada país hóspede.
- 2- Tratamento Nacional: países que aderirem à declaração devem conceder às empresas sob controle estrangeiro, em seu território, tratamento não menos favorável que o concedido às empresas domésticas na mesma situação. Refere-se¹⁵ à fase de pós estabelecimento, sem cobrir, portanto, a liberalização da entrada. Conta com uma lista onde os Estados-Membros e aderentes estabelecem as exceções ao tratamento nacional.
- 3- Requisitos Contraditórios: países signatários devem cooperar de modo a evitar ou minimizar a imposição de exigências contraditórias às empresas multinacionais.
- 4- Incentivos e Desincentivos ao Investimento Internacional: países signatários reconhecem a necessidade de dar a devida importância ao interesse dos países aderentes afetados por leis e práticas neste campo, fornecendo incentivos e desincentivos oficiais ao investimento direto internacional; os governos nacionais esforçar-se-ão por tornar tais medidas tão transparentes quanto

¹⁵ Costa, José Augusto Fontoura. Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Juruá Editora, 2010, pág. 113.

possível, de tal modo que sua importância e seu objetivo sejam estabelecidos, e que as informações que lhes são referentes sejam prontamente disponíveis.

O preâmbulo da Declaração, por outro lado, deixa claro o entendimento acerca da importância do investimento para o desenvolvimento e a intrínseca relação entre as empresas multinacionais e o investimento estrangeiro. Assim está redigido:

“Que o investimento nacional é da maior importância para a economia mundial, e contribuiu consideravelmente para o desenvolvimento de seus países ;
 Que as empresas multinacionais desempenham um papel importante neste processo de investimento ;
 Que a cooperação internacional pode melhorar o investimento estrangeiro, fomentar a contribuição positiva que as empresas multinacionais possam trazer ao progresso econômico, social e ambiental, e minimizar e resolver as dificuldades que possam surgir em decorrência das atividades destas empresas ;
 Que os benefícios da cooperação internacional são fortalecidos quando são abordadas as questões relativas ao investimento internacional e às empresas multinacionais num quadro de trabalho equilibrado e com instrumentos estreitamente ligados”¹⁶

Opina, José Augusto Fontoura Costa¹⁷ que essa interessante postura conciliatória entre as vantagens de processos de liberalização e proteção postos em compasso com as preocupações legítimas dos Estados em proteger a sua política interna e sua capacidade soberana de regulação econômica é, sem dúvida, a principal responsável pela adesão de um importante grupo de países que não compõe a OCDE.

1.8. MIGA – MULTILATERAL INTERNATIONAL GUARANTY AGENCY - BANCO MUNDIAL

O objetivo da criação desta Agência foi o de encorajar o investimento estrangeiro, mormente no que tange ao seu direcionamento para países em desenvolvimento, na medida em que desempenharia o papel de diminuir as preocupações ligadas aos riscos não comerciais.

¹⁶ <http://www.fazenda.gov.br/sain/pcnmulti/downloads/sintese-diretrizes.pdf>, acessado em 15/4/2010.

¹⁷ Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Juruá Editora, 2010, pág 111.

Além de oferecer garantias, a Agência realiza, também, atividades complementares apropriadas para promover o fluxo de investimentos para e entre os países membros em vias de desenvolvimento.

Os riscos que esta insituição pode garantir são os referentes :a) à restrição de transferência de moeda para fora do território, decorrente de ato imputável ao Governo do país receptor; b) à expropriação, salvo se as medidas adotadas forem de caráter geral, não discriminatórias e com o objetivo de regular a atividade econômica; c) ao descumprimento contratual, na hipótese de o investidor não ter acesso a um foro judicial ou arbitral, ou se tiver, a decisão não for proferida em tempo razoável ou se ela não puder ser executada; d) à hipótese de guerra ou distúrbios. É possível, todavia, que a cobertura seja aprovada para outros riscos que não os previstos na Convenção e citados acima.

Os investimentos, chamados de elegíveis pela Convenção, incluem, principalmente, as participações no capital, incluindo empréstimos, a médio e longo prazo, podendo incluir qualquer transferência de divisas feita para modernizar, expandir ou desenvolver um investimento existente, bem como a utilização de rendimentos provenientes de investimentos existentes que poderiam ser transferidos para fora do país. Vale observar que apenas podem ser garantidos os investimentos que sejam feitos no território de um país membro em vias de desenvolvimento.

Por outro lado, existem requisitos a serem verificados pela Agência para que ela possa garantir um investimento, como a sua solidez econômica, sua contribuição para o desenvolvimento do país receptor, a sua legalidade em relação à legislação do país receptor e, por fim, se as condições de investimento no país receptor são favoráveis.

Importa ressaltar que os contratos de garantia não são celebrados antes de o governo do país receptor ter aprovado a atribuição da garantia contra os riscos designados pela cobertura. Vale destacar, também, que é vedada a cobertura total do investimento garantido.

Ao pagar uma indenização, a MIGA sub-rogar-se-á nos direitos que o detentor de uma garantia tenha contra o país receptor do investimento ou outros devedores.

Cada membro designará o seu Banco Central como depositário em que a Agência pode manter depósitos, na moeda desse membro, ou outros bens. Designará, também, a autoridade competente com a qual seja possível uma comunicação sobre qualquer matéria decorrente da Convenção.

Chamam a atenção, as previsões referentes à possibilidade de resseguro de um investimento específico contra um prejuízo resultante de um ou mais riscos não comerciais suportados por um membro ou por uma agência sua ou por uma agência regional de garantia do investimento cujo capital majoritário seja detido por membros, bem como à de a Agência poder celebrar acordos com seguradoras privadas nos Estados membros para desenvolver as suas próprias operações e encorajar essas seguradoras a efetuar a cobertura de riscos não comerciais nos Estados membros em vias de desenvolvimento, conforme as condições por ela impostas.

A Agência realizará pesquisas e empreenderá atividades para promover o fluxo dos investimentos e divulgará informações sobre oportunidades de investimento nos países membros em vias de desenvolvimento, com o fim de melhorar as condições para os fluxos de investimento estrangeiro nesses países.

A MIGA é composta por um Conselho de Governadores, um Conselho de Administração, um Presidente e pessoal para desempenhar as funções que a Agência determine.

O Conselho de Governadores será investido de todas as competências da Agência, salvo as que sejam atribuídas expressamente a outro órgão pela Convenção. Compõe-se de um governador e um governador suplente nomeado por cada membro. O Conselho de Administração será responsável pelas operações gerais da Agência e será composto por um

número de Administradores não inferior a 12. O Presidente do Banco será o Presidente do Conselho de Administração *ex officio*, mas sem direito a voto, salvo nos casos de empate. O Presidente da Agência será nomeado pelo Conselho de Administração por proposta do seu Presidente e terá a incumbência de dirigir, sob a supervisão do Conselho de Administração, as atividades correntes da Agência, como a organização, nomeação e demissão de pessoal.

Caso surja algum litígio em decorrência das atividades executadas pela Agência, a Convenção dispôs sobre o procedimento para solução de controvérsias, prevendo a negociação como fase obrigatória e, caso seja infrutífera, as partes podem recorrer à arbitragem. Se preferirem, podem se utilizar da conciliação, mas uma vez escolhida esta via, o recurso à arbitragem torna-se mais restrito e a Convenção enumera as hipóteses nas quais as partes poderão adotá-la.

É possível concluir que o seguro instituído pela MIGA afastou substancial parte das tensões que envolviam, até, então, as discussões sobre o pagamento e indenizações pelo país de acolhida. Daí para frente, mediante pagamento do prêmio ou comissão à MIGA (Convenção de Seul, art. 26), o investidor pode despreocupar-se com relação aos riscos não comerciais relacionados a seu investimento. Em caso da ocorrência de algum desses riscos, a MIGA adianta a indenização para o investidor, após o que se sub-roga nos direitos do investidor sobre a indenização. As discussões ficam assim transpostas de eixo, do nível Estado anfitrião (esfera pública) e investidor (esfera privada) para MIGA e Estado anfitrião (ambos na esfera pública).¹⁸

Por fim, vale observar que a MIGA apresenta-se como um importante organismo de regulação internacional na medida em que condiciona o comportamento do outro pólo da relação do investimento estrangeiro, qual seja, o investidor. Para inserir-se no sistema e obter a garantia da agência, há vários requisitos a serem preenchidos por ambas as partes,

¹⁸ Zerbini, Eugênia C.G. de Jesus. O regime internacional dos investimentos, sistemas regional, multilateral, setorial, bilateral (balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da Alca. Tese - USP, 2003, pág. 41.

especialmente quando se pretende a elucidação das condições do investimento a ser protegido, daí sua função indireta na regulação do investimento estrangeiro.¹⁹

1.9. GATS – GENERAL AGREEMENT ON TRADE OF SERVICES - OMC

Inicialmente, é preciso notar que o **GATS** se aplica às medidas tomadas pelos membros que afetem o comércio de serviços. Objetiva estabelecer uma modura multilateral de princípios e regras para o comércio de serviços com o fim de expandir este tipo de comércio com transparência e progressiva liberalização, além de promover o crescimento econômico dos parceiros comerciais e propiciar o desenvolvimento dos países em desenvolvimento.

O acordo, em seu Artigo I, define que entende por comércio de serviços o suprimento de serviços:

- (a) do território de um dos Membros para o território de qualquer outro Membro;
- (b) no território de um Membro aos consumidores de serviço de qualquer outro Membro;
- (c) pelo prestador de services de um Membro, por intermédio da presença comercial, no território de qualquer outro Membro;
- (d) pelo prestador de services de um Membro, por intermédio da presença de pessoas naturais de um Membro no território de qualquer outro Membro.

A relação das disposições deste tratado referente ao comércio de serviços com os investimentos estrangeiros pode ser depreendida das disposições da alínea “c”, pois para que um prestador de serviços consiga ter a presença comercial no território de qualquer outro membro, terá que investir neste país, o que significa “ter qualquer tipo de negócio ou estabelecimento profissional, inclusive por meio da constituição, aquisição ou manutenção de uma pessoa jurídica; ou da criação ou manutenção de uma filial ou representação comercial, no território de um Membro com o objetivo de prestar serviços”²⁰ .

O Gats prevê, no seu artigo II, a aplicação do princípio da Nação Mais Favorecida que determina que tratamento dado aos serviços prestados por um membro não pode diferir

¹⁹ Mulin, Camila Dean Porto, Tratamento Internacional do Investimento Estrangeiro, monografia, pág 52

²⁰ Artigo XXVIII (d) do GATS.

daquele concedido àqueles prestados por qualquer outro país, apesar de permitir que exceções sejam feitas pelos Membros, desde que compatíveis com as previsões do Anexo II do tratado. O princípio da transparência também foi lembrado na redação deste acordo e, segundo ele, os Membros devem publicar prontamente, salvo em situações excepcionais, todas as medidas relevantes que afetem a aplicação do convencionado entre as partes.

O principal instrumento, no entanto, são os compromissos de acesso a mercados. Estes são estabelecidos mediante um sistema de listas positivas (opt-in ou bottom-up), conforme o qual cada Estado pode estabelecer a quais setores pretende garantir acesso aos serviços importados, podendo, no entanto, fazer restrições subsetoriais e impor condições como, por exemplo, o estabelecimento mediante *joint ventures*. Uma vez liberalizado o setor, no entanto, o Estado deve abster-se de diversas medidas, apresentadas no art. XVI, 2, a menos que as tenha explicitamente afastado. As exceções, portanto, seguem um sistema de lista negativa (opt out ou top down)²¹. Interessante, para complementar a citação, mencionar as medidas que os Estados estão impedidos de praticar, nos termos do art. XVI, 2:

- (a) limitação do número de prestadores de serviços, seja na forma de cotas, monopólios, exclusividade de prestadores ou requerimento de avaliação de necessidades econômicas;
- (b) limitação no valor total das transações ou ativos na forma de cotas ou requerimento de avaliação de necessidades econômicas;
- (c) limitação no número total de operações de services ou da quantidade total de serviços prestados, expresso em termos de unidades numéricas designadas, sob a forma de quotas ou a exigência de uma avaliação das necessidades econômicas;
- (d) limitação do número total de pessoas que devam ser empregadas em um particular setor de serviços ou que um prestador de serviços possa empregar e quem são as pessoas necessárias e directamente relacionada com a prestação de um serviço específico, sob a forma de quotas numéricas ou a exigência de uma avaliação das necessidades económicas;
- (e) medidas que restrinjam ou requeiram tipos específicos de pessoas jurídicas para a constituição do prestador de serviços; e
- (f) limitação da participação do capital estrangeiro.

²¹ Costa, José Augusto Fontoura, *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*, Curitiba, Ed Juruá, 2010, pág 101.

Sendo assim, apesar do Gats não ter como objeto a disciplina do investimento estrangeiro, pode influenciar, indiretamente, em sua liberalização, uma vez que a tendência atual é o aumento da prestação de serviços entre os membros.

1.10. TRIMS – TRADE RELATED INVESTMENT MEASURES - OMC

O TRIMS volta-se, especificamente, às medidas de investimento relativas ao comércio de bens, mais que isso, àquelas que possam gerar nele efeitos restritivos e distorcivos.

Sendo assim, visando à liberalização do comércio internacional, o TRIMS proibiu a utilização, pelos membros da OMC de qualquer medida de investimento incompatível com o artigo III (tratamento nacional) e o artigo XI (eliminação geral de restrições quantitativas) do Gatt.

Na palavras de Nasser (2003, p. 190), medidas de investimento relacionadas ao comércio podem ser entendidas como:

- (...) disposições contidas nas legislações nacionais que:
 - (i) impõem determinadas condições ou exigências aos investimentos estrangeiros realizados no país; ou
 - (ii) vinculam a concessão de benefícios (em geral subsídios, como isenções fiscais) aos agentes privados interessados em investir no país à adoção de determinadas medidas.²²

Para Flávia Andraus Troyano, “ A questão das TRIMs não é nova, e data da época em que os governos dos diferentes países começaram a impor, com certa frequência, condições especiais para estimular os investidores estrangeiros a investirem de acordo com certas prioridades nacionais. Essas condições, que podem ter um efeito sobre o comércio, são

²² Múndin, Camila Dean Porto, Monografia Tratamento Internacional do Investimento Estrangeiro, PUC/SP 2009, pag 41/42.

chamadas de TRIMs. Por exemplo, pode-se utilizá-las para atrair, através da concessão de incentivos fiscais, e depois regulamentar, por exemplo, através da imposição de transferência de tecnologia, investimentos diretos estrangeiros.²³

O acordo, em seu anexo, estabelece uma lista ilustrativa das medidas que entende serem incompatíveis com o tratamento nacional, todavia, não estabelece um conceito para identificá-las (Art. III GATT). Dispõe que estão incluídas aquelas que são obrigatórias ou exequíveis nos termos do direito interno ou de disposições administrativas, ou cujo cumprimento é necessário para obter uma vantagem e que requerem :

a) a aquisição ou utilização por uma empresa de produtos de origem nacional ou de qualquer fonte doméstica, especificados tanto em termos de produtos, em termos de volume ou valor dos produtos, quanto em termos de proporção do volume ou valor de sua produção local; ou

b) que as compras de uma empresa ou a utilização de produtos importados estejam limitadas a um montante relacionado ao volume ou valor dos produtos locais que exporta.

Logo em seguida faz o mesmo com aquelas que considera ofensivas à obrigação de eliminação geral das restrições quantitativas (artigo XI do GATT). Dispõe que estão incluídas aquelas que são obrigatórias ou exequíveis nos termos do direito interno ou de disposições administrativas, ou cujo cumprimento é necessário para obter uma vantagem e que restringem:

- (a) a importação por uma empresa de produtos utilizados ou relacionados com a sua produção local, em geral ou a vinculam com um montante relacionado ao volume ou valor da produção local que exporta;
- (b) a importação por uma empresa de produtos utilizados ou relacionados com a sua produção local, restringindo o total de divisas a serem aplicadas para este fim ao montante de divisas que entram no país em decorrência das atividades da empresa; ou
- (c) a exportação ou venda para exportação por uma empresa, de produtos, tanto especificados em termos de produtos específicos, em termos de volume ou valor dos produtos, quanto em termos de porcentagem do volume ou valor de sua produção local.

²³ Silveira, Eduardo Teixeira, A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no direito Internacional, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, pág 187.

Apesar das listas, o acordo sobre TRIMS estabeleceu, no artigo 3º que as exceções gerais ao GATT também se aplicam a ele e no artigo 4º permite, como exceção, que os países em desenvolvimento se desviem, temporariamente, do previsto no artigo III e XI do GATT. No artigo 5º fixou um período para que as medidas incompatíveis com o acordo fossem eliminadas:

1. Os Membros, no prazo de 90 dias a contar da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, tinham que notificar ao Conselho do Comércio de Bens as TRIMs que estavam aplicando que não estivessem em conformidade com as disposições do presente Acordo.
2. Cada membro deveria eliminar todas as TRIM notificadas no prazo de dois anos a contar da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, no caso de um país desenvolvido, dentro de cinco anos no caso de um país em desenvolvimento, e dentro de sete anos, no caso de um país membro menos desenvolvido. Se houvesse uma solicitação ao Conselho do Comércio de Bens, o prazo poderia ser estendido, demonstradas as dificuldades no cumprimento do acordo. Durante este período de transição, um Membro não poderia modificar os termos de qualquer TRIM notificada de modo a aumentar a sua incompatibilidade com o acordo. Observa-se que as TRIMs introduzidas a menos de 180 dias da data da entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC não se beneficiaram do regime transitório.

Denis Borges Barbosa aponta outros aspectos relevantes pertinentes às TRIM's: "Estando muito longe de ser um autêntico Código de Investimentos Estrangeiros, TRIM's se insere, assim, dentro do escopo tradicional do GATT. O acordo prevê mecanismos de notificação, transparência, tratamento nacional e a eliminação progressiva de restrições. A lista de casos restritivos é meramente ilustrativa, e inclui tanto as práticas não compatíveis com o tratamento nacional, quanto aquelas que reflitam restrições quantitativas ao comércio de bens físicos, como o de balanço de importações sobre exportações. No campo institucional, foi estabelecido um Comitê de TRIM's, e previsto que o Conselho para o Comércio de Bens acompanhará a evolução da matéria, de modo a recomendar a expansão do escopo do acordo à política de investimento propriamente dita, assim como a política de

concorrência, através, inclusive, da eventual aplicação de parâmetros do Direito da Defesa da Concorrência.²⁴

1.11. DIRETIVAS DO BANCO MUNDIAL

O preâmbulo do documento dispõe que as diretivas representam um desejável quadro geral de princípios essenciais, destinadas a promover o investimento direto estrangeiro no interesse comum de todos os membros. Prossegue dizendo que as diretivas constituem um passo no processo de evolução no qual diversos esforços internacionais objetivam estabelecer um ambiente favorável para o investimento, livre de riscos não comerciais em todos os países e, assim, promover a confiança dos investidores internacionais. Deixa claro que as diretivas não possuem caráter vinculante ao mencionar que elas não são regras definitivas, mas um importante avanço na evolução dos padrões internacionais geralmente aceitáveis que complementam, mas não substituem, os tratados bilaterais de investimentos.

Interessante atentar, portanto, para a natureza do documento. Trata-se de um guia e não de um documento que gera propriamente obrigações para as partes. Não é tratado. Os redatores deixaram claro a natureza prática do documento, ou seja, um guia, distante de uma manifestação jurídica. Se assim não fosse, considerando as diferenças de posição tanto entre países exportadores e importadores de capital, como entre os países exportadores entre si, tudo indica que o consenso não teria sido obtido.²⁵

O documento está dividido em 5 capítulos, além do preâmbulo:

- I) refere-se ao escopo de sua aplicação – as diretivas são aplicáveis aos membros das instituições do Banco Mundial e em seus respectivos territórios, como complemento a tratados bilaterais, multilaterais e outros instrumentos, na

²⁴ Silveira, Eduardo Teixeira, A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no direito Internacional, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, pág 191.

²⁵ Zerbini, Eugênia C.G. de Jesus. O regime internacional dos investimentos, sistemas regional, multilateral, setorial, bilateral (balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da Alca. Tese - USP, 2003 , pág87.

medida em que não conflite com eles, além de servir como possível fonte para o estabelecimento da forma de como estes países tratam o investimento estrangeiro. As diretivas tem por base a premissa geral de tratamento igual dos investidores que estiverem em circunstâncias similares aos nacionais e dispõe que a livre competição entre eles é pré-requisito para um ambiente favorável aos investimentos.

- II) trata da admissão do investimento estrangeiro, sugerindo que tanto a entrada como o estabelecimento devem ser facilitados e que os Estados devem evitar a imposição de procedimentos regulatórios complicados ou de condições desnecessárias. Adverte que muitas vezes os requisitos de desempenho colocados como condição de admissão são contraproducentes e seria melhor sujeitar os investimentos a uma lista restrita, na qual se estabelecem os investimentos proibidos e os que requerem análise e autorização. Este capítulo prevê, também, como exceção, que a admissão do investimento pode ser recusada em casos de segurança nacional, ou de ser o setor a que ele se direciona restrito a nacionais, tendo em vista o desenvolvimento econômico e in teresse nacional.
- III) dispõe sobre o tratamento a ser dado ao investimento estrangeiro, sendo de rigor a imposição de tratamento justo e equitativo, além do princípio do tratamento nacional. Por outro lado, estabelece que o investimento estrangeiro não pode ser tratado de forma privilegiada em relação ao nacional. Sugere que os Estados devem facilitar a obtenção de licenças e permissões, autorizar a contratação de empregados estrangeiros, permitir a livre transferência de parte dos salários do pessoal, da receita líquida obtida com o investimento, de valores necessário para o pagamento de débitos e

obrigações contratuais e, em casos de liquidação, afirma que a repatriação e as transferências sejam feitas de uma vez e, apenas excepcionalmente em parcelas. Aconselha, também, a facilitação e permissão do reinvestimento, bem como a promoção da responsabilidade e transparência. Desaconselha, de outra forma, a concessão de incentivos fiscais.

IV) trata da expropriação dos investimentos e das alterações ou rescisões unilaterais dos contratos. Recomenda que os investimentos estrangeiros não devem ser expropriados, salvo nos casos em que, de acordo com o princípio da boa fé, exista uma finalidade pública, sem qualquer discriminação de nacionalidade e mediante compensação apropriada que deve ser entendida como a pronta, adequada e efetiva (consagra a fórmula Hull), observados os preços de mercado. Os casos nos quais a desapropriação ocorre como sanção imposta pelo Estado ao descumprimento de leis ou medidas de regulação em vigor anteriormente à expropriação são exceções à recomendação de que deve haver compensação, pois neste caso ela pode não ser paga ou ser reduzida. Por fim, nos casos de nacionalizações que fazem parte de reformas sociais de larga escala, em circunstâncias excepcionais de revolução, guerra ou outra situação similar, a compensação deve ser negociada e caso não haja um acordo, deve ser decidida em uma arbitragem internacional. As disposições deste capítulo aplicam-se, também, às alterações e rescisões unilaterais dos contratos, mas se forem causados por ato de império, pois nos casos em que o Estado age como parte contratante, serão aplicáveis as leis previstas no contrato.

V) prevê os instrumentos de solução de controvérsias surgidas entre investidores e os Estados receptores. Recomenda que inicialmente devem haver

negociações e, se essas falharem, as disputas podem ser resolvidas em cortes nacionais ou através de outros mecanismos acordados pelas partes, incluindo conciliação ou arbitragem independente que pode ser ad hoc ou institucional. Encoraja, todavia, as partes, a recorrerem ao ICSID, no caso de acordo acerca da utilização de arbitragem independente.

1.12. MAI – MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENTS

O acordo previa a aplicação dos princípios do tratamento nacional, da nação mais favorecida e exigia transparência dos países membros quanto à sua legislação relativa à disciplina dos investimentos. Importante notar que definia investimentos de forma ampla, de modo a compreender os de portfólio (investimentos em carteira) e pretendia ter natureza obrigatória.

Continha capítulo específico sobre a proteção do investimento, dispondo que os países membros deveriam dar-lhe tratamento justo e equitativo, bem como total e constante proteção e segurança. Trazia previsões sobre hipóteses aceitáveis de desapropriação e sua compensação (fórmula Hull); sobre o tratamento a ser dado aos investimentos no caso de conflitos como guerra, revoluções, etc; sobre a possibilidade de livre transferências de recursos; além de procedimento específico sobre solução de controvérsias que garantia ao investidor acesso direto a instrumentos internacionais contra o Estado receptor no caso de surgimento de alguma desavença.

José Augusto Fontoura, em seu livro *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro* fez um estudo interessante acerca das causas de fracasso do MAI. Aponta três principais razões:²⁶

²⁶ Costa, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Juruá Editora, 2010, pág. 248/253.

- 1- temor da perda de soberania, incluindo como preocupações dos países a amplitude e enfoque do sistema de liberalização com a sua conseqüente limitação da autonomia jurídica dos eventuais membros para instituir e manter critérios e controle sobre a entrada dos investimentos estrangeiros, bem como a restrição da capacidade regulatória do Estado na fase pós-estabelecimento, ou seja em relação aos investimentos já estabelecidos;
- 2- participação da sociedade civil organizada e de organizações não governamentais (ONGS). Houve ampla utilização da Internet como instrumento de difusão de informações e mobilização de ativistas. Os grupos e associações do terceiro setor concentraram suas críticas nos eventuais prejuízos que as proteções ambientais e trabalhistas poderiam sofrer a partir da adoção do acordo, bem como nas possíveis limitações aos Direitos Humanos.
- 3- estrutura do processo de negociação. Inicialmente, deveria ser feito um acordo entre os membros da OCDE, ao qual os Estados não membros teriam a possibilidade de aderir. Citando Sornarajah (2004, p. 291), o autor sintetiza que a estratégia era chegar a um acordo multilateral entre os países desenvolvidos e ter a adesão posterior dos países em desenvolvimento. Todavia, o que se supunha ser um grande consenso, acabou em grandes dissensões e não logrou obter a aprovação dos membros da OCDE.

O MAI encontrou forte resistência entre os países em desenvolvimento, que entenderam haver violação à sua soberania, por exemplo, com a imposição da cláusula do tratamento nacional – que obrigava os países a conceder acesso irrestrito ao mercado em determinados setores da economia, nas quais os investidores nacionais eram ativos. Outro ponto crítico foi a cláusula standstill – que proibia os Estados de introduzir qualquer alteração

legal resritiva posterior. Além, é claro, da cláusula que permitia o investidor estrangeiro levar eventual disputa com o Estado receptor de investimentos aos tribunais internacionais. O MAI proibia também a imposição de requisitos de desempenho de forma mais ampla que o acordo TRIMS.²⁷

²⁷ Fonseca, Karla Closs. Investimentos Estrangeiros, Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais. Curitiba, Juruá Editora, 2008, pág 48.

CAPÍTULO 2 – CONCEITOS ESSENCIAIS SOBRE O TEMA

2.1 – CONCEITUAÇÃO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Difícil expor uma definição unívoca acerca do conceito de investimento estrangeiro, pois como não existe um tratado multilateral sobre a matéria, com uma definição aplicável a todos os seus signatários, há diversas definições de investimento estrangeiro, mais amplas ou mais restritas, dependendo do documento em que o tema é tratado, bem como de seu objetivo.

Estas definições estão contidas nas legislações internas de cada país, em documentos firmados em âmbito internacional, porém sem caráter vinculante, nos tratados bilaterais de proteção ao investimento, bem como nos acordos multilaterais de âmbito regional.

Mencionaremos, aqui, portanto, as conceituações contidas em alguns instrumentos internacionais e, também, outras de caráter doutrinário para tentarmos extrair as principais características dos investimentos estrangeiros e, portanto, prosseguirmos no estudo objeto deste trabalho. No capítulo seguinte será analisada a legislação brasileira sobre o tema, oportunidade na qual se tratará da definição de investimento estrangeiro no âmbito interno.

A noção de investimento estrangeiro é de origem econômica e implica a afetação de bens de nacional de um país ao exercício de uma atividade econômica, de **caráter duradouro** e com o objetivo de lucro, a ser desenvolvida em país estrangeiro (PUCCI, 2003, p.52).²⁸

Importa mencionarmos, antes de qualquer outra coisa, a distinção entre investimento direto e de portfólio ou em carteira (investimento indireto), pois muitas das conceituações referem-se a estas duas categorias de investimento e é necessário esclarecer que o investimento estrangeiro direto que é o considerado como investimento estrangeiro propriamente dito, pois tem a intenção de manutenção de relacionamento com a empresa objeto do investimento no país receptor e não é tão volátil como o investimento de portfólio.

²⁸ Costa, Larissa. Arbitragem Internacional e Investimentos Estrangeiros. Lawbook, 2007, p. 42.

Distinguem-se, estas duas formas de investimento porque no investimento direto o controle da empresa é característica, ao passo que no investimento de portfólio ele não não é sequer o objetivo do investidor que visa não a investir no processo produtivo de determinado país, mas apenas a auferir os benefícios financeiros decorrentes da operação.

José Augusto Fontoura Costa aponta os elementos caracterizadores de cada uma destas categorias de investimento.²⁹ São elementos vinculados ao investimento direto: a) propriedade da maior parcela de cotas ou ações; b) controle e administração da empresa pelo investidor; c) objetivo de exercer atividade produtiva baseada nas competências empresariais específicas; d) objetivo de exercer uma atividade continuada e duradoura. Já no caso do investimento indireto, os elementos são: a) propriedade de uma parcela pequena ou pouco significativa do capital da empresa; b) ausência de controle; c) objetivo estritamente especulativo; d) duração e continuidade da propriedade dos ativos dependente apenas do valor de mercado dos títulos.

Agora, depois deste esclarecimento inicial, podemos passar às outras definições. O Código de conduta da OCDE sobre Liberação da Circulação de Capitais, define investimento estrangeiro como: “Investimento, para o propósito de estabelecer **relações econômicas duráveis** com uma empresa, tal como, em particular, investimentos que dêem a possibilidade de **exercer uma influência efetiva na administração** desta:

A – No país afetado, por não residentes, por meio de:

1-Criação ou extensão de uma controlada integral, subsidiária ou filial, aquisição da totalidade de uma empresa existente;

2-Participação em uma nova empresa ou numa já existente;

3-Um empréstimo de cinco anos ou mais de duração.

B – No exterior, por residentes, através de:

²⁹ Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Juruá Editora, 2010, p. 33.

1-Criação ou extensão de uma controlada integral, subsidiária ou filial, aquisição da totalidade de uma empresa existente;

2-Participação em uma nova empresa ou numa já existente;

3-Um empréstimo de cinco anos ou mais de duração.”

A OCDE, em outro de seus documentos, OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment FOURTH EDITION 2008³⁰, conceitua investimento estrangeiro como:

“O investimento direto é uma categoria de investimento transfronteiriço feito por um residente em uma economia (o investidor direto) **com o objetivo de estabelecer um interesse duradouro numa empresa** (a empresa de investimento directo), que é residente em uma economia diferente da o investidor direto.

A **motivação** do investidor direto é um **relacionamento estratégico de longo prazo com a empresa de investimento direto para garantir um grau considerável de influência direta do investidor na gestão da empresa de investimento direto.**

O "interesse duradouro" é evidenciado quando o investidor direto possui pelo menos 10% do poder de voto da empresa de investimento direto. As empresas de investimento direto são empresas que podem ser subsidiárias, quando mais de 50% do poder de voto é detido pelo investidor, ou associadas, hipótese na qual entre 10% e 50% do poder de voto pertence ao investidor, ou elas podem ser quase-sociedades (filiais), tais como galhos, que são efetivamente 100% de propriedade do investidor.”

Vale ressaltar que este documento inspirou a elaboração do FDIR³¹, Framework of Direct Investment Relationships, pelo FMI que é uma metodologia generalizada para identificar e determinar a extensão e o tipo do relacionamento de investimento direto. Em outras palavras, o FDIR permite aos compiladores determinar a população de investidores

³⁰ <http://www.oecd.org/dataoecd/42/56/43985557.pdf>, acessado em 3/5/2010.

³¹ <http://www.imf.org/external/np/sta/cdis/pdf/060508a.pdf>, acessado em 3/5/2010.

diretos e de empresas de investimento directo para serem incluídos nas estatísticas de Investimento Direto Estrangeiro.

Outra definição bastante aceita é a contida no Manual de Balanço de Pagamentos do FMI, no qual há uma classificação do investimento estrangeiro em duas categorias : Investimento estrangeiro direto e de portfólio.

O investimento direto é a categoria de investimento internacional que reflete o objetivo de uma entidade residente em uma economia em obter um **interesse duradouro** numa empresa residente noutra economia. (A entidade residente é o investidor direto e a empresa é o investimento directo.) O interesse duradouro implica a **existência de uma relação de longo prazo entre o investidor direto e a empresa, com um grau significativo de influência por parte do investidor na gestão da empresa.** O investimento direto inclui não apenas a transação inicial que estabelece a relação entre o investidor e a empresa, mas também todas as operações subsequentes entre eles e entre empresas interligadas, tanto com personalidade jurídica, como apenas caracterizadas como uma unidade de produção sem personalidade própria, sem ser uma entidade legal separada de seus donos.

O Manual caracteriza as empresas como investimento direto na hipótese de o investidor, residente em outra economia, ter 10% ou mais das ações ordinárias ou possuir poder de voto. As empresas que se caracterizam como investimento direto compreendem aquelas que são subsidiárias (um investidor não residente é dono de mais de 50% da empresa), associadas (um investidor possui 50% ou menos da empresa) ou filiais (ramo não independente, como personalidade própria) do investidor direto.

Além disso, o Manual também define o investidor direto como sendo tanto pessoa física, como empresa, de natureza privada ou pública; grupos de pessoas ou empresas; governos ou agências; Estados, ou outras organização que possua uma empresa caracterizada como investimento direto numa economia distinta daquela na qual resida o investidor.

Por outro lado, o investimento de portfólio ou em carteira caracteriza-se por aplicações financeiras sob a forma de títulos públicos ou privados, inclui ações, bonus, debêntures, títulos de dívida pública e, em geral, não implica uma gestão ativa na participação da empresa.

Aproveitando essa distinção feita pelo FMI, vale destacar as categorias pelas quais o investimento estrangeiro se manifesta³²: a) capital de empreendimento, aplicado pelo investidor em setor produtivo da economia, de forma direta, mediante participação em sociedade brasileira, com a concessão de dinheiro ou de bens de capital; b) capital de portfólio, investido em valores mobiliários e ativos reais, mediante aquisição em bolsa de participação acionária em empresa nacional, caracterizando investimento de forma indireta; c) capital financeiro, mediante empréstimos e financiamentos, considerando investimento direto quando feito entre empresas do mesmo grupo, e indireto nos demais casos; d) capital tecnológico, proveniente de transferência de tecnologia, como licenças de uso de marca, patentes, prestação de serviços técnicos especializados, dentre outros.

Pode-se, então, extrair algumas características essenciais para caracterização do investimento como estrangeiro: i) deve ser propriedade de não residente, provindo do exterior (trânsito entre fronteiras), ii) há que ter uma destinação econômica, vinculada à produção de riqueza, iii) possuir intenção de permanência e iv) seu ingresso deve ser efetivo (a não ser no reinvestimento) e desvinculado, ou seja, não deve haver uma contrapartida de pagamento para a sua entrada.³³ Além destas, entendemos que a intenção de manutenção de relacionamento duradouro com a empresa investimento estrangeiro visando à influir em sua gestão, também deve ser considerado traço característico dos investimentos estrangeiros.

Interessante a observação feita por Chesnais (1996, p.51-53), segundo a qual o investimento estrangeiro consiste numa das três dimensões da internacionalização do capital.

³² Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 37.

³³ Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 35.

A primeira dessas dimensões é o intercâmbio comercial, a segunda, o investimento produtivo no exterior e a terceira, os fluxos de capital monetário ou financeiro.³⁴

Importa ressaltar, ainda, que a noção de “investimento estrangeiro” é claramente diversa da de “investimento internacional”, apesar de alguns documentos e doutrinadores usarem-nas indistintamente.

Estrangeiro significa originário de outro país, o que é quase sempre o caso das aplicações financeiras e produtivas. Investimento internacional, entendido como o feito entre Estados, deve ser utilizado apenas para o caso de ajuda pública oferecida por um ente soberano a outro - diretamente ou por intermédio de agências públicas - ou do investimento de organizações internacionais, como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, bem como as garantias da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos.³⁵

Por fim, não podemos nos esquecer dos tratados bilaterais (BITs). Eles são compostos por diversas regras que estabelecem o tratamento concedido aos investimentos estrangeiros pelos estados signatários, sendo que dentre elas sempre existe uma definição do termo investimento.

Apesar de bastante semelhantes, o conteúdo das regras de tratamento estabelecidas nesses acordos varia conforme o grau de compromisso entre os Estados envolvidos e o poder de barganha dos negociadores para a inclusão de regras que protejam os interesses das partes.³⁶

Os BITs, usualmente, utilizam três tipos de definições de investimento: a) a baseada em ativos, incluindo bens e fluxos de capitais, propriedades móveis e imóveis, ações ou bens em sociedades, propriedade intelectual e concessões; b) a baseada em transações, que não protege

³⁴ Costa, Larissa. Arbitragem Internacional e Investimentos Estrangeiros. Lawbook, 2007, p.42.

³⁵ Costa, José Augusto Fontoura. Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Juruá Editora, 2010, p. 32.

³⁶ Fonseca, Karla Closs. Investimentos Estrangeiros, Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 76.

ativos, mas as transações financeiras por meio das quais o investidor estrangeiro cria ou adquire ativos; c) a baseada em empresa que enfatiza a proteção e a liberalização do investimento na criação de novas sociedades ou na aquisição de ações ou cotas, por meio da qual se obtém o controle de sociedades já existentes. A adoção de uma ou outra definição de investimento vai depender do objetivo do acordo.

2.2 – PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Agora abordaremos, rapidamente, sem qualquer intenção de esgotar o assunto, os principais princípios que são encontrados nos documentos que tratam da disciplina dos investimentos estrangeiros.

PRINCÍPIO DA SOBERANIA x PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ACESSO

Caracteriza-se, a soberania, pela não subordinação do governo de um Estado a qualquer autoridade que lhe seja superior. Não se reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário no interesse coletivo. Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores.³⁷

Vale observar, que atualmente existe grande discussão sobre a alteração e restrição do conceito de soberania, pois diante da globalização, impõe-se aos Estados a participação no comércio internacional, sob pena de ficarem isolados, o que restringiria os meios para obtenção dos recursos financeiros de que necessitam e, em consequência, a sua própria

³⁷ Rezek, Francisco. Direito Internacional Público, Curso Elementar. São Paulo, Editora Saraiva, 11ª Edição, 2008, p. 224.

capacidade de desenvolvimento. Desta forma, pautados pelos seus interesses supranacionais, os Estados celebram tratados que acabam por restringir a sua soberania.

A globalização da economia gerou relações de interdependência entre os Estados, sendo estes, muitas vezes, obrigados a reunirem-se em grupos, fazendo com que desapareçam as fronteiras comerciais e substituindo suas moedas por um instrumento comum de troca e de compra e venda. Essa interdependência faz com que todos eles devam prestar contas à comunidade transnacional antes da adoção de diversas decisões. Como resultado desse processo de transnacionalização do Estado Constitucional Moderno, poderes que antes eram atribuídos ao Rei, à Nação, ao Povo ou ao Estado, estão agora, inclusive juridicamente, transferidos para outras esferas. Assim, a Soberania atual não se caracteriza como uma qualidade inalterável, que pode definir-se como um conteúdo permanente e indissolúvel, mas passa a se tornar limitada ou parcial, tornando-se contraditória, uma vez que a Soberania não dispõe de limites nem imparcialidade.³⁸

O princípio da soberania relaciona-se com o tema objeto deste estudo, uma vez que existe o questionamento acerca da medida em que os Estados podem exercer plenamente a sua soberania na regulamentação do investimento estrangeiro, ou seja, se eles têm a possibilidade de disciplinar, independentemente de qualquer restrição, o fluxo de investimentos em seu território.

Esse princípio se contrapõe, diretamente, com o direito ou princípio de liberdade do investidor estrangeiro de ter acesso irrestrito aos diferentes mercados, de acordo com as suas escolhas e conveniências, o que é preconizado pelo FMI.

³⁸ Borges, Cleverson Ribeiro. ASPECTOS DA SOBERANIA NO MUNDO GLOBALIZADO, Faculdade Cenecista de Joinville, Faculdade de Direito, Joinville Santa Catarina, <http://www.pdfqueen.com/html/aHR0cDovL3d3dy5pbmljZXBnLnVuaXZhcC5ici9jZC9JTkIDXzIwMDcvdHJhYmFsaG9zL3NvY2lhaXMvaW5pYy9JTkIDRzAwMDU2XzAyTy5wZGY=>, acessado em 6/5/2010.

A Resolução 3.281 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 12 de dezembro de 1974, que instituiu a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, por sua vez, estipula, *in verbis*: “Artigo 2 - Cada Estado tem o direito :a) a regulamentar e exercer autoridade sobre os investimentos estrangeiros que estejam sob sua jurisdição de acordo com suas leis e regulamentações, bem como em conformidade com os seus objetivos nacionais e prioridades. Nenhum Estado será compelido a dar tratamento preferencial ao investimento estrangeiro.”³⁹

É possível concluir, portanto, que este documento reconhece a liberdade dos Estados de regulamentarem os investimentos estrangeiros da forma como melhor entenderem e de acordo com o pleno exercício de sua soberania.

Concordamos com a posição de Eduardo Teixeira da Silveira⁴⁰, no sentido de terem, os Estados, o poder discricionário de controlar a entrada e atuação do investimento estrangeiro internamente, como prerrogativa inderrogável de sua soberania. Daí porque a eventual negativa de acesso do capital estrangeiro, por atingir o investidor antes do ingresso dos capitais no país, não viola qualquer direito subjetivo seu – pois inexistente direito subjetivo de acesso. No mesmo sentido, a regulamentação estatal que discipline a atuação do investimento estrangeiro também não poderá ser considerada como lesiva. Todavia, há que se ressaltar que uma vez facultada a entrada do capital estrangeiro, aplica-se a tal investimento o princípio da isonomia com o capital nacional, princípio que será analisado a seguir.

³⁹ Silveira, Eduardo Teixeira. *A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 62, observando que a tradução do trecho do documento foi feita livremente por esta autora.

⁴⁰Idem, p. 66/67.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE/ PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Para o tema ora em estudo, o princípio da igualdade refere-se à atribuição de tratamento idêntico aos investimentos que se encontrarem na mesma situação, independentemente de serem nacionais ou estrangeiros.

Em que pese o princípio da igualdade seja objeto precípua de estudo do direito constitucional e dos direitos humanos, até porque encontra-se relacionado como um de nossos direitos fundamentais na Constituição de 1988, vale observar a análise realizada pela doutrina constitucional sobre o assunto, uma vez que suas conclusões podem ser aplicadas ao direito do investimento estrangeiro.

O princípio da não-discriminação é fruto de processo evolutivo constatado sobre princípio da igualdade, ao passo que a mera igualdade perante a lei, própria do Estado Liberal, não se mostrou suficiente para tutelar os indivíduos. Reconhece-se, portanto, a heterogeneidade presente na sociedade, razão pela qual o ordenamento jurídico não pode adotar um método de tutela uniforme, devendo-se proceder a análise dos desiguais de forma desigual, dando espaço à vedação das discriminações injustificadas, além de legitimar as discriminações que sejam necessárias para efetivar a igualdade entre todos.⁴¹

O princípio da não-discriminação, como visto, está ligado ao princípio da igualdade em sua vertente igualdade em direitos, ou igualdade na lei, pressupondo a vedação de discriminações injustificadas. Referido princípio ultrapassa a idéia de igualdade perante a lei, pois traz a idéia de usufruto dos direitos fundamentais por todos os indivíduos. Pode-se pensar, então, na idéia de discriminação enquanto evolução do princípio da igualdade, ao passo que sua efetivação passa a depender, em determinados casos, da adoção de medidas discriminatórias destinadas a igualar situações desiguais. O problema apresenta-se pela

⁴¹ Oliveira Neto, Alberto Emiliano de. O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8950>, acessado em 10/5/2010.

necessidade em definir para quais desigualdades se permite ou se impõe um tratamento diferenciado e para quais igualdades é permitido ou se impõe um tratamento uniforme.⁴²

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu livro *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, expõe critérios para justificar o eventual tratamento diferenciado⁴³:

“tem-se que investigar, de uma lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente, é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.”

Com efeito, é preciso averiguar se o investimento estrangeiro e os nacionais encontram-se na mesma situação. Dificilmente isso ocorrerá, pois aquele costuma possuir melhores tecnologias, melhores condições de competição, maior poder econômico, maior acesso às matérias-primas, além de uma volatilidade muito maior que o investimento nacional que em eventual situação desfavorável, tanto econômica, como legislativa, não possui a facilidade de migrar para outros mercados da mesma forma como pode ser feito pelo investimento estrangeiro. Sendo assim, diante desse traço desigualador, é possível adotar como fator de discriminação a procedência do investimento e, em consequência disso, estabelecer regulamentação diferenciada a eles. O princípio da igualdade apenas restaria violado se houvesse a intenção de beneficiar, propositadamente, pessoas e situações que possam ser equiparadas.

⁴²Idem

⁴³ Silveira, Eduardo Teixeira. *A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 74.

A OMC adota a **CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA** e do **TRATAMENTO NACIONAL**, princípios já previstos no GATT - Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, que passou a integrar a estrutura legal da OMC, juntamente com os resultados das negociações da Rodada Uruguai. Estes princípios podem claramente ser considerados como desdobramentos do princípio da igualdade/ não-discriminação.

A cláusula da nação mais favorecida está prevista no artigo 1º do GATT que assim dispõe: “todas as vantagens, privilégios ou imunidades acordados por uma parte contratante a um produto originário de um país ou com destino a ele serão, imediatamente e sem condições, estendidas a todo o produto similar originário ou com destino ao território de todas as outras partes contratantes.” Com efeito, qualquer benefício oferecido a um país signatário, deve ser estendido aos demais, independentemente de qualquer tratado ou acordo específico que preveja esta extensão.

O tratamento nacional, por sua vez, está previsto no artigo 3º do GATT que dispõe que: “As partes contratantes reconhecem que os tributos internos e outros encargos, bem como as leis, regulamentos e exigências relativos à venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos e as regulamentações quantitativas internas que especifiquem a mistura, ou o processamento e uso de produtos em quantidades ou proporções determinadas, não devem ser aplicada a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção.” Desta forma, um país deve aplicar às importações o mesmo tratamento que dedica aos seus nacionais porque a imposição de tarifas diferenciadas alteraria as condições de competição estabelecidas pelo mercado.

Estes dois princípios são encontrados, regularmente, nas disposições dos tratados bilaterais de investimentos –BITs e, neste caso, a cláusula da nação mais favorecida impõe ao país receptor que não estabeleça regras diferenciadas para investimentos estrangeiros

provenientes de diversos países, evitando que se discrimine o investimento por causa de sua procedência.

José Augusto Fontoura Costa⁴⁴ menciona que é possível resumir o significado deste princípio a um padrão, que na expressão de Schwarzenberger (1945, p. 96), implica “o tratamento em bases não inferiores a do terceiro Estado mais favorecido.” Este se compõe de quatro elementos: 1- ausência de discriminação contra a outra parte; 2- a não exclusão, em princípio, da oferta de vantagens maiores do que a terceiros; 3- o caráter relativo, dependente de *tertium comparationis*; 4- a ausência de regras de conduta objetivas e definidas, sendo seu conteúdo dependente das relações com terceiros.

Geralmente, os BITs contemplam essa regra para a fase de pós-investimento, ou seja, após a entrada do investimento no país e há possibilidade de se estabelecer exceções à cláusula com o fim de manter a ordem pública, a saúde ou a segurança nacional⁴⁵.

Por outro lado, se num acordo bilateral houver a cláusula do tratamento nacional, significa que o país receptor de investimento deve dar a ele o mesmo tratamento destinado aos seus nacionais.

Discutia-se, antigamente, se aos estrangeiros deveria ser dado tratamento privilegiado na hipótese de o tratamento dado ao nacional pelo país receptor ser menos favorável que o estabelecido pelo padrão mínimo internacional, mas Sornarajah expõe a posição predominante atualmente : “ (...)diferentemente do que se dava no passado, quando o tratamento nacional era completamente rejeitado, já que esse tratamento era, no caso de alguns países, abaixo do padrão mínimo defendido pelos países exportadores de capital, no caso dos acordos bilaterais modernos, o tratamento nacional tem suas vantagens, uma vez que os Estados reservam muitos setores econômicos e privilégios aos seus nacionais. Além disso, o tratamento nacional na fase de entrada do investimento é considerado um importante direito,

⁴⁴Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Juruá Editora, 2010.

⁴⁵ Fonseca, Karla Closs. Investimentos Estrangeiros, Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 104/106.

já que concede ao investidor estrangeiro o direito de entrada e estabelecimento no país receptor. Acordos que visam à liberalização contêm tais direitos antes da entrada e do estabelecimento. A concessão do tratamento nacional após a entrada do investimento pode conferir vantagens aos estrangeiros, já que serão atribuídos a eles os mesmos privilégios concedidos aos nacionais. Por essa razão há uma tendência entre os países desenvolvidos de defender o tratamento nacional como um padrão relevante e abordar a questão da responsabilidade internacional com fundamento na discriminação resultante do fracasso em conceder tratamento nacional ao investidor estrangeiro (...).”⁴⁶

A maioria dos BITs limita a aplicação do tratamento nacional à fase de pós investimento, ou seja, após a sua admissão no território do país receptor, não se aplicando o tratamento nacional na fase de entrada ou estabelecimento do investimento estrangeiro.⁴⁷ As exceções também são possíveis, conforme anteriormente comentado quando da abordagem do princípio da nação mais favorecida.

Vale, por fim observar que a cláusula de nação mais favorecida consiste, do mesmo modo que o tratamento nacional, em um padrão relativo ou contingente, pois sua aplicação depende da comparação com o tratamento oferecido a outros investidores, investimentos ou Estados (Schwarzenberger, 1945; Fatouros, 1999).⁴⁸

PRINCÍPIO DO TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO

Por fim, merece menção breve, o princípio do tratamento justo e equitativo que regularmente é disposto nos BITs logo após os da nação mais favorecida e do tratamento nacional.

⁴⁶ Fonseca, Karla Closs. Investimentos Estrangeiros, Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 98.

⁴⁷ Idem, p. 101.

⁴⁸ Costa, José Augusto Fontoura. Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Juruá Editora, 2010, p.140.

Objeto de grandes controvérsias, não existe, ainda, um conceito preciso a seu respeito e pode ser objeto de pelo menos duas interpretações. A primeira considera a regra em seu significado literal, segundo o qual os investidores devem receber tratamento baseado na justiça e na equidade, representando um princípio independente; já a segunda interpretação a entende como sinônimo de padrão mínimo internacional. Vale observar, todavia, que inexistente regra explícita que faça essa equiparação pretendida pela segunda corrente e, tampouco existe uma uniformidade de entendimento acerca do padrão mínimo internacional.⁴⁹

Diante da polêmica, o ideal seria que os tratados bilaterais, ao prever esse princípio, também dispusessem sobre qual o seu conteúdo para que no momento de aplicá-lo, não fossem geradas tantas dúvidas.

De qualquer forma, a intenção é que este princípio represente um padrão absoluto e não contingente, diferentemente dos princípios anteriores da nação mais favorecida e do tratamento nacional. Enquanto estes são relativos, dependendo da avaliação do regime de outros investimentos, nacionais ou de investidores de terceiros países, o tratamento justo e equitativo se afirma como um patamar do qual o tratamento não pode descer, mesmo que o Estado trate pior a seus nacionais e a outros estrangeiros. Sua aplicação, portanto, prescinde da consideração comparativa de outras atividades e regimes do Estado, sendo sua violação observada a partir de padrões de justiça e equidade.⁵⁰

2.3 – EMPRESAS TRANSNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO

As empresas transnacionais estão intimamente ligadas ao investimento estrangeiro, uma vez que é através delas que ocorre o investimento estrangeiro direto e, em consequência, o fluxo transfronteiriço de capitais.

⁴⁹ Fonseca, Karla Closs. Investimentos Estrangeiros, Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 108/109.

⁵⁰ Costa, José Augusto Fontoura. Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Juruá Editora, 2010, p.144.

Interessante a afirmação de Luiz Olavo Baptista⁵¹ a respeito desta interconecção: “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.”

Com efeito, as redes transnacionais são a resposta das grandes empresas ao acirramento da concorrência. Nesse sentido, constituem ao mesmo tempo resultado e força motora do processo de integração crescente da economia mundial. Pode-se dizer que elas se constituem no aspecto mais visível do processo de globalização.⁵²

A linha de atuação e os fatores de desenvolvimento das empresas transnacionais são colacionados por Celso D. Albuquerque Mello :a) partida para o exterior à procura de mão-de-obra mais barata; b) procura em controlar mercados, a fim de facilitar as exportações; c) controle das fontes de fornecimento de matérias-primas; d) evitar a concorrência das empresas locais; e) eliminação das barreiras alfandegárias com a criação de mercados comuns; f) aumento do lucro ao superfaturar o que é importado da matriz, bem como subfaturar o que é vendido à matriz.⁵³

Com efeito, no mesmo sentido, Américo Beviglia-Zampetti e Torbjörn Fredriksson esclarecem que existem três motivos principais para investir em outros países, todos fortemente influenciados pelas condições econômicas da localidade⁵⁴: a) ter acesso à matéria-prima e recursos naturais (IED para busca de recursos); b) penetrar novos mercados, ou expandir os já existentes (IED para busca de mercados); e c) beneficiar-se de custos mais baixos de produção (IED para busca de eficiência). Prosseguem elucidando que a importância

⁵¹ Investimentos Internacionais no Direito Comparado. Livraria do Advogado, 1998, p. 23.

⁵² Laplane, Mariano Francisco. Fluxo de Investimentos e Processo de Globalização. In Amaral Júnior, Alberto do Amaral e Sanchez, Michelle Rattón. Regulamentação Internacional dos Investimentos : algumas lições para o Brasil, São Paulo. Aduaneiras, 2007, p.34.

⁵³ Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.40.

⁵⁴ A Dimensão do Desenvolvimento nas Negociações sobre Investimento. In Amaral Júnior, Alberto do e Sanchez, Michelle Rattón. Regulamentação Internacional dos Investimentos: Algumas Lições Para o Brasil. São Paulo, Aduaneiras, 2007.

relativa dos fatores de alocação varia consideravelmente entre essas categorias de IED. De algum modo simplificado, para o IED que visa a busca de recursos, os fatores mais importantes são: a abundância e o custo dos recursos buscados. Para o IED que busca mercado, os fatores mais importantes são: o tamanho, o crescimento e a pressão concorrencial no mercado relevante. O IED que busca eficiência – tipicamente orientado para exportação- implica em uma especialização vertical do sistema de produção, com atividades alocadas separadamente nas localidades que oferecem as melhores condições para uma determinada fase da produção.

Atualmente, as transnacionais representam a concentração de grande poder econômico, muitas vezes maior até que o de diversos Estados que, diante da globalização ficam a elas submetidos, uma vez que buscam trazer a seus territórios os recursos e a tecnologia necessários para alavancar o seu desenvolvimento. Vale ressaltar, diante desta afirmação que o faturamento de diversas transnacionais supera, em muito, o PIB de diversos Estados.

Representam, um grupo de empresas interligadas, pulverizadas em diversas localidades, com a finalidade de melhor otimização de sua produção, acesso à matéria-prima e a diferentes mercados e com foco em uma estratégia global.

Luiz Olavo Baptista enuncia que as transnacionais são entes sem personalidade jurídica própria, pois são compostas por um certo número de subsidiárias e têm uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que lhes dá personalidade jurídica, porém são subordinadas a um controle central unificado e obedecem a uma estratégia global. A sua definição aproxima-se do conceito jurídico de grupo de sociedades, mas com o acréscimo de que é um grupo constituído por sociedades sediadas em

países diferentes, constituídas sob leis diversas, cada qual com certa autonomia, agindo por sua conta, mas em benefício do conjunto.⁵⁵

Há quem faça a distinção entre empresa multinacional e transnacional, como José Eduardo Faria⁵⁶: “ A empresa multinacional caracteriza-se por ter uma estrutura decisória rigidamente hierarquizada, que se reproduz em todos os países em que atua. Já a companhia global ou a corporação transnacional tem estruturas decisórias bem mais leves e bem mais ágeis de caráter basicamente “multidivisional”. A multinacional tem como principais características um centro, hierarquia, rigidez, estrutura, subordinação, cadeia de comando. De outra forma, a transnacional é caracterizada por muitos centros, cadeias e redes, organicidade, processo, interação, muitos canais decisórios.”

Todavia, juridicamente, os dois termos são sinônimos porque a transnacional representa um conceito evoluído da multinacional. Atualmente, o termo transnacional afigura-se extremamente adequado, uma vez que ela transcende a nacionalidade de qualquer matriz, perseguindo o seu objetivo maior que é a busca do mercado global e do lucro.

As transnacionais podem ser identificadas de acordo com a conjunção dos seguintes elementos: a) número elevado de filiais; b) a composição do capital social, integralizado por não residentes e com a peculiaridade de ser originário de países diferentes.; c) volume de vendas para a exportação; d) postura dos dirigentes da sociedade, voltada à estratégia global da empresa. Ademais, o empresário é aquele que planeja e executa, que conduz a empresa, e, na macroempresa, inclusive na transnacional, é a diretoria. Esta, é constituída, do que Galbraith denominava de “tecnocracia”, homens especializados na gestão de empresas, desligados de laços afetivos ou sentimentais para com qualquer empresa, prestando serviços onde melhor pagos⁵⁷; e) análise da nacionalidade da transnacional.

⁵⁵ Baptista, Luiz Olavo. Empresa Transnacional e Direito, São Paulo :RT, 1987, p.17.

⁵⁶ Silveira , Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 39.

⁵⁷ Baptista, Luiz Olavo. Empresa Transnacional e Direito, São Paulo :RT, 1987, p. 20/21.

Aproveitando a menção do último elemento, importa abordarmos essa tormentosa questão que é a definição da nacionalidade das empresas transnacionais.

Embora não se possa dizer que a transnacional como um todo tenha uma nacionalidade, pois é caracterizada por um grupo de empresas, estabelecidas em diferentes países que atribuem personalidade jurídica àquela sociedade constituída em seu território, seria, no mínimo, descuidado, considerar, sem qualquer questionamento, essa “porção” da transnacional que “migrou” para o mercado local, uma empresa nacional.

Isso porque a política econômica praticada por determinado país e os seus objetivos de desenvolvimento quase nunca coincidem com as metas da transnacional que, de forma alguma, se vincula aos países hospedeiros, mas sim, permanece neles na medida em que alcança os lucros pretendidos e vislumbra meios de implementar a sua estratégia global.

Adverte, Luiz Olavo Baptista⁵⁸ que, de acordo com o seu *modus operandi*, as transnacionais podem se dividir em dois tipos : a) a empresa que trata cada país como uma unidade independente e assemelha-se muito mais à “Holding Company” do direito interno, agindo internacionalmente. Essa não tende a criar problemas sérios para os governos hospedeiros, na medida em que as unidades são bastante autônomas, podendo respeitar os interesses locais; b) aquela que tende a integrar todas as operações das diversas filiais e centralizar a sua política e controle, o que leva, inevitavelmente, a conflitos com os diferentes interesses nacionais. Quanto maior for o grau de integração, maiores são as chances da empresa-matriz intervir em suas operações e, em consequência disso, até nas decisões políticas do Estado hospedeiro, dependendo de seu grau de influência. Esse é o tipo de transnacional que merece atenção.

Abordaremos, desta forma, os critérios existentes para a determinação da nacionalidade da pessoa jurídica, para que depois possamos fazer a correlação com as transnacionais:

⁵⁸ Baptista, Luiz Olavo. Empresa Transnacional e Direito, São Paulo :RT, 1987, p. 23.

a) critério da incorporação: a nacionalidade da pessoa jurídica é determinada pelo país em que ela se constitui, ou seja, local no qual o contrato social será registrado no órgão do comércio competente, momento a partir do qual a sociedade adquire sua personalidade jurídica, passa a ter vida. É o critério mais comum;

b) critério da nacionalidade dos sócios ou administradores: apesar de ser um dos critérios enumerados, na prática é muito difícil de ser efetivado, pois tornaria a nacionalidade da empresa muito instável. Com a alteração da composição social, haveria mudança na nacionalidade da sociedade;

c) critério da sede social: a nacionalidade da pessoa jurídica será a do local correspondente ao centro de decisões da empresa, local onde se encontram ou reúnem seus órgãos de direção. Vale observar que nem sempre a sede estatutária corresponde à sede social e, portanto, foram estabelecidos alguns requisitos para auxiliar a determinar o local da sede: realismo, sinceridade e previsibilidade. O realismo pede por um elo efetivo entre a sociedade e o país cuja lei se vai aplicar; a sinceridade visa evitar que ocorram manipulações que objetivem fraudar a lei, principalmente as normas fiscais; e a previsibilidade significa que o elo seja simples e estável;⁵⁹

d) critério do controle: a nacionalidade se caracteriza, principalmente, pela nacionalidade dos detentores do capital da sociedade. Esse critério é tão instável quanto o da nacionalidade dos sócios e não tem sido utilizado, pois a troca de titularidade das ações da sociedade levaria à alteração da nacionalidade da própria sociedade. Todavia, quando se trata de investimento estrangeiro, essa seria a única maneira de aferir a lealdade da sociedade, atribuindo-se-lhe a nacionalidade dos seus elementos componentes, para que o Estado possa estar alerta para os eventuais riscos resultantes dos capitais estrangeiros na economia nacional. Desta forma, tem-se recorrido a este critério para negar certos direitos a sociedades estabelecidas no país que,

⁵⁹ Dolinger, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, 4ª edição ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Renovar.

por estarem sob controle de estrangeiros, não devem ter reconhecida a condição de sociedade nacional para determinadas atividades ou privilégios⁶⁰;

e) critério misto: funde os critérios da incorporação e da sede. Não basta a empresa ter sido constituída em determinado país, é preciso que lá se localize, também, a sua sede social.

No que tange às transnacionais, do ponto de vista jurídico, elas estão sujeitas a muitas jurisdições nacionais, desde que a companhia matriz e cada subsidiária são incorporadas sob leis diferentes. Cada sociedade, dentro da empresa, tem direitos concedidos pelo seu próprio governo. Isto é, pelo governo sob o qual foi incorporada, mas não há uma única lei que cubra a empresa como um todo.⁶¹ Daí se poder afirmar que as transnacionais, embora toquem várias nacionalidades, não pertencem a nacionalidade alguma.

Luiz Olavo Baptista, diante dessa realidade curiosa que é a transnacional, assevera, categoricamente, que sob o ponto de vista jurídico, ela é uma anomalia.⁶² Diante disso e, principalmente, diante da dificuldade de sua responsabilização, seja em âmbito interno ou internacional, conforme se verá mais adiante, os Estados receptores não podem deixar de fixar sua atenção na origem dos interesses que impulsionam determinada empresa e dentre os critérios mencionados, o do controle é o único que viabiliza o atendimento dessa finalidade.

O tema dos investimentos estrangeiros tem sido frequentemente abordado em conjunto com o do desenvolvimento, uma vez que é extremamente polêmica a questão dos resultados do primeiro, no que se refere ao segundo. A verdade é que os resultados podem ser tanto satisfatórios como desastrosos, tudo a depender das condições de sua implementação e interesses perseguidos.

Importa mencionar, antes de mais nada, os três elementos constitutivos de um consenso emergente sobre a noção de desenvolvimento sustentável dentro da comunidade internacional: “...três componentes do desenvolvimento sustentável – desenvolvimento

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Baptista, Luiz Olavo. Empresa Transnacional e Direito, São Paulo :RT, 1987, p. 29.

⁶² Idem, p.30.

econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental – são pilares independentes e mutuamente fortalecedores. Erradicação da pobreza, mudança de padrões insustentáveis de produção e consumo, além da proteção e gerenciamento da base de recursos naturais do desenvolvimento econômico e social são objetivos indispensáveis e requisitos essenciais para o desenvolvimento sustentável.”⁶³

O Investimento Direto Estrangeiro tem um impacto diferente em todos os três. Primeiro, dado o papel significantemente das empresas transnacionais no mundo do comércio e na criação e disseminação de tecnologia e conhecimento, o investimento estrangeiro pode contribuir para o crescimento econômico e avanço tecnológico. Além dos influxos de capitais, o investimento direto pode levar à transferência de know-how e tecnologia, possibilitar que países sejam inseridos na economia internacional, aumentar a exportação e estimular a concorrência. No entanto, os benefícios dos investimentos diretos não se materializam automaticamente. A capacidade de um país para beneficiar-se do investimento depende tanto do tipo de investimento que é atraído como das características específicas do país receptor, dentre os quais: o nível de experiência, a qualidade da infra-estrutura, as capacidades das empresas domésticas e a condução do ambiente político.⁶⁴

Fiel a seus propósitos, os interesses das transnacionais muitas vezes se dissociam dos fins visados pelo país receptor de investimentos. Com efeito, apesar da grande divulgação da ampla liberalização do fluxo de capitais como pilar do desenvolvimento econômico, esta máxima nem sempre é verdadeira, pois aquilo que conceitualmente pode parecer vantajoso para ambos os lados, na prática pode se tornar apenas instrumento da realização da estratégia das transnacionais em detrimento dos objetivos do país receptor.

⁶³ Beviglia-Zampetti, Américo e Fredriksson, Torbjörn . A Dimensão do Desenvolvimento nas Negociações sobre Investimento, in Amaral Júnior, Alberto do e Sanchez, Michelle Ratton. Regulamentação Internacional dos Investimentos: Algumas Lições Para o Brasil. São Paulo, Aduaneiras, 2007, p.45.

⁶⁴ Idem, p. 45/46.

Verdade é que com a globalização, dificilmente um país, especialmente aqueles menos desenvolvidos, tem a possibilidade de sobreviver sozinho. Sempre precisará exportar o excedente de sua produção e, por outro lado, não terá capacidade de produção que o torne auto-suficiente. Desta forma, precisa aceitar a sua necessidade de integração ao comércio global e, em consequência, de conviver com todos os elementos que a ele pertencem, incluídas, aí, as transnacionais.

O principal meio de que dispõe para que esta interação seja o mais harmônica possível, extraíndo dela aquilo que precisa, efetivamente, para o seu crescimento e aprimoramento, é a regulamentação interna. A sua elaboração de forma detalhada e cuidadosa pode coibir os abusos praticados pelas transnacionais, equalizando os benefícios a serem auferidos pelo investimento estrangeiro. Todavia, é necessário cautela para não restringir demais o acesso do investimento e sua operação de forma a afugentá-lo. O legislador precisa ser habilidoso para encontrar um equilíbrio entre a defesa dos interesses nacionais e a proteção dos investimentos estrangeiros, de modo que estes dois pilares coexistam e, portanto, possibilitem o atendimento da finalidade tanto do país receptor, como do investidor.

Por outro lado, além da regulamentação diretamente voltada ao investimento estrangeiro, reagindo por via indireta, os Estados também podem tentar implementar uma política de fortalecimento da indústria doméstica, através do incremento da competitividade das empresas locais.⁶⁵ Com efeito, a presença das transnacionais pode estimular o desenvolvimento econômico, na medida em que, com o seu aprimoramento vislumbrem a possibilidade de fazer frente a nova concorrência.

São conhecidas as estratégias utilizadas pelas empresas transnacionais e que podem acabar por prejudicar o país hospedeiro.

⁶⁵ Baptista, Luiz Olavo. Empresa Transnacional e Direito, São Paulo :RT, 1987, p. 48.

Geralmente, o país receptor de investimentos tem como foco de interesse a tecnologia que possui a empresa transnacional, uma vez que não detém conhecimentos suficientes para desenvolvê-la em seu próprio território. Desta forma, o investimento estrangeiro, na modalidade transferência de tecnologia se afiguraria uma solução para a propulsão da produção de bens ainda inexistente ou incipiente no país.

Todavia, em muitas das vezes a tecnologia transferida se encontra obsoleta ou não é compartilhada com nacionais integralmente, de forma que pouco auxilia no aprimoramento do processo produtivo local.

De fato, os funcionários que são localmente contratados ocupam cargos inferiores na empresa e acabam por receber informações pulverizadas e incompletas acerca da tecnologia de interesse enquanto que os altos postos são preenchidos por pessoas de nacionalidade da matriz da transnacional, resguardando-se, assim, o conhecimento desejado. Diante disso, o investidor continua detentor da tecnologia de ponta e, por outro lado, usufrui amplamente do acesso a mão-de-obra mais barata, ao mercado interno, eventualmente à matéria prima, ou seja, àqueles itens que a levaram querer expandir os seus negócios para determinado país.

Outro fator importante e muitas vezes determinante do local eleito pela transnacional para abertura de uma de suas filiais, subsidiárias, controladas, etc, consiste na carga tributária do país receptor. Mais que isso, muitas vezes os Estados concedem incentivos fiscais e outros privilégios na tentativa de obter a atenção das transnacionais. Isso pode ser extremamente pernicioso à economia local, principalmente porque isso altera a competição interna, em detrimento da indústria doméstica. Não é incomum a concessão de isenções e, mais que isso, houve casos até de compra de terreno pelos Estados para a transnacional construir a sua planta ou até de implementação da fábrica para a empresa privada e recrutamento e treinamento de empregados. Não é preciso dizer que isso tudo é custeado com recursos públicos em prejuízo da sociedade local.

Outro fator que, inicialmente, pode soar como vantagem é a abertura de novos postos de trabalho nas instalações das transnacionais. Com efeito, a redução do desemprego é uma das metas principais de qualquer Estado e, a atração destas empresas aparenta ser uma solução para o problema.

Porém, há de se ter cuidado, pois os efeitos podem ser contrários aos desejados, pois como a quantidade de empregos criados é considerável para o país receptor, isso pode gerar dependência em relação a transnacional que poderá utilizar-se deste argumento para negociar outros privilégios com o Estado hospedeiro. Por outro lado, não é raro as transnacionais abandonarem suas instalações no país receptor ao menor sinal de retração do mercado ou na alteração das circunstâncias que a levaram para esta localidade. Nesta hipótese, o impacto regional será muito maior que a situação local anterior à chegada da transnacional.

Acrescente-se a isso que a decisão centralizada e a otimização do lucro da sociedade do grupo fazem com que os assalariados que são diretamente afetados pelas decisões sociais, isto é, relativas a salários, condições de trabalho e política de investimento do grupo fiquem à margem de qualquer influência.⁶⁶

Não se pode olvidar o mal que as transnacionais podem causar à indústria nacional e, eventualmente, levá-la à extinção, pois com a sua flexibilidade e independência em relação ao mercado interno, tem a capacidade de manipular os preços ou praticar preços predatórios, sem que isso influencie a sua atuação, pois o grupo das empresas coligadas, como um todo, suportará o prejuízo local pelo tempo necessário para que se obtenha a dominação do mercado. Por outro lado, com a compra de empresas nacionais, podem causar a concentração excessiva do mercado, reduzindo a competição saudável do livre mercado ou até criando monopólios.

⁶⁶ Baptista, Luiz Olavo. Empresa Transnacional e Direito, São Paulo :RT, 1987, p.123.

O governo anfitrião deve avaliar os benefícios advindos do aumento de fluxo de capital e tecnologia para dentro do país, comparando-os à ameaça de monopolização pela multinacional, ocorrência que poderá sufocar o desenvolvimento nacional. Isso pode ocorrer, mesmo que a multinacional enfrente fortes competidores fora do país, nos casos em que o mercado local é limitado demais para abrigar vários grandes produtores ou quando o governo impedir importações competitivas, quer através de política protecionista, quer através de um acordo com a multinacional. Naturalmente, esse perigo é maior quando a multinacional adquire as empresas locais.⁶⁷

Impende acentuar, ainda, a questão do impacto que os investimentos estrangeiros podem causar no balanço de pagamentos. Inquestionável que o maior benefício visado pelo país receptor com a atração do investimento direto é o aporte de recursos a ele inerente. Todavia, a entrada de recursos, em muitos casos pode ser alta, inicialmente, porém a médio e longo prazo, a saída poderá superar o ingresso.

Importa observar que ele depende, em parte, do tipo de investimento que é atraído. Por exemplo, investimento em busca de mercado doméstico é mais propenso a aumentar a importação de ambos os bens finais e de capital, bem como fluxos de saída de capital, na forma de salários expatriados. Enquanto isso, atividades produtivas para a exportação devem trazer receitas de exportação para o país receptor, mas também, em grande medida, dependem de bens intermediários e de capital. Finalmente, a produção de recursos naturais de base é propensa à geração positiva de impactos líquidos na balança de pagamentos.⁶⁸

Por fim, resta abordar a questão da responsabilidade das transnacionais. Constituídas em diversos países, submetem-se a diversas legislações locais. Cada empresa do grupo, pois,

⁶⁷ VAGTS, DETLEV. In Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 49.

⁶⁸ Beviglia-Zampetti, Américo e Fredriksson, Torbjörn. A Dimensão do Desenvolvimento nas Negociações sobre Investimento, in Amaral Júnior, Alberto do e Sanchez, Michelle Rattón. Regulamentação Internacional dos Investimentos: Algumas Lições Para o Brasil. São Paulo, Aduaneiras, 2007, p.68.

deve cumprir a legislação do país de sua incorporação. Além disso, há princípios e regras de Direito Internacional Público que se aplicam a todos, independentemente da existência de uma personalidade jurídica de direito internacional, como ocorre com as transnacionais. Dentre essas regras, podem ser citadas as ambientais e de direitos humanos. Porém, essas regras podem ser classificadas como “soft law”, desprovidas, portanto, de coercitividade. Como as empresas transnacionais não são sujeito de direito internacional público, não há como responsabilizá-las, pois não é possível submetê-las a uma corte internacional.

Por outro lado, diante da ausência de qualquer vinculação com a ordem jurídica interna, mas apenas com os seus próprios objetivos, dificilmente a transnacional se submeterá, também, à legislação local, se contrária a seus interesses, mormente por causa de sua flexibilidade, o que lhe permitiria se retirar do país caso estivesse na iminência de sofrer eventual prejuízo sério, colocando-se, desta forma, inalcançável pela jurisdição local, como também pelo seu imenso poder de negociação com os governos locais que no intuito de não perder os recursos destas empresas, fazem imensas concessões, não raramente, sem o respaldo do ordenamento jurídico.

De fato, as empresas transnacionais precisam observar a legislação interna dos diversos países nos quais se constituíram, todavia, no âmbito internacional não existe qualquer instrumento que lhes imponha deveres e lhes confira direitos, o que lhes permite atuar livremente, de acordo com seus próprios interesses e sem qualquer restrição.

Sendo assim, surgiram teorias⁶⁹ que têm o intuito de tornar concreta a responsabilidade das transnacionais. Mencionaremos aqui, primeiro, a teoria da dependência financeira da transnacional. Desenvolveu-se nos países em desenvolvimento, dependentes dos recursos destas empresas, para tentar responsabilizar os países desenvolvidos nos quais a matriz da transnacional estaria localizada, sob o fundamento de que estes, por terem a matriz

⁶⁹ Teorias apresentadas pela Professora Marina na aula de Empresas Transnacionais do módulo de Organizações Transnacionais.

sob sua ordem jurídica, controlam, indiretamente, as suas subsidiárias em outros países e, portanto, devem responder por eventuais danos por elas ocasionados. Essa teoria é muito difícil de ser aplicada.

Outra teoria que surgiu foi a da extraterritorialidade da legislação, segundo a qual uma lei doméstica possui um alcance que extrapola o território do país. Essa teoria tem sido aplicada nos casos de corrupção. Ela surgiu nos Estados Unidos e visa punir cidadãos de um país que praticam atos de corrupção ativa ou passiva em outro. Constatada a prática de tais atos, o seu autor poderá ser punido não só pelo Estado no qual se deu a prática do ato, como pelo seu Estado de origem. Consiste em uma tentativa de responsabilização, porém com uma abrangência muito restrita para fazer frente à atuação das transnacionais no mercado global.

Pode-se concluir, pois, que as empresas transnacionais adquirem grandes vantagens competitivas em face das nacionais. Nicole Dubois aponta quatro pontos fundamentais para tanto: a economia de escala (as grandes quantidades manufaturadas pelas transnacionais fazem reduzir suas despesas e custos de fabricação), a autonomia financeira (as transnacionais sofrem menos os efeitos das crises locais, pois a filial atingida é apoiada pelas outras e tem seu funcionamento reduzido), o lugar das filiais (as subsidiárias se beneficiam da contribuição científica e tecnológica do grupo, do seu apoio financeiro em caso de necessidade e de sua experiência e imagem de sua marca mundial) e, finalmente, a mobilidade (pois as transnacionais podem facilmente se implantar onde o clima social é melhor, contrair empréstimos onde as taxas de juros são mais baixas, instalar uma filial de cobertura em paraísos fiscais, etc).⁷⁰

Porém, dentro do contexto atual, os países, principalmente os em desenvolvimento e menos desenvolvidos necessitam dos seus recursos para fomentar suas estruturas produtivas e promover o seu desenvolvimento econômico. O maior desafio dos dias atuais não é, pois,

⁷⁰ Silveira , Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.40 .

descobrir um meio de eliminar as transnacionais de suas economias locais, mas sim, uma forma de equacionar os interesses conflitantes de modo a auferir os benefícios que potencialmente os investimentos estrangeiros podem proporcionar: tecnologia, novas fontes de trabalho, capacitação, maior integração na economia global, estímulo à concorrência local, dentre outros.

CAPÍTULO 3 – INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL

Neste capítulo, tentaremos delinear a disciplina do investimento no Brasil, iniciando pelas disposições constitucionais que se relacionem com a matéria e, posteriormente, passaremos a abordar a legislação ordinária e seus desdobramentos.

3.1. O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No título relativo à ordem econômica, a Constituição Federal dispõe, no artigo 172:

“A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.”

Da leitura deste dispositivo, é possível concluir que não existe liberdade irrestrita para a entrada do investimento estrangeiro no território nacional. Ela será disciplinada pela legislação infraconstitucional, levando-se em conta o interesse nacional. Com efeito, a matéria encontra-se disciplinada pela Lei no 4.131/62, alterada pela Lei no 4.390/64, ambas recepcionadas pela nossa Constituição atual.

Decorre do princípio da soberania, conforme anteriormente abordado, a possibilidade de o Estado negar, restringir e disciplinar a entrada do investimento estrangeiro no território nacional. É oportuno observar que a soberania está enumerada pelo artigo 1º da Constituição como fundamento da República Federativa do Brasil, além de também ser princípio da ordem econômica.

Ainda no mesmo título, dispõe o artigo 174 da Constituição que:

“ como agente normativo e regulamentador da ordem econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Estes artigos são interrelacionados porque apesar da livre iniciativa constar, também, como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV, CF) bem

como da ordem econômica (artigo 170), e a livre concorrência ser princípio da ordem econômica (artigo 170, IV, CF), o mercado não possui condições perfeitas para a atuação dos agentes econômicos e, com isso, existe a necessidade da intervenção do Estado como agente regulador para evitar abusos. Assim, a lei deverá reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (§4º, do artigo 173, da CF).

A livre iniciativa, apesar de não se identificar apenas com a liberdade de empresa, mas sim abranger todas as formas de produção, individuais ou coletivas, de acordo com os ensinamentos de Eros Roberto Grau, tem nela o seu ponto sensível, que, na abalizada lição de Manoel Afonso Vaz, deve ser entendida nas suas três vertentes: a) liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa); b) liberdade de organização (liberdade de empresa); c) liberdade de contratação (liberdade de empresa).⁷¹

José Afonso da Silva expõe que a iniciativa empresarial é livre, mas limitada à regulamentação exercida pelo Estado sobre ela. A liberdade de iniciativa econômica privada não pode significar mais do que a liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público e, portanto, liberdade de gozar das facilidades e necessidade de se submeter-se às limitações impostas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.⁷²

A livre concorrência constitui desdobramento da livre iniciativa e, nas palavras de Paulo Sandroni, expressa situação do regime de iniciativa privada em que as empresas

⁷¹ Araújo, Luiz Alberto David e Nunes Júnior, Vidal Serrano, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 2005, 450/451.

⁷² Marcheti, Renata Auxiliadora. Capital Estrangeiro no Brasil, Registro e Intervenção do Estado nos Contratos Privados. São Paulo, Editora Atlas, 2009, p.93.

competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos.⁷³

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Apelação Cível 1657, em 26 de junho de 2007, corrobora as afirmações acima no sentido de não serem irrestritas, a liberdade de iniciativa e de concorrência:

“American Virginia Indústria e Comércio Importação Exportação Ltda. pretende obter efeito suspensivo para recurso extraordinário admitido na origem, no qual se opõe a interdição de estabelecimentos seus, decorrente do cancelamento do registro especial para industrialização de cigarros, por descumprimento de obrigações tributárias. (...) Cumpre sublinhar não apenas a legitimidade destoutro propósito normativo, como seu prestígio constitucional. **A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (art. 170, inc. IV) que deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa (art. 170, caput).** Lembro que ‘livre iniciativa e livre concorrência, esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa (cf. Farina, Azevedo, Saes: *Competitividade: Mercado, Estado e Organizações*, São Paulo, 1997, cap. IV). **Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços ...**’ Calixto Salomão Filho, referindo-se à doutrina do eminente Min. Eros Grau, adverte que ‘livre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta (...). O que ocorre é que o princípio da livre iniciativa, inserido no *caput* do art. 170 da Constituição Federal, nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada.’ A incomum circunstância de entidade que congrega diversas empresas idôneas (ETCO) associar-se, na causa, à Fazenda Nacional, para defender interesses que reconhece comuns a ambas e à própria sociedade, não é coisa de desprezar. Não se trata aqui de reduzir a defesa da liberdade de concorrência à defesa do concorrente, retrocedendo aos tempos da ‘concepção privatística de concorrência’, da qual é exemplo a ‘famosa discussão sobre liberdade de restabelecimento travada por Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça no caso da Cia. de Juta (*Revista do STF* (III), 2/187, 1914)’, mas apenas de reconhecer que o fundamento para a coibição de práticas anticoncorrenciais reside na proteção a ‘ambos os objetos da tutela: a lealdade e a existência de concorrência (...). **Em primeiro lugar, é preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas as regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos. Dois são os objetivos dessas regras mínimas. Primeiro, garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua eficiência, e não de sua 'esperteza negocial' – isto é, de sua capacidade de desviar consumidores de seus concorrentes sem que isso decorra de comparações baseadas exclusivamente em dados do mercado.**’ Ademais, o caso é do que a doutrina chama de tributo extrafiscal proibitivo, ou simplesmente proibitivo, cujo alcance, a toda a evidência, não exclui objetivo simultâneo de inibir ou refrear a fabricação e o consumo de certo produto. A elevada alíquota do IPI caracteriza-o, no setor da indústria do tabaco, como tributo dessa categoria, com a nítida função de desestímulo por indução na economia. E isso não pode deixar de interferir na decisão estratégica de cada empresa de produzir ou não produzir cigarros. É que, determinada a produzi-lo, deve a indústria submeter-se, é óbvio, às

⁷³ Araújo, Luiz Alberto David e Nunes Júnior, Vidal Serrano, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 2005, 454.

exigências normativas oponíveis a todos os participantes do setor, entre as quais a regularidade fiscal constitui requisito necessário, menos à concessão do que à preservação do registro especial, sem o qual a produção de cigarros é vedada e ilícita.” (AC 1.657-MC, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 27-6-07, Plenário, DJ de 31-8-07)⁷⁴

Desta forma, o ingresso do investimento estrangeiro no Brasil não se consubstancia direito subjetivo do investidor, uma vez que, de acordo com a disciplina interna, precisa harmonizar-se com os objetivos e as políticas públicas adotados pelo país.

Inegável, como antes já abordado, que o investimento estrangeiro direto manifesta-se por meio da atuação das empresas transnacionais no território do país hospedeiro e de que tanto a constituição de empresas por estes grupos, como as suas atividades precisam ser disciplinadas, pois as suas finalidades quase sempre não coincidem com aquelas dos países que as recebem.

3.1.1 - RESTRIÇÕES E POSSIBILIDADES PARA O INVESTIMENTO DIRETO NO BRASIL

a) Exploração de jazidas, recursos minerais e potenciais de energia hidráulica

Além de uma grande diversidade de minerais explorados no país (mais de 55 minerais diferentes, atualmente), o Brasil possui algumas das maiores reservas de minerais do mundo. Aproximadamente 8% das reservas de ferro do mundo estão no Brasil, sendo esse o principal minério extraído no país. Outro mineral, o nóbio, tem suas maiores reservas ocidentais no Brasil. Os principais minérios encontrados no Brasil são: ferro, bauxita, cobre, cromo, ouro, estanho, níquel, manganês, zinco, potássio, entre outros.⁷⁵

As reservas minerais brasileiras que estão entre as maiores do mundo são:

- **Quadrilátero Ferrífero** (Minas Gerais) – dessa jazida saem cerca de 60% do ferro e 40% do ouro extraídos no Brasil, além do manganês.

⁷⁴A Constituição e o Supremo, Comentários ao artigo 170, <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp>, acessado em 17/05/2010.

⁷⁵ Pacievitch, Thais. Recursos Minerais do Brasil http://www.infoescola.com/geografia/recursos_minerais-do-brasil/, acessado em 17/05/2010.

- **Província Mineral de Carajás** (Pará) – são encontrados, além de ferro, ouro, prata, níquel, cromo, manganês, cobre, bauxita, zinco, estanho e tungstênio.⁷⁶

Diante da importância desses recursos, a Constituição Federal disciplina a sua exploração no artigo 176:

Caput “As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.”

§ 1º “A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.” (Redação da EC 06/95)

A propriedade dos recursos minerais ou dos potenciais de energia hidráulica pertencem, portanto, à União (inciso VIII e IX, do artigo 20, da CF), todavia, a exploração, direito distinto do de propriedade, pode ocorrer por meio de concessão ou autorização, hipótese em que a iniciativa privada poderá ter acesso a esta atividade. O Supremo Tribunal Federal, em interessante julgamento, esclareceu a possibilidade de existir a exploração dos recursos por aqueles que não detenham a sua propriedade.

“O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões ‘monopólio da propriedade’ ou ‘monopólio do bem’. (...) A Constituição do Brasil enumera atividades que consubstanciam monopólio da União (art. 177) e os bens que são de sua exclusiva propriedade (art. 20). A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica (enquanto atividade empresarial) prescinde da propriedade dos bens de produção. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos – distintos regimes – aplicáveis a cada um deles. A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio (art. 177 da CF/1988). A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida

⁷⁶ Idem.

como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. **A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. Embora o art. 20, IX, da CF/1988 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração.** Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. A EC 9/1995 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. Os preceitos veiculados pelos § 1º e § 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de ‘concessionárias’. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil.” (ADI 3.273 e ADI 3.366, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 16-3-2005, Plenário, DJ de 2-3-2007.)⁷⁷

Outra questão interessante que este artigo apresenta, refere-se à possibilidade de exploração desta atividade por estrangeiros. A redação anterior do §1º deste artigo era clara ao permitir a exploração, apenas por nacionais (por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional). O texto atual, diferentemente, menciona “por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país. Sendo assim, foi retirada a restrição antes existente e, portanto, não importa a origem do capital, se a empresa for constituída da forma preceituada, poderá explorar as atividades previstas no artigo 176 da CF. É esse o entendimento que vem sendo adotado para a outorga das concessões nesse setor, conforme se confirma pela notícia publicada no jornal regional O Paraense, em 17/03/2002:

Desde a liberação do subsolo brasileiro para a pesquisa de minerais por empresas estrangeiras, através da Emenda Constitucional nº 06, de agosto de 1995, o subsolo paraense se tornou alvo de requerimentos das grandes multinacionais da mineração. Segundo levantamento feito pelo Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, a pedido de O Paraense, a estadunidense Phelps-Dodge, a sul-africana Anglo América e a inglesa RTDM - Rio Tinto Desenvolvimentos Minerais, são donas de 18% das concessões de lavra no território do estado, de um total de 1063 áreas que estão sendo pesquisadas por pessoas físicas e jurídicas.
(...) Com a emenda de 1995 a abertura do subsolo nacional à pesquisa estrangeira se materializou na forma de concessões dadas a empresas de capital estrangeiro, desde

⁷⁷ A Constituição e o Supremo, Comentários ao artigo 176, <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp>, acessado em 17/05/2010.

que sejam constituídas no Brasil. Por isso, quando falamos das áreas sob controle da Phelps-Dodge, por exemplo, trata-se da Phelps-Dodge do Brasil, mas a empresa é mesmo estrangeira. A maior fatia da pesquisa ainda pertence à brasileira Companhia Vale do Rio Doce, dona de 28,3% das autorizações de pesquisa, num total de 301 áreas sob controle da ex-estatal. "A área de maior interesse das empresas continua sendo Carajás, por causa da facilidade de exploração e das pesquisas anteriores. Mas algumas outras áreas do estado são promissoras, como a volta grande do Xingu, em Senador José Porfírio e a área da Reserva Nacional do Cobre e Associados, na região de Almeirim", informa o chefe do DNPM, Sebastião Pereira da Silva.⁷⁸

b) Exploração do petróleo, gás natural, outros hidrocarbonetos fluidos e minerais nucleares

O artigo 177 da Constituição preceitua ser monopólio da União:

- I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
- II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
- III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
- IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
- V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006).

Todavia, com a alteração do §1º pela Emenda Constitucional 9/95, as atividades listadas nos incisos I a IV passaram a poder ser realizadas por empresas privadas e mais, como não há qualquer especificação no artigo, as atividades podem ser desempenhadas, inclusive por empresas cujo capital seja estrangeiro:

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995).

Com efeito, a Lei no 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política

⁷⁸ Palmquist, Helena. Multinacionais da mineração exploram subsolo paraense. <http://www.amazonia.org.br/fogo/noticias/print.cfm?id=8678>, acessado em 17/05/2010.

Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências, especificou, em seu artigo 5º, que as atividades antes mencionadas poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País e, portanto, as observações anteriormente feitas ao tratarmos da exploração dos recursos minerais aplicam-se a estas atividades.

Vale observar, também, que o §1º, do artigo 177, da CF, se utiliza do verbo poder e não dever e, portanto, por opção política, o Estado Brasileiro pode se utilizar desta faculdade e não contratar as mencionadas empresas, o que não ocorre atualmente, uma vez que existem diversas empresas subsidiárias de companhias estrangeiras explorando a atividade no território nacional. Sendo assim, apenas a exploração dos minerais nucleares (artigo 177, inciso V c/c artigo 21, inciso XXIII) deve ser feita exclusivamente pela União, vedado o exercício da atividade por empresas privadas.

Por fim, resta mencionar que a exploração de serviços de distribuição de gás canalizado deixou, a partir da Emenda no. 5/95, de ser atribuição exclusiva dos estados federados, podendo a concessão, de âmbito estadual, ser repassada a entes privados, ou públicos de outras esferas da Federação. (artigo 25 CF).

Entende, Denis Borges Barbosa⁷⁹ que não parece ser plausível a regulação do investimento estrangeiro pelos estados federados neste setor específico, pelas seguintes razões:

a) a regulação de remessas é típica do regime cambial, que é competência da União; há que entender-se que o ingresso efetivo dos capitais, que passa preponderantemente pelo regime cambial, tenda a ser reserva da lei nacional, pelo menos enquanto a moeda nacional não tenha livre conversibilidade no exterior.

⁷⁹ Barbosa, Denis Borges, O direito de acesso do capital estrangeiro por setores industriais, 1996.

b) as *normas gerais* de licitação, aplicáveis, em princípio, ao regime das concessões, impedem discriminação inclusive no tocante à origem de capitais

Sendo assim, diante da inexistência de restrições, permite-se o acesso do capital estrangeiro a esse setor.

c) Navegação de cabotagem e interior

Alterada a redação do parágrafo único do artigo 178 da CF, pela Emenda Constitucional no 7/95, que determinava que a navegação de cabotagem e a interior fossem feitas apenas por embarcações nacionais, foi aberto ao investimento estrangeiro a navegação em território nacional, mas, para isso, deve-se atentar para o atendimento do princípio da reciprocidade, o que levaria à existência de limitações para as embarcações de países que imponham alguma restrição às embarcações brasileiras. Assim dispõe a Constituição:

Art. 178 - A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade:

Parágrafo único - Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

É pertinente esclarecer, neste momento, que a navegação de cabotagem é a que procede entre portos brasileiros, ocorrendo em águas oceânicas e mantendo-se dentro dos limites do mar territorial, isto é, na faixa de duzentas milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha do baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro. A navegação interior é aquela realizada no próprio território físico brasileiro, ao longo dos rios e lagos.⁸⁰

d) Serviços Postais

O artigo 21, inciso X, da CF dispõe que compete a União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional. É entendimento corrente na jurisprudência que o serviço postal é

⁸⁰ Bulos, Uadi Lammêgo, Constituição Federal Anotada, São Paulo, Ed. Saraiva, 2000, p. 1117.

serviço público, exercido com exclusividade pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. A questão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 46, cuja ementa se transcreve abaixo:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.⁸¹

e) Serviços de Telecomunicação

A Emenda Constitucional no 8/95 alterou a redação do inciso XI, do artigo 21, da Constituição Federal que passou a admitir a prestação dos serviços de telecomunicações por

⁸¹ ADPF 46 / DF - DISTRITO FEDERAL, ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU Julgamento: 05/08/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Supremo Tribunal Federal.

meio de autorização, concessão ou permissão, nos termos da Lei. A regulamentação deste dispositivo constitucional foi implementada pela Lei no 9.295/96 que, inclusive, possibilitou a abertura do setor ao capital estrangeiro. Vejamos, então, a redação do artigo 11 desta lei:

“As concessões para exploração de Serviço Móvel Celular e de Serviço de Transporte de Sinais de Telecomunicações por Satélite somente poderão ser outorgadas a empresas constituídas segundo as leis brasileiras com sede e administração no País.”

f) Faixa de Fronteira e Aquisição de Imóvel Rural

A Constituição Federal não veda, peremptoriamente, a aquisição de propriedade rural por estrangeiros, mas apenas deixa para a lei ordinária a disciplina dos casos em que o acesso seria permitido:

Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

A Lei no 5.709, de setembro de 1971 regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no país ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil. As disposições desta lei não se aplicam apenas a estrangeiros ou a pessoas jurídicas estrangeiras, mas também a pessoas jurídicas brasileiras cuja maioria do capital social pertença a estrangeiros que residam ou tenham sede no exterior.

O artigo 3º desta lei limita o tamanho da propriedade que pode ser adquirida por estrangeiros a até 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua. Se a área não ultrapassar 3 (três) módulos, a aquisição será livre, independentemente de qualquer autorização ou licença, ressalvadas as exigências gerais determinadas em lei.

Paralelamente a estas determinações e tratando da mesma questão, a Lei no 8.629/93, em seu artigo 23 estabelece que o estrangeiro residente ou a pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil somente poderão arrendar imóvel rural, obedecido o estipulado pela Lei no 5.709/71 e que tanto o arrendamento como a aquisição acima do percentual fixado nesta lei terão que ser autorizados pelo Congresso Nacional.

Outras restrições são impostas pela lei no 5.709/71 aos estrangeiros, como a prevista pelo artigo 5º, que apenas permite que as pessoas jurídicas estrangeiras adquiram imóveis rurais para implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais, ou de colonização, vinculados aos seus objetivos estatutários. Os projetos devem ser aprovados pelo Ministério da Agricultura ou da Indústria, dependendo de seu objeto. O artigo 12, por sua vez, preceitua que a soma das áreas rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, não poderá ultrapassar a um quarto da superfície dos Municípios onde se situem, comprovada por certidão do Registro de Imóveis.

Quanto à faixa de fronteira, o § 2º, do artigo 20, da Constituição Federal a define e esclarece que esta área de 150 km de largura, ao longo das fronteiras terrestres, é essencial para a defesa o território nacional e que sua ocupação será regulamentada em lei.

A Lei no 6.634, de maio de 1979, exige, em seu artigo 2º, a autorização prévia do Conselho de Segurança Nacional para que um estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, possa realizar transações com imóvel rural, que impliquem a obtenção do domínio, da posse ou de qualquer direito real sobre o imóvel (inc. V), ou participar, a qualquer título, em pessoa jurídica que seja titular de direito real sobre imóvel rural (inciso VI), na faixa de fronteira.

Também, para o estabelecimento ou exploração de indústrias que interessem à Segurança Nacional, assim relacionadas em decreto do Poder Executivo; instalação de empresas que se dedicarem às seguintes atividades: a) pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos minerais, salvo aqueles de imediata aplicação na construção civil, assim classificados no Código de Mineração; b) colonização e loteamento rurais, na faixa de fronteira (inc. III e IV, do art. 2º), além de ser exigida a prévia autorização do Conselho de Segurança, devem ser cumpridas as seguintes exigências:

Art. 3º. - Na faixa de Fronteira, as empresas que se dedicarem às indústrias ou atividades previstas nos itens III e IV do artigo 2º deverão, obrigatoriamente, satisfazer às seguintes condições:

I - pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) do capital pertencer a brasileiros;

II - pelo menos 2/3 (dois terços) de trabalhadores serem brasileiros; e

III - caber a administração ou gerência a maioria de brasileiros, assegurados a estes os poderes predominantes.

Parágrafo único - No caso de pessoa física ou empresa individual, só a brasileiro será permitido o estabelecendo ou exploração das indústrias ou das atividades referidas neste artigo.

g) Sistema Financeiro Nacional

Dispõe, o artigo 192 da Constituição Federal, no capítulo que disciplina o Sistema Financeiro Nacional, também dentro do título da Ordem Econômica:

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, **será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.**

A redação anterior deste artigo possuía oito incisos e três parágrafos, revogados pela Emenda Constitucional no 40/2003.

Desta forma, enquanto são aguardadas as novas leis complementares que regulamentarão este artigo, continua em vigor a Lei no 4.595/64, recepcionada com este status pela Constituição de 1988.

Importa mencionar, sobre esta questão, que os artigos 50 e 51 da Lei no 4.131/62 trazem disposições sobre a possibilidade de funcionamento de bancos estrangeiros no Brasil. O primeiro artigo preceitua a reciprocidade de tratamento entre estas instituições estrangeiras e àquele dado aos bancos brasileiros fora do território nacional. O artigo 51 preceitua que na hipótese de existirem limitações ao funcionamento de bancos brasileiros na legislação do país de origem do banco que aqui deseja se instalar, será vedado a ele adquirir mais de 30% de ações com direito a voto de bancos nacionais.⁸²

⁸² Art. 50. Aos bancos estrangeiros, autorizados a funcionar no Brasil, serão aplicadas as mesmas vedações ou restrições equivalente às que a legislação vigente nas praças em que tiverem sede suas matrizes impõe aos bancos brasileiros que neles desejam estabelecer-se.

Não podemos nos esquecer, também, do disposto no artigo 52 do ADCT que veda instalação de novas agências de bancos estrangeiros ou aumento de sua participação no capital de instituição financeira sediada no país, até que o artigo 192 seja regulamentado, salvo nas hipóteses de celebração de acordos internacionais, reciprocidade ou interesse do governo brasileiro.⁸³ Sendo assim, até que nova lei complementar regule a matéria, a instalação de filiais e o aumento da participação societária vêm sendo autorizados por Decreto do Poder Executivo.⁸⁴

Por fim, vale mencionar que a segurança para estabelecimentos financeiros é disciplinada pela Lei nº 7.102/83. Deve ser efetuada por empresas privadas de vigilância que precisam obter autorização da polícia federal para que possam realizar as suas atividades. O artigo 11 desta lei veda, expressamente, a aquisição da propriedade destas empresas especializadas por estrangeiros e, também, proíbe que a sua administração seja por eles realizada. A fiscalização é atribuída ao Ministério da Justiça, pelo artigo 20 da lei mencionada, todavia, pode ser feita pelas Secretarias de Segurança Pública dos Estados, desde que seja celebrado um convênio.

h) Saúde

O § 3º, do artigo 199, da CF, proíbe, expressamente, a participação do capital estrangeiro na assistência à saúde no país:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 51. Aos bancos estrangeiros cujas matrizes tenham sede em praças em que a legislação imponha restrições ao funcionamento de bancos brasileiros, fica vedado adquirir mais de 30% (trinta por cento) das ações com direito a voto, de bancos nacionais.

⁸³ Art. 52. Até que sejam fixadas as condições do art. 192, são vedados: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)

I - a instalação, no País, de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior;

II - o aumento do percentual de participação, no capital de instituições financeiras com sede no País, de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior.

Parágrafo único. A vedação a que se refere este artigo não se aplica às autorizações resultantes de acordos internacionais, de reciprocidade, ou de interesse do Governo brasileiro.

⁸⁴ Marcheti, Renata Auxiliadora. Capital Estrangeiro no Brasil, Registro e Intervenção do Estado nos Contratos Privados. São Paulo, Editora Atlas, 2009.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

A regulamentação deste artigo, feita pela Lei no 8.880, de 1990, não foi muito além do estabelecido pela Constituição, pois apenas permitiu o acesso do capital estrangeiro a esta atividade em hipóteses bem restritas:

Art. 23. É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, **salvo através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos.**

§ 1º Em qualquer caso é obrigatória a autorização do órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), submetendo-se a seu controle as atividades que forem desenvolvidas e os instrumentos que forem firmados.

§ 2º **Exceção-se do disposto neste artigo os serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social.**

É de se notar que a Lei 9.263 de 12/1/96, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal e que trata do planejamento familiar, especificamente permite participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros nas ações e pesquisas de planejamento familiar, desde que autorizada, fiscalizada e controlada pelo órgão de direção nacional do SUS:

Art. 7º - É permitida a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros nas ações e pesquisas de planejamento familiar, desde que autorizada, fiscalizada e controlada pelo órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde.

i) Propriedade de empresa jornalística

A alteração introduzida pela emenda Constitucional no 36/2002 no artigo 222 da Constituição permitiu a possibilidade de participação do capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão, num percentual limitado a 30%, a ser regulamentado por lei.

Assim dispõe o preceito constitucional:

Art. 222 - A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§ 1º - Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§ 2º - A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

§3º - (...)

§4º -Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º.

A Lei no 10.610, de 20 de dezembro de 2002, veio regulamentar o § 4º deste artigo.

Vale observar que qualquer ato praticado com o intuito de infringir o percentual constitucionalmente estipulado para a participação estrangeira nessas empresas é maculado pelo vício da nulidade:

Art. 2º A participação de estrangeiros ou de brasileiros naturalizados há menos de dez anos no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão não poderá exceder a trinta por cento do capital total e do capital votante dessas empresas e somente se dará de forma indireta, por intermédio de pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede no País.

Art. 5º Os órgãos de registro comercial ou de registro civil das pessoas jurídicas não procederão ao registro ou arquivamento dos atos societários de empresas jornalísticas e de radiodifusão, caso seja constatada infração dos limites percentuais de participação previstos no art. 2º, sendo nulo o ato de registro ou arquivamento baseado em declaração que omita informação ou contenha informação falsa.

Art. 6º Será nulo de pleno direito qualquer acordo entre sócios, acionistas ou cotistas, ou qualquer ato, contrato ou outra forma de avença que, direta ou indiretamente, confira ou objetive conferir, a estrangeiros ou a brasileiros naturalizados há menos de dez anos, participação no capital total e no capital votante de empresas jornalísticas e de radiodifusão, em percentual acima do previsto no art. 2º, ou que tenha por objeto o estabelecimento, de direito ou de fato, de igualdade ou superioridade de poderes desses sócios em relação aos sócios brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.

§ 1º Será também nulo qualquer acordo, ato, contrato ou outra forma de avença que, direta ou indiretamente, de direito ou de fato, confira ou objetive conferir aos sócios estrangeiros ou brasileiros naturalizados há menos de dez anos a responsabilidade editorial, a seleção e direção da programação veiculada e a gestão das atividades das empresas referidas neste artigo.

3.2 – A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A disciplina legal do investimento estrangeiro no Brasil está concentrada na Lei no 4.131, de setembro de 62, conhecida como o Estatuto do Investimento Estrangeiro no Brasil,

alterada pela Lei no 4.390, de agosto de 1964 e regulamentada pelo Decreto 55.732, de fevereiro de 1965. Vale observar que o Decreto 53.451/64 que era o regulamento da Lei no 4.131/62, foi revogado expressamente pela Lei no 4.390/64 (artigo 3º).

Em 31 de dezembro de 1964, foi editada a Lei no 4.585, de importância indubitável no que concerne ao tratamento jurídico dos capitais estrangeiros no Brasil, pela sua abrangência em relação ao mercado de câmbio e ao sistema financeiro nacional como um todo. Transformou a Superintendência da Moeda e do Crédito no Banco Central do Brasil (BACEN), autarquia federal com diversas atribuições, dentre elas o controle dos capitais estrangeiros, criou o Conselho Monetário Internacional (CMN) e agregou, ao sistema jurídico, condições para que tanto um como o outro exercitassem, amplamente, uma indispensável capacidade normativa de conjuntura relativa à matéria cambial e ao relacionamento financeiro com o exterior, no qual se insere o investimento internacional.⁸⁵

3.2.1. Conceito de Investimento na Legislação Brasileira

O artigo 1º da Lei no 4.131/62 traz o conceito de investimento estrangeiro para a legislação interna:

Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, **os bens, máquinas e equipamentos**, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, **destinados à produção de bens ou serviços**, bem como os **recursos financeiros ou monetários**, introduzidos no país, **para aplicação em atividades econômicas** desde que, em ambas as hipóteses, **pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.**

Observa-se que a legislação brasileira optou por enumerar os bens que considera investimento estrangeiro e não por enunciar um conceito aberto cuja aplicação dependesse de interpretação diante do caso concreto. Como a lei não faz qualquer restrição, os bens podem

⁸⁵ Marcheti, Renata Auxiliadora. Capital Estrangeiro no Brasil, Registro e Intervenção do Estado nos Contratos Privados. São Paulo, Editora Atlas, 2009, p. 74/75.

ser novos ou usados e estão incluídos no conceito tanto os bens corpóreos como os incorpóreos.

Ressalta-se, porém, que o legislador equiparou, no artigo 7º, o reinvestimento, não incluído no artigo 1º, ao investimento estrangeiro, conceituado, pela lei, como 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. O reinvestimento será analisado mais detidamente, oportunamente.

Denis Borges Barbosa, diante deste conceito, classifica o capital estrangeiro sob três ângulos:

Subjetivo: deve pertencer a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior;

Objetivo: caracterizado pela entrada no país de i) bens, máquinas e equipamentos, sem dispêndio inicial de divisas ou de ii) recursos financeiros e monetários;

Quanto à finalidade: i) que se destinem à produção de bens ou serviços no caso de bens físicos; ii) que se destinem à aplicação em atividades econômicas, no caso de recursos financeiros ou monetários.⁸⁶

Não podemos deixar de mencionar, neste contexto, os ensinamentos de Egberto Lacerda Teixeira sobre o que consiste o investimento estrangeiro: “há, pois, quatro categorias principais de capital estrangeiro: a) os investimentos diretos sob a forma de bens de capital, máquinas, equipamentos; b) os investimentos diretos sob a forma de recursos econômicos ou financeiros, isto é, dinheiro e crédito; c) os empréstimos e financiamentos em moeda estrangeira; d) a aplicação tecnológica, sob a forma de contratos de assistência técnica,

⁸⁶ Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 32.

administrativa, científica ou profissional; os contratos de licença de marcas, patentes e processos industriais”.⁸⁷

O artigo 2º do nosso Estatuto do investimento estrangeiro prevê a aplicação do princípio do tratamento nacional ou seja, “**ao capital estrangeiro que se investir no País**, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.”

É possível concluir, da redação do presente artigo, que foi adotado o critério do tratamento igualitário pós-estabelecimento, ou seja, não poderá haver discriminação do investimento estrangeiro, em igualdade de condições com o nacional, somente após o seu ingresso e estabelecimento no território nacional.

3.2.2. Registro

Instituído, pela Lei no 4.131/62, um serviço especial de registro de capitais estrangeiros, na Superintendência da Moeda e do Crédito, atualmente, os capitais estrangeiros no País são registrados no Banco Central, de forma declaratória e individualizada, no prazo máximo de 30 dias contados do ato que lhe deu origem, em moeda estrangeira ou nacional, em bens ou serviços.⁸⁸

Vejam, o que preceitua o artigo 3º :

“Fica instituído, na Superintendência da Moeda e do Crédito, um serviço especial de registro de capitais estrangeiros, qualquer que seja sua forma de ingresso no País, bem como de operações financeiras com o exterior, no qual serão registrados:

- a) os capitais estrangeiros que ingressarem no País sob a forma de investimento direto ou de empréstimo, quer em moeda, quer em bens;
- b) as remessas feitas para o exterior com o retorno de capitais ou como rendimentos desses capitais, lucros, dividendos, juros, amortizações, bem como as de "royalties", ou por qualquer outro título que implique transferência de rendimentos para fora do País;

⁸⁷ Baptista, Luiz Olavo. Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Livraria do Advogado, 1998, p. 50.

⁸⁸ Banco Central do Brasil, Capitais Internacionais e Mercado de Câmbio no Brasil, atualizado em fevereiro de 2009, http://www.bcb.gov.br/rex/LegCE/Port/Ftp/Capitais_Internacionais_Mercado_Cambio_Brasil.pdf

- c) os reinvestimentos de lucros dos capitais estrangeiros;
- d) as alterações do valor monetário do capital das empresas procedidas de acordo com a legislação em vigor.

Parágrafo único. O registro dos reinvestimentos a que se refere a letra "c" será devido, ainda que se trate de pessoa jurídica com sede no Brasil mas filiada a empresas estrangeiras ou controlada por maioria de ações pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas com residência ou sede no estrangeiro.”

O artigo 3º da Resolução no 3.844/10 e Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI) do Banco Central definem o registro como sendo o lançamento das informações necessárias à identificação das partes e à caracterização individualizada das operações atinentes ao capital estrangeiro investido no País.

O prazo de 30 dias não se aplica aos casos de adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC) permitidos pela regulamentação em vigor (artigo 5º, da circular no 2.997/2000 e Circular no 2.838/98).

A data do registro é muito importante, pois a modificação “in pejus” de critérios legais ou regulamentares deve respeitar a data do pedido feito em tempo hábil, de modo a não alcançar aqueles que efetuaram o investimento sob a égide da lei ou do regulamento anterior mais benéfico.⁸⁹

Por vários anos, o registro do capital estrangeiro esteve sujeito a exame prévio por parte do Banco Central, a partir do qual era expedido certificado em papel comprovando o registro, que se constituía em documento hábil à efetivação de transferências do e para o exterior. A partir de 1996 iniciou-se o processo de substituição do registro autorizativo para a atual forma de registro declaratório, que não requer exames prévios e autorizações específicas do Banco Central.⁹⁰

A Circular no 2.997, de 15 de agosto de 2000 instituiu e regulamentou o registro declaratório eletrônico de investimentos externos diretos, a ser efetuado no Módulo RDE-IED.

⁸⁹ Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 115.

⁹⁰ Banco Central do Brasil, Capitais Internacionais e Mercado de Câmbio no Brasil, atualizado em fevereiro de 2009, http://www.bcb.gov.br/rex/LegCE/Port/Ftp/Capitais_Internacionais_Mercado_Cambio_Brasil.pdf

A partir daí, o registro do capital estrangeiro ingressado no País passou a ser feito por meio eletrônico, diretamente no Sisbacen - Sistema de Informações Banco Central, no sistema de Registro Declaratório Eletrônico (RDE). Portanto, não há necessidade de autorização prévia para investimentos no Brasil

Os capitais estrangeiros são registrados em módulos específicos do sistema, de acordo com a sua classificação, ou seja, investimento direto, créditos externos (empréstimos, financiamentos de importação com prazo superior a 360 dias), contratos de assistência técnica, *royalties* e assemelhados, e aplicações no mercado financeiro e de capitais – portfólio. São também passíveis de registro os contratos de garantia prestada por organismos internacionais em operações de crédito interno.⁹¹

A Circular explicita que com o registro, individualizado por investidor e respectiva empresa receptora no país, há a atribuição de um número permanente, o RDE-IED, para o par Investidor-Receptora e respectivas inclusões e mutações referentes aos eventos passíveis de registro.

Para qualquer movimentação financeira com o exterior, como as remessas em pagamento de principal, retorno de capital, juros, lucros e dividendos, esse número deve ser informado, obrigatoriamente, nas operações de câmbio a elas relacionadas e efetuadas pela rede bancária autorizada a operar no mercado de câmbio. Assim, o registro inicial constitui requisito para quaisquer movimentações de recursos do e para o exterior.

O registro declaratório eletrônico de investimentos externos diretos no Módulo RDE-IED deve ser efetuado pelo representante, no País, da empresa receptora do investimento externo direto e do investidor não-residente. A responsabilidade por este ato ficou a eles atribuída, alterando-se o regime anteriormente vigente no qual a documentação necessária tinha que ser entregue ao Banco

⁹¹ Idem.

Central para análise e, após a aprovação, era emitido o certificado, atestando, desta forma, a regularidade de toda a operação.

Preliminarmente ao registro das operações deve, o responsável pelo registro, se cadastrar no SISBACEN - Sistema de Informações Banco Central, e, também, prestar informações cadastrais da empresa receptora e do investidor externo. A partir daí ele obterá uma senha para utilização do sistema. Para a realização deste cadastramento, porém, é necessário que o investidor estrangeiro, pessoa física ou jurídica, seja cadastrado no Ministério da Fazenda e obtenha um número de CPF ou CNPJ.

Atualmente, os responsáveis pelo registro devem manter os documentos comprobatórios das declarações prestadas à disposição do Banco Central do Brasil, em perfeita ordem, pelo prazo de 5 (cinco) anos contados da data de cada declaração no Módulo RDE - IED.

Durante este período, o Banco Central do Brasil pode fiscalizar a regularidade da operação e, caso tenham sido prestadas informações incorretas, incompletas ou intempestivas, ou haja a omissão de informações no SISBACEN, os responsáveis sujeitar-se-ão às penalidades previstas nas normas vigentes (vide § único, do artigo 6º, da Lei no 4.131/62 e artigo 58 da mesma lei). Acrescente-se, também, que fica vedada a realização de transferências financeiras ao amparo do registro, enquanto não forem sanadas as irregularidades e, além disso, o registro pode ser suspenso ou cancelado.

Apesar da circular expressamente mencionar que o registro é declaratório, vale mencionar a posição de Eduardo Teixeira Silveira que não concorda em atribuir essa natureza ao registro, pois como o certificado de registro hoje é elaborado mediante informações prestadas unilateralmente pelo próprio interessado, não se pode considerá-lo mais do que um ato jurídico “stricto sensu”, da espécie de Participação. Assim, tendo em vista as substanciais mudanças trazidas pela Circular no 2.997, o certificado de registro a nosso ver é hoje uma

participação, no sentido de que a empresa receptora ou o investidor estrangeiro declara a ocorrência do fato da realização do investimento ao Banco Central (destinatário), dando-lhe ciência de seu propósito e intuito de que este veja reconhecido os direitos inerentes ao registro do investimento, quais sejam, de remessa de lucros, de reinvestimento, de repatriação.⁹²

Quanto à moeda de registro, o artigo 4º da Lei no 4.131/62 dispõe que ele deve ser feito na moeda do país de origem. Essa disposição traria problemas, pois obrigaria o investidor a investir na moeda de seu próprio país e não de outro, o que prejudicaria tanto o investidor que ficaria sem a opção de eleger um regime mais favorável aos seus interesses, como o Brasil, que ficaria impedido de receber investimentos em moedas mais fortes, se estas não fossem a do país de origem do investidor. Diante disso, o Decreto 55.762/65, ao regulamentar a lei, dispôs:

Art. 4º O registro de capitais será na moeda estrangeira efetivamente ingressada no País e, nos casos de importação financiada e de investimentos sob a forma de bens, na moeda do domicílio ou da sede do credor ou investidor, respectivamente, ou, ainda, em casos especiais, na moeda de procedência dos bens, ou do financiamento, desde que obtida a prévia anuência do BACEN.

Sendo assim, com a regulamentação da lei, o investidor passou a ter a opção de eleger a moeda em relação a qual ele quer efetuar o registro, bastando, para isso, que o ingresso do capital no país seja feito nesta moeda. Já no caso de financiamento de importação ou de investimento em bens, há a possibilidade do registro na moeda do país do domicílio ou sede do credor/investidor ou, alternativamente e se houver a autorização do Banco Central, o registro poderá ser feito na moeda do local de onde vieram os bens ou financiamento, o que pode não corresponder com o domicílio ou sede.

Na hipótese de reinvestimentos, o artigo 4º da Lei no 4.131/62, com a redação alterada pela Lei no 4.390/64, estabelece que o registro será efetuado em moeda nacional e na moeda

⁹² Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 121.

do país para o qual poderiam ter sido remetidos. Segundo Luiz Olavo Baptista⁹³, o reinvestimento passou a ser calculado em moeda estrangeira, sendo o registro em moeda nacional nada mais que simples controle de conversão determinado pela lei.

Surgiu, relacionada à falta de registro, a expressão “**Capital Contaminado**”. Diante da impossibilidade da comprovação do ingresso do capital no território nacional pela não realização do registro ou devido a sua não concessão, os direitos adquiridos em decorrência de sua implementação são negados a este capital, como as transferências para o exterior, as remessas de lucro, dividendos e repatriamento de recursos. Isso ocorre porque, diante da ausência de comprovação da entrada dos recursos no país, eles serão tratados como se nacionais fossem.

Do ponto de vista técnico-jurídico pode-se dizer que o registro de capital estrangeiro no Banco Central do Brasil é requisito de validade para contratos de câmbio de saída dos dividendos e repatriações de capital ao investidor estrangeiro.⁹⁴

É importante notar que é possível que uma empresa possua parcela do seu capital registrado e outra não (capital “contaminado”) e isso pode gerar uma situação extremamente complicada, 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.⁹⁵

Ensina Heleno Torres que caso ingressem no país somas de capital que não sejam registradas, nada impede que elas possam ser utilizadas na atividade, mas, por não constarem do Certificado de Registro, serão glosadas e mantidas como um percentual fixo em face da

⁹³ Baptista, Luiz Olavo. Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Livraria do Advogado, 1998, p. 87.

⁹⁴ Balduccini, Bruno, Portas Abertas ao Capital Contaminado, <http://www.revistacustobrasil.com.br/pdf/10/art%2010.pdf>, acessado em 20/5/2010.

⁹⁵ Baptista, Luiz Olavo. Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Livraria do Advogado, 1998, p. 82.

proporção de capital registrado. À diferença existente, dá-se o nome da “capital contaminado”, e, no montante do seu percentual, não será possível haver registro a título de reinvestimento, quando capitalizados, remessa para o exterior ou repatriamento, embora juridicamente pertençam ao não-residente.⁹⁶

Entre as causas mais comuns do “capital contaminado”, destacamos a absorção de lucros em desacordo com a Lei 4.131/62, o ingresso de investimento por canais não-oficiais, participações estrangeiras muito antigas cuja origem não se pôde provar e o registro nunca foi efetuado e a mudança de domicílio do investidor (do Brasil para o exterior).⁹⁷

Diante desta problemática e no intuito de apresentar uma solução para a questão, a lei no 11.371/2006, em seu artigo 5º, passou a permitir o registro do capital contaminado:

“Fica sujeito ao registro em moeda nacional, no Banco Central do Brasil, o capital estrangeiro investido em pessoas jurídicas no País, ainda não registrado e não sujeito a outra forma de registro no Banco Central do Brasil.”

Para regulamentar o mencionado artigo, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução no 3.447, de 5 de março de 2007, todavia, logo em seguida, ela foi revogada integralmente pela Resolução no 3.455, de 1º de junho de 2007 que teve seus artigos 1º ao 6º revogados pela Resolução no 3.844/10. O Banco Central, por sua vez, editou a Circular no 3.344, de 7 de março de 2007 sobre o tema.

O registro deve ser feito por meio eletrônico, no Sisbacen, nos módulos correspondentes do Registro Declaratório Eletrônico – RDE, ao Investimento Externo Direito-IED, até o último dia útil do ano-calendário subsequente ao do balanço anual no qual a pessoa jurídica estiver obrigada a registrar o capital. A Lei no 11.371/2006 trouxe, em seu artigo 5º, § 2º, prazo específico para regularização do capital sem registro existente em 31/12/2005, hipótese em que o registro deveria ter sido feito até 30 de junho de 2007. Observa-se que se o

⁹⁶ Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.125.

⁹⁷ Balduccini, Bruno, *Portas Abertas ao Capital Contaminado*, <http://www.revistacustobrasil.com.br/pdf/10/art%2010.pdf>, acessado em 20/5/2010.

investimento foi feito por meio de empréstimos ou financiamentos, o registro deverá ser feito no módulo RDE-ROF (Registro de Operações Financeiras).

O capital estrangeiro a ser registrado deve constar regularmente dos registros contábeis da empresa brasileira receptora do capital e a titularidade deve estar documentalmente comprovada.

A moeda utilizada neste procedimento será a moeda nacional, pois como não se está exigindo qualquer comprovante de ingresso dos recursos, as evidências da existência desse capital se basearão em registros contábeis locais. Portanto, não há alternativa se não se efetuar esse registro em moeda nacional, com lastro nos registros contábeis.⁹⁸

O declarante é o responsável por esse, bem como pela comprovação documental de que o capital pertence a pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior, independentemente da data da integralização da participação estrangeira no capital da empresa brasileira receptora do investimento, sujeitando-se à fiscalização do Banco Central durante um período de 5 anos, contado da data da declaração. Qualquer descumprimento às normas que disciplinam este registro sujeitará os responsáveis às penalidades previstas no artigo 7º da Lei no 11.371/2006 c/c o artigo 7º da Resolução no 3.455/2007.

Para Bruno Balducci, os artigos 7º, da Lei e da Resolução, não apenas impõem as penalidades a serem aplicadas, mas também deixam claro que o registro não é opcional, ao punir com multa de de 20 a 50% do valor máximo previsto na Lei 11.371/06 (R\$ 250 mil) os detentores de investimento estrangeiro em empresa brasileira que deixarem de declarar sua participação, contrariando a corrente doutrinária que defende que o registro de capital estrangeiro não constitui obrigação legal do investidor, sendo apenas condição para posteriores remessas válidas de dividendos e repatriações. Com efeito, o capital contaminado

⁹⁸ Balduccini, Bruno, Portas Abertas ao Capital Contaminado, <http://www.revistacustobrasil.com.br/pdf/10/art%2010.pdf>, acessado em 20/5/2010.

nunca esteve sujeito a sanções, mas apenas bloqueava o livre trânsito de capitais para o investidor estrangeiro.⁹⁹

Observa-se que nos casos de participações complementares a investimento estrangeiro na mesma receptora e já detentor de Registro Declaratório Eletrônico (RDE-IED), o registro da complementação deve ser efetuado sob o mesmo número, já existente.

Ressalta-se que os desdobramentos do capital “contaminado” registrado nos termos desta lei e sua regulamentação, também devem se sujeitar às suas estipulações, como as capitalizações de lucros, de juros sobre capital próprio e de reservas de lucros.醎

Com essa alteração na legislação, o titular de investimento em moeda nacional registrado nos termos da Lei no 11.371/2006, pode adquirir moeda estrangeira para enviar ao exterior: (a) juros sobre capital próprio; (b) dividendos; e (c) repatriamento.

Resta mencionar, ainda, que no caso de investimento em instituição financeira, em outras instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e em sociedade administradora de consórcios, o registro deve ser precedido de manifestação do Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf) quanto à regularidade da participação societária.

A partir de agora, passaremos a examinar cada uma das operações relacionadas ao investimento direto e que estão sujeitas ao registro pela legislação nacional. Seguiremos, para esse fim, a ordem das alíneas do artgio 3º da Lei no 4.131/62.

3.2.3. INVESTIMENTO DIRETO

O investimento direto pode tanto assumir a forma de capital de risco, aportado para a implantação de empresas, subscrição ou aquisição de quotas e ações de sociedades, como ser

⁹⁹ Balduccini, Bruno, Portas Abertas ao Capital Contaminado, <http://www.revistacustobrasil.com.br/pdf/10/art%2010.pdf>, acessado em 20/5/2010.

feito em espécie de bens diferentes da moeda, como mercadorias, máquinas e equipamentos, tecnologia, marcas, patentes, etc.¹⁰⁰

A-Participação em empresas que exerçam atividade no território nacional.

As empresas estrangeiras podem atuar no país por meio da constituição de filial, agência ou sucursal e, também, pela criação de uma subsidiária. Além disso, podem também adquirir participação societária de empresa brasileira.

A filial agência ou sucursal não possui autonomia ou independência em relação à empresa-matriz. Constituem, sim, um de seus braços. Desta forma, a legislação brasileira exige que seja obtida a autorização prévia do governo para que elas comecem a funcionar.

Assim dispõe o artigo 11,§1º, da Lei de Introdução ao Código Civil:

Caput “As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.
§1º Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas, à lei brasileira.”

O Código Civil de 2002 também menciona, em seu artigo 1.134 a necessidade de autorização para que a empresa estrangeira funcione no país, todavia, permite, independentemente de qualquer consentimento, que ela seja acionista de sociedade anônima brasileira. O competente para conceder essa autorização é o Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, nos termos do artigo 1º, do Decreto no 5.664/2006 que também lhe outorga competência para aprovação de modificação no contrato ou no estatuto, sua nacionalização e a cassação de autorização de seu funcionamento.

Após ser obtida a autorização, a sociedade deverá fazer a sua inscrição na Junta Comercial do local no qual pretende se estabelecer e apresentar, para tanto, os documentos exigidos pelo artigo 1.136 do Código Civil.

¹⁰⁰ Baptista, Luiz Olavo. Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Livraria do Advogado, 1998, p. 72.

Situação completamente distinta é o das subsidiárias que são constituídas em território nacional, sob as leis brasileiras, porém, a maioria do capital social pertence a pessoa física ou jurídica não residente. Nesta hipótese, não se aplicam as disposições dos artigos 1.134 a 1.141 do Código Civil.

O Decreto 55.762/1965, regulamentar da Lei no 4.131/62, estipula no §único, do seu artigo 20, que considera subsidiária de empresa estrangeira a pessoa jurídica, estabelecida no País, de cujo capital com direito a voto pelo menos 50% (cinquenta por cento) pertença, diretamente ou indiretamente, a empresa com sede no exterior.

Não podemos deixar de mencionar, nesta oportunidade, que após a revogação do artigo 171 da Constituição que fazia uma distinção entre empresas brasileiras e empresas de capital nacional, consta, do Código Civil, em seu artigo 1.126, que sociedade nacional é aquela organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no país a sede de sua administração.

O capital a ser investido na empresa constituída no Brasil será remetido ao território nacional por meio do fechamento de câmbio de moeda como “capital estrangeiro de longo prazo.

A empresa estrangeira investidora dará uma ordem de pagamento bancária em moeda estrangeira para a empresa receptora que entrará em contato com o banco local que recebeu a ordem de pagamento, com a finalidade de celebrar o necessário contrato de câmbio. Neste contrato, a sociedade receptora constará como vendedora de moeda estrangeira e o banco local como comprador desta moeda, para que seja possível, então, à empresa receptora receber os recursos que lhe foram enviados em moeda nacional.

Outra forma de os recursos ingressarem no país é através de transferência internacional em reais, prevista no título 1 do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais do Banco Central.

O registro do investimento feito em moeda apenas poderá ser realizado após o ingresso dos recursos no país. Somente o valor efetivamente ingressado que é objeto do registro, que é feito em nome do investidor estrangeiro.

Com efeito, dispõe, a Circular no 2.997/00 que devem ser registrados no item investimento do Módulo RDE- IED, na moeda estrangeira efetivamente ingressada no País, os valores correspondentes à integralização da participação de não-residentes no capital social, subscrito ou destacado, de empresas no País, ou relativos ao pagamento da aquisição de ações ou quotas integralizadas detidas por residentes no capital social de empresas no País.

A Resolução 3.844/10, contudo, possui redação um pouco diferente, que merece ser mencionada, uma vez que se refere, também, ao registro de filial: devem ser registrados como investimento estrangeiro direto a participação de investidor não residente no capital social de empresa receptora, integralizada ou adquirida na forma da legislação em vigor, **e o capital destacado de empresa estrangeira autorizada a operar no Brasil.**

Há necessidade de autorização prévia do Banco Central do Brasil para investimento no capital social de instituições financeiras e demais instituições por ele autorizadas a funcionar.

Resta, ainda comentar, brevemente, que a Carta-circular 2.198/91 disciplinava o registro de remessas de moeda para futuras capitalizações que, por alguma razão, não poderiam ser feitas no ato. Todavia, a Circular 2.487/94 vedou o registro nesses casos, por prazo indeterminado.

Em 1998, a Circular no 2.832 voltou a permitir o adiantamento para futuro aumento de capital, mas apenas para participação em processos de privatização e concessão de serviços públicos. Excepcionalmente e a critério do Banco Central, admite-se o adiantamento com

vistas a aplicações na reorganização do Sistema Financeiro Nacional ou em outros projetos de interesse do governo brasileiro. O artigo 5º da Circular, inclusive, foi taxativo ao dizer que todas as demais operações desta ordem continuariam proibidas.¹⁰¹

B- Investimento em Bens

O investimento em bens é a conhecida importação sem cobertura cambial. Os bens, de propriedade de não-residentes, são importados para serem incorporados no patrimônio da sociedade receptora do investimento, sem a obrigatoriedade de pagamento. Nesse caso, a empresa assume o compromisso de mantê-los em seu ativo pelo prazo mínimo de 5 anos (art. 33 do Regulamento anexo à circular no 2.731/96). Observa-se que os bens podem ser novos ou usados e, quanto a estes, é necessário laudo de avaliação.

O parágrafo único, do artigo 4º, da Circular no 2.997/2000, excepcionava o prazo de 30 dias para registro quando o investimento fosse realizado mediante bens tangíveis, hipótese em que o registro poderia ser efetuado em até 90 dias após o desembarço aduaneiro. Todavia, o parágrafo único, do artigo 8º, da Resolução no 3.844/10 determina que o registro deve ser feito em 30 dias, contados da data do desembarço aduaneiro. Desta forma, entendemos superada a exceção prevista na Circular no 2.977/2000 e, portanto, ao registro de bens, deve ser aplicada a regra geral.

Desta forma, após o desembarço da mercadoria, o interessado deve proceder ao registro do investimento junto ao Banco Central do Brasil, por meio do registro eletrônico no módulo ROF – Registro de Operação Financeira, do Sistema RDE na modalidade própria e com vinculação a Declaração de Importação (DI) desembaraçada.

¹⁰¹ Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.150.

B.1) Transferência de Tecnologia

Inserido no investimento em bens, podemos incluir a transferência de tecnologia, bem como do uso ou exploração de marca e patente, uma vez que eles devem ser considerados como bens intangíveis. Regulam esta matéria, a Lei no 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), a resolução no 3.844/10, a Circular no 2.816/98 e a Carta-Circular no 2.795/98

Os contratos de transferência de tecnologia, compreendidos nesta terminologia, os de licença de direitos (exploração de patentes ou de uso de marcas), os de aquisição de conhecimentos tecnológicos (fornecimento de tecnologia e prestação de serviços de assistência técnica e científica) e os contratos de franquia deverão ser averbados junto ao INPI- Instituto Nacional de Propriedade Industrial, previamente à realização do registro eletrônico (RDE) junto ao Banco Central, no módulo ROF – Registro de Operações Financeiras.

A averbação desses contratos, além de gerar efeitos perante terceiros¹⁰², tornou-se indispensável para possibilitar a remessa de royalties ao exterior e garantir a dedutibilidade dos valores pagos como despesa operacional.

Os royalties consistem na remuneração típica das modalidades de transferência de tecnologia referidas na Lei no 9.279/96 e são pagos ao titular do direito de propriedade sobre o bem transferido. Caracterizam-se como a contraprestação paga pela exploração ou cessão de patentes, pela licença de uso ou cessão de marcas, ou por outras formas de transferência de tecnologia, como a assistência técnica científica, além de serviços técnicos especializados.¹⁰³

¹⁰² Art. 211. O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros.

Parágrafo único. A decisão relativa aos pedidos de registro de contratos de que trata este artigo será proferida no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do pedido de registro.

¹⁰³ Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.142.

Os contratos deverão indicar claramente seu objeto, a remuneração ou os "royalties", os prazos de vigência e de execução do contrato, quando for o caso, e as demais cláusulas e condições da contratação.

O pedido de averbação ou de registro deverá ser apresentado em formulário próprio, por qualquer das partes contratantes, instruído com os seguintes documentos: (Ato Normativo INPI 135/97): a) original do contrato ou do instrumento representativo do ato, devidamente legalizado; b) tradução para o vernáculo quando redigido em idioma estrangeiro; c) carta explicativa justificando a contratação; d) ficha-cadastro da empresa cessionária da transferência de tecnologia ou franqueada; e) outros documentos, a critério das partes, pertinentes ao negócio jurídico; f) comprovante do recolhimento da retribuição devida; g) procuração, observando o disposto nos arts. 216 e 217 da Lei no 9.279/96.

A Circular no 2.816/98 do Banco Central, determina o registro das seguintes operações:

- I - Fornecimento de tecnologia (know how);
- II - Serviços de assistência técnica;
- III - Licença de uso/Cessão de marca;
- IV - Licença de exploração/Cessão de patente;
- V - Franquia;
- VI - Demais modalidades, além das elencadas de I a V acima, que vierem a ser averbadas pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI;
- VII - Serviços técnicos complementares e/ou despesas vinculadas às operações enunciadas nos incisos I a VI deste artigo não sujeitos a averbação pelo INPI,
- VIII - Aquisição de bens intangíveis com prazo de pagamento superior a 360 dias.
- IX - Financiamento das operações mencionadas neste artigo.

Ressalta-se, ainda, que a realização do registro é de responsabilidade do cessionário da tecnologia, franquia, serviços ou do importador de bens intangíveis.

Por fim, é importante consignar que não existe disposição expressa que limite a transferência a título de pagamento de tecnologia, existindo, sim, restrição em relação à

dedução fiscal, que somente é permitida no percentual máximo de 5% da receita bruta do produto fabricado ou vendido (artigo 12, da Lei no 4.131/62).

Observa-se que com o advento da Lei nº 8.383/91, passou-se a admitir as remessas de royalties entre empresas subsidiária e matriz no exterior, com as conseqüentes deduções, desde que observados os limites percentuais na Portaria 436/58 do Ministério da Fazenda. Em seu item I, que trata dos royalties pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, despesas de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante estabelece um mínimo de 1% e máximo de 5%. Em seu item II, atinente aos royalties pelo uso de marcas de indústria e comércio, ou nome comercial, em qualquer tipo de produção ou atividade, dispõe um percentual de remessa de 1%, quando o uso da marca ou nome não seja decorrente da utilização de patente, processo ou fórmula e fabricação.¹⁰⁴

C – CONVERSÃO EM INVESTIMENTO

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

É possível converter em investimento qualquer quantia que seja remissível ao exterior. Assim, valores relativos a empréstimos, juros, créditos relativos a royalties, a prestação de serviços de assistência técnica, leasing, etc, podem ser convertidos em capital da empresa receptora. A intenção com isso é permitir a substituição da saída de divisas do país por um

¹⁰⁴ AMS 200651015041578, AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 69898, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::04/12/2008 - Página::43.

investimento concreto.¹⁰⁵ Disciplinam, esta matéria, o artigo 50 do Regulamento no 55.762/65 e a Circular no 2.977/00.

O registro da aquisição ou integralização de capital, hoje efetuado por meio do registro declaratório eletrônico, somente pode ser processado após o recebimento, pela empresa receptora do investimento, de: I - declaração do credor e promitente investidor definindo precisamente os vencimentos das parcelas e respectivos valores a serem convertidos e, no caso de juros e outros encargos, também o período a que se referem e as taxas e cálculos empregados; II - declaração irretratável do credor concordando com a conversão.

É preciso dar baixa nos valores a serem convertidos e já registrados no módulo RDE-ROF, para a inclusão da operação correspondente, referente à conversão dos créditos em investimento direto, no módulo RDE-IED.

As conversões em investimento direto devem ser processadas com a realização de operações simultâneas de compra e venda de moeda estrangeira, sem expedição de ordem de pagamento, ou seja, deverá ser realizado um contrato simbólico de câmbio.

Caso os créditos não sejam registrados no Sisbacen, será necessária uma autorização prévia do Banco Central para a sua conversão em investimento.

3.2.4. CRÉDITO EXTERNO

O capital estrangeiro pode ingressar no país sob a forma de empréstimos, realizados por meio de contrato de mútuo e financiamentos e pode configurar investimento direto, quando ocorre entre empresas do mesmo grupo e indireto nos outros casos, como aqueles conseguidos junto à instituições financeiras. É inquestionável a necessidade das empresas de obter recursos para que consigam atingir as suas finalidades sociais.

¹⁰⁵ Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 148.

Adverte, Eduardo Teixeira Silveira, sobre o problema da subcapitalização das empresas, que pode ser consequência da realização de empréstimos em excesso. Uma sociedade é considerada subcapitalizada quando seu capital é pequeno em relação com o seu passivo. A subcapitalização tem o efeito societário negativo de dar margem à possível lesão de terceiros credores da empresa devedora, que não obstante esteja capitalizada de fato, mostra-se como insolvente de direito. Além disso, ocorrem, também, dois efeitos tributários relevantes: não obstante a empresa ter recebido divisas que, a rigor, representam incremento em seu capital social, contabilmente a empresa classifica essa capitalização como empréstimo, o que reduz seu lucro, e conseqüentemente, o tributo a ser pago. Ademais, o pagamento dos juros é dedutível como despesa da empresa devedora, que assim reduz a base de cálculo do imposto devido.¹⁰⁶

A Lei no 4.131/62, no que tange a esta modalidade de investimento, reconhece três espécies : empréstimos, abertura de créditos e financiamentos. Os empréstimos são realizados por meio de contrato de mútuo. A abertura de créditos consiste em contrato mediante o qual uma das partes contratantes coloca a disposição de outra, fundos para utilização posterior, até determinado limite e durante certo termo, de acordo com condições preestabelecidas, obrigando-se, essa última parte, a restituir os fundos utilizados no vencimento e da forma avençada, com juros, comissões ou despesas. Diferencia-se do mútuo, pois neste a coisa mutuada é entregue desde o início. O financiamento, por sua vez, distingue-se dos demais pela sua característica de negócio subjacente a uma operação comercial principal.¹⁰⁷

Regulando a matéria, o Conselho Monetário Nacional editou, em 23 de março de 2010, a Resolução no 3.844 que dispõe, em seu artigo 1º, as operações de crédito realizadas

¹⁰⁶ Silveira, Eduardo Teixeira. *A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 137.

¹⁰⁷ Marchetti, Renata Auxiliadora. *Capital Estrangeiro no Brasil, Registro e Intervenção do Estado nos Contratos Privados*. São Paulo, Editora Atlas, 2009.

entre pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no país, como receptoras dos recursos e aquelas com domicílio fora do Brasil, como concedentes dos recursos:

Art. 1º Este Regulamento dispõe sobre o registro declaratório eletrônico, no Banco Central do Brasil, de operações de crédito externo concedido a pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no País por pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior, nas seguintes modalidades:

- I - empréstimo externo, inclusive mediante a emissão de títulos;
- II - financiamento externo;
- III - arrendamento mercantil financeiro externo.

O registro deve ser efetuado no sistema Registro Declaratório Eletrônico, módulo Registro de Operação Financeira (RDE-ROF), do Sisbacen, anteriormente ao ingresso dos recursos financeiros ou ao desembaraço aduaneiro. O prazo de validade de cada ROF é de 60 (sessenta) dias corridos, após o qual, não havendo ingresso de bens ou de recursos, será automaticamente cancelado.

As operações mencionadas independem de autorização prévia e, desta forma, para a realização de possível fiscalização pelo Banco Central, os responsáveis pelo registro, devem manter à disposição do Banco Central do Brasil, atualizada e em ordem, a documentação comprobatória de todas as informações declaradas no RDE, até o termo final do prazo de 5 (cinco) anos, contado a partir do término da participação no capital social da pessoa jurídica receptora, no caso de investimento estrangeiro direto, ou da conclusão da operação, nos demais casos.

São responsáveis pelo registro, conforme o caso, o tomador dos recursos externos, o importador e o arrendatário, por meio de seus representantes.

Após o ingresso dos recursos, o desembaraço aduaneiro ou a prestação do serviço, é preciso efetuar o registro do esquema de pagamento no módulo ROF do RDE, indispensável para a efetivação das remessas de principal e de juros ou para a realização dos embarques de mercadorias, conforme o caso.

A- EMPRÉSTIMOS EXTERNOS

Devem ser registrados junto ao Banco Central, com anterioridade ao ingresso dos recursos no País¹⁰⁸, tanto os empréstimo externo contratado de forma direta, como aqueles obtidos mediante emissão de títulos no mercado internacional, independentemente do prazo da operação.

O registro será emitido de forma automática, exceto quando os custos da operação não forem compatíveis com condições e práticas usuais de mercado ou quando a estrutura da operação proposta não se enquadrar nos padrões do sistema, casos em que o registro será direcionado para análise do Banco Central que indicará os ajustes necessários à sua conclusão. Todavia, se não houver manifestação no prazo de 5 dias úteis, o registro será considerado concluído.

Vale observar que no caso de operações em que organismos internacionais sejam credores ou garantidores e cujo devedor seja do setor privado estão sujeitas a prévia manifestação do Banco Central, que incluirá no ROF evento específico.

A obtenção do número do ROF é indispensável para a contratação de câmbio ou para a transferência internacional em moeda nacional relativa ao ingresso dos recursos no País ou às remessas ao exterior.

Caso haja alguma alteração no contrato, depois do recebimento dos recursos, como mudança na data de vencimento, das condições financeiras estipuladas inicialmente, ou até mesmo do devedor, a pessoa tomadora do empréstimo deve fazer novo registro no módulo RDE-ROF e dar baixa no registro original.

É permitido, também, que os empréstimos sejam obtidos por meio de repasse de recursos captados por instituições no exterior. Haverá, nesta hipótese, um contrato vinculado

¹⁰⁸ Artigo 2º, Resolução 3.027/01.

a captação de recursos no exterior, por meio do qual instituição financeira nacional concede crédito a pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no País, mediante a transferência de idênticas condições de custo da dívida contratada no exterior em moeda estrangeira (principal, juros e encargos acessórios), incluindo a tributação aplicável à hipótese.

Outra forma de obtenção de empréstimo é por meio da emissão de títulos no mercado internacional. Usualmente, são feitas por meio da emissão de debentures, disciplinada pelo artigo 73, da Lei no 6.404/76, alterada pela Lei no 10.303/2001 ou de commercial papers que no Brasil, têm a característica de título comercial, emitido por sociedade por ações, sob a forma de nota promissória, dirigida à oferta pública.¹⁰⁹

A Circular 3.027/01, no seu artigo 17, prevê a possibilidade da emissão das seguintes espécies: a) títulos conversíveis: os emitidos por instituição sediada no País, colocados no exterior, que representem direitos sobre ações ou quotas de sua própria emissão; b) títulos permutáveis: os emitidos por instituição sediada no País, colocados no exterior, que representem direitos sobre ações ou quotas emitidos por outra instituição sediada no País; c) warrants: opções de compra de ações ou quotas, colocadas no exterior por instituições sediadas no País.

Estes títulos possuem uma data de conversão, da permuta ou do exercício da opção de compra, ou seja, data em que o investidor ou seu agente liquida a operação de compra das ações ou quotas, conforme definido na cláusula de conversão, de permuta ou nos termos dos "warrants". Realizada a conversão ou a permuta, o devedor e a empresa emissora das ações ou das quotas são responsáveis pelo cancelamento do registro da operação de crédito e pelo conseqüente registro do investimento.

¹⁰⁹ Marcheti, Renata Auxiliadora. Capital Estrangeiro no Brasil, Registro e Intervenção do Estado nos Contratos Privados. São Paulo, Editora Atlas, 2009, p. 120.

B- RECEBIMENTO ANTECIPADO DE EXPORTAÇÃO

A Circular 2.919/99, revogada pela Circular 3.280/05 apresentava definição de pagamento antecipado à exportação que ainda se aproveita, apesar da Resolução 3.844/10, que hoje regulamenta a matéria, ter passado a chamar a operação de recebimento antecipado de exportação. Importa mencionar que a Circular no 3.027/01 também traz disposições sobre esta operação.

Essa operação consiste na aplicação de recursos em moeda estrangeira na liquidação de contratos de câmbio de exportação, anteriormente ao embarque das mercadorias. Ela pode ser efetuada tanto pelo importador, como por qualquer pessoa jurídica no exterior, inclusive instituições financeiras. Importa mencionar a conveniência desta forma de captação de recursos que tem como benefício o imposto de renda zero.

Devem ser registradas, as operações, nas quais a antecipação do pagamento, em relação ao embarque das mercadorias ou à prestação de serviços seja superior a 360 dias. O registro, a ser feito no módulo ROF-RDE, presupõe o efetivo ingresso dos recursos no País que pode ocorrer tanto por transferência internacional em reais, aí incluídas as ordens de pagamento oriundas do exterior em moeda nacional, como por contratação de câmbio liquidado anteriormente ao embarque da mercadoria.

O exportador, para amortizar a operação, deve embarcar as mercadorias, podendo pagar os juros acordados tanto por meio de transferências financeiras, como também por exportações. Caso não haja o embarque das mercadorias, os recursos ingressados no país podem retornar ao exterior, ou ser convertidos em investimento estrangeiro direto ou em empréstimo externo, com a conseqüente alteração do registro.

C- FINANCIAMENTO À IMPORTAÇÃO

A importação pode ser financiada diretamente pelo exportador no exterior, hipótese na qual o exportador concorda em receber o pagamento pelos bens adquiridos a prazo, embutindo juros no preço da mercadoria e o importador efetua o pagamento na data previamente acordada.

Por outro lado, o financiamento pode ser feito por meio de uma instituição financeira, operação por meio da qual é concedido o recurso em moeda estrangeira ao importador no Brasil, para pagamento à vista ao exportador no exterior. O financiador pode ser uma instituição financeira no exterior ou um banco autorizado a operar no mercado de câmbio brasileiro, com recursos oriundos de linhas de créditos obtidas no exterior. Pode ocorrer, também, um refinanciamento, hipótese em que o banco renegocia com o cliente um financiamento existente, com novas taxas e prazos a serem cumpridos.

O financiamento e o empréstimo possuem características distintas, pois no financiamento, o tomador de recursos não os recebe, uma vez que eles são utilizados, diretamente, para pagamento do exportador. A empresa brasileira receberá o bem importado completamente quitado, porém lhe restará a dívida a ser paga diretamente ao exportador ou à instituição financeira. Diferentemente, no empréstimo, os recursos efetivamente ingressam no país.

Precisam ser registradas junto ao Banco Central, por meio do registro eletrônico, módulo ROF (RDE-ROF), antes do desembaraço aduaneiro, os financiamentos externos com prazo de pagamento superior a 360 (trezentos e sessenta) dias. A validade do ROF é de 60 dias corridos. Decorridos estes, sem o ingresso da mercadoria, o registro será cancelado automaticamente. O registro de importação de bens intangíveis que, pelas normas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, não estejam sujeitos a Declaração de Importação (DI),

depende da existência de fatura comercial e de termo de entrega e aceitação, a serem incluídos no módulo ROF do RDE.

As operações originalmente contratadas com prazo de pagamento inferior a 360 (trezentos e sessenta) dias e que, ao serem refinanciadas, atinjam prazo de pagamento superior a 360 (trezentos e sessenta) dias devem ser registradas no módulo ROF do RDE, anteriormente à retificação da DI.

Após concluído o ROF, ainda que previamente ao registro do esquema de pagamento, podem ser realizadas remessas ao exterior a título de: a) valor antecipado, pago anteriormente ao embarque da mercadoria; b) valor à vista, pago por ocasião de desembarço da mercadoria; c) juros devidos no período de carência; d) encargos acessórios.

Para que o importador possa, finalmente, receber a mercadoria adquirida, é preciso que se proceda ao desembarço aduaneiro que é o ato pelo qual é registrada a conclusão da conferência aduaneira. É o último ato do procedimento de despacho aduaneiro, procedimento mediante o qual é verificada a exatidão dos dados declarados pelo importador em relação às mercadorias importadas, aos documentos apresentados e à legislação específica, com vistas ao seu desembarço aduaneiro.

O despacho aduaneiro de importação é processado com base em declaração a ser apresentada à unidade aduaneira sob cujo controle estiver a sua mercadoria. A DI (declaração de importação) deve conter, entre outras informações, a identificação do importador e do adquirente ou encomendante, caso não sejam a mesma pessoa, assim como a identificação, a classificação, o valor aduaneiro e a origem da mercadoria. A DI é formulada pelo importador ou seu representante legal no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex). O ato que determina o início do despacho aduaneiro de importação é o registro da DI no Siscomex. É no momento desse registro que ocorre o pagamento de todos os tributos federais devidos na importação.

Para registrar o esquema de pagamento, além da DI desembaraçada ou do contrato de câmbio ou da transferência internacional em reais comprovando o ingresso de recursos, são requeridas pelo sistema informações sobre: a) a data e especificações do contrato assinado ou outro documento formal em que constem as condições financeiras da operação; b) os dados de eventos específicos para cada modalidade de operação.

D- DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO COM VÍNCULO A EXPORTAÇÕES – SECURITIZAÇÃO DE EXPORTAÇÕES

Disciplinada pela Circular no 3.027/01, essa operação resulta na emissão de título de crédito no mercado internacional lastreado em exportações futuras. O mecanismo permite ao exportador obter financiamento a taxas internacionais inferiores às domésticas com prazos maiores, sendo exigido registro no Sisbacen, no módulo ROF-RDE. Para esta finalidade, essa operação será qualificada, conforme o caso, como empréstimo externo ou como financiamento à exportação.

Para melhor abordarmos esta operação, cabe, primeiramente, esclarecer que securitização é o termo utilizado para identificar as operações em que o valor mobiliário ou título emitido, de alguma forma, está lastreado ou vinculado a um direito de crédito, também denominado direito creditório ou simplesmente recebível. Uma receita, que é uma expectativa de resultado, torna-se um recebível quando surge uma relação jurídica que lhe dê respaldo, originada de um contrato ou de um título de crédito.¹¹⁰

Numa Securitização de Exportação, uma companhia exportadora, originadora de direitos de crédito em moeda forte (credora da venda) e necessitada de capital de giro, capta recursos no mercado externo através da cessão de recebíveis, oriundos de seus contratos de exportação, a uma Sociedade de Propósito Específico (“SPE”) criada no exterior, que será a

¹¹⁰ *Slav, Heloisa, Securitização de Recebíveis de Exportação, <http://www.webfinder.com.br/disclosure/HTM/D128-art2.htm>, acessado em 24/05/2010.*

emitente dos valores mobiliários. A securitização internacional diz respeito à emissão de um valor mobiliário no estrangeiro, em regra, por companhia sediada no exterior, a qual possui em seu patrimônio direitos de crédito oriundos, em princípio, de contratos de exportação, celebrados por companhia nacional com importadores estrangeiros. Através dessa operação, a companhia brasileira, a maioria das vezes exportadora - sociedade originadora dos direitos de crédito -- capta recursos no mercado externo, através da cessão dos recebíveis, oriundos dos seus contratos (de exportação), à SPE, emitente de valores mobiliários.¹¹¹

É autorizada, a abertura de uma conta vinculada em nome do tomador, em moeda estrangeira, no exterior, junto a instituições financeiras de primeira linha, para depósitos decorrentes das exportações realizadas durante os períodos de pagamento da operação de captação externa. Essa conta será utilizada para o depósito do pagamento das exportações, com a finalidade dar cumprimento às obrigações decorrentes da captação de recursos, bem como, para ingresso no país, do saldo dos recursos, dentro dos limites permitidos.

Por fim, é importante mencionar que somente podem ser vinculadas à operação de captação as exportações cujas contratações de câmbio venham a ocorrer após o desembolso dos recursos, o ingresso das respectivas divisas no País ou o embarque dos bens no exterior, observada a inclusão da operação no Módulo ROF.

E- ARRENDAMENTO MERCANTIL

O arrendamento mercantil internacional ou leasing internacional é a operação através da qual um bem pertencente a uma empresa de arrendamento mercantil domiciliada no exterior é arrendado a empresa domiciliada no Brasil.

¹¹¹ Idem.

Antes de abordarmos a questão do registro, é preciso distinguir o leasing financeiro, o operacional e o *sale lease back*.

O leasing financeiro, que se tem entendido como o verdadeiro leasing, pressupõe três participantes: o fabricante, o intermediário (*leasing broker* ou *leasing banker*, entre nós, empresa especializada) e o arrendatário. A operação desdobra-se em 5 fases: a) a preparatória, ou seja, a proposta do arrendatário à empresa leasing ou vice-versa; b) a essencial, constituída pelo acordo de vontades entre ambas; c) a complementar, em que a empresa leasing compra o bem ou equipamento ajustado com o arrendatário; d) também essencial, que é o arrendamento propriamente dito, entregando a empresa leasing ao arrendatário o bem ou equipamento; e) a tríplice opção do usuário, ou seja, ao termo do contrato de arrendamento, continuar o arrendamento, dá-lo por terminado ou adquirir o objeto do arrendamento, compensando as parcelas pagas a título de arrendamento e feita a depreciação. O leasing operacional, por sua vez, consiste em operação de arrendamento, diretamente com o fabricante, dispensando-se o intermediário.¹¹²

A modalidade conhecida como *sale lease back* é aquela por meio da qual a pessoa jurídica vende bens do seu ativo imobilizado a uma empresa de arrendamento mercantil e, simultaneamente, os arrenda de volta com a opção de compra exercitável após o término do contrato. Aproxima-se do leasing financeiro, mas distingue-se pelo fato de que é o próprio arrendatário quem vende os bens e equipamentos. Muda, portanto, o seu título jurídico em relação a esses bens, passando de proprietário a arrendatário e obtendo com isso a desmobilização desses bens.¹¹³

Regulamenta o registro da operação de arrendamento mercantil, a Resolução 3.844/2010 e a Circular 2.731/96. Sujeitam-se a registro, no módulo ROF do RDE do Sisbacen, as operações contratadas entre arrendador domiciliado no exterior e arrendatário

¹¹² Bulgarelli, Waldirio, *Contratos Mercantis*, São Paulo, Editora Atlas, 1998, p. 373/375.

¹¹³ Idem.

no País, com prazo de pagamento superior a 360 (trezentos e sessenta) dias (art. 16, da Lei no 6.099/74).

O arrendamento mercantil financeiro externo deve observar as seguintes regras: a) o prazo total da operação deve limitar-se à vida útil do bem; b) as contraprestações devem ser compatíveis com as praticadas no mercado internacional; c) as prestações contratuais, parcelas fixas, devem ser distribuídas no tempo de tal forma que, em qualquer momento da vigência do contrato, a proporção entre o valor total já transferido ao exterior e o valor do arrendamento não seja superior à proporção existente entre o prazo já decorrido e o prazo total da operação; d) o contrato deve conter cláusula de opção de compra ou de renovação do prazo de vigência do contrato.

Pode ter por objeto bens de capital, bens móveis e bens imóveis, de propriedade de estrangeiros, novos ou usados, observando-se, para seu ingresso no País, nas duas primeiras hipóteses, as normas que regem a importação.

Deve-se atentar que, para os casos de *sale-lease-back*, o valor do contrato deve ser inferior a 90% (noventa por cento) do custo do bem objeto do arrendamento mercantil, cuja aquisição deve ocorrer mediante pagamento à vista.

Já o arrendamento mercantil operacional deve pautar-se pelas seguintes regras: a) as contraprestações devem contemplar o custo de arrendamento do bem e dos serviços inerentes a sua colocação à disposição da arrendatária, não podendo o valor presente dos pagamentos ultrapassar 90% (noventa por cento) do custo do bem; b) o prazo contratual deve ser inferior a 75% (setenta e cinco por cento) do prazo de vida útil do bem, sendo esta informada pelo fabricante, quando se tratar de bem novo; pelo fabricante ou por empresa especializada, estrangeira ou nacional, quando se tratar de bem usado ou por empresa especializada, quando se tratar de bem imóvel; c) o preço para o exercício da opção de compra deve corresponder

ao valor de mercado do bem arrendado; d) o contrato não pode conter previsão de pagamento de valor residual garantido.

3.2.5. REMESSA DE LUCROS

O capital estrangeiro registrado permite a remessa ao exterior dos lucros e dividendos distribuídos pela empresa receptora, sem qualquer restrição acerca de quanto pode ser enviado a este título e, também, sem a incidência de qualquer tributo. Os juros sobre capital próprio distribuídos pelas empresas também são passíveis de serem remetidos ao exterior, porém, neste caso, incide imposto de renda. Estas operações, porém, devem ser precedidas de registro no módulo RDE-IED do Sisbacen.

O artigo 28 da Lei no 4.131/62 faz uma ressalva nos casos de haver grave desequilíbrio no balanço de pagamento ou a possibilidade de prever que esta situação está prestes a ocorrer. Nestes casos, será possível impor restrições às remessas por prazo limitado.

Em geral, portanto, os lucros são livremente remissíveis, valendo observar as seguintes advertências de Heleno Lobo Torres sobre o tema: a) não será permitido o recebimento de lucros ou dividendos referentes ao capital não integralizado; b) às holdings não é permitido o recebimento de lucros ou dividendos referentes a participações não realizadas nas subsidiárias; c) todo o prejuízo acumulado deve ser absorvido antes da remessa de lucros; d) as ações e quotas que geram rendimentos remissíveis são aquelas constantes do certificado; e) a taxa de câmbio a ser utilizada é aquela fixada para a venda na data efetiva das remessas; f) lucros ou rendimentos derivados de incentivos fiscais não são remissíveis. Nessas hipóteses, o Bacen pode compensar o excesso nas futuras remessas de lucro ou dividendos,

pedir o retorno dos valores enviados a maior ou reduzir o valor do certificado no montante enviado a mais.¹¹⁴

A regulamentação desta operação está disposta na Circular no 2.997/00.

3.2.6. REPATRIAÇÃO

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.¹¹⁵ Pode ocorrer, desta forma, a repatriação do capital investido quando houver (a) redução parcial do capital, com o retorno do valor correspondente ao exterior; (b) venda parcial ou total do investimento dentro do Brasil; e (c) liquidação da empresa investida.

Dispõe, o artigo 16, da Circular no 2.997/00:

“Observada a participação do investidor externo no capital social da empresa receptora, a destinação de recursos apurados na alienação de participação societária, redução de capital para restituição a sócio ou liquidação de empresas deve ser registrada no Módulo RDE-IED.”

O capital estrangeiro devidamente registrado poderá ser repatriado, portanto, em qualquer tempo, sem prévia autorização e sem qualquer tributação. A operação de repatriação, contudo, deverá ser devidamente registrada no módulo RDE-IED e, em consequência disso, devem ser feitos os devidos ajustes no registro do investimento em si, também no módulo RDE-IED.

As remessas que excederem a quantia registrada serão consideradas ganhos de capital para o investidor estrangeiro, estando sujeitas à retenção de 15% a título de imposto de renda e à aprovação do Banco Central do Brasil. O Banco Central do Brasil poderá examinar o

¹¹⁴ Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 127/128.

¹¹⁵ Baptista, Luiz Olavo. Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Livraria do Advogado, 1998, p.91.

patrimônio líquido da empresa envolvida, tomando por base o balanço. Caso seja verificado um patrimônio líquido negativo, o Banco Central do Brasil poderá considerar ter havido uma diluição de investimento, negando autorização à repatriação num montante proporcional ao do resultado negativo apurado.

3.2.7. REINVESTIMENTOS

A lei no 4.131/62 define reinvestimento, em seu artigo 7º, como sendo 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.

Quanto ao registro do reinvestimento, o artigo 10º, da Circular no 2.997/00, estabelece que devem ser registradas no item reinvestimento do Módulo RDE-IED as capitalizações de lucros, de juros sobre capital próprio e de reservas de lucros, proporcionalmente à participação de cada investidor externo no número total de ações ou quotas integralizadas do capital social na mesma empresa receptora em que foram gerados os respectivos rendimentos no País.

O artigo 6º, da Circular no 3.844/10 determina que o registro deve ser feito na moeda do país para o qual poderiam ter sido remetidos ou, no caso de investimento registrado em moeda nacional, em reais.

Para o propósito do registro, os lucros que preenchem essa condição são apenas os montantes líquidos remissíveis. Os lucros derivados de incentivos fiscais, ou ágio na capitalização de reservas, não são considerados como lucros para efeito do reinvestimento.¹¹⁶

Vale ressaltar, ainda, que os lucros que autorizam o reinvestimento devem necessariamente ter sido apurados pela empresa brasileira.

¹¹⁶ Baptista, Luiz Olavo. Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Livraria do Advogado, 1998, p. 75.

Egberto Lacerda Teixeira bem explica a questão: “Resulta claro do texto legal que só se caracteriza como reinvestimento o lucro efetivamente apurado na empresa licalizada no território brasileiro e reaplicado na própria empresa ou em outra. (...) Enquanto os lucros da empresa permanecerem em conta “Lucros em Suspense”, “Dividendos a Pagar”, ou outras equivalentes, não haverá reaplicação no sentido legal. Somente com o ato formal do aumento de capital, na própria empresa, ou na aquisição de ações ou cotas de outras empresas, é que se configurará o reinvestimento para efeito de gerar remessas ao exterior.”¹¹⁷

3.2.8. ATUALIZAÇÃO DO VALOR DO CAPITAL

As reavaliações dos ativos de uma empresa podem causar resultados positivos ou negativos em seu balanço. Assim é que, se o valor de imóveis, por exemplo, aumentar em razão de valorização destes, há a possibilidade de se reavaliar os ativos da empresa e incorporar o valor deste aumento ao capital. Poderia também acontecer o contrário, por exemplo se determinada tecnologia custosamente adquirida viesse a se tornar de repente obsoleta, representando perda patrimonial, a se refletir nos balanços. Muitas das operações de cisão, fusão e incorporação representam ocasião de reavaliação de ativos.¹¹⁸

Diante disso, a Circular no 2.997/00 estipula, em seu artigo 14, que o registro de fusão, incorporação ou cisão de empresas receptoras de investimento externo deve ser efetuado observando-se: I - a participação de cada investidor externo no patrimônio líquido da empresa de origem do investimento; II - o valor patrimonial das participações societárias envolvidas; III - a transferência de investimentos e reinvestimentos entre as empresas; IV - a distribuição proporcional das ações ou quotas registradas e dos valores registrados em moeda estrangeira ou nacional.

¹¹⁷ Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 131/132.

¹¹⁸ Baptista, Luiz Olavo. Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Livraria do Advogado, 1998, p. 77.

O registro da incorporação, fusão ou cisão deverá ser feito no sistema quando pelo menos uma das partes envolvidas for receptora de investimento externo direto. A empresa incorporada, aquela que se fundiu ou cindiu, se receptora do investimento externo, é denominada, para efeito do sistema RDE-IED, de “receptora origem”. Por outro lado, a incorporadora, ou aquela criada com a fusão ou as empresas para as quais foi o patrimônio cindido, são chamadas de “receptora destino”, se forem receptoras de investimento externo direto.

Observa-se, por fim, que nos casos de incorporação com aumento de capital social da incorporadora pelo valor do patrimônio líquido da incorporada, observados, no que cabível, os efeitos decorrentes de vínculo de controle existente entre as mesmas, as reservas de lucros e os lucros acumulados constantes do balanço patrimonial levantado pela incorporada para fins de incorporação são consignados ao final do processamento da incorporação no Módulo RDE-IED, no item reinvestimento dos registros de investimento externo direto da incorporadora e seus investidores externos.

CONCLUSÕES

Do percurso histórico feito no capítulo I deste trabalho, foi possível concluir que uma disciplina multilateral do investimento estrangeiro, apesar de extremamente importante no contexto internacional, encontra-se muito longe de ser alcançada.

As frustrações decorrentes do fracasso da Carta de Havana, que tinha como finalidade criar a OIC, da tentativa da ONU de estabelecer um Código de Conduta às Transnacionais, das negociações em torno do projeto de Convenção sobre a proteção de bens estrangeiros no âmbito da OCDE e do MAI, Multilateral Agreement on Investments, também de iniciativa da OCDE, instituíram, os tratados bilaterais, como a forma mais corrente de disciplinar os investimentos estrangeiros.

Não podemos dizer, exatamente, que o GATS e o TRIMS, tratados multilaterais firmados no âmbito da OMC, tenham sido uma iniciativa vitoriosa no que tange ao estabelecimento de normas multilaterais sobre investimentos.

O GATS tem como finalidade disciplinar o comércio de serviços e, diante disso, não traz qualquer regra expressa sobre investimentos. A relação existente entre eles pode ser inferida porque o acordo prevê, como uma das modalidades de comércio de serviços, a presença comercial, que teria que se dar, necessariamente, por meio de investimento.

Já o **TRIMS**, de outra forma, volta-se, especificamente, às medidas de investimento relativas ao comércio de bens que possam gerar nele efeitos restritivos e distorcivos. Assim, não é um tratado cuja preocupação está direcionada para os investimentos em si, mas sim para os efeitos negativos que eles possam causar no comércio de bens.

Um tratado cujo o objeto fosse a regulamentação dos investimentos transfronteiriços, aberto à assinatura de todos os países seria munido da força necessária para impor certo

equilíbrio nas relações internacionais, no que se refere à importação/recepção dos capitais estrangeiros.

Apesar de não existirem regras multilaterais que regulamentem os investimentos estrangeiros, ficou consagrada a aplicação dos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida quando da elaboração de documentos atinentes à matéria, isto é, tanto em tratados bilaterais, como nas legislações internas e em documentos internacionais que, embora sem força vinculante, representam recomendações sobre o tratamento do assunto.

No que tange à conceituação, não podemos negar que a noção de investimento estrangeiro é econômica, consistindo no fluxo de capitais que transcende as fronteiras de um Estado, com o intuito de ser aportado em atividade produtiva em outro, tanto por meio da participação em empresas, como pela via de empréstimos, esperando, com isso, receber em retorno, os lucros.

Não existe uma definição jurídica unívoca, em decorrência da inexistência de uma norma multilateral sobre a matéria. Existem, sim, diversas conceituações, contidas nos diferentes documentos firmados sobre o assunto e que, apesar de seguirem mais ou menos um padrão, no aspecto geral, variam, em detalhes, na medida em que se alteram os interesses daqueles que os elaboram.

Analisamos, no capítulo II, a aplicação do princípio da soberania, frente à liberdade de acesso do investimento estrangeiro. Concluimos que, apesar de ser muito sustentado atualmente que, diante da globalização, o conceito tenha se flexibilizado e, portanto, o seu conteúdo tenha se tornado mais limitado, inaceitável defender a plena liberdade de acesso ao capital estrangeiro. Consiste, sim, pleno exercício da soberania, a possibilidade de admitir ou não a entrada do investimento no país e de regulamentá-lo, após o seu ingresso.

Inquestionável, nos dias de hoje, o poder e influência dos países exportadores de capital sobre os países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos que, diante da necessidade

premente de obtenção de recursos para desafogar e estimular suas economias, ficam submetidos às imposições daqueles e acabam celebrando acordos bilaterais que os coloca em posição desvantajosa ou enfraquecendo a sua legislação local.

Importa acrescentar que os países receptores dos investimentos não possuem uma posição delicada apenas no que se refere aos Estados detentores destes recursos, mas também no que tange às empresas transnacionais. É por meio da atuação destas grandes corporações que os recursos cruzam fronteiras e se aportam em mercados mais carentes e deficientes.

Mais indefesos, encontram-se os países hospedeiros de investimento em relação às transnacionais que em face dos Estados de onde elas se originam, pois desprovidas de personalidade jurídica, constituem-se de forma pulverizada, sob a égide das leis locais de cada país em que se estabelecem, mas a intenção de permanência nestes novos mercados apenas é mantida na medida em que esteja em conformidade com as suas diretrizes globais.

Uma vez perdido o interesse, deixam o local, independentemente das consequências negativas que podem ser geradas e, dificilmente, haverá meio de responsabilizá-las por eventuais danos causados, pois sem personalidade jurídica internacional, não podem ser levadas à uma corte internacional e, por outro lado, o judiciário local não pode alcançá-las fora do território nacional.

A legislação interna, pois, se configura instrumento primordial na disciplina do investimento estrangeiro.

O Brasil encontra-se inserido no grupo dos países que necessita dos recursos estrangeiros. Os recursos internos não são suficientes e é preciso complementá-los com os provenientes do exterior.

Analisando o capítulo III, podemos depreender que a regulamentação atual do país sobre os investimentos estrangeiros mostra-se bastante liberal, todavia, nem sempre foi assim. Com

efeito, a disciplina da matéria afigura-se bastante dinâmica, dependendo das circunstâncias, conjuntura econômica, políticas adotadas e objetivos do Estado em cada momento histórico.

Vale mencionar, para corroborar a afirmação acima, que na época do Brasil Colônia, o acesso ao capital estrangeiro era completamente vedado. Com o primeiro ato do Príncipe Regente, foram abolidas as restrições à entrada de capital externo. No decorrer do século XIX aumentou o fluxo de investimento estrangeiro no Brasil e nessa época já existiam restrições ao capital estrangeiro, principalmente no que tange à proibição de acesso a certas atividades. Porém, a intervenção mais direta no investimento externo ocorreu através das regras cambiais.¹¹⁹

A partir de 1905 começa a intervenção oficial no regime de câmbio, com a vedação de remessas de divisas ao exterior (Dec. n. 1.455, de 30.12.05). A autorização limitada de remessa de divisas retorna em 1921 (Dec. n. 14.728, de 16.3.21) e após a Revolução de 30, retorna-se a um sistema mais liberal (Dec. n. 20.451, de 28.9.31). A industrialização aumenta no período entre guerras em razão da necessidade de substituição das importações e da Grande Depressão. À época, a entrada do capital estrangeiro era estimulada, e este até mesmo chegou a receber tratamento privilegiado, como empréstimos internos com taxas preferenciais e isenções fiscais. Porém, com a edição da Lei no 9.025/46 houve restrição à remessa de lucros, limitada a 8% do capital registrado, bem como do retorno do investimento, cuja parcela anual não poderia exceder 20% do capital registrado junto ao Banco Central.¹²⁰

Em 1962, foi editada a Lei no 4.131 que regulamenta a matéria até os dias atuais, porém, dependendo da conjuntura política e econômica de cada fase da história, as normas

¹¹⁹ Silveira, Eduardo Teixeira. *A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.91/96.

¹²⁰ Silveira, Eduardo Teixeira. *A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.91/96.

infralegais que regulamentam o regime dos investimentos, acabam tornando-o mais ou menos liberal.

A Constituição de 1988, apesar de ter como fundamento a livre iniciativa e relacionar a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica, deixou muito claro, em suas disposições, que o acesso do capital estrangeiro ao país não é irrestrito (artigo 172) e que seria disciplinado em lei.

A sua redação original possuía mais restrições referentes ao investimento estrangeiro que atualmente. Existiam, vedações expressas, quanto ao desempenho de determinadas atividades por estrangeiros, como a exploração de recursos minerais (art. 176, § 1º), de petróleo (art. 177, § 1º), a realização da navegação de cabotagem e interior (art. 178, § único), a prestação de serviços de telecomunicação (art. 21, inc. XI) que após a edição das Emendas no 6,9,7,8/95, respectivamente, foram suprimidas. Não podemos deixar de mencionar a permissão de acesso do capital estrangeiro às empresas jornalísticas, apesar do percentual ser limitado a 30%, insculpida na Consituição Federal pela Emenda Constitucional no 36/2002.

Com isso, pode-se notar gradual aumento da abertura para a participação do investimento estrangeiro na economia nacional.

Essa tendência não é inferida apenas das alterações constitucionais, mas, também, das disposições existentes na legislação ordinária e sua regulamentação.

Indiscutível a importância do registro do ingresso do capital estrangeiro no país, pois é por meio dele que é possível controlar a quantidade de investimento estrangeiro que tem sido atraída para o país e, em decorrência disso, fazer a análise econômica acerca de seus efeitos no mercado interno.

A alteração do sistema de registro do capital estrangeiro facilitou muito o seu ingresso em território nacional, uma vez que é feito, agora, mediante declaração unilateral dos representantes legais dos investidores no país, por meio eletrônico, diferentemente do sistema

anterior, no qual havia a necessidade da apresentação da documentação da operação ao Banco Central para análise e aprovação, antes da realização do registro.

A possibilidade de transferência ilimitada de royalties, não se pode negar, é um atrativo para o investimento, bem como a permissão de remessas de royalties entre empresas subsidiária e matriz no exterior.

Podemos mencionar, também, como incentivo ao investimento, a não cobrança de imposto de renda nas operações de recebimento antecipado de exportações.

Não podemos esquecer que a remessa ao exterior dos lucros e dividendos distribuídos pela empresa receptora não possui qualquer restrição, atualmente, acerca de quanto pode ser enviado a este título e, também, não há a incidência de qualquer tributo. Os juros sobre capital próprio distribuídos pelas empresas também são passíveis de serem remetidos ao exterior, porém, neste caso, incide imposto de renda.

A permissão de repatriação do capital estrangeiro devidamente registrado em qualquer tempo, sem prévia autorização e sem qualquer tributação configura garantia importante ao investimento, conferindo-lhe segurança na hipótese de ter a intenção de deixar o país.

Diante das características das normas que regulamentam o investimento estrangeiro no país, aliadas à estabilidade econômicas, às políticas monetárias e fiscais, de câmbio, o tamanho do mercado interno, dentro outros fatores, o Brasil tem se caracterizado por ser um dos grandes receptores de investimento externo no mundo.

BIBLIOGRAFIA

A Constituição e o Supremo, <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp>, acesso em 17/05/2010.

Almeida, Paulo Roberto de. Acordos Minilaterais de Integração e de Liberalização do Comércio: o caso da América Latina. Centro Brasileiro de Relações Internacionais (CEBRI). Artigos – v. 3 – Ano I-2006. www.cebri.org.br, acesso em 24/4/2010.

Amaral Júnior, Alberto do e Sanchez, Michelle Ratton. Regulamentação Internacional dos Investimentos: Algumas Lições Para o Brasil. São Paulo, Aduaneiras, 2007.

Araújo, Luiz Alberto David e Nunes Júnior, Vidal Serrano, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 2005.

Banco Central do Brasil, Capitais Internacionais e Mercado de Câmbio no Brasil, atualizado em fevereiro de 2009, http://www.bcb.gov.br/rex/LegCE/Port/Ftp/Capitais_Internacionais_Mercado_Cambio_Brasil.pdf, acesso em 12/5/2010.

Baptista, Luiz Olavo. Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Livraria do Advogado, 1998.

Baptista, Luiz Olavo. Empresa Transnacional e Direito. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

Balduccini, Bruno, Portas Abertas ao Capital Contaminado, <http://www.revistacustobrasil.com.br/pdf/10/art%2010.pdf>, acesso em 20/5/2010.

Barbosa, Denis Borges. O direito de acesso do capital estrangeiro por setores industriais, 1996.

Barbosa, Denis Borges. A mutação no regime do capital estrangeiro após a Carta de 1988. 1996.

Bulgarelli, Waldirio, Contratos Mercantis, 10ª edição. São Paulo, Editora Atlas, 1998.

Bulos, Uadi Lammêgo, Constituição Federal Anotada, São Paulo, Ed. Saraiva, 2000.

Bülow, Marisa von. Redes Transnacionais e Acordos Comerciais nas Américas. Centro Brasileiro de Relações Internacionais (CEBRI), Teses, volume 2 – Ano 6 – 2007. www.cebri.org.br, acesso em 22/4/2010.

Carvalho, Marina Amaral Egydio de. O investimento estrangeiro e a atuação dos Estados, http://www.lex.com.br/noticias/artigos/default.asp?artigo_id=990258& dou=1, acesso em 6/5/2010.

Costa, José Augusto Fontoura. Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Juruá Editora, 2010.

Costa, Larissa. Arbitragem Internacional e Investimentos Estrangeiros. Lawbook, 2007.

Costa, Maria Roselene B. Capital Estrangeiro e Desenvolvimento Econômico: cinco décadas do investimento direto estrangeiro no Brasil. Tese de mestrado em economia política. PUC/SP 2008.

Dolinger, Jacob. Direito Internacional Privado (Parte Geral), 4ª edição ampliada e atualizada. São Paulo, Ed. Renovar.

Dolzane, Harley Farias. O papel da soberania econômica do Estado num contexto de globalização, por Harley Farias Dolzane, <http://jusvi.com/artigos/25199/3>, acesso em 6/5/2010.

Fonseca, Karla Closs. Investimentos Estrangeiros, Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais. Curitiba, Juruá Editora, 2008.

Framework of Direct Investment Relationships (FDIR)– IMF.
<http://www.imf.org/external/np/sta/cdis/pdf/060508a.pdf>, acesso em 3/5/2010.

General Agreement on Tariffs and Trade – GATT -
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm, acesso em 2/5/10.

General Agreement on Trade in Services (GATS) -
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm, acesso em 2/5/10.

Godinho, Thiago Zanini, Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, jul./dez. 2005.

ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID Convention, Regulation and Rules-
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=RulesMain>, acesso em 28/5/10.

International Investment rule-making: stocktaking, challenges and the way forward. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, publicado em 10/2/2009. Acesso em 28/5/10.

Marcheti, Renata Auxiliadora. Capital Estrangeiro no Brasil, Registro e Intervenção do Estado nos Contratos Privados. São Paulo, Editora Atlas, 2009.

Marconini, Mário. O Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços: o conceito e o regime. Texto sugerido no módulo Direito Internacional Econômico.

Martins, Carlos Eduardo. Globalização, dependência e neoliberalismo na América Latina. Centro Brasileiro de Relações Internacionais (CEBRI). Tese. www.cebri.org.br, acesso em 2/5/2010.

Matias, Eduardo Felipe, O direito e a globalização, entrevista, http://www.conjur.com.br/2006-mai-21/interesses_globais_restringem_soberania_estados, acesso em 6/5/2010.

Mazzuoli, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público, 2ª edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIGA – Multilateral Investment Guarantee Agency – Miga Convention - http://www.miga.org/about/index_sv.cfm?stid=1694, acesso em 28/4/2010.

Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional, 12ª edição. São Paulo, Editora Atlas, 2002.

Moraes, Oroszimbo José de. Investimento Direto Estrangeiro no Brasil. São Paulo, Aduaneiras, 2003.

Mundin, Camila Dean Porto. Tratamento Internacional do Investimento Estrangeiro. Monografia Puc/SP, 2009. Oliveira Neto, Alberto Emiliano de. O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8950>, acesso em 10/5/2010.

OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, FOURTH EDITION 2008. <http://www.oecd.org/dataoecd/42/56/43985557.pdf>, acessado em 3/5/2010.

Pacievitch , Thais. Recursos Minerais do Brasil <http://www.infoescola.com/geografia/recursos-minerais-do-brasil/>, acesso em 17/05/2010.

Palmquist, Helena, Multinacionais da mineração exploram subsolo paraense, <http://www.amazonia.org.br/fogo/noticias/print.cfm?id=8678>, acesso em 17/05/2010.

Pereira, Celso de Tarso, O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI-ICSID), Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 35 140 out./dez. 1998.

Prazeres, Tatiana Lacerda. Comércio Internacional e desenvolvimento nas regras da OMC, Capítulo 9. Texto sugerido no módulo Direito Internacional Econômico.

Rezek, Francisco. Direito Internacional Público, Curso Elementar. São Paulo, Editora Saraiva, 11ª Edição, 2008. análise do Capital Estrangeiro na Perspectiva da Ordem Econômica Constitucional Brasileira. Tese de mestrado em direito. PUC/SP 2009.

Rossi, Matheus Corredato. Análise do Capital Estrangeiro no Perspectiva da Ordem Econômica constitucional Brasileira. Tese de mestrado em direito. PUC/SP 2009.

Silva, Cláudio Ferreira da. DO GATT À OMC: O QUE MUDOU, COMO FUNCIONA E PERSPECTIVAS PARA O SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO, [http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php / relacoesinternacionais/article/viewFile/297/264](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/relacoesinternacionais/article/viewFile/297/264), acesso em 10/5/2010.

Silveira, Eduardo Teixeira. A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002.

Slav, Heloísa, Securitização de Recebíveis de Exportação, <http://www.webfinder.com.br/disclosure/HTM/D128-art2.htm>, acesso em 24/05/2010.

Souza, Carlos Manoel de. O investimento estrangeiro e a globalização. Monografia Puc/SP, 2009.

The World Investment Report, UNCTAD, 2004,
http://www.unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf, acesso em 10/5/2010.

Trade-Related Investment Measures (TRIMs) -
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm, acessado em 28/5/10.

World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment.
www.worldbank.org. Acesso em 15/5/2010.

Zerbini, Eugênia C.G. de Jesus. O regime internacional dos investimentos, sistemas regional, multilateral, setorial, bilateral (balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da Alca. Tese de doutorado- USP, 2003.