

Capitais Estrangeiros: Regime Jurídico e Modelo Econômico

WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA

Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG.

1. INTRODUÇÃO

O tratamento jurídico dos capitais estrangeiros constitui tema dos mais importantes e atuais, dos estudos e pesquisas. Abordá-lo pelo prisma do seu enquadramento em «regime jurídico» específico, ao mesmo tempo em que situá-lo nos «modelos econômicos», por sua vez disciplinados pelo direito, significa dispensar-lhe atenção no sentido de buscar caminhos para os problemas reais que se lhe antepõem.

De tal modo se reclama esse tipo de tratamento, que, se nos dermos ao trabalho de uma busca, ainda que superficial, de elementos configuradores de um «regime jurídico» correspondente a um «modelo econômico» na legislação brasileira sobre capitais estrangeiros, sentiremos inevitável frustração. Falta-lhe a sistematização, a harmonia necessária ao conceito de «regime jurídico» e distancia-se do entendimento dos «modelos econômico» postos em prática. Entretanto, a idéia de «modelo econômico» aproxima-se estruturalmente do que se tome por «regime jurídico» e, neste caso, a interligação de ambos torna-se fundamental ao seu correto tratamento na «ordem jurídico-econômica».

Uma verdadeira alienação legislativa sobre o tratamento do assunto por este prisma pode ser registrada a partir dos textos constitucionais, lacônicos e distantes, quando não indicadores

de caminhos capazes de invalidar os seus próprios «comandos», ainda que os tenham esboçado. A partir de solo assim movediça, constrói-se uma legislação desarticulada, atributiva de poder decisional a instrumentos mais subalternos de sua própria hierarquia, modificadores e revogadores de dispositivos definidos em instrumentos superiores, configurando a participação difusa de diferentes setores administrativos, que ainda mais complicam o funcionamento do que deveria configurar-se como um «regime jurídico». São habituais, neste campo, como de resto, nos demais, a revogação de dispositivos constitucionais por simples decretos,¹ quando não o desconhecimento daqueles por atos administrativos autorizados por decretos-leis que, por sua vez, infringem a Constituição.²

Tudo isto conduziria à busca de algum elemento capaz de oferecer os rumos da política econômica referente à disciplinaçãõ dos capitais estrangeiros em nosso direito. A rigor, porém, o que aí se pode identificar em profundidade é tão somente a preocupação tributária e comprometida com as características dos «modelos mercantilistas» típicos do «colonialismo», preservados nos «modelos liberais» das estruturas de dominação e renascidos nos «modelos neo-colonialistas» da atualidade. A pequenês da visão tributária tomada em predominância, estimula a margem de arbítrio que vicia os valores de uma política econômica em visão global, fazendo surgir o complexo legal composto de emaranhados formalísticos, que se destinam à atração, a qualquer custo, do capital estrangeiro, garantindo-lhe tratamento favorecido até mesmo ante o capital nacional.

Esta colocação do problema, entretanto, destoa do que se pratica em outros países, nossas leis não registram nenhuma

1. Como exemplo, cita-se o Decreto nº 70.436, de 18/04/1972, Art. 1º, I, dando tratamento aos cidadãos portugueses em contradição com o disposto no art. 174 da Emenda Constitucional de 1969. Outros exemplos serão citados no decorrer do presente trabalho.

2. Lembre-se a questão levantada pela Ordem dos Advogados do Brasil sobre os atos praticados pelos chamados Ministros da área econômica em suas negociações com o Fundo Monetário Internacional, como se verá adiante.

consonância com a ebulição do tema nas posições assumidas sobretudo pelas demais nações subdesenvolvidas, na luta pela sua própria «descolonização». Desconhecem a preocupação central do tratamento do assunto a partir das normas de relacionamento dos povos, geradas na Organização das Nações Unidas e acolhidas por todos os seus membros, entre os quais nos situamos. Parecem envergonhadas de nossa condição de País subdesenvolvido e a sonegam de nossa «ordem jurídica», camuflando-a por diplomas que situam o problema ao sabor das injunções de sucessivas crises. Por estas crises determinam o nosso comportamento em face daqueles capitais.

O mesmo se pode dizer, talvez com mais ênfase, dos «modelos econômicos» postos em prática no País. Diante da insuficiência do «regime jurídico», são eles construídos e operados ao arbítrio das autoridades econômicas. As medidas administrativas mostram-se desvinculadas ou descomprometidas, mesmo com os textos existentes, sejam eles de qualquer categoria hierárquica.

2. DEFICIÊNCIAS DE CONCEITUAÇÃO

Este quadro, entretanto, é bom que se diga a título de imparcialidade de observação, afirma-se como uma orientação geral na seqüência da disciplinação da política econômica de nosso país, podendo ser detectado parcialmente no caso específico do tratamento dado ao capital estrangeiro.

Um primeiro contacto com o tema, portanto, sugere maior penetração nos conceitos fundamentais que o identifiquem e uma visão dos textos legislativos que mais diretamente com ele se envolvam.

3. CAPITAL ESTRANGEIRO E DIREITO ECONÔMICO

Quando tomado pelo prisma jurídico, o **capital** sugere, desde logo, o desencadear de uma seqüência de conotações que se expande desde a sua concepção econômica originária, passando pelo terreno da política econômica, para chegar ao território do Direito. Mas é neste que assume posições socialmente

conseqüentes e de tal modo significativas que chegamos a identificar o «capital jurídico» como variante indispensável para a sua própria conceituação econômica. Realmente, são fundamentais à sua **funcionalidade** os «direitos» e as «obrigações» que recaem sobre os bens e os valores que o representam. E, quando **objeto** ou **suporte** do «direito de propriedade», é deste que decorrem os elementos a ele intrinsecamente ligados, tais sejam os **lucros**, os **juros**, os **dividendos**, os **empréstimos**, os **investimentos**, os «royalties» e todas as formas, enfim, de rendimentos a ele atribuíveis, bem como os expedientes que lhes são adstritos.

As condições de sua funcionalidade, por seu turno, não assumem neutralidade. Pelo contrário, são carregadas de sentido **político** e, como tal, intimamente dependentes dos princípios ideológicos definidos para a «ordem jurídica» e para a «ordem econômica», que tenhamos sob análise. Assim, vamos econtrá-lo, inevitavelmente, com a roupagem da **política econômica**, que, por seu turno, também será inconstitucional se não traduzida em valores jurídicos. É quando deparamos com o princípio absorvido pela norma fundamental sob a forma de «ideologia constitucionalmente adotada».³ Daí para a legislação ordinária segue-se a trilha normal da hierarquia dos diplomas legais, tendo o **capital** como **conteúdo econômico da norma jurídica**.

Configuram-se, a partir de então, as regras de conduta, os institutos a ele relacionados e componentes do «regime jurídico» que traduz a disciplinação do seu comportamento.

Em verdade, as experiências políticas das nações, consideradas pelo prisma das ideologias adotadas nas respectivas Constituições, não conseguiram nem pretenderam abolir o **capital**, da dinâmica social. Se objeto da propriedade privada, ou não, apenas os institutos a ele relacionados como corolários, assumem posições diferentes, chegando mesmo a serem exaltados ou abolidos. Mas a propriedade, enquanto direito sobre o capital, e

3. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico, Edição Saraiva, São Paulo, 1980, pág. 32 e ss.

a função de «bem de produção», como suporte desse direito, não foi, jamais, abolida das cogitações do legislador constituinte, encarregado de captar a ideologia adotada constitucionalmente.

Este parece-nos um ponto fundamental ao entendimento das normas jurídicas sobre capitais estrangeiros e que, pelo sentido político-econômico nele saliente, o faz preocupação do Direito Econômico.

4. CAPITAL E PODER ECONÔMICO

Detectada a conotação político-econômica intimamente ligada à funcionalidade do capital, não poderemos dissociá-lo do sentido político do Poder. Efetivamente, o capital passa a figurar como elemento central do Poder Econômico e este, por sua vez, vai assumir posições peculiares ante o Poder «tout court», embora seja impossível dissociá-los. A **ideologia liberal** foi responsável pelo artifício dessa dissociação, interditando ao Poder Político qualquer ação econômica e privilegiando a iniciativa privada. Como resquício deste posicionamento, torna-se complexa e, por vezes confusa, a regulamentação do comportamento do capital na própria ordem jurídica nacional, ou interna.

Obviamente, mais difícil há de ser o seu tratamento ao extrapolar as fronteiras do direito nacional e se envolver nas malhas das relações internacionais. Então, o capital «estrangeiro» em um país, justamente por ser «nacional» em outro e assumindo as culminâncias atuais do requinte em filigramas jurídicas, torna-se «multinacional» ou «transnacional», tumultuando as regras tradicionais do seu tratamento e da sua regulamentação, nas duas modalidades anteriores. De uma «ordem jurídico-econômica nacional», marcha-se, então, para a busca de princípios componentes de uma «ordem jurídica internacional». Porém até o presente, a engenharia jurídica, que foi capaz de forjar os caminhos sobrepécios pelos quais ele trilha na «transnacionalidade», não conseguiu tirar de seus laboratórios o antídoto desejado.

Em decorrência, pois, do sentido de Poder Econômico intrínseco à funcionalidade do capital, vamos ter nos relacionamentos internacionais, o problema de sua **nacionalidade** e, igualmente fundamental, o da sua posição diante da própria **soberania** das nações, quando seja ele tomado por instrumento desse mesmo poder. Atribuir-lhe nacionalidade própria é outro artifício de construção jurídica que desfigura os dados iniciais de seu conceito econômico. A projeção da personalidade do indivíduo sobre o **bem**, suporte do direito de propriedade, contagiaria de nacionalidade o capital possuído. A nacionalidade da empresa — outro conceito polêmico — também o caracterizaria. Por fim, um processo de redução simplificadora iria confiar-lhe nacionalidade à base de outros argumentos.

É pelo caminho do entendimento do **poder** que o jurista há de chegar ao regime jurídico dos capitais estrangeiros, como, de resto, do capital de modo geral.⁴

5. CAPITAL E ORDEM JURÍDICA

Para o tratamento jurídico dos capitais estrangeiros, alguns obstáculos se nos apresentam como desafio. Dentre eles, a falta de perfeita identificação conceitual e a dupla disciplinação a que deva ser submetido nas diferentes ordens jurídicas do país que o recebe e daquele que o fornece.

Quanto àquela identificação, já não se aceita, de há muito, o conceito simples, oferecido pela Ciência Econômica, que o toma pelo «bem de produção», ou melhor, o bem que se destina à produção de outros bens. Mesmo naquele território originário, a intermediação já havia ampliado o âmbito conceitual, para nele incluir também o **dinheiro**. A criatividade jurídica, porém, trazendo-o para o universo do Direito do **Crédito**, com os seus «títulos», as formas diferenciadas de representar valores, direitos e obrigações, ainda mais enriquecera os modos de sua representação. De semelhante maneira a Ciência, abrindo áreas para a **tecnologia**,

4. COMPARATO, Fábio Konder. «O Poder de Controle na Sociedade Anônima», Forense, 3a. edição, pág. 7.

conferiu ao «modo de fazer», ao «know-how», uma existência própria e capaz de transformar de tal modo os meios de produção dos bens, que só por si iguala-se, quando não chega a superar em importância, o «bem de produção» do conceito tradicional de capital. Ainda mais, não apenas no ato direto de produzir estariam as virtualidades econômicas dos bens. Igualmente nas «marcas», nos «desenhos», na técnica de oferta para a venda, seriam revelados elementos que o Direito teria de conhecer e cuja utilização haveria de disciplinar. A cada um deles corresponderiam pagamentos. Da utilização de cada um deles decorreriam relações contratuais no território dos conhecimentos e da prática jurídica.

Conceituar o «capital estrangeiro», portanto, para a finalidade de sua disciplinação, para introduzi-lo em texto de lei, para impor-lhe regras de comportamento e fazê-lo conteúdo da norma jurídica, torna-se cada vez mais difícil e mais complexo. Ora, é bem conhecida a técnica evasiva de legislar quando o conceito oferecido pela ciência de origem não se faz suficientemente simples ou claro. Define-se para «efeito da lei» e com isto corre-se o risco da circunscrição artificial, da mutilação de sentido, além de abrir campo infundável de dúvidas e de controvérsias nas interpretações mais ou menos bem fundamentadas, mais ou menos sofismadas.

Por falta de melhor, o legislador brasileiro seguiu este caminho e o nosso direito enfrenta o elevado ônus de suas conseqüências. Definiu-os no Art. 1º da Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962, e estipulou:

«Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, 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».

A crítica tem sido severa e as interpretações não raramente conduzem a sofismas bem engendrados e comprometedores dos verdadeiros interesses nacionais. Para sermos sucintos e apenas registrarmos alguns destes pontos, diremos que se explora a referência a **bens**, alegando-se que a especificação de «máquinas e equipamentos», logo a seguir, e como são «bens de produção», teria permitido embutir-se naqueles termos, outros elementos como a «tecnologia», os serviços de assistência técnica, o direito à exploração de patentes, de marcas, desenhos, e assim por diante. Do mesmo modo se pode dizer quanto à expressão «**para aplicação em atividade econômica**», que só por si não traduz **atividade produtiva**, visto como **econômicas** são igualmente as atividades de comerciar ou a de consumir.

Ficou, de qualquer modo, a dúvida entre **capital estrangeiro** e **capital de estrangeiro**. Quanto ao primeiro, teria sido dada **personalidade** que a condição do seu proprietário, logo a seguir concluída, teria desfigurado. De tudo, porém, desponta o dado fundamental de se tratar de **bem**, seja material, ou imaterial, gerado fora do país e que nele ingressa com o intuito de obter remuneração. Então, a expressão **bem** pode envolver qualquer das manifestações ou formas admitidas em direito. Quanto ao liame jurídico, o fato de ter sido gerado fora do país confere-lhe o direito de **retorno** e o de **remessa** de rendimentos ou de remuneração. Configuram-se os elementos complementares do seu tratamento, como juros, dividendos, royalties, e assim por diante. Tal afirmativa, porém, não ultrapassa o campo dos dados para interpretação, pois a palavra **bens**, na definição, deixou aberta a oportunidade deste tratamento amplo, e por certo, capaz de levar a deturpações da intenção legal.

O outro ponto a ser considerado é justamente o do proprietário deste capital assim definido residir, ser domiciliado ou ter sede no exterior. Significa que a saída desse capital está sujeita à disciplina do direito do país de origem. Dirir-se-á que não compete ao direito do país hospedeiro indagar a respeito. Porém, o assunto não pode ser tratado com tal simplicidade, pois as regras do Direito Internacional traduzem-se em proteção a estes capitais. Não se pode ignorar a existência de uma «sociedade

econômica internacional» que tem como figuras atuantes os Estados, as organizações econômicas internacionais, as organizações públicas nacionais e, hoje, com grande destaque, as «empresas multinacionais».⁵ Para atender a esta «sociedade» é que se marcha para o reconhecimento e a institucionalização de uma «ordem econômica internacional» cujos fundamentos jurídicos em aperfeiçoamento vão anulando a sua aparência de simples utopia para dar-lhe uma consistência definitiva.

Nasceu de tentativas e de buscas que vão sendo levadas a efeito após a segunda guerra mundial. Deixa de lado o sentido de uma «ordem econômica privada», de inspiração no liberalismo, até 1914. Traduz o espírito do neo-liberalismo, buscando corrigir as desordens nas relações econômicas internacionais que se verificaram entre os dois conflitos mundiais. E, deste dado parte para concepção diferente quanto às relações entre o direito e a ordem econômica internacional, consignando a presença de renovados fundamentos e de técnicas mais apropriadas. Iniciou-se com a tentativa de um sistema monetário internacional, no acordo de Bretton Woods,⁶ foram estabelecidos os seus diversos subsistemas,⁷ configurou-se um sistema comercial internacional,⁸ foram realizados acordos da mais diversa natureza entre países,⁹ sistema de financiamentos internacionais para investimentos públicos, e assim por diante.

5. FLORY, Thiebaut, CARREAU, Dominique e JUILLARD Patrick. *Droit International Économique*, 2eme. édition, LGDJ, 1980, Paris, pág. 24 e ss.

6. Daí foi que se chegou ao Fundo Monetário Internacional.

7. OCDE, CEE e zonas francas.

8. GATT.

9. Regimes particulares de acordos como os que se realizaram para produtos de base entre países produtores e países consumidores; associações de países produtores de matérias primas, como a OPEP ou a convenção de Lomé, onde se levou a efeito a tentativa de regulamentação regional de preços de produtos de base, pelo mecanismo STABEX (estabilização de receitas de exportação) entre os membros do CEE e quarenta e seis Estados da África, das Caraíbas e do Pacífico, e com o protocolo do açúcar, onde se estabeleceu o compromisso de compra e venda e o sistema de garantia de preços por um mecanismo de quasi-indexação.

Dentro deste contexto, impõe-se a determinação, tanto do campo de ação de investimentos públicos como dos investimentos privados. Mas, em ambos desponta sempre a questão da **soberania econômica** dos Estados, visto como ainda se revela muito presente a inspiração do «modelo mercantilista», renovado nas formas atuais do «neo-colonialismo», trazendo na dependência dos «balanços de pagamentos» e na «deterioração dos termos de troca» da «balança comercial», os países fornecedores de matérias primas, componentes deste Terceiro Mundo em que nos situamos. É quando se fala de uma «soberania econômica residual» em face da «soberania econômica principal», esta detida pelas nações industrializadas e dominantes e, aquela, pelos países da chamada periferia.¹⁰

Ao se pretender disciplinar o capital estrangeiro em um país de economia dependente, portanto, logo se percebe a limitação do espaço reservado ao Direito Nacional. Ainda que esqueçamos, por mero exercício acadêmico ou artifício de raciocínio, as injunções e as pressões de toda ordem sofridas na prática, quando da elaboração das leis disciplinadoras, a presença de forças dos «centros de dominação» nesses países só por si basta para comprometer o trabalho-legislativo.

Detenhamo-nos neste ponto da questão, por um momento, porque dele decorrem várias bifurcações cujas conseqüências são outros tantos aspectos do mesmo problema. Um deles é a própria questão fundamental da **soberania** que se mostrará sob diferentes formas de repercussões. Outra é a da **isonomia** no tratamento do capital estrangeiro pelo direito nacional, tanto em relação aos capitais dos diversos países como ao do próprio país hospedeiro. Ainda outro é o do âmbito de jurisdição a ser considerado nas diversas hipóteses.

Somos levados, em face destas e de outras questões, a considerar o próprio sentido da «ordem jurídica» pelo qual as trataremos. Por certo que um mesmo capital poderá submeter-se

10. A. CASTRO, Leonal Perez Neto. «Notas para el Estudio Jurídico de la Expression «Sociedad Transnacional», in «Estudios de Derecho Economico III», Universidad Autónoma de Mexico, 1979, ps. 121 e ss.

às «ordens jurídicas» do país que o oferece, e daquele que o acolhe. Além delas, também se pode submeter à «ordem jurídica internacional». Mas, se nas duas primeiras o seu tratamento segue cânones mais ou menos conservadores, nesta última as circunstâncias e as próprias regras estão recebendo transformações profundas. De uma «ordem econômica internacional», inspiradora de uma «ordem jurídica internacional» em moldes «mercantilistas» e, portanto, estruturalmente «colonialistas», acima consideradas, passou-se a conceber toda uma nova contextura dirigida no sentido da «descolonização». A partir da Segunda Guerra Mundial, por efeito mesmo da Organização das Nações Unidas, como vimos, foram inspirados os instrumentos atuantes nas relações internacionais e foram criados órgãos para cumprir esta orientação. É bem verdade que, em contrapartida, os «polos» tradicionalmente dominantes também aperfeiçoaram instrumentos com o objetivo de continuar impondo a situação anterior e os configuraram no modelo «neo-colonialista». Foram avivadas as cores de uma situação anteriormente tranquila. O capital, considerado neutro, por natureza, em termos de nacionalidade, viu-se carregado de forte contingente político, fazendo-se «nacional» ou «estrangeiro» e devendo assumir outros caminhos jurídicos na medida em que as antigas colônias se libertavam politicamente. Se as independências políticas registradas no Século XIX, de modo quase geral não tiveram a correspondente liberdade econômica e se manteve o quadro das dependências entre nações, contra o qual também se viu lutar, o modelo «neo-colonialista» procuraria roupagens que guardassem nas novas feições a mesma essência anterior. O contágio político sofrido pelo capital, porém, era portador de valores ideológicos que insistiriam no sentido de sua nacionalidade, embora não afetando as correntes comerciais entre países.

Os textos constitucionais do Liberalismo eram voltados para a nacionalidade do cidadão, e isto bastava, visto como o capital seria apenas objeto de propriedade, em última instância, da pessoa física. O desenvolvimento da empresa até as conquistas atuais, porém, passou a configurar-lhe personalidade própria, na qual o fato de possuir partes ideais do seu capital não chega

a constituir motivo essencial para o desempenho da empresa. Além disto, direitos assegurados ao cidadão, nem sempre corresponderiam ao direito de dispor do seu capital no âmbito internacional. Do mesmo modo, o capital de uma mesma empresa pode ser adquirido por cidadãos de vários países, sendo estrangeiro o proprietário e nacional a empresa, e vice-versa.

6. TRANSFORMAÇÃO DOS MODELOS TRADICIONAIS

Fatos desta natureza despertam a atenção do observador para a necessidade de ser levado ao texto constitucional o problema da «nacionalidade do capital», do mesmo modo pelo qual ali se cogita da «nacionalidade do indivíduo» que eventualmente seja o seu proprietário. Por decorrência natural deste ponto de vista, a nacionalidade da empresa também ali se deve definir. Este argumento, de aparência óbvia, é decorrente do fato de muitos outros dispositivos presentes à ordem jurídica vigente, pela via da Lei Magna, serem esquecidos pelo legislador ordinário e menosprezados por administradores e por tribunais. Em verdade, a percepção de sua presença por vezes escapa aos aplicadores menos avisados, e com isto elaboram-se interpretações que acabam por ferir valores fundamentais, como o da «soberania», e princípios não menos importantes como o da «isonomia». Nem se pode esquecer ou ignorar o desafio atual do fenômeno jurídico da «transnacionalização», que vem trazendo transtornos às duas ordens jurídicas clássicas, a nacional e a internacional. A carência de capitais em elevado número de países da sociedade internacional definida como **subdesenvolvida**, aliada à tradição de dominação das nações ricas componentes da outra parte, desfiguram muitos dos valores jurídicos anteriormente consagrados nas relações entre aquelas duas «ordens jurídicas». Transferida para a diferença de estruturas e de estágios econômicos entre ambas, temos de um lado as nações fornecedoras de matéria prima e mão-de-obra barata, e de outro as «industrializadas», detentoras de capital sob a forma de **bens**, de **recursos monetários** e de tecnologia e dominadoras dos mercados, quer dos produtos primários, quer dos produtos transformados e finais. Definem-se, a

partir destas diferenças, os «blocos» e as «zonas» de países, os «centros de dominação» e a «periferia», como outras tantas referências na prática dos fatos e no desgaste dos institutos, bem como testemunhos da transformação dos modelos anteriores. Na medida em que a figura da empresa multinacional se delinea, revela-se o problema da localização dos «centros de decisão», que exercem o «comando» das unidades falsamente nacionais em cada país, porém que constituem um «poder difuso» jamais alcançável pelos instrumentos clássicos das **sanções**, de que o direito tradicional sempre se valeu. Ora, como não podia deixar de ser, os próprios fatos conduzem à busca incessante de soluções na medida em que novos problemas surgem. E nesta linha é que assume expressão a «**Nova Ordem Econômica Internacional**», concepção que busca concretizar-se em diplomas que não poderiam ter natureza diferente da jurídica. Esta busca está inicialmente configurada na «Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados»,¹¹ diploma que se vai impondo com as conhecidas dificuldades no entrelaço da luta de interesses entre nações e na defasagem das soluções jurídicas oferecidas pelos limites dos direitos nacionais e pela tibieza dos instrumentos concebidos pelo Direito Internacional. Alí se procura definir, por exemplo, o direito de o Estado «regulamentar e exercer autoridade sobre as inversões estrangeiras dentro de sua jurisdição nacional, de acordo com suas leis e regulamentos ou prioridades nacionais».¹² Por certo, se há de alegar a precariedade de tal dispositivo em termos de imposição e comando, apesar do sentido óbvio e repetitivo do Poder do Estado dentro dos limites do seu direito nacional. Especialmente diante do fato da fluidez do «poder de decisão» das empresas, o princípio se perderia como medida sem maiores conseqüências práticas. Entretanto, é sabido que no Direito Internacional contemporâneo as resoluções das Organizações Internacionais cada vez tomam força e vão conseguindo expandir o espaço de imposição da norma jurídica por territórios

11. «Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados».

12. «Carta...», Cap. II, Art. 2, a.

nacionais diversificados.¹³ Facilmente se percebe a diferença entre este expediente e os efeitos dos tratados entre nações, da técnica tradicional, sujeitos que eram a rompimentos e às deficiências naturais às peças jurídicas elaboradas sobre princípios contratuais, quando regulando relações entre Nações.

As cogitações são dirigidas para o objetivo de se lhes garantir a sua consignação nos textos constitucionais, ou pelo menos que assumam a posição de princípios referentes ao tema nos diplomas legais correspondentes. Assim tem sido apontado para o comportamento dos capitais estrangeiros, nos países subdesenvolvidos, ou pelo menos nos «blocos» que os congreguem, pois daí decorrerão os fundamentos jurídicos dos seus «modelos econômicos» na Ordem Jurídica Interna, em termos de impedir a prática de medidas autocráticas e comprometedoras da própria soberania nacional, por um lado, e capazes de levar o fortalecimento das condições de negociação internacional, por outro.

Problemas desta magnificência geram conquistas no terreno do Direito para que se mantenham princípios de justiça na relação entre as nações e nas garantias do cidadão. O aperfeiçoamento legislativo dos países, de acordo com as suas reais possibilidades de tratamento do capital estrangeiro, ou tendo em vista os expedientes capazes de oferecer-lhe controle, deve ser procurado a partir do estabelecimento dos princípios fundamentais do «regime jurídico» a seu respeito. As condições para que se caracterize este «regime jurídico», porém, não se satisfazem com a elaboração de uma legislação casuística e destituida da organizacionalidade e da funcionalidade capazes de atender às solicitações variadas a que o próprio tema está estruturalmente adstrito, na interação dos interesses configurados nas ordens jurídico-econômicas nacional e internacional, acrescidas pela própria realidade das interinfluências transnacionais que em lugar de continuarem sendo ignoradas, precisam ser assumidas juridicamente.

13. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, «Princípios de Direito Internacional Contemporâneo», ed. Universidade de Brasília, 1981, págs. 26 e ss.

A partir deste enunciado, temos o esquema de tratamento dos capitais estrangeiros, de modo geral e, em especial, pelos países subdesenvolvidos, componentes da sociedade internacional economicamente dependente, ou periférica, porém que busca os caminhos para libertar-se da dominação político-econômico e para se afirmar no sentido completo de sua soberania. Como vimos tentando afirmar, estes princípios fundamentais devem estar claramente configurados e definidos nos textos constitucionais, em consonância com o disposto nos diplomas internacionais. A partir de então, a legislação ordinária se comportará dentro destes parâmetros e, ao mesmo tempo, conservará o sentido harmônico, não casuístico e não arbitrário pelo qual se inspira o Estado de Direito e se configura o «regime jurídico».

Dessa forma, outros caminhos são procurados pelas nações dependentes para se libertarem desta situação. E, em lugar da ilusão de concorrência entre si, procuram marchar para o acordo no sentido de se defenderem. No tocante às áreas subdesenvolvidas compostas pelos países latino-americanos, pode ser citado o Acordo de Cartagena, entre as nações do Pacto Andino, que dispõe em sua Resolução nº 24, quanto à aceitação em conjunto, pelas nações signatárias, de levarem para as suas respectivas legislações nacionais um homogêneo conceito de «investimento estrangeiro», «investidor estrangeiro», «investidor nacional», «empresa nacional», e assim por diante.

Podemos dizer que a absorção, pelas legislações nacionais, do disposto nesta Resolução, a situa na posição de **princípio ideológico** com força de presença no texto constitucional ou com valor hierárquico a ele semelhante. Mesmo não figurando explicitamente nesse texto, representa compromisso entre as Nações signatárias, que passa a ter a força de conceitos fundamentais dos seus próprios direitos. Neste sentido, Venezuela, Equador, Colômbia e Peru procuraram o caminho conjunto para evitarem os prejuízos de uma falaz concorrência de efeitos negativos para os seus interesses, na disputa suicida pela obtenção de capitais

estrangeiros.¹⁴ De certo modo ampliou-se a área de preocupações nesse sentido, como se pode verificar pelo documento preparado para a Secretaria Permanente da Conferência Permanente de Ministros da Justiça Hispano-Luso-Americanos e Filipinas sobre investimentos estrangeiros dos países dessa comunidade. Tal documento procura definir alguns pontos fundamentais que seriam recomendáveis para as legislações nacionais. Dentre outros, podem ser mencionados: as funções dos investimentos estrangeiros, como complemento da poupança nacional; aporte de tecnologia nova, elemento dinamizador das atividades produtivas e de serviços; as repercussões na estrutura social; a procedência dos investimentos estrangeiros; as questões suscetíveis de harmonização, dentre as quais se incluem a delimitação dos investimentos, o estatuto do investidor estrangeiro, o regime de conhecimentos, autorização e controle do investimento estrangeiro e os convênios fiscais para se evitar a dupla tributação.

Além destes, o documento detalha as considerações que devem ser levadas em conta no Estatuto Sobre Investimentos Estrangeiros na comunidade em questão, destacando-se os fundamentos da política e da estratégia a serem aplicadas pelos países signatários. Por outro lado, tratando dos aspectos nacionais a serem considerados sobre o investimento estrangeiro, destaca o papel a ser imposto a estes capitais nos planejamentos nacionais, bem como a definição dos setores da economia em que lhes é permitido ou em que lhes é vedado atuar, total ou parcialmente.¹⁵

Como se vê, o tratamento dos capitais estrangeiros pelos direitos nacionais dos países subdesenvolvidos busca estabelecer princípios de defesa comum. Esta posição define o despertar de uma consciência de que, se o investidor das áreas desenvol-

14. Legislação sobre o investimento estrangeiro, a partir da Resolução nº 24 do Acordo de Cartagena: Venezuela, Dec. nº 63, de 29 de abril de 1974; Colômbia, Dec. nº 2.153, de 5 de novembro de 1971; Equador, Decreto Supremo nº 1.029, de 13 de julho de 1971 e Decreto Supremo, nº 974, de 30 de junho de 1971; Peru, Decreto-lei nº 18.900, de junho de 1971 e Decreto-lei nº 18.999, de 19 de outubro de 1971.

15. Arquivos — Ministério da Justiça, Brasil, A. 35, n. 147, julho/setembro, 1978, pág. 143 e ss.

vidas dispõe de capital e tecnologia, longe de uma posição de franco e total domínio, também ele tem necessidade de aplicá-los onde possam obter proveitos, lucros. Uma vez atingidos os limites econômicos do seu próprio mercado, torna-se-lhes imperativa a procura de outros campos. Além disto, necessitam de matéria prima e de mercados para os seus produtos. Quanto às vantagens que ofereciam, pela experiência se veio a perceber que a tecnologia por eles aportada, de modo geral, já era obsoleta e quase nunca competitiva com a que para si reservava a Nação-dominante; que o problema social da criação de emprego se constituiria num instrumento ameaçador quando era usado para conseguir mais favores em troca de não provocarem o desemprego e a recessão; e que a própria industrialização, por seu intermédio provocada, constituía uma importação disfarçada dos produtos internamente obtidos a preços mais altos do que os da importação direta dos mesmos. Tudo isso, sem que se fale do tratamento dados aos reinvestimentos dos lucros gerados na economia hospedeira e que continuam sendo tratados como capitais estrangeiros ligados aos países de origem, com os direitos de remessa de lucros para os mesmos.

Estes problemas têm sido abordados pelos juristas preocupados com a disciplinação do capital estrangeiro nos países hospedeiros.

Outros dados devem ser trabalhados quanto ao Direito dos países implicados no problema. Assim, no tocante ao capital, complementando o sentido da «Ordem Econômica Internacional», recolhem-se dados referentes ao próprio «Sistema Monetário Internacional»¹⁶ constituído pelos sócios componentes do Fundo Monetário Internacional. Ao considerar as normas jurídicas que devem reger a ação desses Estados, veremos que tanto se fundamentam no Direito Internacional convencional, como no Direito

16. ROLFE, Sidney e BURTLE, James L., «O Sistema Monetário Mundial», Zahar, Rio, 1975, Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, Documentação, Lisboa, 1982; Fernando Alejandro Vázquez Pando, «Introducción al Estudio Jurídico del Sistema Monetario Internacional», in «Estudios de Derecho Economico», III, Universidad Autónoma de México, 1979.

Interno. Quanto às primeiras, aliás, além dos compromissos decorrentes do FMI, também hão de ser considerados aqueles referentes aos outros organismos. Sendo objetivo do sistema fomentar a estabilidade cambial dos países membros e organizar um sistema multilateral de pagamentos para as transações correntes, passa-se, então, ao denominado «Código da Boa Conduta Monetária», voltado para as obrigações dos Estados de adotarem um regime cambial compatível, de comunicá-lo ao FMI; de não estabelecerem restrições aos pagamentos das transações correntes sem autorização do FMI; respeitar as disposições internas dos outros Estados membros em matéria de controle de câmbios; de manterem a conversibilidade externa de sua moeda, mediante a compra de saldos do país membro solicitante; de informar ao FMI; de consultar os outros países membros e colaborar com as políticas referentes a ativos de reserva.

Estes elementos têm sérias implicações na «ordem jurídica interna» e não raramente são discutidas as medidas práticas neles baseadas, até mesmo em termos de agressão à **soberania** nacional. A propósito, em virtude da aprovação legalmente correta desse Acordo Internacional, certas decorrências para o seu cumprimento, tais como as constantes do Código de Boa Conduta, como vimos, podem importar em arranhões mais ou menos profundos à soberania, bastando para compreendê-lo, a obrigação de fornecer informações ao FMI. Não se extingue a questão apenas neste inciso. Os próprios procedimentos estabelecidos pelo Acordo do FMI,¹⁷ têm conduzido a indagações sobre excessiva competência dada às autoridades monetárias nacionais para a prática das transações com o Fundo. Por certo, a discussão teórica não se justificaria, visto o assunto se prenderia tão somente ao abuso de autoridade a ser configurado no

17. Acordo Relativo ao Fundo Monetário Internacional, Art. V, «Transações com o Fundo, Secção I», «Entidades que tratam com o Fundo»: «Os membros só tratarão com o Fundo através do Tesouro, do Banco Central, do fundo de estabilização ou de outro departamento financeiro análogo e o Fundo tratará com os mesmos departamentos ou através deles».

direito interno. Porém, na prática, sob alegação da necessidade de decisões mais rápidas do que permitam as delongas legislativas internas, tornou-se habitual o comportamento autocrático, pelo menos no caso brasileiro. Arrogando-se competência para «tratar» com o Fundo, as autoridades monetárias provocam o desgaste da aplicação da norma constitucional, buscando ampliar esta competência para as «negociações» mais amplas, sendo que estas, a rigor, extrapolam dos entendimentos burocráticos, embora estes sejam levados a efeito justamente no cumprimento de decisões que devem ser tomadas por órgãos legitimamente credenciados nos textos constitucionais. No caso brasileiro, por exemplo, envolvendo um momento histórico das dificuldades com o crédito internacional, na crise da dívida externa,¹⁸ as autoridades monetárias passaram à negociação direta e em caráter sigiloso, ou, pelo menos, sonegando permanentemente informações à opinião pública e ao próprio Poder Legislativo. O protesto partiu do Senado Federal, denunciando o fato, porém as argumentações passaram a ser construídas no sentido da legitimidade daquele comportamento. Um diploma alegado teria sido o Decreto-lei nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974.¹⁹ Tal decreto fundamenta-se no art. 55, item II da Emenda Constitucional nº 1, de 1949, que concede competência ao Presidente da República para, «em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa», expedir decretos-leis sobre «finanças públicas, inclusive normas tributárias».

18. Crise dos meses de Julho e Agosto de 1983. Protesto pelo Senado, a partir do discurso do senador Humberto Lucena, que provocou o Congresso Nacional da Ordem dos Advogados Pro-Constituinte, realizado em São Paulo, de 1 a 4 de agosto de 1983, a partir de proposta de manifestação da classe feita pelo jurista Seabra Fagundes que levantara o problema da responsabilidade dessas autoridades e da inconstitucionalidade daqueles atos.

19. Decreto nº 1.321, de 15 de fevereiro de 1974, «Autoriza o Poder Executivo a dar garantia do Tesouro Nacional a operações de créditos contidos no exterior, bem como, a contratar créditos em moeda estrangeira, nos limites que especifica, consolida inteiramente a legislação em vigor sobre a matéria e dá outras providências».

Ao que tudo indica em um entendimento corrente, trata-se de medidas referentes a finanças públicas internas. Mesmo assim, «sem aumento de despesas», o que ainda mais demonstra referir-se ao conjunto do orçamento. Para os atos internacionais, esta competência admite discussão, pois a regra maior está no art. 81, do mesmo texto constitucional que, ao declará-la, impõe-lhe a necessidade do «referendum» do Congresso Nacional. A mesma regra se reafirma no art. 44, I, definindo a «competência exclusiva» do Congresso Nacional para «resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República».

Como se pode observar, as transformações no comportamento dos capitais estrangeiros alertam o observador para as modificações nos modelos econômicos que o definem, e para os princípios das ordens jurídicas a que devem submeter-se. Estas transformações, por seu turno, tanto se definem por adoção de novos pontos de vista referentes à afirmativa da soberania dos países hospedeiros, como pelo desgaste de princípios do seu direito interno, comprometendo esta própria soberania.

Por certo, a disciplinação desses capitais no direito interno, partirá da definição clara dos princípios ideológicos adotados constitucionalmente para o seu tratamento. Porém, se este é o dado fundamental que orienta a política econômica a respeito, quando a legislação ordinária encarrega o Direito Econômico dos cuidados para a harmonização das medidas correspondentes, nem por isto alguns preceitos materiais deverão, em boa técnica, estarem ausentes do texto constitucional e esparsos nos demais diplomas legais de categoria menor.

7. INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

No cenário de trabalho do legislador, novas figuras se vão desdobrando. As próprias expressões se modificam e, em lugar de «bens estrangeiros», usa-se «investimentos internacionais», assim como se acentua a diferença entre «investimentos privados»

e «investimentos públicos».²⁰ Estes foram orientados, em sua origem, após a Segunda Guerra, como já se disse, no sentido de liquidar com o «colonialismo», constando de recursos destinados tanto à reconstrução dos países devastados no conflito, como ao incentivo dos países vítimas de uma pobreza secular. Tinham função subsidiária dos esforços desses países para vencer tais situações. Os investimentos privados, ao contrário, trazem em sua essência as idéias de risco e de lucro em sua obtenção e em sua aplicação (**apport e affectation**). Na primeira, cuida-se de sua individualização e avaliação no próprio momento em que são tomados. Caracterizam-se, então, como uma espécie de «bem», seja corpóreo ou incorpóreo, e a sua fonte é pessoa física ou jurídica de direito privado, podendo ainda ser pessoa de direito público que os ofereça em moldes privados, isto é, visando lucro e correndo riscos de perdas. Na segunda, cogita-se de sua destinação.

Percebe-se, entretanto, que ainda não se chegou ao consenso na definição do que seja **investimento**, a partir do material jurídico utilizado nas relações entre as nações. Daí as atitudes como a do legislador brasileiro, que se utilizou da definição legal para «capitais estrangeiros». Mas neste caso permanece sempre o risco de definições e conceitos diferentes adotados por legislações de diferentes países e que vão manter relações de investimentos entre si. Esta dissensão deixa de ser apenas conceitual para penetrar mais profundamente as dificuldades, quando se tem diante, um do outro, dois interesses ou posições opostas.²¹ Então, configuram-se as suas respectivas competências para legislar sobre o tema. O Estado fornecedor, apesar de deter o

20. De tal modo esta diferença se acentua que se passa a discutir se o termo «investimento» realmente atende a ambos. O investimento público «resulta da vontade soberana do poder público, tendo por objeto a satisfação de uma necessidade de interesse público» enquanto que o investimento privado resulta da «livre determinação da iniciativa privada individual e se orienta pela busca do lucro em benefício de interesses particulares». Flory Thiebaut, ob. cit., págs. 452, 772.

21. A começar pelos objetivos diferentes buscados pelos países fornecedores e pelos países recebedores de capitais.

capital a ser investido, não pode juridicamente estabelecer normas a serem obedecidas pelo Estado hospedeiro. Recorre, por isto, a expedientes de sua própria ordem jurídica interna, onde chegará ao máximo de autorizar ou impedir a saída dos capitais. Por seu turno, o Estado hospedeiro pode legislar, inclusive oferecendo atrações a esse capital, porém dele não é o possuidor e as normas que emite só terão sentido após a entrada do mesmo em seu território. Motivos econômicos e políticos se mesclam a esta altura, e o problema da ideologia passa a comandar as opções. Liberalismo, Dirigismo e todas as nuances admissíveis põem-se ao lado de interesses políticos entre blocos de ideologias opostas.²²

Nos países hospedeiros, três formas especiais podem ser detectadas, além das que se mostram mistas: a **regulamentação de estímulo** ou de **atração**, a **regulamentação de controle** e a **regulamentação de dissuasão**. A primeira corresponde aos países subdesenvolvidos na luta pela atração de capitais, geralmente baseada na concorrência entre eles pelas vantagens oferecidas. A segunda é adotada pelos países que dispõem de recursos próprios para o seu crescimento, países desenvolvidos e que permitem a saída. A terceira é a daqueles que vêm nos capitais estrangeiros uma ameaça à sua própria soberania, o que se dá especialmente com as nações que mais recentemente conquistaram sua independência e temem a influência das antigas metrópoles, ou aqueles que por diversos motivos sentem ameaçada a sua soberania pelo caminho da dominação desses capitais.²³

22. No liberalismo, os movimentos de capitais seriam livres e não evitariam as «fugas». Na proporção em que a ideologia de controle se acentua, ao contrário, pode-se chegar até mesmo às medidas extremas da proibição. Esta, porém, se exerce mais pela técnica jurídica de controle dos câmbios do que pela da regulamentação dos investimentos. Nos países que dispõem de capitais, geralmente predomina o liberalismo, o contrário acontecendo com os que dele necessitam. Mas este quadro é apenas aparente, porque são tais os instrumentos de informação e de controle disponíveis aos primeiros, que acabam por ter ação sobre os segundos e por viciar o sentido liberal que apresentam.

23. Um exemplo do primeiro é a lei norte-americana de 11 de outubro de 1976, intitulada «short Title» ou Internations Investment Survey

Do que até aqui foi dito, conclui-se, portanto, que o problema dos capitais estrangeiros envolvendo três ordens jurídicas diferentes complica ainda mais as relações a respeito.

8. DA LIQUIDAÇÃO DO DÉBITO

Outra questão de suma importância no tratamento do capital estrangeiro e relacionada com a **segurança** oferecida ao investidor e, porque não dizê-lo, também ao tomador, é a **liquidação** do débito. Mais uma vez giramos no movediço terreno das três ordens jurídicas diferentes e que se devem entrosar.²⁴ Dir-se-á que a questão se torna tranquila para dirimir os conflitos por acaso verificados, porque os remédios viriam da «ordem jurídica internacional». Esta, porém, apesar dos organismos que se tem criado na área, não oferecem soluções tão eficientes na prática, cedendo lugar à objetividade das pressões políticas e econômicas dos países dominantes, no caso os investidores, ou se defrontando com expedientes dos países tomadores, que se vão repetindo ao ponto de grangear posição de norma geral de conduta em defesa dos seus interesses, tais como as **nacionalizações de bens estrangeiros**, com grave temor dos investidores e compromisso da credibilidade desse tipo de negócios. A constituição e a liquidação do investimento são partes que se completam na transação e também no tratamento jurídico dos capitais estrangeiros. Se a primeira decorre de entendimentos e de contratações que podem levar à efetivação ou à negativa dos empréstimos ou dos investimentos, a última, entretanto, prende-se ao fato da transação já consumada. E, a despeito da existência das convenções internacionais, medidas adequadas à liquidação de débitos entre

Act of 1976, sobre enquete a respeito do investimento internacional e que deixa o país perfeitamente informado de todas as situações que lhe interessam para efeito da saída de seus capitais.

24. O Estado exportador de capitais pode regulamentar a liquidação dos investimentos de seus nacionais em território estrangeiro, mas a competência para a sua efetivação estaria dependendo da competência territorial do Estado hospedeiro. Temos diante de nós o problema da extraterritorialidade da lei.

particulares nem sempre se ajustam às regras das relações internacionais. Ainda que disposições regulamentares internas das duas partes pretendam oferecer previamente as soluções cabíveis, na realidade o assunto é mais complexo, podendo verificar-se as dificuldades existentes pelo só fato de que as disposições sobre investimento perdem o sentido, se desatreladas da política cambial dos dois países.²⁵ Sabe-se, porém, que outros processos existem, sobretudo para os investimentos diretos, e que levam a resultados de pressão sobre os países hospedeiros. Dentre eles basta citar o problema social decorrente da paralisação e das despedidas de empregados como ameaça política que compromete o equilíbrio interno, para que sejam feitas conjecturas de toda ordem. A própria situação de dificuldades do «balanço de pagamentos» acabou por encontrar o caminho do endividamento sucessivamente aumentado com empréstimos para «rolar» as dívidas e, certamente, com concessões cada vez mais drásticas.

9. NOVOS INSTITUTOS — DIREITO DE NACIONALIZAÇÃO»

Percebe-se, por outro lado, que as chamadas «organizações internacionais», em grande parte voltadas para as preocupações com a desigualdade econômica dos países e francamente preocupadas com a «descolonização», da qual a dependência econômica de capitais é, talvez, a mais importante manifestação, estão conquistando posição que pretende oferecer soluções mais justas e mais corretas do que as encontradas ou buscadas nos sistemas internacionais tradicionais. Suas «Resoluções», especialmente no

25. Cita-se como exemplo a lei egípcia nº 43, de 19 de junho de 1974, que oferecia atrativos em vários dispositivos e que relativamente à liquidação dos investimentos e ao repatriamento de seus produtos submetia-os à prévia autorização do órgão administrativo, impunha o prazo mínimo de 5 anos de permanência do investimento, para que a mesma se verificasse, não permitia que o capital repatriado ultrapassasse o montante do capital investido com aumento determinado pelo órgão administrativo, e, por fim, o repatriamento se faria em cinco parcelas iguais. Codificações posteriores versaram especialmente sobre o montante do capital a ser repatriado e a forma de recebê-lo.

que tange a este tipo de atividades e aos conflitos possíveis, vêm tomando corpo e prestígio que se aproximam das fontes do direito neste particular.²⁶

Ao mesmo tempo, também se percebe o desenvolvimento jurídico de institutos nascentes, que decorrem justamente da falta de soluções para conflitos de interesses entre estas duas posições dos Estados em face dos capitais estrangeiros. Trata-se do que se vem reconhecendo como o **direito de nacionalização**. Evolui do sentido de sua manifestação anterior, conveniente ao Estado fornecedor de capitais, para a conveniência do Estado hospedeiro.²⁷ Os autores falam-nos, a respeito, de uma «revolução» no «direito das Nacionalizações», partindo de um Direito **in statu morendi** para um Direito **in statu nascendi**. Tudo constaria de se transferir este direito, da ordem jurídica internacional para a ordem jurídica interna, e, desta forma aquele que fora instituído inicialmente pelos Estados exploradores de capitais para limitar a soberania dos Estados importadores, teria agora, o seu efeito reverso. As nacionalizações sairiam da condição de ilicitude para a de licitude. Do mesmo modo, deixariam o sentido de «justiça comutativa», com o pagamento «pronto, adequado e efetivo», para o de «justiça distributiva», com a indenização deixando de ser uma **reparação** automática e integral, para tomar o colorido de uma **contestação** e figurar como **compensação** a ser determinada de acordo com as circunstâncias próprias de cada operação. Este é, aliás, o sentido consignado na própria Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados.²⁸

26. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Princípios do Direito Internacional Contemporâneo, Ed. Universidade de Brasília, 1981, pág. 26 e ss.; pág. 187 e ss.

27. FLORY, Thiebaut, ob. cit. «...une révolution qui mènerait du Droit des nationalisations tel que l'ont voulu les États exportateurs de capital, Droit **in statu morendi** et qui se voit frappé d'une ineffectivité croissante, ao Droit des nationalisations tel que le préconisent les États importateurs de capital, Droit **in statu nascendi** parce qu'à la recherche de la reconnaissance et de l'acceptation qui lui sont refusées para un large secteur de la communauté internationale», pág. 540.

28. Especialmente o art. 2º, c, Cap. II da Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados: «Todo Estado tem o direito: c) de nacionalizar,

Sabe-se que os Estados fornecedores de capitais usam do expediente de acordos pelos quais o Estado dependente reforça as garantias e praticamente abre mão de recursos capazes de defendê-los contra os efeitos espoliativos impostos pela sua situação de dependência. Entretanto, tais medidas serão discutíveis de modo crescente, na medida em que se amadureça a consciência jurídica de uma «Nova Ordem Econômica Internacional», distanciada dos princípios e dos valores jurídicos colonialistas de inspiração mercantilista, ainda hoje predominantes.

Os elementos até aqui examinados constituem parte do acervo de temas jurídicos de presença obrigatória na análise de qualquer «regime jurídico de capitais estrangeiros». Ao cogitar da disciplinação destes capitais no Direito Brasileiro, por certo não poderemos ignorá-los. Ao mesmo tempo, faz-se necessário o estabelecimento de uma sistemática no seu trato e a definiremos a partir da «ideologia constitucionalmente adotada», passando aos elementos da política econômica fixados na legislação ordinária, como melhor convém a este tipo de abordagem jurídica em geral, e ao Direito Econômico, em particular, como campo específico deste tema.

10. OS CAPITAIS ESTRANGEIROS NAS CONSTITUIÇÕES

Uma verificação dos textos constitucionais revela a maneira pela qual o tema tem sido pouco cuidado pelo legislador constituinte. Apesar de sua importância decisiva nas próprias condições da vida econômica dos países e, no caso das nações hospedeiras do capital estrangeiro, de sua própria **soberania**, as Cartas Magnas, na maioria dos casos, são praticamente alheias ao problema.

Tomando as Constituições brasileiras, a partir de 1934 até à Emenda Constitucional de 1969, o que encontramos é tão somente um estereótipo cravado para a «Competência da União» em «manter relações com os Estados estrangeiros, celebrar tratados e convenções com os Estados estrangeiros, celebrar acordos de comércio e de navegação com os Estados estrangeiros, celebrar acordos de comércio e de navegação com os Estados estrangeiros... tendo em conta suas leis e regulamentos...».

tratados e convenções internacionais, legislar sobre determinados ramos do Direito, ignorando o Direito Econômico no mais pleno desconhecimento de que este é o que trata especificamente do assunto, legislar sobre comércio exterior, câmbio e transferência de valores para fora do país, proibir aos Estados e municípios de contraírem empréstimos no exterior sem prévia autorização do poder federal e assim por diante. Não se identifica a preocupação clara e objetiva de especificar o assunto, deixando à expressão ampla e indefinida do texto a possibilidade do enquadramento do tema.²⁹

Diferentemente das brasileiras e da grande maioria, a Constituição da Venezuela, de 9 de maio de 1973 revela atilada preocupação para o problema crucial dos capitais estrangeiros, sugerindo a medida para os demais países subdesenvolvidos, ao determinar no capítulo dos «Direitos Econômicos»:

«— Art. 107 — A lei estabelecerá as normas relativas à participação dos capitais estrangeiros no desenvolvimento econômico nacional.

«— Art. 108 — A República favorecerá a integração econômica latino-americana. E para este fim procurará coordenar recursos e esforços para fomentar o desenvolvimento econômico e aumentar o bem-estar e segurança comuns».

Não resta a menor dúvida sobre a visão realista do constituinte venezuelano quanto ao problema dos capitais estrangeiros, e da sua localização no contexto dos países subdesenvolvidos, especialmente da América Latina. A respeito, são de salientar-se as posições assumidas pelo grupo latino-americano durante os trabalhos de elaboração da Carta de Direitos e Deveres Econômicos

29. Constituição de 1934: Art. 5º, I, XIII, XIX, XIX c, i; Art. 19, V; Art. 39, itens 3, 8 — Constituição de 1937: art. 16, III, IV, VII, XVI e XXI; Art. 20, I a, d; Art. 35 — Constituição de 1946: Art. 5º, XV a, k; Art. 15, I; Art. 33; Art. 141, § 17 e § 18, Constituição de 1967: Art. 22, I e II; Art. 45, II — Emenda Constitucional de 1969: Art. 8º, I, X, XVII, b, 1; art. 21, I, II e VI; Art. 42.

dos Estados, dos quais também participou o Brasil.³⁰ De certo modo, porém, desde a Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, que se pode identificar preocupação para com o assunto (bem diferente da posição alienada dos textos constitucionais atuais, de países que sofrem os efeitos negativos das correntes dominantes do capital estrangeiro) ao determinar:

«— Art. 87 — Só poderão ser obtidos recursos por empréstimos em caso de necessidade extraordinária ou regularmente, quando forem destinar-se a fins reprodutivos. Só tendo por base uma Lei Federal poderão negociar-se tais empréstimos ou outorgar-se o aval da República».

«Destinação» e «controle» configuram-se neste texto editado logo após a Primeira Guerra Mundial, sendo desnecessário argumentar sobre as suas conseqüências, se adotadas e observadas nas Constituições dos países do tipo do Brasil.

Por outro lado, com atitudes reticentes dos textos constitucionais quanto aos fundamentos ideológicos a serem adotados na legislação ordinária, esta por certo que se torna cambiante e desordenada, contraditória e circunstancial, refletindo arbítrios e desorientações sistemáticas e sofrendo as injunções de interesses de toda espécie.

Desta forma, se tomarmos a legislação brasileira sobre capitais estrangeiros, não encontraremos um traço claro entre o seu objetivo e a ideologia constitucionalmente definida no período de cada uma das nossas Cartas Magnas. Em verdade, na fase neo-liberal que abrange todas aquelas editadas a partir de 1934 até ao presente, o laconismo e o estereótipo dos textos constitui-se no melhor dos argumentos para estas variações. Do maior ao menor arbítrio admitido na própria Constituição, como sempre admitem as Cartas Magnas brasileiras, em se tratando do tema capitais estrangeiros, ainda mais se amplia esta «brecha».

30. ESPIELL, Hector. El Grupo Latinoamericano en la Conferencia de la Unctad (Santiago de Chile, 1972, y la Carta de Echos e Deveres

Limitemo-nos, neste particular, ao exame dos tópicos nos quais a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, repetindo o estereótipo vindo desde a carta de 1934 e passando por todas as demais, situa explicitamente o tratamento a ser dado aos capitais estrangeiros. Concomitantemente, apliquemo-nos à tarefa de indicar o modo pelo qual as sugestões e os caminhos para as «brechas» acima referidas são configurados na legislação ordinária.

O Art. 168, § 1º do texto constitucional dispendo sobre jazidas minerais e quedas d'água reserva a concessão de sua pesquisa e exploração somente a brasileiros natos ou naturalizados ou a «empresas organizadas no país».

A esse respeito, o Decreto-Lei nº 277, de 28 de fevereiro de 1967, «Código de Mineração», define como «empresa de mineração» a «firma constituída ou domiciliada no País» para «realizar o aproveitamento de jazidas minerais no território nacional». Em seu Art. 1º admite como componentes destas empresas, «pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras». Por este processo tão conhecido de interligação e vinculação de interesses, habitual nos expedientes das empresas que dominam economicamente estas áreas no plano mundial, o legislador brasileiro chega até a garantir-lhes incentivos,³¹ e quando muito, impõe a condição dos capitais estrangeiros não serem majoritários, medida que se anula por admiti-los até mesmo em minoria pelo disposto no Decreto número 55.282, de 22/12/1964 e nas Instruções Complementares, que além desta possibilidade ainda asseguram garantia do Tesouro Nacional e de entidades de crédito Público da União e dos Estados, para empréstimos no exterior.

Económicos de los Estados), in «Derecho Económico Internacional», Fondo de Cultura Económica, México, 1976, pág. 411 e ss.

31. Dec. 92.934, de 02/07/1968, que regulamenta aquele Código. Decreto nº 71.248, de 13/10/1972, arts. 1 e 4, institui incentivos à indústria de mineração e à transformação de minerais carentes no País (cobre, zinco, níquel, enxofre, fósforo, potássio e soda).

Não mais eficaz é a regra definida no art. 169 da Emenda Constitucional nº 1, para o petróleo, considerando «a pesquisa e a lavra» como «monopólio da União». Deixando de lado o ponto de vista extremamente polêmico dos chamados «contratos de risco», efetuados pela PETROBRÁS com empresas internacionais, a análise do Dec. nº 65.057, de 26/08/1968, atribui ao Conselho Nacional de Pesquisa competência bastante para autorizar «exposições científicas ou quaisquer outras atividades que envolvam a exploração, levantamento, coleta, filmagens»... por instituições e pessoas físicas estrangeiras oficiais ou não. O Dec. nº 63.164, de 26/08/1968 permite pesquisas e exploração na plataforma submarina, nas águas do mar territorial e nas águas inferiores, por «pessoas físicas ou jurídicas de Direito Público ou Privado, domiciliadas com sede no exterior». Poder-se-á argumentar que a restrição constitucional para o petróleo está assegurada, porém a pesquisa tomada na área científica não exclui o sentido comercial que dela decorrerá inevitavelmente.

Para a navegação de cabotagem, privativa dos navios nacionais,³² além da exceção oferecida para o «caso de necessidade pública», o Dec. nº 55.476, de 07/01/1975, permite a prorrogação anual pelo Poder Executivo, dos navios estrangeiros em atividade. Igualmente significativo é o que se passa com as empresas jornalísticas, de televisão e radiodifusão, quando o Decreto nº 70.436, de 18/04/1972, se insurge contra o art. 174, III, § 2º, admitindo a livre atuação dos cidadãos portugueses, para não se falar que o sistema privado de sua exploração permite o controle das mensagens por parte dos anunciantes, verificando-se o emprego abusivo destes instrumentos de comunicação para divulgar vícios, elementos de contra-cultura e princípios ideológicos capazes de influir na opinião política.

Diferentemente não ocorre com a questão da aquisição de terras por capitais estrangeiros. Desde logo, pelo mesmo dispositivo acima citado, os cidadãos portugueses ficam excluídos da restrição constitucional.³³ Além disto, a Lei nº 2.579, de 12/09/

32. Emenda Constitucional nº 1, art. 173.

33. Art. 153, § 34.

1975, atribui ao Conselho de Segurança Nacional competência para conceder permissão a respeito. Divulgam as fontes de informações, sem contestação oficial, que 30% das áreas ocupadas por imóveis rurais no Estado do Pará, pertencem a estrangeiros. Estes, além da possibilidade de compras, ainda contam com os benefícios concedidos às regiões da Amazônia e do Nordeste.³⁴

11. SOCIEDADES ORGANIZADAS NO PAÍS E SOCIEDADES MULTINACIONAIS

Além de todo este emaranhado que conduz sempre ao mesmo ponto, isto é, a contradizer os dispositivos constitucionais por instrumentos legais inferiores, a análise depara-se, também, com o estereótipo das «sociedades organizadas no país» que vem estampado no texto da Lei Maior. Ora, o próprio conceito de «empresa nacional» e «empresa estrangeira» é impreciso no direito em geral e não definido, na legislação brasileira, de modo a corrigir as dúvidas da doutrina. Ao procurarmos uma «definição

34. Dentre estes benefícios podem ser lembrados os seguintes: Decreto-lei nº 756, de 1969, Lei nº 4.239, de 1963, Lei nº 5.508, de 1968, com a redução de 50% do Imposto de Renda; Lei nº 5.508, de 1978, com isenção do Imposto de Renda para os setores prioritários; Decreto-lei nº 1.158, de 1971, estabelecendo benefícios diversos à exportação; Decreto-lei nº 1.139, de 1970, com a isenção de 25% do Imposto de Renda para remessa de divisas; Lei nº 4.502, de 1964, e Decreto nº 70.162, de 1972, com isenção sobre produtos industrializados; Decreto-lei nº 1.428, de 1975, Decreto nº 77.065, de 1976, com redução de 50% a 80% do Imposto de Importação; Decreto-lei nº 37, de 1976, estabelecendo a restituição do Imposto de Importação e sua isenção para os casos de «draw-back», bem como isenção do Imposto sobre Operações Financeiras; Decreto-lei nº 1.236, de 1972, sobre isenção de Imposto de Importação para empresas estrangeiras que transfiram conjuntos industriais completos para o Brasil, desde que os produtos fabricados se destinem à exportação; Decreto-lei nº 1.248, de 1972, determinando o abatimento do lucro sujeito a Imposto de Renda por «trade companies». A maior parte desta legislação aplica-se também a outras atividades do capital estrangeiro que não somente a rural.

legal» a respeito, vamos encontrá-la em um decreto³⁵ referente a empresas de engenharia e consultoria, onde, para os fins a que se propõe, considera empresas nacionais «as pessoas jurídicas que, regularmente constituídas no país, tenham aqui sede e fôro, estejam sob controle acionário de brasileiros natos ou naturalizados, residentes no país, e tenham pelo menos metade do seu corpo técnico integrado por brasileiros natos ou naturalizados. Do mesmo modo, inclui no rol das nacionais a empresa constituída regularmente no país e aqui sediada, tendo mais da metade do seu capital votante em mãos de pessoas jurídicas nas condições anteriores. O decreto cogitado que considera «controle acionário», define-o como o «poder de exercício por pessoas que detenham mais de 50% do capital social com direito a voto».

Ora, o problema desse controle acionário é expresso em termos mais definitivos, porque se confunde com o problema do poder dentro da empresa e também na sua atuação coletiva na sociedade.³⁶

Tais empresas, de início, ainda necessitavam de autorização a nível de Ministério, para funcionarem no País. Entretanto, o Decreto nº 63.345, de 10 de abril de 1965 veio abrandar-lhes esta exigência, conferindo competência para tanto a nível dos Governadores dos Estados, prefeitos municipais e seus respectivos secretários.

Por outro lado, os próprios cuidados tradicionais da legislação perdem sentido nos dias atuais diante da figura das empresas multinacionais, que contornam facilmente as exigências legais dos países que as hospedam. Ao adotarem a tática da penetração nesses países pelo caminho do «investimento direto», negociam com o Estado-nação e conseguem modificar vários dos conceitos tradicionais aplicados aos capitais que emigram ou que imigram de um para outro país. A sua presença assume feição diversa daquela das empresas estrangeiras, pois, em lugar do capital sob as formas habituais de bens ou de moedas, fazem recair

35. Decreto nº 73.685, de 19/02/1974, art. 1º e parágrafos.

36. COMPARATO, Fábio Konder. «O Poder de Controle da Sociedade Anônima», pág. 11, ob. cit.

a grande importância de sua atuação na «tecnologia», no «know-how» de que dispõem e que conservam por todos os métodos imagináveis. Os próprios países hospedeiros acabam por oferecer-lhes vantagens de toda ordem, interessados na expansão de oportunidades de empregos para o seu povo, de exportação na corrida com as demais nações e de transferência de tecnologia, apesar da experiência vir mostrando que estes resultados somente se cumprem na medida em que a própria empresa os deseja ou permite. O direito não venceu o desafio de controlá-las.

A propósito, a doutrina ainda não conseguiu caracterizar com precisão esta empresa para efeito de direitos, exigindo-se esforço interdisciplinar pelos seus aspectos político, econômico, financeiro e administrativo para se chegar até à sua conceituação jurídica.

12. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No tocante à política econômica e aos textos que a definem ou a institucionalizam sob a forma de «regime jurídico de capitais estrangeiros» no Brasil, procuraremos, de qualquer forma, situar os mais significativos deles nos períodos correspondentes à vigência das diversas Constituições, a começar pelo próprio período de 1930 a 1934, quando se verificou a ausência de Carta Magna.

Como definição de política econômica a respeito, além do conteúdo de artigos de leis ou decretos-leis, deve-se destacar o parecer nº 236, exarado pela Comissão Mixta de Senadores e Deputados, em 1962, a respeito do Projeto de Lei da Câmara, nº 189, de 1961, e que procurava disciplinar a aplicação de capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior. Além dele, e como leis típicas de regulamentação de política econômica teremos, depois, as leis dos Planos Nacionais de Desenvolvimento, a partir de 1971. Ambos vão abordar o tema quando toda uma legislação anterior já se havia elaborado, pelo que nos parece mais conveniente a consideração sequencial dos textos legais, com o destaque para o período em que se encaixam estes documentos.

Assim, para não recuarmos excessivamente e nos perdemos em registros de valor meramente histórico, vamos considerar a fase da ideologia neo-liberal instituída com a Revolução de 1930, e aí situar o Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933. Ao declarar «nula qualquer estipulação em ouro ou em determinadas espécies de moeda, ou por qualquer outro meio» que afetasse o «curso forçado do mil réis», teve a força de definir como que a **fronteira nacional da moeda brasileira**, daí decorrendo as demais conseqüências quanto ao capital estrangeiro. Porém, já no período da Constituição de 1937 e às vésperas do término da Segunda Guerra Mundial, um tratamento de exceção e de afrouxamento a respeito seria consignado no Decreto-Lei nº 6.650, de 29 de junho de 1944, quando eram excluídas daquelas disposições as «obrigações contraídas no exterior, em moeda estrangeira, para serem executadas no Brasil». Além disto, conferia-se efeito retroativo da medida para as obrigações assumidas antes do Decreto nº 23.501, desde que não tivessem sido objeto de acordo entre as partes ou de decisão judicial transitada em julgado.

Assim, na mesma época, o Decreto-lei nº 6.882, de 20 de setembro de 1944, permitiria a realização de empréstimos no exterior levados a efeito por firmas ou sociedades brasileiras, para pagamento em libra ou dólar, independentemente de autorização governamental. Nestas transações estavam incluídos os empréstimos em obrigações ao portador, debêntures, com garantias dadas no Brasil para aqui serem cumpridos.

As vésperas da Constituição de 1946, já se pressentindo outra fase da política econômica a respeito, o Decreto-lei nº 9.602, de agosto de 1946, delegava à Superintendência da Moeda e do Crédito poderes para movimentar as percentagens estabelecidas pelo Decreto-lei nº 9.025, de 24 de fevereiro de 1946, quanto ao retorno do capital estrangeiro investido no país. Esta movimentação variava da abolição à elevação, constituindo uma delegação de poderes que transferiria para a área decisional administrativa, e em grande parte burocrática, um dos elementos fundamentais do tratamento daqueles capitais. Portarias desse órgão definiriam toda uma seqüência de medidas dentre as

quais algumas profundamente discriminatórias contra o capital nacional, tal como a que se referiu à importação a título de transferência de equipamentos estrangeiros sem cobertura cambial, ao mesmo passo em que esta era exigida para as importações nacionais.

Enquanto facilidades eram oferecidas por um lado, por outro criavam-se entraves e obstáculos. Assim, pelo Decreto número 30.363, de 3 de janeiro de 1952, referente à Reforma da Tarifa Alfandegária, embora continuasse assegurado o retorno do capital estrangeiro pelo Decreto-lei nº 9.025, era definido como portador deste direito «somente aquele que, oriundo do estrangeiro esteja investido no país e conste de registro na Carteira de Câmbio do Banco do Brasil». Igualmente se estabelecia que este retorno seria feito parceladamente, não excedendo cada parcela anual de 20% do capital, a menos que fosse aplicado em títulos da dívida pública interna ou outra renda fixa. Neste caso, o retorno poderia ser integral, a partir de dois anos da aplicação.

Além de capital, era admitida a remessa correspondente a juros, lucros e dividendos produzidos no país, porém, num limite de 8% da soma registrada. O excedente ficava sujeito à percentagem concedida ao retorno do capital e considerado como sua transferência (art. 5º §§ 1º e 2º). Estabelecia-se efeito retroativo destas medidas, a partir da revisão das autorizações da Carteira de Câmbio do Banco do Brasil, dando-se tratamento de capital aos excedentes de 8%, considerados como lucros, juros e dividendos. Além disto, considerava-se como capital nacional a parcela de capital estrangeiro correspondente a estes excedentes que tivessem sido utilizadas para remessa.

Percebe-se a mudança de tratamento que chegava até ao princípio da nacionalidade do produto do capital estrangeiro investido no país.

Logo a seguir, a Lei nº 1.807, de 7 de janeiro de 1953, ao dispor sobre operações de câmbio, introduziria tratamento discriminatório ao capital estrangeiro, e condicionaria as transferências às possibilidades do balanço de pagamentos, além de limitações percentuais diversificadas.

Assim, fixava pelo Conselho da SUMOC, taxas em decorrência da paridade declarada pelo FMI para as operações de câmbio referentes aos empréstimos, créditos ou financiamentos «de indubitável interesse para a economia nacional, obtidos no exterior e registrados na SUMOC (art. 1º, c), e para as remessas de rendimentos incluídas no mesmo caso (art. 1º, d)». Quanto às demais, ficavam sujeitas a taxas livremente convencionadas entre as partes. As transferências para o primeiro caso, porém, além de dependerem das possibilidades do balanço de pagamento, limitavam-se a 8% para juros, créditos e financiamentos e a 10% para as remessas de rendimentos.

Pelo art. 51 da Lei nº 3.244, de 14 de agosto de 1957, as transferências financeiras para o exterior passavam ao regime do mercado de taxas livres, mas permanecia a taxa fixa para os casos previstos na lei anterior (art. 51, § 1º, III).

Editava-se, então, o Decreto nº 42.820, de 16 de dezembro de 1957, que viria regulamentar as leis 1.807, 2.145 e 3.244. Este decreto sistematizaria vários setores de interesses para os capitais estrangeiros. Assim, ao cuidar do Regime Cambial (Capítulo 10) trataria do Mercado de Câmbio, das Operações no Mercado de Taxa Oficial, das Operações no Mercado de Taxas Livres, das Contas em Cruzeiro de Residentes no Exterior, das Contas em Moeda Estrangeira e dos Estabelecimentos Operadores. Dedicaria todo um Capítulo (IV) aos Empréstimos, Créditos e Financiamentos em Moeda Estrangeira, e outro (V), aos Investimentos de Capital Estrangeiro. Este último cuidava dos investimentos de capital estrangeiro sob a forma de «participação», sendo representado por «máquinas e equipamentos», que justificavam, assim, a ausência da cobertura cambial, e se incorporavam ao ativo da empresa como contrapartida na conta de capital (art. 78, a). Quanto aos «investimentos financeiros oriundos do exterior, sob a forma de moeda ou representados por quaisquer outros meios de transferência bancária, assim como seus rendimentos», passavam a ter inteira liberdade de movimentação pelo mercado de taxa livre de câmbio (art. 81). Igualmente estava

submetida ao Orçamento de Câmbio a amortização do principal e pagamento dos juros das operações financeiras em moeda estrangeira (Capítulo VI, art. 82, III).

No tocante à «royalties» e amortização do valor de patentes, a Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958 admitia a dedução de 5% da receita bruta do produto fabricado ou vendido (art. 74, §§ 1º e 2º). O assunto seria ainda regulamentado pelo Decreto número 47.373, de 7 de dezembro de 1959, com referência ao Imposto de Renda.

13. INFLUÊNCIA DO PARECER Nº 236

Neste ponto, parece-nos razoável situar o Parecer nº 236, decorrente do Projeto de lei da Câmara, de nº 189, de 1961, e a ser analisado como expressão do Poder Legislativo a respeito da política econômica sobre capitais estrangeiros no país.

Os métodos de trabalho adotados, especialmente quanto às entrevistas com elementos já comprometidos com as orientações anteriores, atingem a sua validade como documento efetivamente capaz de traduzir a opinião nacional a respeito. De qualquer forma, porém, é a referência de que se dispõe, valendo a nossa observação como uma denúncia da possibilidade do falseamento das conclusões por processos metodológicos menos reconmendáveis. Especialmente em se tratando do Poder Legislativo, os horizontes das consultas deveriam ter sido muito mais amplos e diversificados.

O referido Parecer inicia-se com o que denomina «Questão Preliminar», dizendo:

«— Nesta palpitante questão do tratamento a ser dispensado aos capitais estrangeiros, o ponto de partida, ou a indagação fundamental, como base para o exame de todos os aspectos, está em estabelecer se o Brasil deles precisa ou se, ao contrário, pode dispensar sua colaboração».

A resposta seria óbvia, dispensaria qualquer outro argumento. E, assim, após enumerar dados para confirmar a situação de

necessidade do país, definiu o tratamento jurídico a ser dado aos capitais estrangeiros da mesma maneira lacônica tão a gosto dos nossos legisladores:

«— Em conseqüência, a legislação a eles referente deve garantir-lhes situação de segurança e não ser discriminatória, de forma a atraí-los e estimulá-los, embora, como é óbvio, reprimindo abusos e defendendo sempre os altos interesses nacionais».

Ao analisar fraudes possíveis, especialmente pelo jogo cambial, afirmava que a questão situava-se mais na área do Imposto de Renda e alertava para o fato de que «qualquer lei que cuide de disciplinar investimentos estrangeiros ou remessas de lucros estipulando limitações quantitativas, longe de resolver o problema, agrava-o».

Ao cuidar do reinvestimento de lucros, deslisa para a falta de dados quanto ao que representaria em sangrias crescentes de divisas, fugindo à lógica do raciocínio a respeito. Insurgiu-se contra a fixação do **quantum** de retorno que a legislação anterior já havia adotado.

Mantido este tom liberal, vejamos como se comportou a lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, editada logo a seguir e que «disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior, e dá outras providências».

Sua contribuição em termos substantivos foi a de definir os «capitais estrangeiros», como vimos.

Logo a seguir, no art. 2º, estabelece o princípio da isonomia no tratamento dos capitais estrangeiros em relação aos nacionais, impedindo quaisquer discriminações, de acordo, portanto, com o Parecer nº 236.

Manteve o serviço de registro de capitais estrangeiros que ingressem no País e descreveu as formas de «investimento direto» e de «empréstimo», quer em moeda, quer em bens.

Também especificou as remessas pela sua natureza, como retorno de capitais ou como rendimento dos mesmos, lucros, dividendos, juros, amortizações, incluindo também os «royalties»

e assistência técnica e ampliando o sentido para qualquer outro título que implique transferência de rendimentos para fora do país.

Admitiu e cuidou dos reinvestimentos, registrando-os.

Tratou dos dispositivos cambiais, deixando a possibilidade de impor restrições à remessa de rendimentos dos capitais estrangeiros, sempre «que ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamentos». Neste caso, são impostas limitações às remessas, sendo que não há restrições «para as remessas de juros e quotas de amortização constantes de contrato de empréstimo, devidamente registrado» (art. 28, § 5º).

Estabeleceu a hipótese da exigência temporária de «encargo financeiro», em caso de necessidade de economia de divisas, recaindo sobre importações e transferências financeiras, até 50% destas.

Limitou as remessas de lucros a 10% anuais sobre os investimentos registrados (art. 31), sendo considerados «retorno» os excessos, que, por sua vez, são considerados «capital suplementar», não dando direito à remessa.

Este texto legal cuida também de créditos a serem obtidos no exterior e dá maior importância aos dispositivos fiscais. Mas, é de se destacar um dado constante do art. 54, pelo qual se recomendava a promoção de entendimentos e convênios com as relações integrantes da Associação Latino-Americana de Livre Comércio «tendente à adoção, por elas, de uma legislação uniforme, em relação ao tratamento a ser dispensado aos capitais estrangeiros.

A Lei nº 4.390, de 29 de agosto de 1964, viria alterar vários artigos da Lei nº 4.131. Mandaria que o reinvestimento de lucro fosse feito simultaneamente nas moedas nacional e do país para o qual teriam sido remetidos, com a conversão cambial à taxa real da época do reinvestimento. Aperfeiçoava-se o sentido de reinvestimento, como decorrendo de **«rendimentos auferidos por empresas estabelecidas no País** e atribuídos a residentes e domiciliados no exterior», em lugar de «quantias que poderiam ter sido legalmente remetidas para o exterior, a título de rendimentos, e que não o foram»... O art. 9º foi acrescido de pará-

grafos que detalham a questão do registro para efeito de transferência para o exterior, de certo modo procedendo-se da mesma forma com os artigos 10 e 11. O art. 43, referente a juros e dividendos atribuídos a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou com sede no exterior ficaram sujeitos a impostos suplementar de renda quando as remessas em um triênio, a partir de 1963, excedessem a 12% sobre o capital reinvestido, e de acordo com a tabela que ia de 40 a 60%, de acordo com os percentuais de lucros. Limitava a 8% a remessa anual referente a atividades produtoras de bens e serviços de consumo suntuário e o excesso ficava considerado retorno de capital, podendo ainda ser reinvestidos.

Quanto ao problema das disponibilidades cambiais, regulamentado no art. 28, ampliou a proibição da remessa de rendimentos de «capitais de risco», para «capitais», incluindo reinvestimento na mesma regra.

A Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, deu o tratamento como «royalties» a várias modalidades decorrentes de uso, fluência e exploração de direitos, para efeito de Imposto de Renda, não permitindo dedução a vários casos de residentes ou domiciliados no exterior, de acordo com exigências de registro e essencialidade da atividade.

O Decreto nº 55.762, de 17 de fevereiro de 1965, veio regulamentar a Lei nº 4.131, modificada pela Lei nº 4.390. Estipulou na definição os «capitais estrangeiros» que sejam «destinados à produção de bens ou serviços». No art. 4º estabeleceu que a moeda do registro fosse aquela realmente ingresada no País, ou a do domicílio ou da sede do credor, em caso de importação financiada.

Ficou estabelecido o conceito de «empresa subsidiária», à base da participação do capital com direito a voto e com, pelo menos, de 50% de ações pertencentes a empresa estrangeira (artigo 20, parágrafo único).

O Decreto-Lei nº 37, revogou o art. 15 da Lei 4.131, que dispunha sobre a «fraude aduaneira ou cambial que resultasse em **sub** ou **super** faturamento.

Na seqüência de complementações à Lei 4.131, a partir dos seus artigos, o Decreto nº 57.482, chegou ao extremo da especificação ao declarar de «alto interesse nacional as novas inversões a serem realizadas no ativo fixo das empresas que se dediquem à produção de alumínio no Estado de Minas Gerais». A hipótese, realmente, estava prevista naquele texto, pois o seu art. 37 condicionava a autorização por decreto do Poder Executivo, à busca de financiamentos no exterior por empresas cuja maioria de capital com direito a voto pertença a pessoas não residentes no País, e ainda pelo mesmo instrumento, considerava o fato das mesmas «estarem aplicadas a setores de atividades e regiões econômicas de alto interesse nacional».

14. A COORDENAÇÃO DA POLÍTICA ECONÔMICA

Outro aspecto não menos importante da abordagem da legislação brasileira em torno de um «regime jurídico» sobre capitais estrangeiros é o que se refere aos elementos institucionais aplicados ao seu tratamento. Não se precisa salientar o papel reservado aos organismos ou autoridades que devam arcar com tais responsabilidades, visto como se trata de levar a efeito a política econômica correspondente.

Diríamos que a Lei nº 4.592, de 31 de dezembro de 1964 parece ser a que mais se aproxima de um diploma desta natureza e que o Conselho Monetário Nacional, por ela criado, seja o órgão da administração com as missões mais semelhantes a tal finalidade. Efetivamente, o art. 2º desse diploma atribui-lhe a «finalidade de formular a política da moeda e do crédito», incluindo neste âmbito tanto o espaço nacional como o das relações internacionais, quando começa a deixar dúvidas sobre os limites constitucionais que deverá respeitar. Pelo menos é o que se pode por em discussão ao determinar que a «política do Conselho Monetário Nacional objetivará: regular o valor interno da moeda, para tanto prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários de origem interna ou externa (art. 3º, II); regular o valor externo da moeda e o equilíbrio do balanço do pagamento do País, tendo em vista a melhor utilização dos recursos em

moeda estrangeira (art. 3º, III); coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da **dívida pública, interna e externa** (art. 3º, VII).

São da competência privativa do Conselho Monetário Nacional: fixar as diretrizes da política cambial, outorgar ao Banco Central o monopólio das operações de câmbio, aplicar aos Bancos estrangeiros que funcionam no País as mesmas vedações ou restrições equivalentes, que vigorem nas praças de suas matrizes, colaborar com o Senado Federal na instrução de processos de empréstimo externo dos Estados, D. Federal, Estados e Municípios e baixar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive «swaps», fixando limites, taxas, prazos e outras condições (art. 4º, XVIII, XXX).

O Conselho Monetário Nacional é composto do Ministério da Fazenda, presidente, dos presidentes dos Bancos do Brasil e BNDE e de seis outros elementos nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, mas contando com possibilidade do comparecimento às reuniões dos ministros da Indústria e Comércio e para Assuntos de Planejamento, que substituem o presidente em sua falta. Pelas deliberações do CMN, é responsável o seu Presidente.

Vamos encontrar o tema tratado de maneira mais explícitada, na legislação mexicana, onde, pela Ley de Inversiones Extranjeras, de 1973, foi criada a Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, composta de nove secretários de Estado que «têm, de uma forma ou de outra, alguma competência para determinar o papel do investimento estrangeiro na economia». Esta comissão tem amplas faculdades de dirigir essa política econômica e lhe é facultado expedir normas gerais, quer para a conduta dos investimentos estrangeiros na economia, em seu conjunto, como em setores ou ramos de atividades específicos. Estabelece critérios para o tratamento dos investimentos em face dos impactos que criam na economia nacional e as decisões arbitrárias são evitadas pela sua composição colegiada.^{36ª}

36ª VILAR, Samuel I. Del, «El Sistema Mexicano de Regulación de la Inversion Extranjera: Elementos y Deficiencias Generales», in «Foro Internacional», El Colegio de México, 59.

Ainda com referência ao tratamento legal dos capitais estrangeiros em nossa legislação, é necessário citar a Lei nº 4.728, de 1964, que disciplina o Mercado de Capitais, destinando toda a sua Seção IV, ao «Acesso de empresas de capital estrangeiro ao sistema financeiro nacional».

Além de permitir a contenção do crédito e limitação do acesso ao sistema financeiro do país, de empresas que tenham acesso ao mercado financeiro internacional, em se tratando de período de desequilíbrio do balanço de pagamento, esta lei definiu, para efeito do que dispõe, as empresas consideradas como tendo acesso ao mercado estrangeiro, a empresa com sede no País cujo capital pertence integralmente a residentes ou domiciliados no exterior, a sociedade com sede no País controlada por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior, e considera empresa controlada por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior quando detenha direta ou indiretamente a maioria do capital com direito a voto.

A legislação sobre «capitais estrangeiros», como esperamos poder demonstrar por este esforço de «pinçar» algumas de suas peças, não tem no Brasil uma consistência e uma sistematização que a credencie perante as menores exigências de princípios jurídicos essenciais à sua própria credibilidade. Nota-se que o ponto de vista do Parecer nº 236, no sentido de não haver uma legislação sistemática sobre o assunto, tanto esposou a prática anterior, como continua sendo observado.

Quanto à própria orientação político-econômica, que pelo menos lhe daria uma certa linha de respeitabilidade para evitar as modificações improvisadas e as surpresas, quer ao investidor estrangeiro, quer, e especialmente, ao nacional, volta e meia estrangulado por medidas excessivamente liberais para com aquele e que comprometem em seu prejuízo o próprio princípio da isonomia no tratamento de ambos, a legislação mostra-se igualmente lacônica.

Realmente, nas Leis dos Planos Nacionais de Desenvolvimento, que passaram a ser editadas no País a partir de 1971, também iremos constatar esta afirmativa, quando são elas, por sua própria natureza, aquelas que mais claramente deveriam

incumbir-se de traçar os rumos da política econômica, pelo menos durante o período de sua vigência.

Na Lei nº 5.727, de 4 de novembro de 1971, Primeiro PND, vemos que no Capítulo IV, «Estratégia Econômica Externa — Concepção e Objetivos —», além de se referir ao papel das multinacionais no comércio externo de vendas, afirmava que «cumpre à sociedade brasileira valer-se, para acelerar o crescimento, das oportunidades oferecidas pelo intercâmbio internacional, assim como pela oferta de poupança externa, com o fim de suplementar, por certo período, a poupança interna». Recomendava a participação das empresas estrangeiras e suas subsidiárias para a conquista do mercado externo e para investirem sobretudo nas «áreas de tecnologia mais refinada» e de modo a contribuir para o balanço de pagamentos favorável, mediante exportações. Definindo seu campo de ação, afirma ser «contra-indicada, em particular, a ação da empresa estrangeira em campos já ocupados pela empresa nacional com adequado «know-how» e capacidade de investimento». Sua atenção para a importância da transferência de tecnologia também sugere medidas ao tratamento da mesma no quadro dos capitais estrangeiros, como temos visto.

A Lei nº 6.151, de 4 de dezembro de 1974, Segundo PND, recomenda, a respeito, a manutenção do «deficit do balanço de pagamentos em conta corrente em relação ao volume de poupança externa absorvido». Pretendeu a diversificação das fontes de financiamento, dos mercados externos e do investimento direto estrangeiro, como orientação política. Analisou a posição do Brasil no momento político e econômico de então, procurando ajustar as modificações verificadas no cenário internacional com a distensão política, a crise do petróleo e outros eventos de importância decisiva. Na «Estratégia» traçada, consignava «orientação de nacionalismo positivo, voltada para assegurar a execução da estratégia nacional de desenvolvimento, realizando o equilíbrio entre capital nacional e estrangeiro, e garantindo, na articulação com a economia internacional, a consecução das metas do País». Argumentava que a área de serviços básicos, bem como a de créditos e capital se encontravam sob controle nacional, o que

oferecia «maior flexibilidade para o tratamento do capital estrangeiro, do que muitas outras economias subdesenvolvidas». Notava a presença mais significativa de empresas estrangeiras na indústria de transformação e anunciava o fortalecimento da empresa nacional para adquirir porte competitivo com aquelas, inclusive pelo incremento às fusões e conglomerados.

Na «política de absorção de capitais estrangeiros», de empréstimos de risco, traçou as linhas de manutenção da relação entre dívida líquida e as exportações, para a preservação da credibilidade internacional do País: ofereceu o esquema de amortização da dívida de modo a evitar acúmulos e concentração de encargos a respeito; procurou limitar o deficit do balanço de pagamentos em 20% da formação bruta do capital e manutenção do controle das empresas nos setores estratégicos, definidos pelo Governo, «através de mecanismos econômicos e não de legislação restritiva».

Ainda no II PND foi sugerida a modificação da Lei de Sociedades Anônimas, daí resultando a Lei nº 6.404, que modificou as exigências sobre a estrutura do capital no controle da empresa.

O Terceiro PND foi promulgado pelo Presidente do Senado, pela Resolução nº 1, de 20 de maio de 1980. Anunciou-se como inspirado na «flexibilidade» e em referências qualitativas dos elementos da política econômica.

Denunciava a «persistência do balanço de pagamentos como restrição crítica» e «crescentes pressões sobre o nível e custo da dívida externa», para o que via o caminho da expansão das exportações.

Referindo-se ao endividamento, preconizava: subordinação da entrada de recursos externos, especialmente os empréstimos em moeda, as exigências da administração da dívida externa, e às prioridades da política econômica».

Além destes dispositivos legais os «capitais estrangeiros figuram em outros textos de mais diversa natureza, bastando como exemplo a Lei nº 4.728, sobre Mercado de Capitais, ou a Lei nº 6.404, referente às Sociedades Anônimas, afora a imensa

variedade de diplomas sobre as atividades tributárias e cambiais ou a legislação setorial que envolve as mais variadas formas de atuação.

Mais do que complexidade, portanto, o que se verifica é uma completa dispersão que não se evita nem mesmo quando alguns diplomas legais se anunciam como referidos diretamente ao assunto.

Atingido este ponto da análise do tema, pensamos ser possível destacar alguns tópicos a serem considerados como elementos naturalmente indicados na composição do «regime jurídico» capaz de atender à dinâmica dos «modelos econômicos» que se adotem, de modo a que estes não se baseiem em atos de arbítrio e de autoritarismo.

Trata-se dos temas que possam atingir a condição de «institutos» neste «regime jurídico» e que, por isto mesmo, exigem um tratamento seguro e conceituação livre de dúvidas ou de nuances.

Destacaremos, dentre eles, a **isonomia**, o **registro**, o **retorno**, a **remessa**, o **investimento**, a **conversão**, a **reciprocidade** e o **empréstimo**. Por sua vez, referindo-se aos mesmos, faz-se mister definir com clareza alguns outros tópicos como a **cessão de créditos**, a **fraude cambial**, a **transferência de tecnologia**, a **autorização de patentes e marcas**. Por seu turno, exige-se o mesmo tratamento para os **juros**, **lucros**, «royalties», e assim por diante.

Estes tópicos, porém, exigem previamente a definição de «capital estrangeiro» e «empresa estrangeira» cuja localização recomendável é o próprio texto constitucional.

15. CAPITAL ESTRANGEIRO

A definição de capital estrangeiro, na legislação brasileira, é encontrada especialmente no art. 1º da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, conforme tivemos oportunidade de transcrever, anteriormente, ao tratar de «capital» e «ordem jurídica».

Torna-se necessário, entretanto, decompor esta definição em seus elementos mais simples para identificar o modo pelo qual

seria corrigida. Em primeiro lugar, a «relação de nacionalidade» entre o capital e a pessoa física ou jurídica à qual o mesmo pertença, deixa uma dúvida inicial a ser esclarecida. Isto, porque a referência é feita a «bens», «recursos financeiros ou monetários» introduzidos no Brasil, o que significa não terem sido gerados no país. Teoricamente, portanto, os lucros aqui obtidos e reinvestidos, estes diferentemente aqui gerados, jamais poderiam adquirir a nacionalidade estrangeira.

O outro ponto refere-se à expressão «bens», seguida de «máquinas e equipamentos». Pela conceituação de capital, seria dispensável este desdobramento ou, então, o legislador quiz diferenciar «bens», daqueles outros dois elementos. A doutrina se tem mostrado rigorosamente crítica a este respeito, dizendo que não se esclareceu suficientemente se a lei referiu-se a «bens corpóreos» ou também aos «incorpóreos», achando, por vezes, que estes teriam sido excluídos da noção de capital. Para tanto, costuma-se recorrer ao artigo 5º do Decreto nº 55.762, de 1965, regulamentador da Lei nº 4.131, e que ao tratar do «registro» não se refere a «máquinas e equipamentos», mas apenas a «bens», o que subentenderia que nesta expressão estariam também as «máquinas e equipamentos». Por outro lado, fica em dúvida a maneira pela qual a «tecnologia» e os «serviços estrangeiros» sejam considerados, pois que nos termos, por exemplo, da formação das sociedades anônimas, a Lei nº 4.604, de 15 de dezembro de 1976, permite seja utilizado o dinheiro ou «quaisquer espécies de bens susceptíveis de avaliação em dinheiro». O mesmo se diz das «patentes de invenção» e das «marcas» de indústria e comércio. Como se sabe, o próprio Banco Central, admite a integralização do capital estrangeiro como «investimento» no país, a partir da remuneração obtida por força dos «contratos de licença» para a sua exploração. É bem verdade que essa forma de integralização do capital estrangeiro seria diferente da integralização deste mesmo capital a partir do valor atribuído à «patente» ou à «marca».³⁷

37. ANDRADE JÚNIOR, Atila de Souza Leão. «O Capital Estrangeiro no Sistema Jurídico Brasileiro» pág. 7.

Outro elemento a ser incluído no conceito de **bem** seriam os «direitos creditórios» remissíveis para o exterior. Considerados como «investimentos de capital» ou como «empréstimos», assumem a posição de capitais estrangeiros.

Mais importante e mais eloqüente a respeito é, entretanto, o «controle», trazido para a sua aplicação e até mesmo para as «cessões negociais», das quais seja objeto. Figuraria, assim, como um «**bem** social ou empresarial», cujo valor pertenceria à própria companhia e aos seus acionistas.³⁸

Quanto à exigência da aplicação em «atividades econômicas» já vimos as limitações que a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, procura impor, bem como o modo pelo qual a legislação ordinária oferece caminho para contorná-las.

Verifica-se, portanto, que sem uma redação clara, completa, explícita, garantida à definição legal do «capital estrangeiro», sempre restará uma válvula aberta a desentendimentos e a litígios.

16. EMPRESA NACIONAL E EMPRESA ESTRANGEIRA

O problema da nacionalidade da empresa é dos mais controvertidos na doutrina, como se sabe. Vários são os critérios pelos quais os autores procuram definí-la, sem que se tenha chegado a um consenso.³⁹ O legislador brasileiro, como vimos,

38. COMPARATO, Fábio Konder. «O poder de Controle da Sociedade Anônima» Forense, 3a. ed., págs. 86 e ss.

39. «A legislação venezuelana firma-se no Estatuto Andino de Capitais e, baseada na Decisão nº 24, considerava empresa toda unidade econômica na qual se reúnem os fatores da produção na busca de meios (utilidade). Tomando-a com predominância do sentido econômico, confere-lhe valor jurídico político ao classificá-la como nacional, mista ou estrangeira. O mesmo Estatuto adota os critérios **objetivo** e **subjetivo** na conceituação da empresa. Pelo critério **objetivo**, a sua nacionalidade depende da proporção do seu capital pertencente a proprietários nacionais ou estrangeiros. Se mais de 80% deles são nacionais, a empresa é nacional. Se a proporção é igual ou superior a 51%, porém inferior a 80%, a empresa é estrangeira. Pelo critério subjetivo, a proporção do capital da empresa pertencente a proprietários nacionais é medida pelo

ao tratar dos capitais estrangeiros, partiu da técnica da **definição para efeitos da própria lei**. Quanto à empresa preferiu conceituar a «empresa nacional».⁴⁰ Por dedução é que se chegará, a partir de tal definição, ao que tenha pretendido considerar como empresa estrangeira. Assim, o fato de provirem de fora do território nacional e serem organizadas segundo a lei da sede é sempre levado em destaque.⁴¹

Para a «nacional», ser regularmente constituída no país e ter aqui sede e foro, parece ser o elemento fundamental. Isto, porque a exigência do controle acionário de brasileiros natos ou naturalizados residentes no país cede facilmente lugar aos habituais expedientes que «furam» com facilidade tal exigência por meio de elementos que, satisfazendo tais condições, seguem orientação externa e, portanto, sujeita a identificação ou contrariedade com os objetivos que devem caracterizar uma empresa realmente nacional. No caso, a definição em apreço, do Decreto nº 73.685, de 19/02/1974, prende-se à empresa de engenharia e consultoria, com a exigência de pelo menos metade de seu corpo técnico ser integrado por brasileiros natos ou naturalizados e somente apresenta importância relativa, pois, como acontece em grande número de casos, poderão trabalhar à base de tecnologia totalmente estrangeira, o que desfigura a situação inicial.

O que importa, efetivamente, para uma clara definição do que seja «empresa estrangeira» em relação a um regime jurídico dos capitais estrangeiros, não é apenas a configuração correta do tratamento a ser dado aos «lucros» e outros «rendimentos» ou

seu domínio na direção técnica, administrativa, financeira e comercial da mesma. Um órgão competente do Estado terá a responsabilidade de classificar as empresas dentro das diferentes categorias criadas pela Decisão nº 24. Além disso, exige-se também, para ambos os critérios, o requisito jurídico, como a Constituição no país receptor, para qualificar uma empresa como nacional, mista ou estrangeira — Luiz Henriquez, «Revista de la Facultad de Derecho», nº 22, Caracas, Venezuela.

40. VALVERDE, Trajano de Miranda. «Sociedades por Ações», Forense, Vol. I, págs. 304 e 521 e ss.

41. Lei nº 4.604, conservada a definição do art. 60 do Dec-lei nº 2.627 «São nacionais as sociedades organizadas na conformidade de lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração.»

«pagamentos» por ela obtidos, para efeito de «remessa» ou de «retorno» de capitais. Importa configurar a nacionalidade quanto à vinculação de interesses estrangeiros capazes de com ela manipularem os resultados de sua atividade por meio de expedientes tão conhecidos e habituais, quando a sua nacionalidade juridicamente caracterizada como nacional será apenas formulada para possibilitar a oportunidade de fraudes «legais» aos interesses do país. Neste particular, urge aperfeiçoar-se o instrumento jurídico que se tem mostrado cada vez mais inexpressivo diante dos avanços realizados pela prática dos negócios no mundo das empresas.

De qualquer modo, o que os fatos vêm comprovando é que apenas o **local da organização**, a **sede** e o **fôro**, bem como a **nacionalidade dos detentores do capital** não são mais suficientes para caracterizar o correto sentido da nacionalidade da empresa, em função dos reais interesses do seu país. Se o instrumento jurídico foi capaz de oferecer remédios razoáveis para o problema da nacionalidade da pessoa natural, longe está de ter conquistado o mesmo em relação à pessoa jurídica.

Portanto, o texto constitucional, assim como caracteriza a nacionalidade da «pessoa natural» deve, também, defini-la para a «pessoa jurídica», pois a despeito das dificuldades doutrinárias, pelo menos se terá assegurado o tratamento claro desta figura em face dos autênticos interesses nacionais. Razão suficiente para tal argumento, entre tantas que poderiam ser enumeradas, é a que decorre do próprio texto constitucional, ao se referir às «sociedades organizadas no País». Ao surgir o caso específico do **reinvestimento**, a Lei nº 4.131 (art. 3º, § único) mandou que se registrasse o capital de pessoa jurídica com sede no Brasil, mas filiada a empresas estrangeiras ou **controladas** por maioria de ações pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas com residência ou sede no estrangeiro. Introduzido o princípio do **controle acionário**, como estamos argumentando, abriu-se horizonte mais realista para um «regime jurídico» do capital estrangeiro no que se refere à área da empresa privada e, por certo, no modo pelo qual o seu poder se projeta na política econômica nacional.

Houve, como que, uma mudança de tratamento da tradição legislativa brasileira a respeito. Abandonou-se o critério do «jus soli», adotado para a cidadania da pessoa natural e incorporado pela legislação das sociedades anônimas sob a condição de sua nacionalidade, ao que tudo deixava entender. A orientação dada no parágrafo único da Lei nº 4.131, para efeito de **investimento**, dispunha que apesar de «organizada no Brasil» e de «acordo com as leis brasileiras», tais sociedades passavam a ser tratadas como «estrangeiras», por terem o seu controle acionário, ou seja, o seu «poder de decisão» situado fora do país. A questão dos «centros de poder», ou da localização do «poder de decisão», é outra que se constitui em desafio ao jurista notadamente quanto aos capitais estrangeiros.⁴²

17. ISONOMIA

Outro tópico incluído nos dispositivos da Lei nº 4.131, é o referente à isonomia.⁴³ Por sua abrangência, deveria estar conjugado ao capital e à empresa estrangeiras, no texto constitucional, embora seja supérfluo se o consideramos com referência à cidadania dos seus proprietários.

Seguindo o espírito predominante em nossa literatura jurídica corrente, que se prende à exaltação da necessidade de atrair os capitais estrangeiros, sem maiores considerações de quaisquer que sejam os onus suportados, alguns comentadores justificam o disposto naquele texto, como fundamental a que se propicie a sua ocorrência para o nosso país.

Não resta a menor dúvida de que, ainda deixando de lado tais motivos e permanecendo no raciocínio jurídico rigoroso do respeito aos direitos desses capitais, baseando-nos na própria ideologia constitucional de reconhecimento da propriedade, a

42. FONSECA, Herculano Borges de. «Regime Jurídico do Controle Estrangeiro», Ed. Letras e Artes, Rio, págs. 70 e ss.

43. Lei nº 4.131, art. 2º... «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».

isonomia se impõe. Entretanto, como o assunto se desenvolve na área da política econômica, o mesmo princípio não pode desprezar, igualmente, a defesa dos interesses do capital nacional aplicado na mesma área daqueles, e que geralmente se vê prejudicado por discriminação em favor dos estrangeiros. Deste modo, portanto, fere-se o próprio princípio da **isonomia**, visto como se consolida desigualdade de efeitos perante o capital nacional. Não raramente o tema assume proporções mais amplas, chegando-se a transportá-lo para o âmbito da própria **soberania**, quando decisões passam a ser tomadas por nações estrangeiras, sobre o próprio tratamento a ser dado aos capitais delas originados e aplicados em nosso país.

Por tudo isto se há de reconsiderar a posição, sempre destacada pelos autores, de que o princípio constitucional da «isonomia» fica comprometido diante das restrições do próprio texto constitucional ao capital estrangeiro, quanto à sua aplicação em determinados setores, tais como os meios de comunicação, a compra de terras, a mineração, assim como os efeitos no tratamento beneficiado ao capital estrangeiro, contra os interesses do nacional.

São variados, por exemplo, os textos que dispensam cobertura cambial para a transferência de maquinaria, bens de produção e até de empresas inteiras que se disponham a vir para o país, mesmo que importem instalações obsoletas ou poluidoras, enquanto que os nacionais não gozam de tratamento igual.

Além disto, ainda que alegando «cláusulas de nação mais favorecida» na comparação com os demais países estrangeiros, encontramos diplomas como o Decreto nº 57.943, de 1966, que estabelece «Acordo de Garantia» ao investidor norte-americano no Brasil, contra riscos que no entanto o nacional enfrenta até às suas últimas conseqüências. Tanto desapropriações ou nacionalizações, como outras medidas que se traduzem por ações governamentais, podem levar a empresa nacional à falência, pelo impacto produzido sobre os seus negócios. O exemplo está nas manipulações cambiais, nos expedientes inflacionários, nos

chamados «tratamentos de choque» e nas surpresas das resoluções diretamente ligadas à sua atividade e contra as quais o nacional não encontra as mesmas garantias dadas ao investidor norte-americano em nosso país.

O mesmo se poderá dizer do tratamento diferencial em relação aos aspectos fiscais definidos na Lei nº 4.131, que ainda uma vez sob a possível alegação de «cláusula de nação mais favorecida», situa problemas como o da tecnologia importada, das remessas de «royalties» e outros, diretamente refletidos na política econômica nacional, e coloca em posição diferente o tratamento dado à República Federal da Alemanha, à Austria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Japão, Noruega, Portugal e Suécia, comprometendo indiretamente o investidor ou a empresa nacional.

São outros tantos modos de ferir, em última instância, o princípio da **isonomia**, que passam a ter uma referência nada menos do que falseada, tal como a que vem sendo registrada no texto legal e no modo amplo como é anunciada nos nossos próprios textos constitucionais.

Destacamos os tópicos do **capital estrangeiro**, da **empresa estrangeira** e da **isonomia** como de sentido fundamental para o «regime jurídico» e, portanto, devendo ser levados para o texto constitucional. Os demais a eles se ajustarão e ficarão adequadamente situados na legislação ordinária.

18. DO REGISTRO

A começar pelo **Registro**, este «regime jurídico» deve traduzir-se em normas de aplicação e efeitos ajustados ao dinamismo do quotidiano, pois dele decorrem os direitos e obrigações referentes ao capital estrangeiro no país.

Realmente, se o **Registro**, de modo geral, assume a condição de um «instituto jurídico» que tem por finalidade assegurar direitos e definir obrigações, especialmente perante terceiros de onde se afirma o sentido de «publicidade» que lhe é inerente quando tratado pela ótica do direito Econômico e com referência ao **capital estrangeiro**, outros são os elementos a serem consi-

derados. Neste caso, predomina o sentido da **política econômica** em que se vai inserir o tratamento jurídico desse capital. Por isto, os demais elementos componentes do seu próprio conceito, passam a integrar o objetivo do **registro**. Assim, figurará como condição fundamental de sua entrada no país, e, em contrapartida, da manutenção de sua nacionalidade. A decorrência imediata deste fato é o direito à obtenção de lucros na economia do país hospedeiro, à remessa desses e ao retorno do próprio capital para o país de origem.

Quanto à obtenção destas remunerações, completa-se o regime jurídico a respeito, pois segundo a política econômica adotada, haverá a concessão de índices mais ou menos elevados, tanto para a obtenção, como para a remessa, de prazos mais ou menos dilatados para o retorno, a admissão ou proibição de investimentos, e em função deste tratamento legal, os lucros assumem nacionalidade estrangeira, ou seja aquela do capital originário.

Assim, guindado a nível de **instituto jurídico** integrado à regulamentação da política econômica referente aos capitais estrangeiros, o seu tratamento não se esgota nos procedimentos a serem cumpridos para satisfazê-lo. Amplia-se para atingir até o momento decisional e político anterior à sua própria vinda para o país hospedeiro.

Cumprindo a sua função de conferir o direito de entrada e de definir obrigações do país hospedeiro para com o capital estrangeiro, o **registro** assume, ao mesmo tempo, a importância de marcar o momento concreto a partir do qual passam a vigor os dispositivos do regime jurídico do capital estrangeiro no país hospedeiro e nas próprias relações entre os países envolvidos. Em verdade, este significado fica enriquecido por marcar o instante em que se concretizam as medidas de política econômica atribuídas ao capital estrangeiro na economia nacional.

Definindo a condição jurídica de **estrangeiro**, ao capital introduzido no país, o **registro** configura o elemento fundamental sobre o qual irão girar todos os demais componentes da política econômica a respeito. Sua própria existência, mais do que as

regras a que deva ser submetido o «ato de registrar», mais do que os caminhos formais de sua efetivação, assume expressão no regime jurídico da própria política econômica.

A respeito, já tivemos o Decreto-Lei nº 9.025, de 7 de fevereiro de 1945, como regulamentação do direito de «retorno» concedido ao capital previamente **registrado** na Carteira Cambial do Banco do Brasil. Por esse diploma, cada parcela anual deste capital não podia exceder de 20% (art. 6º) e a remessa a título de juros, lucros ou dividendos não podia ultrapassar 8% do capital registrado, considerando-se **transferência** o que excedesse dessas porcentagens. Este diploma é criticado por não estabelecer a moeda ou a taxa de câmbio do registro e por não fazer diferença entre «investimento» e «empréstimo».

Na regulamentação deste diploma, a cargo do Decreto nº 30.636, de 3 de janeiro de 1952, ficava estabelecido que era considerado «nacional e sujeito ao regime deste a parcela de capital estrangeiro abatida da soma registrada por motivo da remessa de lucros, juros ou dividendos, excedente de 8% e que não fossem utilizados para remessa na forma de **transferência**» (art. 6º, V e VI).

A Lei nº 1.807, de 7 de janeiro de 1953, estabeleceu o registro dos capitais na SUMOC, porém, a Lei nº 3.244, de 14 de agosto de 1957, tornou-o desnecessário, por ter colocado a remessa de lucros, no mercado da taxa livre, juntamente com outras remessas financeiras. Apenas para efeito estatístico, o Decreto nº 42.520, de 16 de dezembro de 1957, mandava que a SUMOC organizasse os registros de capitais estrangeiros investidos no Brasil.

A Lei nº 4.131, em seu art. 3º, instituiu o registro, na SUMOC, para os capitais estrangeiros, «qualquer que seja sua forma de ingresso no país, além das operações financeiras no exterior».

A propósito do ingresso dos capitais e, obviamente, de sua remuneração e retorno, destacam-se especialmente as figuras do **investimento direto** em «bens» ou «moedas», do **empréstimo**, do **reinvestimento** e da **conversão** em **investimentos** dos **empréstimos estrangeiros**, dos «royalties», das **remunerações** oriundas

da exploração de **patentes**, de **assistência técnico-científica** e **administrativa**, de **marcas**, **propaganda**, **fornecimento** de tecnologia industrial, **cooperação técnica** industrial ou especializada, e assim por diante.

Um dos pontos críticos no tema **registro de capitais estrangeiros** é precisamente o sentido difuso das decisões sobre a política econômica a eles referente. A manifestação do Instituto Nacional da Proteção Industrial a respeito de sua admissão, nas hipóteses que lhes são atribuídas, apesar de permitir pelo menos a identificação do órgão governamental encarregado de manifestar-se, só por si não basta para assegurar as condições estruturais de um regime jurídico satisfatório. A própria competência dada ao Banco Central, sucessor da SUMOC, para a espécie, do mesmo modo deixa a desejar. Falta a identificação legal da competência decisória final e harmônica, dos termos objetivos da política econômica a respeito. A difusão dessa competência compromete a própria natureza do que seria o seu regime jurídico.

19. DO INVESTIMENTO

O **investimento** do capital estrangeiro que se ingressa no País, tanto se faz diretamente, em «moeda», como sob a forma de «bens», marcando-se esta entrada, sempre, pelo registro no Banco Central do Brasil. A lei não lhe estipula um **quantum**, deixando-o à decisão dos interessados, investidores e recipientes. Também, a se admitir o princípio da **isonomia**, não é determinado prazo para a integralização desse capital, para tanto restando apenas as disposições contratuais ou estatutárias. É fácil perceber-se as conseqüências prejudiciais para a política econômica do País, que podem decorrer de tais falhas, especialmente pela facilidade de fraudar os seus objetivos pelo amplo espaço deixado às manipulações dos interesses particulares dos contratantes, quer sob a forma de fraudes, até certo ponto apuráveis, quer sob a de manobras acobertadas legalmente.

No regime jurídico do capital estrangeiro ante uma permanente política inflacionária, como é o caso brasileiro, os remédios

legais requeridos sempre se apresentam muito precários. Esta deficiência começa pelo próprio registro que se faz na moeda do país de origem, como logicamente se recomenda, porém desde logo se pode aquilatar os efeitos decorrentes das oscilações dos termos cambiais e, portanto, da própria política cambial incidindo sobre os valores relativos das moedas em confronto, nos prazos situados entre a data da entrada e a do cumprimento do compromisso, seja este para remessa, pagamento ou retorno.

Por um caminho mais simples, este dado conduz ao elemento político-econômico da apreciação e do tratamento diferencial a ser dado ao capital estrangeiro que se aplique às atividades internas capazes de gerar divisas ou de impedir a sua evasão, diante daquele que somente circunscreva a sua aplicação a efeitos produzidos na economia interna, inserindo-se na política inflacionária, obtendo remunerações de acordo com os seus elevados índices e, depois exigindo, para remuneração e remessa, o correspondente em moeda de origem, com valor defasado junto à nacional. Além de se poder novamente alegar o princípio da «isonomia», ainda se registra nos textos legais vigentes entre nós, dispositivo como o da possibilidade da imposição de restrições às remessas de rendimentos «sempre que houver grave desequilíbrio no balanço de pagamentos» ou «sérias razões para prever a iminência de tal situação».⁴⁴ Ora, dispositivos desta natureza, embora possam ser a expressão da realidade nacional, representam comprometimento da própria política econômica e da capacidade em conduzi-la, quando não de um ordenamento que a defina corretamente. E, por outro lado, mais do que o «modelo econômico» em si, é justamente o estabelecimento de um «regime jurídico» correto o que se impõe para tais hipóteses.

Não menos importante, neste mesmo sentido, é o tratamento reclamado pelos investimentos em «bens». Voltamos ao conceito de capitais estrangeiros legalmente estabelecido, quando se refere a «bens, máquinas e equipamentos», deixando a desejar em termos de clareza e de rigor técnico.

Quando se trata de bens materiais, máquinas e equipamentos, tais dúvidas se dissipam quanto à sua identificação, porém outros pontos requerem esclarecimento. Assim, na determinação do

preço a ser considerado de acordo com a exigência legal para o **registro**, pelo fato de ser tomado em relação ao correspondente no país de origem e, em sua falta, pela contabilidade da empresa receptora ou pela avaliação, se não é dado duvidar-se da sua correção, entretanto é admissível a sua precariedade, especialmente pela presença marcante do interesse das próprias partes na sua determinação.

Na hipótese de bens imateriais, outros são os mecanismos legais. Se entre eles incluímos a licença de exploração de patentes, de uso de marcas, assistência técnica, administrativa e semelhantes, ou tecnologia a ser transferida e que consideraremos como **bens** e como objetos dos respectivos contratos de utilização, então se faz necessário, além da apreciação sobre o próprio valor a eles estipulado, para efeito de remuneração contratual, a conveniência do seu ingresso no país, que se mede em termos de política econômica, e, portanto, da regulamentação de que estamos tratando, ou seja, dos elementos de Direito Econômico no «regime jurídico» correspondente.

Por ocasião da edição da Lei nº 4.131, foi demonstrada sensibilidade para o assunto em relação aos capitais estrangeiros de modo geral, pois se recomendava fosse ouvido o hoje extinto, Conselho de Economia Nacional, para efeito de Planejamento Geral, e que o Conselho de Ministros fizesse a classificação das atividades econômicas de acordo com o interesse para a economia nacional. Daí se definiria o tratamento a ser dado ao capital estrangeiro, com isto integrando-o efetivamente, segundo pensamos, no contexto da política econômica nacional e, pelo decreto recomendado, não somente no elenco de leis, mas no «regime jurídico» tomado em sua necessária harmonia.

Temos ainda a considerar, a hipótese de **transferência de tecnologia**, que de certo modo envolve não somente estes «bens», como até mesmo certas máquinas ou equipamentos e outros «bens materiais» que a trazem «embutida» e que, numa análise mais detalhada, poderiam pleitear benefícios concedidos ao ingresso de capitais estrangeiros, ainda que por uma compreensão habitual, como tal não se enquadrassem.

Neste particular, o tratamento legal da hipótese passa por uma transferência de competência e de hierarquia opinativa que merece referência especial. Exige-se prévia averbação do contrato no Instituto Nacional da Produção Industrial para que se possa proceder ao registro no Banco Central do Brasil. Ora, o assunto passa a ser tratado pelo Ato Normativo nº 15, do INPI, pelo qual se reconhece a este Instituto, como «finalidade principal», a de «executar as normas que regulem a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica. Refere-se às diretrizes do II PND, Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico e se evoca a competência para «fixar parâmetro e critérios» de modo a compatibilizar tais contratos com a «política governamental» formulada para transferência de tecnologia industrial e com a política econômica e financeira global e setorial, do país.

Com tal expediente é que se cuida de integrar o capital estrangeiro no contexto da política econômica definida no II PND, sendo que este e os demais planos, aprovados por lei, devem figurar como os indicadores de referência mais alta no «regime jurídico» de toda a política econômica nacional.

20. EMPRÉSTIMO

Quanto aos **empréstimos**, se os tomamos para efeito de **registro**, tanto podem assumir a feição de operações creditícias diretas, entre o credor estrangeiro e o mutuário nacional, com os detalhes de valor, destinação, formas de amortização e prazos, como devem ser levados em consideração em face da política econômica de endividamento estrangeiro do país. Neste sentido é que passa ao controle pelo **registro** atualmente a cargo do Banco Central. Resoluções figuram, então, como instrumentos hierárquicos menores e, no caso, citam-se especialmente as de nº 299, para as sociedades exclusivamente financeiras, nelas incluídas também as de economia mista e as públicas; e a de nº 63, para as de natureza financeira, bancos comerciais e de desenvolvimento privado, que repassam os recursos ao capital fixo e de giro das empresas estabelecidas no País. Uma simples

«Resolução» com esta amplitude pode ser ponto decisivo de regulamentação da política econômica nacional a respeito, confundindo antigos conceitos, como o da hierarquia dos próprios diplomas legais.

O texto legal vigente teria deixado aberta a interpretação de se admitir o **empréstimo de bens**, do mesmo modo que «em moeda», e isto conduziria às diversas formas pelas quais o proprietário cede tão somente a posse do bem para o seu uso, recebendo, por isto, um pagamento. Contratos de «leasing», por exemplo, estariam incluídos nessa modalidade, além dos que se enumeraram no próprio texto, como os de exploração de patentes e outros.

Entretanto, ainda que limitados ao âmbito da moeda e do crédito, podem ser determinadas pelo menos quatro modalidades habituais de empréstimos, que seriam os verificados de governo a governo, de particulares a particulares de países diferentes, do governo a particulares de outros países, hipótese mais rara, porém, que pode ser identificada nos órgãos governamentais de fomento de exportação de produtos pelo financiamento externo e nos empréstimos de particulares a governos.

Qualquer destas modalidades acaba por incidir sobre a balança de pagamentos, como conseqüência da balança de comércio, não passando da presença atual dos dados ideológicos do modelo Mercantilista que se afirma, por fim, nos «termos de troca», ou seja, no valor dos bens exportados, em face dos bens importados. Neste particular, a abundância ou a carência de capitais passa a refletir a mesma situação, igualmente, para os bens que sejam objeto das transações. Por certo, manipulações de toda ordem são levadas a efeito para alterar os preços, de modo a levar maior vantagem para aqueles que consigam fazê-lo. E, justamente neste momento é que os países carentes de capitais, porém fornecedores de matéria prima ou ofertantes de mão de obra, teriam a oportunidade de exigir, pelo menos, igualdade real nas transações. Os «modelos colonialistas», perfeitamente definidos em suas legislações, entretanto, com o correspondente «espírito metropolitano» ou de «dominação» contido nas legislações dos países investidores ou emprestadores,

transportam para o cenário internacional os dados da política econômica capaz de consolidar tais princípios. Por seu turno, a condução da política interna dos países chamados carentes de capitais, desde os favores e as concessões feitas até os elementos mais profundos de sua possível conscientização, como o ensino nas escolas de todos os graus, os sistemas eleitorais possibilitadores de fraudes na escolha dos legisladores e dos administradores que formulam as leis e as executam, partindo do fato consumado da «dependência colonial», são dados fundamentais na compreensão do assunto. Daí as tentativas da elaboração de «legislação uniforme» entre os países em condições semelhantes de dependência, assim como a configuração de áreas nestas condições, embora as «áreas de dominação» aperfeiçoem igualmente os seus processos de manterem o «statu quo», quando não de aumentar os instrumentos dominadores. Os expedientes dos sistemas de crédito e de exportação, nas concessões do «rolamento das dívidas», em lugar de sua liquidação, a remessa continuada e sem limites dos lucros, e outras remunerações, o reinvestimento conferindo nacionalidade estrangeira aos rendimentos gerados na economia dependente, são processos que a legislação acaba por consagrar como expressão de situações lógicas ou inevitáveis.

Verifica-se, portanto, que os países emprestadores podem realizar «operações» com os países **tomadores**, sem que haja remessa de moeda, porém das quais decorrem conseqüências semelhantes às que derivam desta. Nas exportações de bens e serviços, verificada a impossibilidade do pagamento e introduzido o crédito, o processo se deflagra em termos de «dívidas externas».

Quando a circunstância envolve o devedor particular, a situação apresenta alguma peculiaridade. O débito assumido em moeda estrangeira, por este particular, deverá ser satisfeito por esta mesma moeda. Acontece, porém, que a relação cambial entre esta e a moeda nacional, não depende do devedor particular e, sim, da política econômica do governo. Se esta se faz no sentido da desvalorização da moeda nacional em relação à moeda estrangeira do débito, a situação complica-se para o devedor, pois que os seus ganhos são gerados na economia e na moeda

nacionais. Será preciso gerar mais moeda para pagar a mesma quantidade do débito assumido, chegando ao ponto de não haver mais condições para cumprir o compromisso, por exceder as possibilidades do mercado em que atua. Note-se, por outro lado, que no exemplo brasileiro, não raramente o próprio governo estimula a tomada deste tipo de empréstimo, enquanto deixa de oferecer ao tomador particular nacional as condições de segurança contra as medidas que ele próprio põe em prática. Mais uma vez, volta à baila o problema da «isonomia», pois que a favor do investidor estrangeiro, chega até mesmo a estabelecer «Acordos de Garantias» que interferem na própria soberania nacional.

Como se percebe, estamos diante de fatos que giram em torno da política levada a efeito pelo governo, em relação à política econômica do particular, sendo esta última, até mesmo estimulada pela primeira. Situações como esta, que não recebem qualquer atenção pela ótica jurídica privatista ou pela tradicional aceitação do «fait du prince», em que o Estado se faz praticamente isento de responsabilidade por atos desta natureza, recebem no Direito Econômico um tratamento inteiramente diverso. Sujeito ativo das medidas de política econômica por ele próprio traçada, não há como afastar o Estado da responsabilidade pelas conseqüências destas medidas. Esta visão do problema aprofunda-se até à responsabilidade pelas decisões da política econômica, onde figuram os órgãos decisoriais. A partir deste ponto, a atribuição das responsabilidades pessoais, já se extrapolam para as áreas de outras disciplinas jurídicas.

21. DA REMESSA DAS REMUNERAÇÕES

Dentre as formas de remuneração ao capital estrangeiro, registradas pelo legislador brasileiro, destacam-se os **juros** para o capital de **empréstimo**, os **lucros** e **dividendos** para os capitais de **risco**, os **royalties**, o pagamento de «**assistência técnica**» e outros.

A política econômica brasileira tem variado, quer no tocante às taxas de remuneração admitidas, quer no próprio montante das remessas, em função destas diferentes modalidades.

Argumenta-se, por outro lado, que as medidas nesse sentido, pouca ou nenhuma expressão apresentam, visto como o mercado internacional dos capitais é quem se encarrega de definir as taxas reais. Esta afirmativa, traduzindo os princípios ideológicos do «modelo liberal», tem sido o dado central inspirador da política econômica das relações internacionais, e, combinada com o sentido da dependência, amalgama-se com os dados do «modelo mercantilista» na configuração do «modelo neo-colonialista». Ainda nesta conjugação e interligação dos dados ideológicos é que se vai desembocar no «neo-liberalismo», a partir do qual a condução da política econômica nacional tanto se pode efetivar no sentido de manter as situações neo-colonialistas de dependência e de submissão, como de buscar o caminho da independência e da afirmativa de autonomia de decisões, definidora de sua própria soberania no que tange ao aspecto econômico e em relação ao seu conceito político.

Efetivamente, no neo-liberalismo, o Estado conduz a política econômica por decisões, atitudes e medidas objetivas, inclusive na formulação do «regime jurídico». Se este «regime jurídico» se define pela linha efetiva de uma política de autonomia econômica, o tratamento dado ao capital estrangeiro será diferente daquele voltado para a configuração da dependência. Trata-se de uma opção política, como se vê, e não do tratamento do «dado econômico» como uma fatalidade invencível. Por certo que a condição de uma opção política tem suas conseqüências peculiares. Mas, por outro lado, destacando-se tão somente o comportamento da nação carente diante das manipulações das economias dominantes, que viciam o próprio funcionamento natural do mercado, desmentindo o princípio liberal e viciando o seu próprio «modelo», temos uma primeira informação a respeito dos verdadeiros aspectos a serem conhecidos no próprio funcionamento dos «modelos» idealizados. Em verdade, o chamado «mercado internacional» teria tido o seu funcionamento alterado pela imobilização de uma das partes componentes das

transações, que são os países carentes. Falseando a «negociação», predominam das condições típicas dos **monopólios**, pela «imposição» de parte da nação mais fortemente econômica. Repete-se nas transações internacionais o mesmo vício configurado nos contratos particulares, em que a ideologia liberal foi maculada e comprometida pela realidade da desigualdade econômica entre as partes contratantes, quando o dado fundamental de sua concepção foi justamente a sua **igualdade**. Ora, se na experiência jurídica das relações de interesse privado, encontrou-se uma função **tutelar** para o Estado, no contrato respectivo, nas relações internacionais esta **tutela** cede lugar à clara **dominação** e à **dependência**, embora quase sempre mascaradas sob a forma de **ajuda**. Durante os primeiros anos decorrentes da Segunda Guerra Mundial, chegou-se a criar a teoria da **ajuda**, em termos de **solidariedade**. Entre os países situados nos dois extremos — da riqueza e da pobreza — concebeu-se a idéia do «terceiro mundo» e das «nações carentes». Mas, a constatação desta realidade não conduziu a medidas capazes de abolir o fôssco entre as duas situações. Ao contrário, aperfeiçoaram-se as medidas da **imposição**, novos elementos foram introduzidos nas relações, como a **tecnologia** tratada como **bem** exportável, gerando pagamentos ou não se falando da própria figura das «empresas multinacionais», que abrem canais até então desconhecidos no sentido dessa mesma dependência.

Chega-se, geralmente, ao ponto em que as «remessas» das remunerações **legalmente devidas** tornam-se impossíveis de serem satisfeitas, de tal modo **remessas camoufladas** já se teriam efetuado esgotando o que seriam as «reservas» para tal fim. É o que se verifica pelo faturamento a preço vil, dos produtos exportados, e a preço aumentado para os produtos importados, com a «deterioração permanente dos termos de troca» pelo fato do mercado estar **dominado** por uma das partes. Novamente o assunto extravasa os limites das transações normais, para assumir a área da política econômica, com todas as consequências que anotamos acima. Este é um dos mais apaixonantes temas jurídicos, pois que dele não conseguimos afastar o sentido de **justiça**.

22. DO RETORNO E DO REINVESTIMENTO

O retorno do capital estrangeiro ao país de origem seria o seu destino normal. Vencido o prazo do empréstimo, ou atingido o grau de obsolência do **bem**, que o «regime jurídico» deveria estipular como obrigatórios para quaisquer transações, não se justificaria a continuidade dos pagamentos da modalidade inicial. A política econômica de endividamento crescente e permanente, entretanto, facilitada pelos caminhos ideológicos do «modelo liberal», combinados, inspira os expedientes, no país dependente, de afastar ou «rolar» o resgate dos compromissos. A falta de uma consciência político-econômica de responsabilidade pelas decisões e de transferência a governos sucessores e às próprias gerações vindouras dos efeitos desses adiamentos, acaba por consolidar o «modelo» que assim procede, como portador de uma orientação ideológica «neo-colonialista». Nem mesmo a introdução do **planejamento econômico**, como uma condição precípua de definição da política econômica, logrou atingir a melhores resultados nos países dependentes. Ao contrário, como se vê dos três PND Brasileiros, procurou-se criar normas de adoção dessa dependência, aproveitando-se os dados do «modelo liberal», certamente deturpados pela conveniência «neo-colonial».

Estamos diante de instrumentos jurídicos, portanto, que se mostram neutros diante das opções políticas, como é da sua própria natureza, porém que constituem, ao mesmo tempo, o único meio de atingir objetivos realmente justos no sentido do bem comum e dos interesses nacionais autênticos. E, precisamente por esta razão é que, no raciocínio jurídico mais legítimo, se há de responsabilizar pela prática e pela autoria da decisão.

O capital entrado no país, se retorna à origem, ao fim de determinado prazo, a economia nacional terá gerado rendimentos que pagaram o seu uso, tão somente, visto como o «principal», por ela não foi produzido. Sua permanência como «capital estrangeiro», portanto, ou tem um limite de tempo, ou acaba por constituir-se em instrumento de sucção permanente, que impede a economia nacional de se capitalizar. Este há de ser um dado a ser ponderado na elaboração do regime jurídico correspondente ao «modelo econômico» adotado para o capital estrangeiro.

Por seu turno, o lucro produzido na economia nacional pode estar dentro dos limites impostos pela «ordem jurídica nacional» e que regulamentaram aquela vinda. Podem ter excedido, também, determinada taxa, sobretudo em virtude da política econômica inflacionária. Temos, então, o sentido do **reinvestimento**,⁴⁵ preso legalmente entre nós aos rendimentos que poderiam ter sido remetidos para o exterior, e que não o foram.

Embora sujeitos a novo **registro**, que os dá como **entradas**, e mesmo argumentando que seria despiciendo obrigar estes montantes a voltarem à origem para depois retornarem, um dado é escamoteado nesta facilitação procedimental. Em verdade, o **reinvestimento**, funcionando como **novo investimento**, gera obrigações de **remessa** pela sua remuneração. Não passando pelo expediente da captação externa, certamente lhe parece mais vantajoso e lucrativo permanecer, porque as condições de nossa economia mostram-se sedutoras. Entretanto, pela própria desnecessidade daquela captação, a administração nacional encontra, nesse caminho, o sentido de uma aceitação ampla, confundida com a idéia de crescimento da própria economia nacional, mesmo que aumentando as dependências. Aumenta-se o compromisso, compromete-se a possibilidade de sua satisfação e, portanto, reduz-se o espaço das opções políticas em termos de utilização do capital estrangeiro. É bem verdade que este reinvestimento se pode efetivar «na própria empresa de que procedem ou outro setor da economia nacional», porém de modo geral, as facilidades criadas traduzem apenas o adiamento do compromisso da remessa do pagamento, mais do que as condições de um plano de novas alocações em áreas a serem desenvolvidas e capazes de, ao fim do período, responderem com as possibilidades do retorno.

45. Lei nº 4.131, art. 7º «Considera-se reinvestimento, para os efeitos do registro, as quantias que poderiam ter sido legalmente remetidas para o exterior a título de rendimentos, e não o foram, sendo aplicadas na própria empresa de que procedem ou em outro setor da economia nacional».

Justamente neste ponto é que as opções político-econômicas devem ser definidas nos textos fundamentais do «modelo jurídico», para que as medidas de política econômica não fiquem ao sabor do arbítrio das autoridades executivas, configurando legitimidade de um autoritarismo na condução dessa política econômica e o justificando legalmente.

23. ÓRGÃOS DECISIONAIS DA POLÍTICA DE CAPITAIS ESTRANGEIROS

Como se vê, um dos pontos referenciais mais importantes de toda esta temática remete-nos à responsabilidade pelas medidas tomadas e às funções dos órgãos correspondentes.

Análise de elementos mais técnicos poderão auxiliar-nos na abordagem do assunto.

Assim, considerada na categoria das «leis-quadro», a de nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que «dispõe sobre a política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias», atribui ao Conselho Monetário Nacional as competências que o situam como o principal «centro decisional» da política de capitais estrangeiros em nosso ordenamento jurídico vigente. Nota-se que na parte propriamente executiva é ao Banco Central que esta lei confere a incumbência de «efetuar o controle dos capitais estrangeiros», assim como «entender-se em nome do Governo Brasileiro, com as instituições financeiras estrangeiras e internacionais», promover como agente do Governo Federal, a colocação de empréstimos externos e atuar no mercado cambial, bem como no balanço de pagamentos, chegando a realizar operações de crédito no exterior com a finalidade de regular o mercado cambial, a estabilidade das taxas de câmbio e o equilíbrio do próprio balanço de pagamentos.

Essa lei deixa dúvidas, entretanto, com referência à extensão da delegação que possa ser atribuída aos órgãos acima citados. E tal dúvida ainda mais se acentua, quando encontramos diplomas como o **Decreto-Lei** nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974, que autoriza o Poder Executivo a dar garantia do Tesouro Nacional a operações de créditos obtidos no exterior, bem como a contratar

créditos em moeda estrangeira, pretendendo consolidar «inteiramente a legislação em vigor sobre a matéria». O referido Decreto-Lei refere-se a determinados programas a serem financiados e, para tanto, o Tesouro Nacional ficava autorizado a «contratar diretamente» os empréstimos necessários (art. 1º), sendo os avais prestados diretamente pelo Ministro da Fazenda (art. 2º), exigindo-se para qualquer negociação o «prévio e expresse pronunciamento do Ministro do Planejamento e Coordenação Geral, sobre o grau de prioridade do projeto ou programa específico dentro dos planos e programas nacionais de investimento, bem como sobre a existência dos correspondentes recursos orçamentários» (art. 3º).

Discute-se até que ponto estes dispositivos comprometem o sentido decisional definido na Lei nº 4.595, como atribuição do Conselho Monetário Nacional.

Além disto, resta a questão destes mesmos dispositivos diante de preceitos contidos no texto de Emenda Constitucional de 1969. Efetivamente, este diploma superior estabelece como de **competência exclusiva** do Congresso Nacional a **Solução definitiva** sobre **tratados, convenções e atos internacionais** celebrados pelo Presidente da República.⁴⁶

Por certo, se há que distinguir entre «estabelecer negociações» e **resolver em definitivo**. Do mesmo modo, não se confundirá o ato de prestar aval ou de oferecer bens em garantia por parte do Tesouro Nacional, com a decisão da própria transação, que se consubstanciará em **ato**, quando não em tratado ou convenção e que estaria restrito à competência do Congresso Nacional.

Não diríamos que se trate de mais uma lacuna no que deveria constituir um regime jurídico e que deixa a descoberto a possibilidade das negociações avançarem até final para, então, serem aprovadas ou desaprovadas pelo Congresso Nacional, pois que este seria o normal entendimento dos textos quando postos em

46. Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 44 — «É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I — resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo presidente da República».

confronto. O que se verifica de mais grave em tal interpretação é que estas negociações, por sua vez, chegam a se aprofundar de tal modo que entra em discussão a própria soberania nacional, como nos repetidos casos da interferência do Fundo Monetário Nacional nas decisões internas dos países membros.

Talvez neste caso específico, porém cada vez mais genérico pela participação dos países com problemas comuns de dívidas externas, ainda se tenha a argumentar que a condição de signatário do Acordo de Bretton Woods, com a aprovação pelos respectivos Congressos, imponha aos países a aceitação das decisões deste órgão, acima das decisões do Congresso ou da necessidade de manifestação deste, porque a mesma já teria sido dada quando da oportunidade de aprovação do Acordo. Mas, em tal hipótese, apenas se remete a questão da soberania para a oportunidade desta aprovação, visto como teria admitido cláusulas por si mesmo comprometedoras da própria soberania, visto como, tornando-a negociável, com isto estariam feridos os princípios fundamentais de existência e dignidade do próprio Estado.

24. MODELO JURÍDICO E MODELO ECONÔMICO

Os elementos acima expostos demonstram, de início, a impossibilidade até mesmo de sua sistematização para o trabalho de análise segura. A ausência de sentido orgânico dos dispositivos, pela sua fundamentalidade e abrangência, partindo da natureza ideológica que leva a inclui-los no texto constitucional, para chegar até aos órgãos de decisão e ao nível das «Resoluções», passando pelos Decretos, Leis e outros intermediários, ainda mais tumultua esse emaranhado, pela imprecisão dos conceitos e pelas contradições a que estão submetidos.

O tratamento correto destes elementos, entretanto, será o passo definitivo e intransferível para a construção do «regime jurídico do capital estrangeiro» no país, como de resto para o «regime jurídico» de qualquer tema no direito positivo.

Quanto ao «modelo econômico», situado na área da política econômica, pode ser concebido em sua dinâmica e à base de modificações de toda ordem. Enquanto «modelo», porém, por mais que se modifiquem os objetivos visados, não pode deixar de apresentar a mesma estrutura harmônica e sistemática que coincide com a do «modelo jurídico» correspondente, este devendo exprimir-se pelo «regime jurídico» que o institucionalizará.

Por fim, espera-se ter sido comprovada a inexistência do que se possa chamar com propriedade e acerto, de um «regime jurídico dos capitais estrangeiros no Brasil». Ainda que se pretenda assim apelidar a existente legislação dedicada ao assunto, suas contradições, lacunas e impropriedades configurariam «regime» tão precário e ineficiente que a exigência de aperfeiçoamento poderia ser justamente tomada como a necessidade de construí-lo.

Situado o problema dos «capitais estrangeiros» sob a ótica jurídica, logo destaca-se o seu aspecto político-econômico e, a partir deste, configuram-se elementos a nível de institutos jurídicos que assumem expressão com referência aos interesses nacionais, de uma parte, e aos dos detentores desses capitais, sejam indivíduos ou nações, de outro lado.

Para o tratamento do assunto não se evitará a identificação das «ideologias» inspiradoras das teorias econômicas e traduzidas nos seus respectivos «modelos», bem como os princípios ideológicos cravados nos textos constitucionais, praticamente nunca coincidentes com aqueles «tipos ideais», porém compostos de elementos retirados de diversos deles.

Os dados teóricos de natureza política e jurídica são reunidos àqueles, mesmo porque os «modelos ideológicos» sempre permitem tradução em expressões tanto políticas, como econômicas e jurídicas.

Não se pode tecer considerações sobre «capitais» sem o posicionamento inicial do direito de propriedade sobre os mesmos, o que oferece a opção pelo dado ideológico, capitalista ou não.

Submetido este dado ao posicionamento político-jurídico referente à nação, teremos efetivado mais um passo para o seu tratamento jurídico.

A determinação de um «modelo puro» capitalista ou socialista em termos de **capitais**, já não tenderá, nesta bifurcação, ao verdadeiro sentido da nova questão proposta. Em qualquer modelo, tomada a ideologia pelo prisma da **nação**, os capitais passam a ser **nacionais** ou estrangeiros.

Politicamente, entretanto, o comportamento desses capitais conduzirá à configuração de «modelos» diferentes. Recorrendo aos «modelos econômicos» do capitalismo, identificaremos, de início, os «tipos ideais puros» **mercantilista**, **liberal**, e **nacionalista**. Analisando-os em suas conseqüências políticas e em sua tradução jurídica, perceberemos as suas semelhanças e diferenças. No modelo **mercantilista**, as relações comerciais entre nações projetam-se na «balança de Comércio» e na «Balança de Pagamentos». Configuram-se as áreas de comércio **intra** e **extra-império**. Na primeira, as relações da metrópole com as colônias se fazem pelo «pacto-colonial». O capital manifesta-se com as mesmas características que consideramos nacionais, porque gira dentro do «espaço» de uma mesma soberania. O «pacto colonial», porém, será instrumento jurídico da maior importância para a compreensão de «modelos» posteriores.

No **liberalismo**, as relações econômicas são concebidas em termos «universais», a partir do **livre-cambismo**. Deixa de ter maior sentido a «**nacionalidade**» do capital. A «**divisão internacional do trabalho**», oferecida pelo pensamento de Smith, figura como núcleo do «modelo» correspondente.

No **nacionalismo**, especialmente no «modelo» de Litz, o sentido nacional baseado no «protecionismo», assume a primazia e se confunde com os fundamentos da própria soberania.

De certo modo, os elementos até aqui tratados encontram-se registrados nos diversos «modelos políticos» postos em prática e, portanto, nas suas respectivas «ordens jurídicas». O mesmo vai acontecer com os «modelos» modificados e vigentes nos

diversos países, sendo que a sua observação mais detida permite-nos defrontarmos com os elementos ideológicos originários, adaptados às circunstâncias históricas em que são adotados. Dentre os «modelos» adaptados e identificáveis na prática estão os **nacionalistas-protetionistas**, os **neo-liberais** e os **neo-colonialistas**, estes compostos com os elementos do Mercantilismo, no relacionamento metrópole-colônia.

Por sua vez, quadros político-econômicos modificados também se nos apresentam. O principal dentre eles, para o estudo dos «capitais estrangeiros», sobretudo na realidade brasileira, é o dos «modelos do subdesenvolvimento». As economias correspondentes caracterizam-se especialmente pela carência de capitais, sob qualquer das formas que os consideremos. A própria concepção reinante é a da **transmutação**, do estágio subdesenvolvido ao desenvolvido, ou seja, a sua passagem da condição de carentes à de suficientes de capitais. Trata-se de um «modelo de transformação», o que oferece sérias dificuldades à elaboração do modelo jurídico adequado.

A decisão político-econômico fundamental destes «modelos», portanto, está em optarem, ou pela auto-sustentação, ou ao contrário, pelo recurso aos capitais estrangeiros, com os quais acelerariam o processo desenvolvimentista. Estaríamos ante as hipóteses do desenvolvimento auto-sustentado ou a do desenvolvimento financiado do exterior. Certamente não ficam excluídas as figuras intermediárias que, por sua vez, ocupam posição de igual relevo no estudo do problema.

Um dado decorre, portanto, da realidade, no tratamento dos capitais estrangeiros e justamente se trata do modo pelo qual o fundamento ideológico adotado constitucionalmente irá definir a política econômica e, portanto, configurar os institutos jurídicos que dele se ocuparão. Estes institutos são os instrumentos das medidas concretizadoras da política econômica a ser praticada. Por isto mesmo, devem ser tratados pela ótica ideológica fundamental da ordem jurídica vigente.

A importância dos dispositivos constitucionais referentes aos institutos jurídicos encarregados de fundamentar a política econômica dos capitais estrangeiros no país, requer tratamento mais cuidadoso do que o habitualmente oferecido pelo constituinte brasileiro e dos países subdesenvolvidos, de modo geral. Este próprio laconismo configura a adoção de princípios ideológicos que se refletem na política econômica e, portanto, em toda a legislação a respeito. Como se vê, o tema exige uma opção ideológica inicial, definida na própria constituição. Aí situam-se os dados configuradores do tratamento dos institutos envolvidos na temática proposta. O fundamental, porém, é retirar da realidade social, pelo «modelo jurídico», o contingente de arbítrio que o simples «modelo econômico» possibilita e inspira.