

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA - UNESP
“Júlio de Mesquita Filho”
Faculdade de História, Direito e Serviço Social

ATAÍDE MARCELINO JÚNIOR

**O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL E O
DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL**

FRANCA – SP
2006

ATAÍDE MARCELINO JÚNIOR

**O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL E O
DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de
História, Direito e Serviço Social da UNESP –
Campus de Franca, para obtenção do título de
Mestre em Direito. Área de concentração:
Direito Organizacional Público e Privado.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo José dos Santos.

**FRANCA – SP
2006**

Marcelino Júnior, Ataíde

O investimento estrangeiro no Brasil e o direito tributário internacional / Ataíde Marcelino Júnior. –Franca: UNESP, 2006

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História, Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Direito tributário internacional – Brasil. 2. Investimentos estrangeiros – Brasil.

CDD – 341.39103

ATAÍDE MARCELINO JÚNIOR

O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL E O DIREITO
TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da UNESP – Campus de Franca, para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Organizacional Público e Privado.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo José dos Santos.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alfredo José dos Santos (UNESP):

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

Resultado Final:

Franca, _____ de _____ de 2006.

*À minha esposa Ludi, dedico com amor. À Camila e Isabela, frutos desse amor.
Aos meus pais, Ataíde e Irani, pelo incentivo ao conhecimento.
Às minhas irmãs, Andréia, Daniela e Gerusa (in memoriam).*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Alfredo José dos Santos, agradeço pela confiança, cumplicidade e incondicional apoio diante dos intrincados temas internacionais. Orientador e amigo de sempre, registro minha sincera admiração e respeito.

Ao Professor Doutor Geraldo José Guimarães da Silva, pela experiência no trato com o tema, que resultou com a imprescindível contribuição nas sugestões levadas no exame geral de qualificação.

Ao Professor de Direito Tributário na tradicional Faculdade de Direito de Franca, da qual nunca esquecerei, Doutor Euclides Celso Berardo, pelo incentivo a superar as dificuldades no ensino.

À minha esposa Ludimila e filhas, Camila e Isabela, agradeço por compreenderem minha ausência nas angustiadas horas de reflexão.

A toda equipe do escritório de advocacia Ataíde Marcelino Advogados, Dr. Ataíde Marcelino, Dra. Ana Cristina Ghedini Carvalho e Dra. Denise Coimbra Cintra, pela compreensão e incentivo durante todo esse período.

Ao amigo e admirável profissional Dr. José Etuley Barbosa Gonçalves, pelo apoio lingüístico e revisões de texto.

Ao amigo Dr. Dimas Yamada Scardoelli, a quem devo o despertar interesse pelo Curso de Mestrado na UNESP.

Aos funcionários da Seção de Pós-Graduação, especialmente a Máisa Helena de Araújo, igualmente da Biblioteca da FHDSS, por estarem sempre apostos a colaborar.

RESUMO

Nas relações internacionais, o Investimento Externo Direto e o Direito Tributário Internacional estabelecem entre si um vínculo de complementaridade na análise conjunta das normas que disciplinam as transações internacionais. O tratamento jurídico de um determinado fato sempre nos remete a um outro conseqüente fato a ser avaliado a partir de seu específico tratamento. Assim se dá com relação aos investimentos, os quais sujeitam o tratamento dos rendimentos oriundos do capital estrangeiro na ótica do Direito Tributário Internacional. Partindo-se da qualificação econômica do investimento externo direto, identificando suas modalidades, bem como análise do tratamento jurídico do capital estrangeiro, chega-se o momento da avaliação jurídica dos fatos dotados de elementos de estraneidade, o que se dá diante incursão analítica das normas tributárias convencionais e internas, em observância aos princípios estabelecidos pelo Direito Tributário Internacional. A flexibilidade das normas interna que disciplinam o investimento estrangeiro está nos domínios da política fiscal externa, que deve proporcionar sua entrada na modalidade de investimento externo direto. Porém, deve-se evitar que uma dupla ou múltipla tributação dos lucros produzidos no território nacional inviabilize o aporte inicial. Deve-se também procurar incentivar a permanência desses lucros no território nacional, entretanto de forma positiva, evitando a tributação na fonte nas remessas de lucros. Por fim, a eliminação da dupla ou múltipla tributação primeiramente se dá na conclusão de convenções, eliminando ou atenuando a tributação da renda proporcionada, e também com a adoção de medidas unilaterais de combate a dupla tributação ou de incentivo ou estímulo fiscal da internacionalização da produção via investimento externo direto.

Palavras-chave: capital estrangeiro; investimento externo direto; direito tributário internacional; dupla tributação internacional.

SOMMARIO

Nei rapporti internazionali, l'investimento esterno diretto e il diritto tributario internazionale stabiliscono fra se un legame di complementarità nell'analisi unita delle norme che disciplinano le transazioni internazionali. Il trattamento legale di uno ha determinato il fatto sempre in li trasmette altro ad un fatto conseguente da valutare in base al relativo trattamento specifico. Così è dato riguardo agli investimenti, che sottopongono il trattamento dei redditi derivanti del capitale straniero nell'ottica del diritto tributario internazionale. Rompendosi della qualificazione economica dell'investimento esterno diretto, identificante le relative modalità, come pure l'analisi del trattamento legale del capitale straniero, il momento della valutazione legale dei fatti dotati d'elementi di estraneità, che cosa avanti dà ad incursione analitica delle norme convenzionali e delle tasse interne, nel rispetto è arrivato ai principi stabiliti per lo diritto tributario internazionale. La flessibilità delle norme interne che disciplinano l'investimento straniero è nei domínios della politica fiscale esterna, quello deve dirigere fornisce la relativa entrata nella modalità dell'investimento esterno. Tuttavia, deve essere evitato che un accoppiamento o una tassa multipla dei profitti abbia prodotto nelle marche domestiche del territorio impraticabili arrivi in orificio esso iniziale. Deve anche essere cercato per stimolare il permanere di questi profitti nel territorio domestico, comunque della forma positiva, impedendo la ritenuta alla fonte nelle rimesse dei profitti. Per concludere, l'eliminazione dell'accoppiamento o la tassa multipla in primo luogo è data nella conclusione delle convenzioni, eliminante o attenuante la tassa del reddito proporzionale ed anche con l'approvazione delle misure unilaterali del combattimento la doppia tassa o il motivo o l'incentivo fiscale dell'internazionalizzazione del diretto esterno di investimento della sega di produzione.

Parola-chiave: capitale straniero; investimento esterno diretto; diritto tributario internazionale; doppia imposizione internazionale.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
 CAPÍTULO 1 O REGIME DO INVESTIMENTO DIRETO ESTRANGEIRO – IED – NO BRASIL.....	 15
1.1 Qualificação do IED no contexto da Economia Internacional	15
1.1.1 Elementos microeconômicos e macroeconômicos.....	15
1.1.2 Principais teorias econômicas do IED.....	17
1.1.3 Acordos sobre IED no contexto internacional	20
1.1.4 Necessidade do disciplinamento pelo Estado hospedeiro	22
1.2 Regime jurídico do IED no Brasil.....	26
1.2.1 Disciplinamento jurídico brasileiro – Lei nº 4.131/62	26
1.2.2 Elementos do conceito de IED	29
1.2.3 Elemento substancial objetivo.....	31
1.2.4 Elemento substancial subjetivo	48
1.2.5 Elemento formal.....	51
1.2.6 Capital contaminado.....	56
1.2.7 Garantias do investimento registrado.....	56
 CAPÍTULO 2 ELEMENTOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL	 60
2.1 Noções de Direito Tributário Internacional.....	60
2.1.1 Objeto do Direito Tributário Internacional	62
2.1.2 Relações com o Direito Internacional público e privado	66
2.1.3 Conteúdo do Direito Tributário Internacional.....	67
2.1.4 Natureza do Direito Tributário Internacional.....	70
2.1.5 Fontes de Direito Tributário Internacional.....	72
2.2 Tratados Internacionais em matéria tributária.....	81
2.2.1 Caracterização dos tratados internacionais	81
2.2.2 Tratados Internacionais em matéria tributária.....	83
2.2.3 Procedimento de celebração dos tratados	86
2.2.4 Isenções heterônomas e tratados internacionais.....	91
2.3 Elementos e princípios de conexão.....	93
2.3.1 Classificação dos elementos de conexão.....	93

2.3.2	Princípios de conexão	103
CAPÍTULO 3 DUPLA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL E SEU CONTROLE		
3.1 Dupla Tributação Internacional		106
3.1.1	Causas da dupla Tributação Internacional	107
3.1.2	Configuração da dupla Tributação Internacional.....	109
3.1.3	Tratados firmados contra a dupla tributação.....	110
3.2 Qualificação e os tratados contra dupla tributação		119
3.2.1	O instituto da qualificação no Direito	119
3.2.2	A qualificação nos tratados contra a dupla tributação	121
3.3 Medidas de controle da dupla Tributação Internacional		123
3.3.1	Limitações de competência pelo Estado da residência	123
CAPÍTULO 4 TRIBUTAÇÃO SOBRE O INVESTIMENTO DIRETO EXTERNO.....		
4.1 Fato gerador dotado de elementos de estraneidade		129
4.1.1	Determinação do regime de residência nas convenções	130
4.1.2	A caracterização de residência na legislação do imposto sobre a renda.....	131
4.1.3	O Princípio da Territorialidade na legislação brasileira.....	133
4.2 Tributação sobre a renda aplicável aos residentes no exterior		135
4.2.1	Imposto sobre a renda	135
4.2.2	Tributação sobre as remessas de lucros	137
4.3 Preços de transferência		138
4.3.1	Caracterização dos preços de transferências	138
4.3.2	O regime dos preços de transferência no Brasil.....	141
4.3.3	Métodos de controle dos preços de transferência – Lei nº 9.430/96, arts. 18 a 24	142
CONCLUSÃO		151
REFERÊNCIAS.....		153
ANEXOS.....		162
ÍNDICE SISTEMÁTICO.....		190

INTRODUÇÃO

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

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

Dependendo do grau de participação que se queira implementar, o investimento estrangeiro pode ingressar no Estado hospedeiro por variadas formas. Seja na instalação de uma subsidiária ou na constituição de uma filial, o IDE pode ser objeto da constituição de

¹ Apesar dessa constatação, o Brasil não vem mantendo o seu merecido destaque, conforme ressalta Umberto Celli Júnior: “Em 2004, conforme índices divulgados por uma empresa de consultoria internacional, o Brasil caiu da 9ª para a 17ª posição na lista de países com potencial de atratividade para investimentos estrangeiros diretos (IED)” (2005, p. 634).

² Relata Vogel: “Todos os Estados, que se denominam ‘países em desenvolvimento’, têm sempre em comum que estão determinados a recuperar a sua economia, criando a possibilidade de exportação para os Estados ‘desenvolvidos’, removendo os entraves comerciais, e interessados, por outro lado, nos investimentos de Estados industrializados, que fazem falta para a criação de novos empregos e, por conseguinte, de poder aquisitivo” (1988, p. 471).

³ José Casalta Nabais assim coloca o tema: “Daí que o investimento estrangeiro insira-se na política, seguida pela generalidade dos países de atração do investimento em geral e do investimento estrangeiro em particular, constituindo, por isso, um dos mais importantes segmentos do que podemos designar por política fiscal externa” (2005, p. 614).

⁴ Nesse sentido: Torres (2001b, p. 177); Baker (2005, p. 44); para Augusto Fantozzi, estamos vivenciando a 3ª fase do processo de evolução do Direito Tributário Internacional, motivada pelos seguintes fatores: “O crescimento das oportunidades oferecidas aos empreendedores, inclusive dos países em desenvolvimento; a redução a zero dos parâmetros tradicionais como distância; centralização; possibilidade de transporte; acesso ao conhecimento e, por outro lado, a falta de instrumentos tradicionais próprios dos Estados Nações que aponto; a taxação legada ao território; a manobra dos câmbios etc. mudaram drasticamente as relações de força entre Estados e entre as diversas forças sociais (FANTOZZI, 2003b, p. 26).

uma série de modelos jurídicos. Por outro lado, percebe-se que a disciplina jurídica do investimento externo no Brasil é comum a quaisquer modelos societários.

Nesse sentido, a análise da repercussão obrigacional tributária será feita sob a ótica do investimento externo direto (IDE), já que é este tipo de investimento internacional que gera externalidades positivas para o país hospedeiro, independentemente da forma societária adotada. Por sua vez, os rendimentos produzidos pelas empresas, cuja composição contempla capitais estrangeiros, poderão ser tributados não só em função da *territorialidade da renda*, mas da *universalidade da renda*.

Com efeito, a disciplina jurídica do IED no Brasil dá proteção e, por sua vez confere registro, somente ao capital que ingressar em forma de investimento em algum dos setores da economia nacional, sendo o investimento especulativo, *portfolio*, desprovido de proteção semelhante. Uma vez registrado, o capital estrangeiro tem garantia de câmbio, de remessa de lucros, de reinvestimento e repatriação do capital investido. Fica evidenciada, dessa forma, a necessidade da exposição dos principais institutos acerca da disciplina jurídica do IED no Brasil, com especial atenção à Lei nº 4.131/62 e demais alteração.

Nota-se que, a presença do investimento direto estrangeiro, por si só, configura um dos elementos de estraneidade da norma tributária, tendo em vista que a lei brasileira só confere o caráter estrangeiro ao capital cuja titularidade seja de pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior. Assim, é possível identificar mais de uma residência ou nacionalidade. O que, em matéria obrigacional tributária, traz diversas consequências, principalmente se o país hospedeiro adotar o *princípio da universalidade da renda*⁵, a exemplo do nosso ordenamento jurídico.

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

Daí, mais uma vez, verifica-se a necessidade de uma análise nos principais institutos do capital estrangeiro, Lei nº 4.131/62 e alterações, bem como os consectários no que se refere às obrigações tributárias, influenciando diretamente no êxito ou não do investimento

⁵ No pólo oposto ao princípio da territorialidade situa-se o *princípio da universalidade* (ou do “*world-wide-income*”), segundo o qual toda a renda da pessoa jurídica deve ser tributada no país de domicílio, incluindo a renda externa, seja esta decorrente de atividade funcional ou jurídica, seja esta obtida através de filiais ou de subsidiárias (XAVIER, 2000, p. 342).

direto estrangeiro no Brasil. É certo que, atualmente, um dos principais papéis do Direito Tributário Internacional é remover os obstáculos ao comércio internacional, ao movimento de pessoas e, principalmente, viabilizar os investimentos através da eliminação da dupla tributação internacional⁶.

Assim, a finalidade do trabalho é expor a disciplina do investimento externo direto (IED) no Brasil (Lei nº 4.131/62) e repercussões obrigacionais tributárias sobre as rendas obtidas, o que será feito sobre o prisma do Direito Tributário Internacional, no que se refere às regras de localização e qualificação dos tratados para evitar a dupla ou pluritributação internacional, ocasionada pelo Poder Soberano dos Estados em impor suas respectivas obrigações tributárias. Também faz necessária a exposição das medidas unilaterais tendentes a evitar a dupla tributação internacional que, em conjunto com a política fiscal externa, privilegiam o Princípio da Neutralidade⁷ no Direito Tributário Internacional. (NABAIS, 2005, p. 614; ZILVETI, 2005, p. 25)

Acrescenta-se também que, em atenção às dificuldades enfrentadas na realidade empresarial, este trabalho visa fornecer subsídios teóricos à questões conexas ao Direito Tributário Internacional, relativamente à renda proporcionada pelo investimento externo direto. Nesse contexto, a natureza complexa do trabalho exige uma tratativa metodológica eclética ou de complementaridade, como se observa a seguir.

Para o desenvolvimento da pesquisa será utilizada a dogmática jurídica, método específico da Ciência do Direito Tributário, por se tratar de direitos indisponíveis, baseando-se na legislação, doutrina e jurisprudência.

Aplicar-se-á o processo comparativo, típico em Direito Internacional, sempre que se cotejarem institutos, formas e normas desses direitos e respectiva eficácia. Também será utilizado o método analítico-sintético sempre que as condições do trabalho exigirem incursão analítica nos textos normativos para posterior aplicação a fatos e atos concretos, em respeito ao Direito Tributário Internacional, bem como a interpretação e integração da legislação tributária no que se refere aos Tratados e Convenções Internacionais.

⁶ A respeito, ilustra Philip Baker: “Ao passo que entramos no século XXI deve-se também considerar qual o papel do direito internacional tributário. Em larga medida, esse papel foi determinado pelo trabalho da Liga das Nações no período após a Guerra Mundial. Dessa forma, por exemplo, um dos principais papéis é sem dúvida a remoção de obstáculos ao comércio internacional, ao investimento e ao movimento de pessoas através da eliminação da dupla tributação internacional” (2005, p. 43).

⁷ Zilveti (2005, p. 24), descreve: “Considera-se neutro o sistema tributário que não interfira na otimização da alocação de meios de produção, que não provoque distorções e, assim, confira segurança jurídica para o livre exercício da atividade empresarial. A idéia-força contida na neutralidade propõe que se evite onerar a força econômica do contribuinte-empresa, ao mesmo tempo em que se alcance a força econômica do consumidor”.

Não raramente, o trabalho levará a aplicação de outros tantos processos, não sendo demais lembrar o indutivo-dedutivo, bem como outros meios de interpretação do Direito, especialmente o método Dialético e o pensamento Tópico, quando soluções aparentemente definidas se revelarem contra a capacidade econômico-contributiva.

O conteúdo do trabalho se encontra demarcado da seguinte forma.

O Capítulo 1 dará os principais contornos acerca do regime do investimento externo direto no Brasil, identificando a qualificação do IED no contexto da Economia Internacional, as principais teorias econômicas, os acordos sobre IED no contexto internacional e, por fim, a necessidade de disciplinamento pelo Estado hospedeiro. Atenção especial será ofertada no que diz respeito ao regime jurídico do IED no Brasil, de que cuida a Lei nº 4.131/62, visando caracterizar o investimento direto, através da análise de seus elementos, substancial objetivo, substancial subjetivo e elemento formal. Por fim, serão expostas as garantias e prerrogativas de que dispõem os investimentos registrados no BACEN.

No Capítulo 2, analisa-se os principais elementos de Direito Tributário Internacional, o que requer atenção à essa especialidade do Direito Tributário cada vez mais presente no cotidiano empresarial brasileiro. Assim, antes de dispor sobre os tratados internacionais em matéria tributária, cumpre tecer considerações à respeito do objeto, das relações com o Direito Internacional Público e Privado, bem como do conteúdo e da natureza do Direito Tributário Internacional. Em seguida, passa-se a tecer sobre a teoria das fontes do Direito, em especial, do Direito Tributário Internacional, para entrar no tema central dos tratados e convenções sobre dupla tributação internacional. Finaliza-se esse capítulo, com o estudo dos elementos e princípios de conexão presente nas normas dotadas de elementos de estraneidade.

O Capítulo 3 dará enfoque à dupla tributação internacional e seu controle, tema que desperta interesse à maioria dos teóricos. Analisar-se-ão, as causas e a configuração da dupla tributação internacional, relativamente à identidade do fato e pluralidade de normas. Semelhante atenção foi reservada quanto à qualificação e os tratados contra dupla tributação, que, não raro, dão ensejo ao concurso de pretensões entre ordenamentos jurídicos distintos. Em seqüência, são analisadas as medidas de controle da dupla tributação internacional, especialmente no que se refere às limitações de competência pelo Estado de residência e principais métodos (*isenção, imputação e créditos presumido e fictício*).

Antes da Conclusão, o Capítulo 4 trata da tributação sobre o investimento externo direto, isto é, sobre os rendimentos proporcionados pelo capital estrangeiro. Esse capítulo é o

que estabelece o liame com todos os anteriores, pois dispõe sobre o tratamento jurídico-tributário atribuído ao capital estrangeiro em forma de investimento direto⁸. Nesse sentido, identifica-se o fato gerador dotado de elementos de estraneidade, relativamente ao IED. Assim, faz-se alusão ao regime de residência, nas convenções e na legislação interna, e ao *princípio da territorialidade* na legislação sobre o imposto de renda. Em seguida, torna-se necessário uma incursão analítica nos textos normativos sobre a tributação da renda aplicável aos residentes no exterior. Isso se justifica pelo fato de ser esse o critério que imprime o caráter estrangeiro ao capital destinado ao investimento direto. Ao final, analisa-se a temática dos preços de transferência que, por influenciarem na determinação do imposto de renda das empresas, tem por objetivo coibir práticas evasivas em rotas internacionais⁹.

⁸ No mesmo sentido, confira em Torres (2001a, p. 557).

⁹ Na expressão do Professor Hermes Marcelo Huck (1997).

CAPÍTULO 1

O REGIME DO INVESTIMENTO DIRETO ESTRANGEIRO – IDE - NO BRASIL

1.1 Qualificação do IED no contexto da economia internacional

1.1.1 Elementos microeconômicos e macroeconômicos

O Investimento Externo Direto (IED) é tema que ainda desperta a atenção da maioria dos Estados, principalmente os Estados desenvolvidos e os Estados em desenvolvimento, que são, respectivamente, os investidores e os receptores de capitais. Por conta disso, encontramos vários estudos a respeito do fenômeno da expansão internacional do capital, que dão enfoque não apenas jurídico, mas também econômico ao IED. Partindo desta realidade, entendemos que o presente estudo deve, inicialmente, identificar as origens deste impulso na economia mundial, principalmente porque o IED é, antes de tudo, um fenômeno econômico.

O fenômeno da internacionalização da produção¹ pode assumir três formas, quais sejam; a exportação de bens e serviços, o licenciamento de tecnologia patenteada e o investimento direto estrangeiro².

Sob a forma de IED, a análise econômica apresenta elementos micro e macroeconômicos. Os fatores microeconômicos, afetos ao fenômeno da expansão da

¹ Conforme Baumann, “A base da teoria da internacionalização da produção consiste na idéia de que agentes econômicos de um determinado país têm uma ‘preferência revelada’ pelo mercado doméstico, em termos não somente de localização da produção, como também de canalização da produção (vendas). Essa preferência resulta dos custos diretos e, principalmente, dos custos de transação envolvidos nas operações internacionais, qualquer que seja a forma. Produzir no país de origem e orientar a produção para o mercado doméstico significa uma diferença marcante com relação à entrada em um novo mercado com o qual a empresa tem pouca familiaridade. O mesmo ocorre no referente à entrada em um mercado já conhecido, mas geograficamente distante, que significa custos de coordenação e monitoramento” (BAUMANN; CANUTO; GONÇALVES, 2004, p. 207-208).

² O mesmo que, pelo comércio internacional, o investimento externo direto e a relação contratual (BAUMANN; CANUTO; GONÇALVES, 2004, p. 206).

internacionalização da produção através do investimento direto, são os específicos à propriedade³, ou seja, pertencentes às empresas multinacionais ou transnacionais. Essas empresas têm uma forte tendência ao crescimento, à expansão nos mercados interno e externo, proporcionados pela capacidade gerencial, pelo conhecimento tecnológico e pelas inovações, que são elementos necessários à sua expansão.

Os elementos macroeconômicos podem ser identificados no processo de evolução do capitalismo, especialmente os aspectos dinâmicos do sistema capitalista enfatizados por Marx e Schumpeter.

Para Marx, a expansão da produção capitalista se dá, simultaneamente, com a concentração e centralização do capital. Isto é, o emprego de capital em maiores proporções, para a produção em larga escala, além da conseqüente absorção dos pequenos capitalistas pelos grandes capitalistas. Isto resulta em um crescente processo de desenvolvimento tecnológico, também necessário na dinâmica do capitalismo contemporâneo. Outro dado relevante é quanto à expansão dos meios de transporte e comunicação a partir do século XX, que reduziram as incertezas quanto ao comércio internacional⁴.

Schumpeter analisa o desenvolvimento capitalista sob o aspecto da instabilidade econômica, sendo elementos responsáveis pela expansão do capitalismo, a criação de novos bens de consumo, novos métodos de produção ou transporte, novos mercados, novas formas de organização industrial. A este processo de mudanças, que substituem antigas estruturas por novas, esse autor denominou de “Processo de Destruição Criadora”. As *firmas*, para se manter ou expandir, devem estar em um contínuo processo de inovação tecnológica, sob o risco de serem substituídas por firmas inovadoras⁵.

Como protagonistas desta contínua expansão da internacionalização da produção, através do capital estrangeiro em forma de investimentos na área produtiva, encontramos, principalmente, as empresas transnacionais⁶. Este intercâmbio entre os países exportadores e os importadores de capital não é oriundo de um fator natural ou do acaso. É, em grande parte,

³ Conforme Baumann, a *vantagem específica à propriedade* de uma empresa “consiste na posse ou disponibilidade de capital, tecnologia e recursos gerenciais, organizacionais e mercadológicos” (BAUMANN; CANUTO; GONÇALVES, 2004, p. 208).

⁴ “A incerteza no século XIX se refere mais à atividade do comércio internacional do que propriamente ao investimento em capital fixo. O retorno lento sobre as mercadorias embarcadas, as mudanças nas condições e mercados saturados representavam problemas de risco de iliquidez sobre o capital circulante. Transportes e comunicações lentos eram os responsáveis” (KERSTENETZKY, 1995, p. 144).

⁵ Estas conclusões foram extraídas do relatório de pesquisa de Reinaldo Gonçalves: *Os Determinantes do Investimento Externo Direto: uma interpretação abrangente* (1982).

⁶ Baumann: “A empresa transnacional (ET) é o principal agente de realização do IED. O censo de Capital Estrangeiro de 2000 (BACEN) mostra que há cerca de 11 mil subsidiárias ou filiais de empresas transnacionais (ETs) atuando no país. A maior presença dessas empresas esteve associada aos crescentes fluxos de IED, principalmente a partir de 1995” (BAUMANN; CANUTO; GONÇALVES, 2004, p. 241-242).

fruto de investimentos atraídos por riquezas naturais ou manufaturas anteriormente exportadas. Frequentemente, com demanda cada vez menor pelos países industrializados, o que caracteriza o ciclo das substituições das importações. Trata-se, portanto, de antigos investimentos diretos feitos a partir de 1880 por administrações ou empresas estrangeiras (CHESNAIS, 1996, p. 47). Deve-se ao fato da colocação de barreiras comerciais à entrada no mercado doméstico, como um obstáculo a ser superado pelas empresas estrangeiras, o que levou à substituição das importações através do IED (BAUMANN; CANUTO; GONÇALVES, 2004, p. 211).

Entre as obras críticas precursoras relatadas por François Chesnais, a análise de Hilferding é a que mais se aproxima ao que hoje se entende sobre IED, pois “ele é o primeiro a examinar, de modo explícito, a dimensão da ‘exportação de valor destinado a produzir a mais-valia no exterior’, ou seja, o que atualmente se entende por IED” (1996, p. 50). Quanto aos aspectos qualitativos do IED, Chesnais cita H. Bourguinat que assim analisa o investimento externo direto em relação ao simples intercâmbio de bens e serviços:

Em primeiro lugar, diferentemente do comércio exterior, o IED ‘não têm uma natureza de *liquidez* imediata (pagamento à vista) ou diferida (crédito comercial)’. Não se reduz a uma transação pontual. Pelo contrário, sua segunda característica é introduzir uma ‘dimensão intertemporal’ de grande importância, pois a ‘decisão de implantação dá origem a fluxos (produção, comércio, repatriação de lucros) que se estendem, necessariamente, por vários longos períodos’. A terceira particularidade é ‘implicar transferências de direitos patrimoniais e, portanto, de poder econômico, sem medida comum à simples exportação’.

‘Por último [e talvez o mais importante], diz Bourguinat, ‘existe um *componente estratégico* evidente na decisão de investimento da companhia. Não somente seu horizonte é sensivelmente mais amplo, como também as motivações subjacentes são muito mais ricas; [...] a idéia de penetração, seja para depois esvaziar os concorrentes locais, seja para ‘sugar’ as tecnologias locais, faz parte desse aspecto ‘estratégico’ do investimento direto e, geralmente, está inserido num processo complexo de tentar antecipar as ações e reações dos concorrentes (CHESNAIS, 1996, p. 54-55).

Todos esses aspectos levaram a efeito a regulamentação do IED, como se verá mais adiante.

1.1.2 Principais teorias econômicas do IED

O Brasil tem sido alvo de maciços investimentos estrangeiros nos diversos ciclos

de expansão ou de recessão econômica⁷. Isto tem feito com que economistas de várias nações se dedicassem a identificar o porquê da canalização de recursos, especialmente em forma de investimento direto, ora sob o ponto de vista político do Estado hospedeiro, receptor de capital, ora sob o ponto de vista do investidor estrangeiro, o exportador de capital. Isto é, as empresas transnacionais.

Sob o ponto de vista do Estado hospedeiro, os estudos brasileiros mostram que é possível encontrar posições contrárias, ou seja, argumentos relacionados com os efeitos nocivos que o IED poderia provocar no nível de emprego, na balança comercial e no aumento das desigualdades da renda e da dependência; e também argumentos a favor do IED, representados pelos *grupos de interesses*, defensores do livre mercado, que proporcionam o aumento de emprego, da balança comercial e de transferências de tecnologias (MORAES, 2002, p. 20).

Ainda permanece, nos dias atuais, a referida dualidade sobre os reflexos do IED para a economia brasileira, sendo nossa posição manifestada, desde já, como favorável ao IED⁸. Aqui não se defende – ou se questiona – se o capital estrangeiro é mais eficiente que o nacional. Ou, ainda, se o capital estrangeiro ingressado nas privatizações foi ou não benéfico para uma melhoria de produtividade em bens e serviços. Trata-se de um conjunto de fatores, cuja análise não caberia aos propósitos do presente estudo⁹. O que se defende é uma política de disciplina moderada do capital estrangeiro, tendo como meta a atração do investimento produtivo, como condição para o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos fatores econômicos do país. Temos observado que o comércio internacional tem muito mais probabilidades de causar danos às nações do que o IED.

⁷ Nesse sentido, Moraes (2002, p. 19); Baumann, Canuto e Gonçalves (2004, p. 237). Apontando, atualmente, o declínio na atração de investimentos, confira Celli Júnior (2005, p. 634).

⁸ Klaus Vogel relata que a Alemanha passou por semelhante período, e que a entrada das empresas inglesas desempenhou um importante incremento para o crescimento econômico alemão, como se vê: “[...] uma olhada para a história econômica alemã do século passado mostra que, sem a atividade das empresas inglesas na Alemanha, este país não teria podido superar com suas próprias forças o seu então subdesenvolvimento econômico. Mas, um Estado somente consegue adquirir completa independência econômica quando os seus habitantes podem manter-se em concorrência com as empresas estrangeiras. Para isso, é necessário, pelo menos durante uma longa fase de transição, não apenas haver investimentos estrangeiros diretos, mas além disso é preciso que se ponham à disposição meios com que as empresas nacionais possam operar, havendo portanto necessidade de investimentos diretos. Tais investimentos ficam prejudicados, porém, pelo atual direito tributário internacional” (1988, p. 474).

⁹ Para este propósito, interessante é trabalho de Artur Yabe Milanez, sob o título de “Os efeitos do investimento direto externo (IDE) sobre o desenvolvimento tecnológico do país receptor – O caso da indústria brasileira de equipamentos para telecomunicações”, orientado pelo Prof. Carlos Aguiar de Medeiros, na Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia Industrial – UFRJ, Dissertação de Mestrado defendida em março de 2004, Rio de Janeiro. Também, interessante é o trabalho de Júlio César Callegari, sob o título “O papel do investimento direto externo e das empresas transnacionais no desenvolvimento tecnológico local: uma análise da indústria paulista”, orientado pelo Prof. David Kupfer – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, fevereiro de 2002, Rio de Janeiro.

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

No Modelo de Hymer, as operações internacionais (IED) ocorrem em função da interdependência das empresas de diferentes países; das imperfeições de mercado; e habilidade desigual, ou seja, das vantagens comparativas. Baseando-se em critérios estáticos, e sem se preocupar com aspectos políticos, a tese de Hymer utiliza-se da ideologia para determinar as operações internacionais: “Existe um círculo vicioso envolvido. Maior o nacionalismo, maior deve ser o lucro em moeda local e isso provoca uma grande hostilidade à exploração estrangeira” (MORAES, 2002, p. 24; BAUMANN; CANUTO; GONÇALVES, 2004, p. 206).

No modelo de Dunning, o IED é resultante da presença de três fatores simultâneos e determinantes, que são: as vantagens de propriedade das empresas transnacionais, como a tecnologia; vantagens locacionais no país recipiente; e presença de vantagens de transação relativas aos benefícios comerciais das transações intrafirma, em vez das transações realizadas entre as ETNs e outras empresas do país hospedeiro (MORAES, 2002, p. 27; BAUMANN; CANUTO; GONÇALVES, 2004, p. 207).

Nesse sentido, cada país, em razão do seu perfil econômico, político ou geográfico atrairia o IED em função de suas vantagens comparativas, ou fatores locacionais, a saber: oferta de mão-de-obra qualificada a baixo custo, o nível de renda *per capita*, a existência de barreiras tarifárias e/ou cotas de importação, o aparato e a estabilidade institucional e infraestrutura em transportes, além dos incentivos políticos e fiscais¹⁰. Em função da composição destes fatores locacionais, Dunning propõe que os países hospedeiros poderiam ser caracterizados por quatro tipos diferentes de IED, a saber:

- I. o IED orientado para recursos (*resource seeking*), como a procura por recursos naturais ou mão-de-obra de melhor acesso ou a baixo custo;
- II. o IED orientado para o mercado (*market seeking*), destacando a procura da ETN em atender um mercado específico;
- III. o IED orientado para a eficiência (*efficiency seeking*), onde a ETN promove alguma forma de especialização produtiva entre as diversas unidades que compõem a rede de produção global da empresa; e

¹⁰ Baumann: “O exemplo mais usado de fator locacional específico é a política comercial. A adoção de barreiras comerciais (tarifárias e não-tarifárias) em um determinado país tende a estimular as empresas estrangeiras a substituírem suas exportações” (BAUMANN; CANUTO; GONÇALVES, 2004, p. 211).

- IV. o IED orientado pela estratégia da ETN (*strategic seeking*), onde o que está em jogo é a sobrevivência da empresa no longo prazo, por meio do aumento de suas capacitações tecnológicas (MILANEZ, 2004, p. 7).

1.1.3 Acordos sobre IED no contexto internacional

Não podemos deixar de observar que no decorrer das últimas duas décadas brasileiras foi intenso o processo de liberalização comercial e financeira, especialmente dos fluxos de investimento direto e de transferência de tecnologia. Este conjunto de transformações surtiu os seguintes efeitos: a adoção unilateral de programas de privatização, redução das barreiras comerciais, desregulamentação de mercados internos e o esgotamento do modelo de industrialização por substituição de importações¹¹.

Há que acrescentar também, a multiplicação de acordos bilaterais de investimentos internacionais; o aparecimento de áreas de livre comércio (União Européia, Nafta e Mercosul); o fortalecimento da OMC com a Rodada do Uruguai, bem como os acordos TRIPs e TRIMs, que vieram aos reclamos das ETNs, oferecendo uma maior proteção para as patentes e a limitação de exigências de desempenho operacional impostos pelos países membros. Com este panorama, as ETNs deixaram de sofrer tratamento discriminatório frente às empresas locais e o IDE passou a ser visto como fonte principal de transferência de tecnologia e catalisador do desenvolvimento econômico nacional (CALLEGARI, 2002, p. 9; CELLI JÚNIOR, 2005, p. 634).

Em linhas gerais, os acordos sobre investimentos internacionais estão disciplinados no cenário internacional da seguinte forma:

¹¹ Esse conjunto de transformações foi alvo de acirrada disputa entre os países em desenvolvimento e países desenvolvidos, como ressalta Umberto Celli Júnior: “Trata-se a regulamentação dos investimentos internacionais de tema controvertido que tradicionalmente tem dividido países desenvolvidos e em desenvolvimento. Basta lembrar das disposições da Carta de Havana que, em larga medida, contribuíram para o fracasso da criação da Organização Internacional do Comércio na década de 1940. A tentativa de alguns países desenvolvidos de negociar em meados dos anos 1990 um Acordo Multilateral de Investimentos (MAI) no âmbito da Organização para a Cooperação e do Desenvolvimento Econômico (OCDE) constitui outro exemplo importante. Mais recentemente, a Rodada de Doha da OMC, que teve início em 2001, o assunto, introduzido na pauta da Conferência Ministerial de Cingapura em 1996, foi objeto de intensas negociações sem que se tenha chegado ainda a um consenso. Da mesma forma, nas negociações do Mercosul com a União Européia e do Mercosul com os Estados Unidos no âmbito da Alça, ambas adiadas para 2005, a regulamentação dos investimentos tem provocado intermináveis e acalorados debates” (CELLI JÚNIOR, 2005, p. 634).

- *Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos*

Os tratados bilaterais de investimento – BITS são instrumentos celebrados, geralmente, entre um país desenvolvido investidor e um país em desenvolvimento receptor, com a finalidade de dar a proteção que a lei interna do país hospedeiro não concede ao capital estrangeiro, definindo de antemão possíveis conseqüências ao capital investido em situações de riscos políticos do país hospedeiro. É considerada a forma mais usual e segura na regulamentação e proteção do IDE no cenário internacional pois, diante das intenções antagônicas entre os Estados investidores e receptores, torna-se inviável obter o consenso no âmbito multilateral. Subdivide-se em acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos e os acordos de garantia de investimentos.

Nos acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos o disciplinamento do capital estrangeiro é de competência do Estado receptor, devendo observar os princípios do *tratamento nacional* e da *cláusula da nação mais favorecida*. Tais acordos vinculam as partes por obrigações pré-estabelecidas com previsão de solução de conflitos à um Tribunal Arbitral, podendo chegar até ao ICSID. Os acordos de garantias de investimentos estabelecem regras na hipótese de pagamento da garantia pelo Estado receptor, podendo ser exemplificado o acordo firmado entre o Brasil e os EUA, recepcionado pelo Decreto nº 57.943, de 10 de março de 1966.

- *Tratados Multilaterais*

MIGA – de iniciativa do Banco Mundial, é um organismo internacional, jurídica e financeiramente independente, estabelecido oficialmente pela Convenção de Seul em abril de 1988. O Brasil só veio aderir a ele em 1990. Foi recepcionado pelo Decreto Legislativo nº 66, em 16 de setembro de 1992. Seu objetivo é oferecer garantias aos riscos políticos que possam afetar os investimentos internacionais, fomentar o fluxo de investimento produtivo entre seus Estados membros, especialmente os países em desenvolvimento. Possui ainda, uma espécie de código de condutas relativas a regras de comportamento dos investidores e dos receptores de capitais estrangeiros.

- *Convenção de Washington – ICSID.*

Essa convenção, da qual o Brasil não é parte, tem por objeto disponibilizar meios para conciliação e para arbitragem de controvérsias relativas a investimentos que venham a surgir entre seus Estados-membros e cidadãos de outros Estados-membros. Esta convenção culminou com a instituição do ICSID.

- *Acordo Multilateral de Investimentos – MAI*

Com o objetivo de consolidar normas relativas a investimentos contidas nos vários acordos bilaterais e regionais, vem sendo discutido perante a OCDE desde 1995 pelos países membros e não membros da OCDE. Atualmente, o Brasil não é membro, apesar das discussões estarem suspensas desde 1998, justamente pelo temor dos países em desenvolvimento das repercussões que possam advir a partir da ambiciosa abertura e flexibilização dos investimentos perseguida pelos países investidores.

E, por fim:

- *Organização Mundial do Comércio - OMC*

Com a Rodada do Uruguai em 1986, através dos vários acordos, foram estabelecidas regras mais abrangentes relativas a investimentos¹². Nesse sentido, a OMC disciplinou os temas em três acordos multilaterais, quais sejam: i) a TRIPS – “*Trade Related Intellectual Property Measures*”, que disciplina e investiga as leis internas dos Estados membros da OMC relativas à propriedade industrial. Ou seja, analisa se as leis internas estão condizentes com os princípios da OMC; ii) o GATS – “*General Agreement on Trades na Services*”, que regulamenta a prestação de serviços dos países membros; e, por fim, iii) a TRIMs – “*Trade Related Investment Measures*”, que tem como meta a eliminação de restrições ao comércio e viabilizar a entrada do capital estrangeiro em forma de investimento.

Há também outros tratados como a União Européia e o Mercosul, ambos com vistas a fomentar o fluxo de investimentos entre os Estados-membros, sendo a UE de maior abrangência por ter implementado a união econômica e monetária com o Tratado de Maastricht a partir de janeiro de 1994.

1.1.4 Necessidade do disciplinamento pelo Estado hospedeiro

Como se pode observar nos itens anteriores, os debates acerca dos benefícios trazidos pelo IED são marcados por divergências de opinião entre economistas, contudo, sem haver, atualmente, uma tese dominante. Não se pode negar, dessa forma, a importância da continuidade desses debates econômicos, os quais poderão influenciar diretamente na conduta

¹² Confira em Celli Júnior (2005, p. 638).

política do Estado hospedeiro, culminando uma postura cautelosa ou liberal de recepção de capitais estrangeiros.

Ante a diversidade de interesses envolvidos entre os Estados hospedeiros e os investidores, torna-se necessário o disciplinamento jurídico do investimento estrangeiro, regulamentando e equacionando respectivos interesses antagônicos.

Há quem sustente uma postura bastante cautelosa de regulamentação do IDE, citando alguns dos efeitos nocivos na economia do país receptor, causados pelas empresas transnacionais, e que são reputados prejudiciais ao desenvolvimento desses Estados. Quais sejam: a) efeitos na concorrência com as empresas nacionais, ante o poderio econômico das ETNs em detrimento das empresas nacionais; b) efeitos fiscais como isenções, incentivos para a instalação de unidades de produção, manipulação sobre os preços de transferências nos negócios entre estabelecimentos relacionados; c) efeitos sobre os direitos trabalhistas, como a desvalorização da mão-de-obra, a restrição da atuação de sindicatos laborais, a facilitação da extinção da relação de emprego por ato do empregador e, principalmente, o conhecido *dumping* social; d) efeitos sobre o consumidor, como a criação de novos produtos gerando o consumismo desnecessário, a eliminação de concorrentes e a conseqüente concentração do mercado nas mãos das ETNs; e) efeitos sobre o balanço de pagamentos, gerado pela capacidade de sucção das ETNs na remessa de lucros superior ao aporte inicial, entre outros efeitos (SILVEIRA, 2002, p. 48-56).

Ocorre que os países em desenvolvimento necessitam dos investimentos internacionais para o desenvolvimento econômico e tecnológico, como um contínuo processo de crescimento sustentável, que somente o capital estrangeiro pode proporcionar.

Este paradoxo deve levar em conta que, com a abertura da economia nacional ao capital estrangeiro em forma de IED, o Estado receptor deverá estar preparado para que estes recursos sejam aplicados, gerando superávit não só para os investidores como, também, para a economia nacional. Trata-se de tarefa árdua. Porque a regulamentação deve corresponder aos anseios dos investidores sem que tais concessões revertam negativamente à economia e ao bem-estar social dos países em desenvolvimento. Se ao capital estrangeiro é concedida garantia contra riscos políticos, ao Estado hospedeiro deve ser concedido o direito de regulamentar essa entrada de forma conscientemente benéfica.

Princípio da Soberania.

O disciplinamento legal do capital estrangeiro em forma de IED surge, então, com o propósito de atrair os investimentos e, ao mesmo tempo, assegurar a justa contrapartida aos

benefícios oferecidos. Esse disciplinamento é considerado como uma prerrogativa do Estado hospedeiro, oportunizado pelo *Princípio da Soberania*, previsto na Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, através da Resolução nº 3.281 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 12 de dezembro de 1976¹³.

Dada a prerrogativa dos Estados hospedeiros em legislar internamente, há que se atentar que o Estatuto do FMI condena qualquer tipo de restrição sobre pagamentos e transferências através de operações internacionais correntes. Isso significa que, se ao Estado hospedeiro, aos reclamos do *Princípio da Soberania*, faculta-se legislar livremente sobre capitais estrangeiros, aos investidores internacionais são garantidos: o direito à justa indenização, no caso de expropriação; e, também, o direito à liberdade de acesso à atividade econômica, salvo as exceções previstas. Neste ponto, a Constituição Federal do Brasil permite a entrada do investimento estrangeiro, mas impede o acesso àquelas atividades consideradas de interesse nacional (artigos 171 e 172). Importa-nos ressaltar que “eventual negativa de acesso do capital estrangeiro, por atingir o investidor antes do ingresso dos capitais no país, não viola qualquer direito subjetivo seu – pois inexiste direito irrestrito de acesso” (SILVEIRA, 2002, p. 67).

Princípio da Isonomia.

A partir da entrada do capital estrangeiro em forma de investimento direto, estabelece-se, então, igualdade de condições entre este e o capital nacional. Trata-se do *Princípio da Isonomia* previsto no artigo 2º da Lei nº 4.131/62, cuja regulamentação está prevista no artigo 2º do Decreto nº 55.762/65, e que, juntamente com a *Cláusula da nação mais favorecida* e a *cláusula do tratamento nacional*, estabelecem o justo tratamento ao investimento estrangeiro.

O *Princípio da Isonomia* traz a polêmica sobre a possibilidade do capital estrangeiro sofrer discriminação quanto ao acesso a certas áreas da economia do Estado

¹³ "Article 2 – Each State has the right: (a) To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment". Nesse sentido, Carreau, Flory e Juillard (apud SILVEIRA, 2002, p. 63): "La réglementation nationale de la constitution des investissements étrangers en territoire national, à la différence de la réglementation nationale des investissements nationaux, en territoire étranger, n'est pas limitée dans son objet ou dans ses effets par la règle de droit international. Tout Etat peut donc librement, dans le cadre de sa souveraineté territoriale, réglementer la constitution des investissements étrangers. Cette compétence, entière et plénière, s'exerce sous réserve des engagements internationaux que souscrit l'Etat. Elle lui permet, dans la gamme des diverses possibilités qui s'offre à lui, et qui s'étendent de l'autorisation systématique à l'interdiction systématique, de choisir celles qui serviront aux mieux les intérêts nationaux. Ainsi s'esquissent des politiques d'ouverture ou de fermeture à l'investissement international, caractéristiques de climats favorables ou de climats défavorables".

hospedeiro, tendo como referência seu poderio frente ao capital nacional dos países em desenvolvimento. No item anterior vimos que há registros de empresas multinacionais que teriam influenciado negativamente as empresas nacionais, tecnologicamente menos competitivas. Por essa razão, boa parte da doutrina tem sustentado a possibilidade de se estabelecer discriminação ao capital estrangeiro em face da facilidade de dominação de mercado que possui, evitando que uma mera igualdade formal acabe, por via de consequência, criando uma desigualdade material (XAVIER, 1982; BARBOSA, 1996 apud SILVEIRA, 2002, p. 70).

Por natureza, as ETNs buscam uma competição entre si, fazendo com que o *processo de destruição criadora*, defendido por Schumpeter, mantenha um contínuo desenvolvimento do sistema capitalista de produção. Por isso, torna imperiosa a definição exata deste princípio, que junto ao *Princípio da Soberania* concedem a prerrogativa ao Estado hospedeiro em disciplinar o capital estrangeiro e, caso necessário, dar proteção aos nacionais em eventual posição desvantajosa. E, nesse caso, a proteção seria através da restrição a certas áreas, a nacionalização e a expropriação do investimento estrangeiro, mediante indenização, que atendendo ao interesse público, não estejam *nas mesmas condições* que o capital nacional. Portanto, o *discrímen* será legitimamente válido quando não houver simples vedação à entrada de capital de investidor estrangeiro (*discrímen* subjetivo), e sim se baseado em seu maior poderio de incremento no sistema econômico, capaz de enfraquecer ou eliminar os concorrentes locais (*discrímen* objetivo).

É justamente por essas razões que se torna tarefa árdua o disciplinamento do capital estrangeiro nos países em desenvolvimento¹⁴. Pois, no mesmo momento em que se adotam políticas de incentivo ao IDE, deve-se dispor de um sistema legal que proteja o capital nacional de eventual fato que atente contra o desenvolvimento nacional previsto no artigo 170 da Constituição Federal.

¹⁴ Para Klaus Vogel: “Os Estados que geralmente se designam como países em desenvolvimento diferem entre si, em suas condições, meios e possibilidades, de tão variadas maneiras, que se pode indagar se ainda pode ter sentido um conceito tão abrangente como o de ‘países em desenvolvimento’. Estão entre eles os mais pobres países do mundo, cujas limitadas receitas de exportação derivam em larga medida da exportação de matérias-primas, e, portanto, estão grandemente sujeitos às oscilações do mercado mundial e à tendência baixista dos preços do mercado internacional daqueles bens, de sorte que se encontram em um ‘vicious circle of poverty’, na expressão de Gunnar Myrdal” (1988, p. 470).

1.2 Regime jurídico do IED no Brasil

1.2.1 Disciplinamento jurídico brasileiro – Lei nº 4.131/62

Histórico legislativo: ciclos econômicos.

Já se reconheceu a necessidade de uma regulamentação que harmonizassem os interesses dos países em desenvolvimento em matéria de investimentos internacionais. A propósito, a própria Lei nº 4.131/62, em seu artigo 54, já havia reconhecido a relevância de uma legislação uniforme ao autorizar o Conselho de Ministros a promover entendimentos e convênios com as nações integrantes da Associação Latino-Americana de Livre Comércio. Igualmente, especialistas sobre o tema, por vários motivos, tem defendido a criação de normas que harmonizassem a disciplina do capital estrangeiro, ante a impossibilidade dos Estados hospedeiros de controlar os problemas ocasionados pelas ações das ETNs (SILVEIRA, 2002, p. 87). Este seria o principal motivo ao qual reclama-se uma ordem imperativa de maior amplitude em detrimento à dos Estados hospedeiros.

Inexistindo uma regulamentação internacional do IDE, a Lei nº 4.131/62 tem cumprido seu papel de forma bastante satisfatória¹⁵. Trata-se de um diploma que conceitua o capital estrangeiro sob três modalidades: o societário, o financeiro e o tecnológico; condicionando as garantias de repatriamento e de remessas de lucros ao registro de seu ingresso perante o Banco Central do Brasil.

Temos observado que o disciplinamento legal do capital estrangeiro, por estar umbilicalmente atrelado às oscilações do sistema econômico, também tem oscilado de forma a atender as demandas do Estado receptor. A fim de justificar a oscilação do disciplinamento jurídico do IDE no Brasil, passamos a estabelecer uma conexão entre os principais ciclos econômicos e respectivas regulamentações do IDE no Brasil.

Antes do primeiro ciclo, o *das substituições de importações*, não se pode dizer que o Brasil possuía um regime jurídico de capitais estrangeiros. Vigoraram alguns tratados, como o de Methuen, com a Inglaterra em 1.703 e o primeiro ato do Príncipe Regente, que aboliu as restrições existentes à entrada de capital estrangeiro, com a adoção da tarifa geral de

¹⁵ Há quem defenda que o Brasil teria superado a posição de país em desenvolvimento, conforme leciona o Professor da Universidade de Munique Klaus Vogel (1988, p. 471). No entanto, a regulamentação do capital estrangeiro deve fazer parte dos ordenamentos dos países que possuem política de atração de investimentos.

24% sobre as importações de mercadorias estrangeiras, estimulando assim a produção nacional e a entrada do capital estrangeiro através do IED (SILVEIRA, 2002, p. 92).

No *ciclo da substituição de importações*, as ETNs utilizaram-se do IED para enfrentar as barreiras protecionistas à entrada de mercadorias estrangeiras. Além disso, o capital estrangeiro recebia privilégios para o investimento produtivo, motivando, ainda mais, a substituição das importações pela produção interna de bens. Por este motivo, em 1.950, apesar das restrições às remessas de lucros prevista na Lei nº 9.025/46, artigo 8º, o Brasil passou a produzir bens de consumo duráveis para o mercado interno, além de manter a posição de exportador de produtos agrícolas (MORAES, 2002, p. 143). Neste período, como não havia nenhum estímulo ao reinvestimento, as remessas de lucros eram inevitáveis, ocorrendo até mesmo de forma ilegal, driblando assim a limitação de 8% das remessas sobre o capital registrado (Leis nºs 9.025/46 e 1.807/53). Além disso, a norma ainda previa que o valor que excedesse a referida limitação era considerado como transferência de capital.

Após a crise dos anos 60, no *ciclo do milagre econômico*, influenciado por políticas monetária e fiscal, o estoque de IDE salta quatro vezes e meia o existente nesse período. Assim, a Lei nº 4.131/62 cumpre a função de regulamentar o capital estrangeiro, mantendo a limitação nas remessas dos rendimentos do capital a 10% do capital registrado. Quanto ao repatriamento do capital, havia também uma limitação anual à proporção de 20% do total registrado. Posteriormente, aos reclamos da liberalização na remessas de lucros, as restrições às remessas de lucros deixam de ser observadas, pois se identificou que tais restrições tenderiam a remessas ilícitas, evitando novos investimentos.

Para estimular o reinvestimento, ao invés de restrições nas remessas de lucros, passou-se a exigir o imposto suplementar sobre a renda à alíquota de 25% sobre remessas inferiores a 12% do capital registrado. As remessas acima de 12% do capital registrado sofriam a incidência progressiva do imposto suplementar sobre a renda. Essas foram as alterações na Lei nº 4.131/62 implementadas pela Lei nº 4.390/64, que significaram um avanço para a promoção do IDE no Brasil. Havia, ainda, outros estímulos ao IDE, como a dedutibilidade dos pagamentos dos *royalties*, serviços e assistência técnica.

O terceiro ciclo é marcado com o primeiro choque do petróleo em 1974, o *ciclo do crescimento com endividamento*, que diante das baixas taxas praticadas no mercado financeiro internacional, estimulava o financiamento externo. Os setores de bens intermediários e bens de capital foram os mais beneficiados, sendo realizados altos investimentos nas empresas privadas nacionais e transnacionais. Este período também ficou conhecido como o novo *ciclo de substituição de importações*. O segundo choque do petróleo

em 1979 fez com que novas políticas fossem implementadas, beneficiando os setores de petróleo, insumos básicos e fomento das exportações. Conseqüentemente, o III PND de 1980, fez com que o mercado doméstico resultasse em um substancial atraso tecnológico em relação às ETNs brasileiras do setor de consumo, período este conhecido como *década perdida* (MORAES, 2002, p. 144). Nesse ciclo ainda vigorava as disposições da Lei nº 4.131/62, alterada pela Lei nº 4.390/64.

No ciclo da globalização econômica dos anos 90, nota-se uma clara abertura ao IDE no Brasil, com a reestruturação dos setores produtivos antes defasados tecnologicamente, a ocorrência de fusões e aquisições, as privatizações nas Empresas Estatais, enfim, a modernização esperada pela *década perdida*¹⁶. A partir daí, várias leis foram editadas tendo como objetivo primordial a atração do IDE, como se pode observar nos artigos 50, 76 e 77 da Lei nº 8.393/91. Nesse sentido, passou a ser admitida a dedutibilidade dos pagamentos de *royalties* entre empresas do mesmo grupo, foi extinto o imposto suplementar sobre as remessas de lucros e reduziu a alíquota do imposto de renda retido sobre as remessas de lucros ao exterior, de 25% para 15%, que posteriormente foi totalmente extinto pela Lei nº 9.249/95 (artigo 10).

Também ficaram revogadas, através das Emendas Constitucionais nºs 5, 6, 7, 8 e 9, determinadas restrições constitucionais de acesso do capital estrangeiro, como: o monopólio dos Estados sobre a exploração do gás canalizado, a distinção entre empresa brasileira e estrangeira, o monopólio das embarcações nacionais para a navegação de cabotagem, a reserva de controle estatal sobre serviços de telecomunicações e, por último, o monopólio estatal da exploração do petróleo. Esse último, a depender de regulamentação por lei ordinária.

Outros setores da economia nacional ainda continuam com monopólio da União, porém alguns admitidos por concessão, como as atividades de telecomunicações, radiodifusão, correios, nucleares, serviços e instalações de energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial, aeroportos, portos marítimos e fluviais, serviços de transporte rodoviário, ferroviário e aquaviário entre portos e fronteiras. Também merece destaque, o controle sobre os preços de

¹⁶ Daí que, considerando esse ciclo, Klaus Vogel defende: “Considera-se, no entanto, também como país em desenvolvimento um país tão futuroso como o Brasil, que presentemente ainda luta contra as dificuldades da recessão e as conseqüências de um elevado endividamento, mas que já alcançou, com as suas próprias forças, apreciáveis resultados: um considerável superávit na balança comercial, uma redução do déficit no balanço de pagamento, aumento na produção própria de petróleo, de 17% para mais de 50% - resultados que justificam a esperança de que, graças ao seu espírito empreendedor, à capacidade de sua inteligência técnica e ainda à riqueza de seus recursos naturais, o Brasil vai logo superar suas atuais turbulências e alcançar progressivamente a posição dos Estados desenvolvidos do mundo. Não mais se pode falar, seguramente, de um ‘vicious circle of poverty’, com relação ao Brasil” (1988, p. 470-471).

transferências praticados entre empresas relacionadas, Lei nº 9.430/96, que evidencia a modernização da legislação interna sobre o controle nas transações internacionais. Este panorama econômico e legislativo se mantém estável atualmente como aponta Celso Lafer:

O Brasil, em matéria de investimento, possui legislação relativamente aberta e que tem base na década de 1960 (Lei 4131/64). A Constituição de 1988 criou preferências para investimentos nacionais no artigo 171, recentemente revogado. Desde 1990, vêm sendo adotadas regras que flexibilizaram os anteriores controles sobre remessas de capital estrangeiro, destacando-se a eliminação do imposto suplementar de renda sobre remessas superiores a percentuais de capitais investidos registrados no Banco Central. Não chega a legislação nacional a ser tão aberta, no entanto, quanto a vigente por exemplo na Argentina, onde nem mais se exige o registro de capital estrangeiro.

[...]

De maneira geral, a legislação brasileira pode ser considerada aberta ao capital estrangeiro, não possuindo certas restrições encontradas nos países da NAFTA que mantêm limites em dólares (*thresholds*) para investimentos em certos setores. Uma eventual participação brasileira em discussões sobre regras de investimentos deverá se concentrar na obtenção de prazos para manutenção de exceções ao tratamento nacional em certos setores como informática, telecomunicações e outros serviços. Haverá necessidade de exame também de exceções a regras sobre remessas em casos de problemas de balanço de pagamentos, questão de interesse no caso de definição ampla de investimentos que inclua os feitos sob a forma de *portfolio* ou em carteira (1998, p. 76-77).

Passamos agora a identificar os principais dispositivos da Lei nº 4.131/62, e suas alterações, no que diz respeito à regulamentação do capital estrangeiro em forma de IDE.

1.2.2 Elementos do conceito de IDE

Já se reconheceu que o conceito legal de capital estrangeiro no Brasil para fins de IDE, previsto na Lei nº 4.131, de 03.09.1962, não foi suficientemente empregado para expressar a intenção do legislador. Vejamos o que diz o artigo 1º da lei, *verbis*:

Artigo 1º. Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

Ao contrário de outros dispositivos modificados pela Lei nº 4.390, de 29.08.64, a citada definição legal não sofreu qualquer alteração desde sua versão original. Trata-se de um

diploma que, atendendo aos socorros de um maior incentivo ao IDE, não sofreu os reparos que mereceria antes de sua promulgação. Por este motivo, o Decreto nº 53.451/62, na tentativa de corrigir a falta legislativa, extrapolou sua função regulamentar ao dispor sobre fatos que a lei não teria alcançado. Não demorou muito para que a Lei nº 4.390/64 viesse a lume, alterando substancialmente vários pontos da Lei nº 4.131/62, bem como revogando expressamente o Decreto nº 53.451/62. Portanto hoje, a disciplina do capital estrangeiro no Brasil é basicamente a Lei nº 4.131/62, modificada pela Lei nº 4.390/64 e regulamentada pelo Decreto nº 55.762, de 17.02.1965 e demais Circulares expedidas pelo Banco Central do Brasil. No que se refere aos aspectos tributários da Lei nº 4.131, houve alterações pelas Leis nºs 8.393/91, 9.250/95 e 9.430/96.

Há quem sustente que a definição legal dada ao capital estrangeiro é incompleta, apresentando “dúvidas ou problemas de interpretação” (ANDRADE JÚNIOR, 2001, p. 2). Outro renomado doutrinador, reconhecendo parte da crítica formulada por José Eduardo Monteiro de Barros, tem sustentado que, sem embargo das definições legais não terem propósito ou alcance doutrinário, o conceito de capital estrangeiro não deve se limitar à literalidade da lei (XAVIER, 1982, p. 331). Alberto Xavier ensina:

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

Como se vê, este conceito é suscetível de ser analisado em dois elementos: um elemento substancial, que respeita a própria noção de investimento estrangeiro; e um elemento formal, relativo ao registro do referido investimento, sem o qual este não se beneficia do especial estatuto jurídico constante da Lei nº 4.131. Por sua vez, o elemento substancial decompõe-se num elemento objetivo, referente à noção de capital ou investimento, em si mesma considerada; e num elemento subjetivo, que imprime o caráter ‘estrangeiro’ ao investimento em causa. (1982, p. 331-332)

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

1.2.3 Elemento substancial objetivo

Noções de investimento.

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

Alberto Xavier sustenta que o investimento referido no artigo 1º, juridicamente, “representa a aquisição do direito a um rendimento, precisamente porque o capital é o ‘stock’ de que brotam os frutos em que o rendimento se traduz” (XAVIER, 1982, p. 332). Ocorre que, o investimento não necessariamente representaria *a aquisição do direito a um rendimento*, pois a referida afetação do capital em uma atividade que se espera produtiva, pode não lograr êxito. O ato de investir está tão próximo do lucro quanto do prejuízo. O ato de investir está, por natureza, pautado pelas incertezas do sucesso. A falta de conhecimento é uma das principais causas¹⁷.

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

Investimentos consistentes em bens.

Com base na noção econômica do investimento, *a noção de bens* constante da lei deve abranger:

¹⁷ Confira em Jaques Kerstenetzky, tese de doutorado apresentada perante a UFRJ (1995).

- a) bens corpóreos e incorpóreos;
- b) fungíveis e infungíveis;
- c) móveis e imóveis;
- d) divisíveis e indivisíveis;
- e) singulares e coletivos;
- f) públicos e particulares.

A princípio, quaisquer bens, conquanto que sejam comerciáveis e passíveis de serem aplicados na atividade econômica, podem ser objeto de integralização de cotas de capital. Estariam fora da proteção legal, portanto sujeitos à cassação do Certificado de Registro, os bens *extracomércio*, por serem incapazes de gerar lucro, e os bens oriundos do crime, como os provenientes do narcotráfico, do contrabando, inclusive os valores submetidos à lavagem de dinheiro, bem como o capital ingressado em “operações bicicletas” ou compensações disfarçadas, que se afiguram como capital contaminado (BAPTISTA, 1998, p. 51).

Nota-se que, na literalidade da expressão *bens* contida no artigo 1º da lei, estaria fora da permissão legal os *bens incorpóreos* (patentes de invenção e marcas de indústria e comércio). É preciso cotejar este dispositivo com o artigo 2º da própria lei, *verbis*: “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”. Dessa forma, juridicamente, o capital estrangeiro deve receber *idêntico* tratamento dispensado ao capital nacional. O que também nos permite afirmar, que deve receber tratamento idêntico ao capital nacional destinado à constituição de sociedades brasileiras. Vejamos a opinião de José Edwaldo Tavares Borba sobre a integralização do capital social (2004, p. 198):

Os bens a serem aplicados na integralização de capital poderão ser móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, desde que suscetíveis de avaliação em dinheiro (artigo 70). Afigura-se, ainda, indispensável que esses bens sejam capazes de transmissão, a fim de que transitem do patrimônio do subscritor para o patrimônio da sociedade.

Uma patente de invenção, embora seja fruto da capacidade criativa do inventor, objetiva-se em um resultado negociável e transmissível como um bem em si mesmo; presta-se, pois, a integralizar capital.

O *know-how* ou a experiência acumulada é indissociável da pessoa que a detém, sendo assim intransmissível a não ser como mera força de trabalho, o que a inviabiliza para integralizar o capital de uma sociedade anônima; esta não admite ações de trabalho ou indústria.

A transferência do bem à sociedade poderá se fazer a título, entre outros, de usufruto, enfiteuse ou propriedade, presumindo-se a última hipótese na falta de declaração expressa. Não se tratando de propriedade, a avaliação terá que considerar não o valor do bem, mas sim o de sua utilização pelo tempo previsto.

Quanto ao *know-how*, consideramos perfeitamente válida a possibilidade da sua aplicação na integralização de capital, exceto no caso de constituição de sociedades prestadoras de serviços profissionais, onde o conhecimento não resulta na elaboração de produtos e sim serviços. Ainda, quanto às omissões da lei, Attila de Souza Leão Andrade Júnior vai mais adiante e adverte que, em relação à integralização de capital estrangeiro com direitos creditórios oriundos do exterior, apesar de teoricamente válida a hipótese, o BACEN não poderia aceitar por dois motivos, *verbis*:

Primeiro, a integralização de capital sob a forma de direitos creditórios não é muito desejável, sob o ponto de vista econômico-financeiro, uma vez que a conversão desses créditos em dinheiro pode ou não se realizar. Por exemplo, o crédito oriundo de uma nota promissória ou de um título cambial pode ou não se converter em pecúnia: o devedor do título pode se tornar insolvente de forma que o crédito não se materialize em dinheiro. Segundo, considerando que estes créditos foram originados no exterior, possivelmente a sua conversão em pecúnia far-se-ia igualmente no exterior. Presumindo-se uma conversão litigiosa, vale dizer, em juízo, o cessionário do crédito teria de se arrostar com todas as dificuldades daí decorrentes. Considere-se que, na hipótese de integralização de capital com direitos creditórios oriundos do exterior, os cessionários dos referidos direitos seriam a própria sociedade cujo capital foi com os mesmos interalizado; considere-se ainda que a sociedade recipiente de capital seria uma sociedade nacional, com sede e foro no Brasil e as dificuldades de obtenção de tais créditos, em juízo, seriam acrescidas pelo fato de o cessionário ter sede em país diverso daquele onde a lide judicial houvesse de ocorrer (ANDRADE JÚNIOR, 2001, p. 8).

Conclui o citado autor, que diante da apontada inexistência de certeza e liquidez dos direitos creditórios oriundos do exterior, as prerrogativas concedidas ao investidor através do registro do capital, colocaria o País em posição extremamente desvantajosa. Pois ao titular se estaria conferindo o direito de repatriação do valor registrado, bem como remessas dos lucros obtidos. Como solução, o BACEN poderia exigir que, para fins de registro, o crédito

fosse primeiramente satisfeito e convertido em moeda para, finalmente, providenciar a integralização do capital (ANDRADE JÚNIOR, 2001, p. 9).

Natureza da destinação econômica: investimento direto.

A noção econômica de investimento, como ato de investir, sob o aspecto finalístico do capital empregado, ou até sob o ponto de vista do objetivo do investidor, pode ser subdividida em duas modalidades de investimento: o *investimento direto* e o *investimento indireto* (BAPTISTA, 1998, p. 31; CELLI JÚNIOR, 2005, p. 636).

O *investimento indireto* é o investimento especulativo, como as aquisições de ações em Bolsa, os empréstimos externos entre partes não relacionadas, esperando-se tão somente os lucros produzidos, portanto fora do alcance do conceito legal de capital estrangeiro. Já o *investimento direto* é aquele que se enquadra no perfil legal do artigo 1º. Trata-se do investidor que, não só almeja a *mais valia*, mas também deseja se envolver no processo produtivo da atividade econômica do país seja majoritariamente ou minoritariamente. Nas palavras de Luiz Olavo Baptista, “a distinção, que não é científica, serve apenas para indicar dois tipos de atitude que correspondem, entre os acionistas, aos ‘rendeiros’ e aos ‘empreendedores’, que encontramos no direito societário” (BAPTISTA, 1998, p. 32).

Feita a distinção sob o ponto de vista da atitude do investidor, cabe lembrar que somente ao capital estrangeiro aplicado em forma de *investimento direto* é dispensado tratamento privilegiado, com direito à repatriação do principal e remessa de lucros ou reinvestir na mesma ou outra empresa. O controle se dá através do Certificado de Registro expedido pelo Banco Central do Brasil.

Observando a lei brasileira sobre capital estrangeiro, percebe-se que foi seguida a orientação dada pelo Código de Conduta da OCDE, no que se refere à permanência e controle. Senão, vejamos outro importante ponto aventado por Luiz Olavo Baptista ao comentar a definição do Modelo OCDE (1998, p. 32-33):

Numa definição, dada pelo Código de Conduta da OCDE sobre liberação da circulação de capitais¹⁸ encontramos as referências à permanência e ao controle:

Investimento, para o propósito de estabelecer relações econômicas duráveis com uma empresa tal como, em particular, investimentos que dêem a possibilidade de exercer uma influência efetiva na administração desta:

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

1. Criação ou extensão de uma controlada integral, integrada ou filial, aquisição da totalidade de uma empresa existente;
2. Participação em uma nova empresa ou numa já existente;
3. Um empréstimo de cinco anos ou mais de duração

B – No exterior, por residentes através de:

1. Criação ou extensão de uma controlada integral, subsidiária ou filial, aquisição da totalidade de uma empresa existente;
2. Participação em uma nova empresa ou numa já existente;
3. Um empréstimo de cinco anos ou mais de duração.

Dessa forma, vê-se que a transferência de recursos aparece vinculada à noção de controle de alguma empresa, ou a um empréstimo de longa duração (pelo papel que este desempenha na vida dessa).

A definição da OCDE dá ênfase à durabilidade das “relações econômicas” entre investidor e empresa. Ou seja, destaca o elemento temporal como característica do investimento, o que se vê também no MIGA¹⁹.

Com essas considerações, podemos identificar que o capital estrangeiro aplicado no País em forma de investimento, além da *permanência*, está delimitado por critérios relativos; a *natureza* do investimento (direto), ao *destino* (atividade produtiva) e também quanto a *origem* do investimento, que é outro critério da noção de investimento a que se reporta a Lei nº 4.131/62. Que, por se tratar de um tema que será exposto no próximo elemento, o *substancial subjetivo*, vamos nos limitar a destacar o caráter internacional do investimento.

Em geral, os investimentos podem ser tanto de fonte interna como de fonte externa. O investimento externo é o capital estrangeiro que ingressa em território nacional para ser aplicado nos setores produtivos da economia. Ainda há o investimento nacional, de recursos provenientes de fonte interna, em território estrangeiro. A referência que faz a Lei nº 4.131/62 é quanto ao investimento direto, de recursos provenientes do estrangeiro. O que concede ao investimento o caráter trans-fronteiriço.

O destino na atividade econômica a que se refere o artigo 1º da lei pode se dar na indústria, no comércio ou nos serviços. Ao lado do IED, a prática internacional tem reconhecido outras formas de cooperação internacional, como os contratos de serviço, os

¹⁸ OCDE (Eds.). *Code of Liberalization of Capital Movements*. rev. mod. Paris: OCDE, 1993. Anexo A, Lista A, Investimento Direto. p.23, adotado em 18/12/61.

¹⁹ *Ibidem*, artigo 12 (a).

contratos de risco, as *joint ventures*, os *turn-key agreements*²⁰, os acordos de compensação, os acordos de cooperação técnica internacional e muitos outros, notadamente oriunda de governos em uma fase mais adiantada (BAPTISTA, 1998, p. 39).

Ainda comportaria esclarecer se, a par dos critérios que delimitam a noção de investimento adotada pela lei brasileira, o investimento direto poderia ser público ou privado. Manifestando sobre o assunto, Luiz Olavo Baptista sustenta seu posicionamento com escopo na doutrina de Dominique Carreau:

Ora, nem todo investimento feito por pessoa jurídica de direito público é investimento público. Há que se ter presente o fim ou o objeto das pessoas jurídicas, e verificar se executam, para o Estado que as criou, tarefas ligadas ao *jus imperii* ou atos de gestão privada (*jure gestionis*), pois aí os investimentos que fizeram entrarão numa ou noutra categoria.

A distinção, na atividade econômica do Estado, entre atos soberanos e atos de comércio é que predomina no direito internacional, e se aplica ao caso. Como se disse:

‘O investimento público resulta de uma vontade soberana do poder público, e tem por objeto a satisfação de uma necessidade de interesse público; o investimento privado resulta da livre determinação da iniciativa individual e é orientado para a busca do lucro, beneficiando interesses particulares’.

As aplicações da Braspetro no Iraque, por exemplo, poderão ser vistas como investimentos públicos pelo Brasil, dada (não só a origem, como) a finalidade: localização de petróleo para satisfação de necessidades, e do óbvio interesse nacional brasileiro. Já, pelo Iraque ou por outros países, serão vistos como mero ato de empreendedor em busca do lucro.

A distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis* a que aludimos é difícil, sempre difícil e controvertida. A controvérsia será tanto maior quanto o for a diferença de regimes (de economia planificada ou livre) e de grau de desenvolvimento entre os Países envolvidos (BAPTISTA, 1998, p. 37-38).

Nesse sentido, com base no *critério finalístico*, independe se o investimento for público ou privado, posto que há que se ter presente o fim lucrativo do investimento aqui realizado, sendo de se desconsiderar todas as remessas para fins filantrópicos, caritativos ou doações em auxílio a determinadas causas. Pode-se deduzir, a par das considerações até aqui expendidas, que a noção de investimento constante da Lei nº 4.131/62 se refere a capitais em

²⁰ Apesar de não se tratar de modalidade de IED, vale a pena conhecer essa modalidade contratual, nas palavras de Heleno Taveira Tôres: “O contrato *turn-key*, ou EPC, não é outra coisa senão um típico contrato de produção, que se distingue, portanto, daquele de compra e venda, porque alia um dar (transferência de propriedade) a um fazer, prestando as atividades de fabricação, proporcionando mão-de-obra, serviços adicionais etc. Para verificar o que prepondera, se o dar ou o fazer, busca-se a causa de cada contrato, isoladamente, porque as possibilidades dessa espécie de contrato atípico são amplas e multifárias, que fica a depender das características de cada projeto ou bem a produzir. Pela sua flexibilidade e grande praticidade, o contrato *turn-key* prosperou no mundo da construção civil, especialmente para adimplir trabalhos de construção e instalação exigidos contratualmente, deixando a instalação pronta para uso, sem que isso configurasse o contratado como proprietário dos bens, para fins de ulterior transferência, mediante contrato de compra e venda” (2005b, p. 107-108)

sentido amplo, investidos no setor produtivo da economia nacional, cuja titularidade seja de pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior.

Assim, resta-nos agora destacar as modalidades do investimento estrangeiro.

Modalidades de Investimento Direto Estrangeiro

- Investimento Societário.

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

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

Como modalidade de investimento, o *investimento societário* é considerado o de maior relevância para o Estado receptor diante das benesses que este pode proporcionar, como a transferência de tecnologia, o ingresso de recursos, a criação de empregos diretos em massa, além de contribuir com o gradativo e contínuo processo de substituição de importações. Assim, essa modalidade de investimento deve receber tratamento prioritário, o que a coloca disciplinada por dois princípios fundamentais (XAVIER, 1982, p. 334-335):

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

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

Conferindo garantias mínimas, como o *tratamento não discriminatório*, o Estado receptor estará conquistando a confiança do investidor. No entanto, o próprio dispositivo (artigo 2º) faz uma ressalva em sua parte final, qual seja: “[...] em igualdade de condições [...]”. Esta ressalva estaria salvaguardando o interesse nacional contido no artigo 172 da Constituição Federal, *verbis*: “Artigo 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”. É claro que o capital estrangeiro, em determinados casos, não estará em igualdade de condições com o capital nacional. Nesse sentido, será perfeitamente válida qualquer discriminação que se venha impor ao capital estrangeiro, tendo como referência o interesse nacional²¹.

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

²¹ Assim também em Portugal, como ressalta José Casalta Nabais: “O que devemos sublinhar em Portugal, não deixa de ter por base a própria Constituição, uma vez que esta, de um lado, consagra, como objetivo da política industrial, ‘o apoio à projecção internacional das empresas portuguesas’ (artigo 100º, al. e) e, de outro lado, prescreve que: a lei disciplinará a actividade económica e os investimentos por parte de pessoas singulares e colectivas estrangeiras, a fim de garantir a sua contribuição para o desenvolvimento do país [...] (artigo 87º)” (2005, p. 614)

Nessa modalidade de investimento há obrigatoriedade de se prestar todas as informações correspondentes aos ingressos de recursos do exterior revertidos para o *investimento societário*. As informações a serem prestadas servirão de base para que o BACEN possa manter o controle sobre investimentos externos diretos no Brasil, o qual expedirá um número de registro para futuras operações. Assim, toda e qualquer mutação no capital social deverá ser objeto de registro perante o SISBACEN, bem como as operações simbólicas de câmbio²². Isto nos permite afirmar que o controle de capitais estrangeiros no Brasil é regulamentado sob o ponto de vista cambial, e que confere, ao seu titular, as prerrogativas da lei.

Enfim, o *investimento societário* cujo capital estiver devidamente registrado no BACEN, garantirá ao seu titular três direitos, a saber: o direito à remessa de lucros, o direito ao reinvestimento e o direito à repatriação do capital. Vejamos agora alguns setores da atividade econômica cuja restrição se impõe ao capital estrangeiro:

– Limitações ao princípio de liberdade de acesso

A princípio, pelo *princípio de liberdade de acesso*, o investimento societário independe de qualquer autorização. No entanto, a Constituição Federal impõe limites ao *princípio de liberdade de acesso*, seja impedindo a participação do capital estrangeiro em determinados setores da economia nacional, seja impondo que se faça mediante autorização ou concessão prévia²³. Vejamos quais são os setores que, atualmente, se impõe limites de acesso:

I. Exploração e aproveitamento de minérios e minerais de energia atômica: inciso V do artigo 177 da Constituição Federal. Essa atividade continua monopólio da União, incluindo a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o

²² Conforme Dr. Antônio Márcio da Cunha Guimarães: “Operações simbólicas significam que não existem nelas compra e venda de divisas, mas apenas *spread* na diferença de taxas. As cotações e transações são comunicadas ao Banco Central, através do Sisbacen. Em geral, tais operações destinam-se a conversão em investimento de créditos externos não abrangidos pelo sistema de leilão, nos termos do Regulamento da Res. 1.460, de 1.2.88; e a conversão em investimentos de empréstimos e financiamentos externos, rendimentos e outros créditos remissíveis, não incluídos no âmbito do Clube de Paris e do Plano Brasileiro de Financiamento (Circ. 2.064-I b)” (1996, p. 107-108).

²³ Mais uma vez, ressalta José Casalta Nabais: “E para recortarmos o regime geral do investimento estrangeiro, em uma ordem jurídica hierarquicamente estruturada ou estruturada em pirâmide como são as actuais ordens jurídicas e é naturalmente a nossa, devemos começar por referir que o investimento estrangeiro apresenta-se como uma realidade que se situa na problemática mais geral do acesso à actividade económica, ou seja, constitui uma das manifestações, e certamente uma das manifestações mais importantes, da liberdade de acesso à actividade económica. Neste caso, de acesso à actividade económica por parte dos investidores estrangeiros, acesso este que, obviamente, suscita problemas especiais pelas suas naturais incidências políticas, económicas e sociais” (2005, p. 610).

comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados. Trata-se de reserva nacional essencial à segurança do País.

II. Navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias: artigo 178 da CF/88. O transporte aéreo, aquático e terrestre de embarcações de bandeira estrangeira, a princípio, não é atingido por restrição. Porém, deve ser objeto de disposição legal, além da observância dos acordos firmados pela União, atendendo-se ao princípio da reciprocidade de tratamento com o respectivo Estado. Nesse sentido, a restrição que impera é somente aos Estados que restrinjam a navegação de embarcações de bandeira brasileira em seu território.

III. Propriedade e administração de empresas jornalísticas de qualquer espécie; televisão e radiodifusão: artigo 222 da CF/88. Esta atividade é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais cabe a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual. No entanto, com a EC nº 36, de 28 de maio de 2002, o citado dispositivo passou a permitir a participação estrangeira, em empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens brasileiras, mediante regulamentação. Com a Lei nº 10.610, de 20 de setembro de 2002, foi estabelecida a limitação estrangeira a 30% do capital social e, ainda, que as respectivas ações não dêem direito a voto.

IV. Aquisição ou arrendamento de propriedade rural: artigo 190 da Constituição Federal determina que a aquisição ou arrendamento de imóveis rurais por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras está sujeita à limitação e regulamentação legal. Porém, há casos que ainda dependerão de autorização do Congresso Nacional.

V. Investimentos de capital estrangeiro: seguros, previdência privada e planos de saúde. Conforme prevê o artigo 192 da Constituição Federal a autorização e o funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização serão regulados por lei complementar, inclusive sobre a participação do capital estrangeiro nesses setores da atividade econômica, considerando o interesse nacional e acordos internacionais. Com relação ao sistema de saúde, o artigo 199 da CF determina que a participação do capital estrangeiro nessas instituições também depende de previsão legal. A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, também traz vedação ao investimento estrangeiro na área de saúde. Porém, há quem sustente que, atualmente, não há qualquer vedação legal de participação do capital estrangeiro nesses setores da economia nacional. Esse entendimento é possível a partir do artigo 1º da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, pois em se tratando de investimentos no sistema securitário nacional, é de se observar a regra de reciprocidade de tratamento, conforme dispõe o Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Isto se estenderia ao investimento estrangeiro nos

setores de previdência privada aberta com fins lucrativos, graças ao artigo 9º do Decreto nº 81.402/78 (ANDRADE JÚNIOR, 2001, p. 21).

VI. Investimento de capital estrangeiro em subscrições de ações em bancos brasileiros: artigo 192 CF/88 e artigos 50 e 51 da Lei nº 4.131/62. Nesse caso, é aplicável a regra de reciprocidade de tratamento com a legislação do país da matriz do banco estrangeiro instalado no Brasil. Se a legislação do país da matriz restringir o funcionamento de bancos brasileiros em seu território, a participação acionária no Brasil não poderá exceder a 30% das ações votantes do capital de bancos brasileiros.

VII. Investimento de capital estrangeiro na indústria da pesca: artigo 18 e 19 do DL nº 221/67 c/c artigo 9º da Lei nº 6.276/75, e ainda a Lei nº 9.432/97 e Decreto nº 2.840/98. Em qualquer hipótese, seja indústria nacional ou estrangeira, a atividade pesqueira está sujeita a prévia autorização pelo Ministério da Agricultura ou por acordos internacionais, no caso de embarcação estrangeira (artigo 9º da Lei nº 6.276/75 e artigo 1º, § 4º do Decreto nº 2.840/98). Em caso de inobservância da referida autorização, a embarcação estará sujeita ao apresamento pela autoridade inspetora, além da aplicação de multas e apreensão dos equipamentos (ANDRADE JÚNIOR, 2001, p. 23).

Essas são atividades econômicas em que há restrições ao capital estrangeiro.

Cabe lembrar que vários setores deixaram de sofrer essas limitações relativamente ao capital estrangeiro, a saber:

I. Exploração e aproveitamento de jazidas, minas e demais recursos minerais, e os potenciais de energia hidráulica: § 1º do artigo 176 da Constituição Federal. Independentemente de autorização, qualquer empresa nacional pode exercer a atividade de exploração de jazidas minerais, bem como dos potenciais de energia hidráulica, de acordo com o interesse nacional, desde que tenham sua sede social e administração no País. Essa possibilidade se deu com a EC nº 6, de 15 de agosto de 1995.

II. Exploração, pesquisa e lavra do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos: EC 09/95. Com a referida emenda constitucional não mais existe restrição à essa atividade, bem como quanto ao transporte, à importação e à exportação.

III. Investimentos em serviços de telecomunicações: inciso XI, artigo 21 da CF/88 c/c EC 8/95 e Lei nº 9.295/96. Compete à União a exploração dos serviços de telecomunicações, admitindo-se a concessão ou permissão para empresas privadas, inclusive de capital estrangeiro.

IV. Investimento de capital estrangeiro na indústria aeronáutica nacional: o Decreto-lei nº 770/69 não proibia a participação estrangeira no capital social da EMBRAER,

cujos objetivos eram o de desenvolver a indústria aeronáutica brasileira. A única observação era que a União deveria subscrever o percentual mínimo de 51% das ações ordinárias nominativas com direito a voto. À vista disso, não havia restrição alguma na participação acionária. Com o Decreto nº 423, de 14 de janeiro de 1992, determinou-se que as ações representativas das participações acionárias da União e das entidades da Administração Pública Federal indireta deveriam ser depositadas no Fundo Nacional de Desestatização. Assim, grande parte das ações de titularidade da União foram adquiridas em leilão por empresas nacionais e estrangeiras (ANDRADE JÚNIOR, 2001, p. 26).

– Modelos Societários utilizados.

Na constituição do *investimento societário* mediante capitais estrangeiros é comum a utilização de dois modelos jurídicos; quais sejam, a Sociedade Limitada e a Sociedade Anônima. Mas nada impede que se constitua por meio de outros modelos jurídicos, com exceção da Sociedade em Conta de Participação, que não é admitida pelo BACEN²⁴. Attila de Souza Leão Andrade Júnior defende a utilização do contrato de *consórcio* como outra forma de investimento efetuado por pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no exterior. Pois apesar de sua semelhança com a sociedade *em conta de participação*, porque destituídas de personalidade jurídica, nesta os sócios ocultos são desconhecidos no mundo exterior, e naquela, todos os sócios são indicados no contrato, que se recomenda registrar em cartório. Outro ponto favorável é a atribuição de responsabilidade definida no próprio contrato social, enquanto na outra, somente os sócios ostensivos responderiam perante terceiros pelas obrigações sociais (ANDRADE JÚNIOR, 2001, p. 39).

Linhas atrás, afirmamos que o destino na atividade econômica a que se refere o artigo 1º da lei pode se dar na indústria, no comércio ou nos serviços, sob quaisquer modelos societários, com exceção da sociedade em conta de participação. Mas, conforme havíamos advertido, ao lado do investimento direto internacional – IDE, a prática tem reconhecido outras formas de cooperação internacional, como os contratos de serviço, os contratos de risco, as *joint ventures*, os *turn-key agreements*, os acordos de compensação, os acordos de

²⁴ A propósito, Attila de Souza Leão Andrade Júnior assinala sobre essa forma de aplicação de capital estrangeiro: “Seria altamente injusto e adverso aos interesses nacionais, se se permitisse que pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, se tornassem ‘sócios ocultos’ em sociedades em conta de participação constituídas no País. Além de endossar as práticas abusivas que sempre se originam do anonimato, o BACEN, se admitisse a referida participação, estaria atribuindo ao capitalista estrangeiro um status de isenção de responsabilidade deste para com terceiros, credores nacionais, relativamente as obrigações contraídas pela sociedade. Em outras palavras, o capitalista estrangeiro somente usufruiria dos lucros sociais sem assumir, em contrapartida, os riscos e as responsabilidades inerentes ao negócio” (2001, p. 38).

cooperação técnica internacional e muitos outros, notadamente oriunda de governos em uma fase mais adiantada (BAPTISTA, 1998, p. 39).

- Investimento financeiro.

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

Atualmente, a regulamentação do capital estrangeiro no Brasil subdivide os créditos externos em: empréstimos, financiamentos e abertura de créditos. As operações em apreço devem observância ao disposto na Lei nº 4.131/62, Decreto nº 55.762/65 e demais normas expedidas pelo BACEN, atualmente Resolução CMN nº 2.770/2000 e Circulares nºs 3.027/2001 e 2.997/2000.

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

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

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

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

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

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

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

- Subcapitalização de empresas.

O *investimento financeiro* entre empresas do mesmo grupo, quando excessivo, poderá caracteriza o “*thin capitalized*”. Trata-se de indesejável situação perante a comunidade internacional, que ocorre quando os empréstimos e financiamentos superam o capital da

empresa decifitária. A *subcapitalização* é o inverso da situação almejada pelo Estado hospedeiro, porque, além de ficticiamente capitalizada, estará financeiramente deficitária. Certamente fraudará credores e também poderá caracterizar uma *distribuição disfarçada de lucros*.

A subcapitalização de empresas poderá ser considerada uma prática *elisiva* quando os empréstimos ou financiamentos ocorrerem em valores equivalentes ao investimento afetado, seja na aquisição de maquinários, instalações, área de produção, etc. Mas também poderá se afeiçoar a uma verdadeira *evasão fiscal* quando os valores lançados contabilmente estiverem além do investimento realizado, com o propósito de se valer de um empréstimo fictício e, conseqüentemente, o não pagamento ou o pagamento a menor dos tributos incidentes sobre o lucro (IRPJ e CSLL).

- Investimento tecnológico.

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

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

Ives Gandra da Silva Martins, na qualidade de Vice-Presidente do Gabinete de Estudos Jurídicos do Investimento Internacional, defendeu que a transferência de tecnologia deveria se dar a partir análise de duas teorias dominantes, a *teoria da diversificação nivelada* e a *teoria da necessidade crítica*. As teorias analisam a incorporação do objeto transferível, tecnologia, sob duas realidades distintas, quais sejam; as transferências realizadas entre países desenvolvidos e as realizadas de países desenvolvidos para países não desenvolvidos. Vejamos de perto essas duas principais teorias, que foram formuladas a partir dessa realidade observada:

III-1. A teoria da diversificação nivelada.

[...]

Ora, o que a teoria da diversificação nivelada permite é o encontro do leito comum dos interesses privados, para, nos países desenvolvidos, haver uma compreensiva especialização setorial e regional para a produção tecnológica, cuja transferência se dá sempre que ocorra simultaneamente uma especialização bem definida e interesse econômico (custo mais baixo ou contrapartida negocial).

De país desenvolvido para país desenvolvido, em havendo a conjugação acima, é comum a transferência de tecnologia.

A transferência, todavia, faz-se em termos de igualdades operacionais e de conhecimentos potencialmente semelhantes, de tal maneira que o pacote tecnológico adquirido conhece-se, em sua apresentação exterior, e pode ser examinado, antes de sua aquisição, em sua estrutura intrínseca, o que vale dizer, a tecnologia adquirida é algo que se recebe com efetivo conhecimento de todas as suas possibilidades.

[...]

III-2. A teoria da necessidade crítica.

Bem distinta é a situação das potências intermediárias ou menores, em busca de crescimento e carentes de tecnologia própria, que não possuem, e sem grandes condições de exame daquela mais sofisticada existente nas nações desenvolvidas. Tais países necessitam adquirir a tecnologia imprescindível para seu desenvolvimento, que conhecem, apenas pela aparência externa. Quase sempre estão impossibilitados de uma análise mais profunda de seu valor intrínseco, pelo não domínio das técnicas que pretendem atingir. A imperatividade do crescimento torna-se crítica e a aquisição, em muitos aspectos internos, é realizada às cegas, por menores condições que as grandes nações na ponderação e estudo de suas variadas aplicações (XAVIER; MARTINS, 1980, p. 103-105).

Veja-se que em ambas há um interesse preeminente: a transferência de tecnologia. Na teoria da diversificação nivelada as partes tencionam vantagens econômicas e o nivelamento tecnológico, que será absorvido com relativa facilidade. Na teoria da necessidade crítica também há vantagem econômica, embora não haja plena absorção da tecnologia adquirida. Por outro lado, com o avanço na linguagem computacional, a absorção poderia ser facilitada com a codificação do conhecimento transferido mediante o desenvolvimento de *softwares*²⁵. Conhecido o objeto, a tecnologia, bem como a forma de absorção, a transferência, passa-se a analisar os aspectos jurídicos e operacionais necessários para a efetivação negocial.

O *investimento tecnológico* consiste na celebração de contratos de transferência de tecnologia entre a empresa receptora de tecnologia e o detentor, que a possui, residente, domiciliado ou com sede no exterior, nos termos da legislação em vigor, atualmente a Lei nº 9.279/96. Além do registro declaratório eletrônico (RDE) perante o BACEN²⁶, relativamente às remessas de pagamentos para o exterior, os contratos devem ser submetidos, previamente, a um controle pelo INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, sendo de obrigatória averbação os seguintes contratos²⁷: licença de exploração de patentes de invenção e de

²⁵ Veja em Callegari (2002) e Milanez (2004).

²⁶ Previsto na Circular 2.997, de 15 de agosto de 2.000.

²⁷ Artigo 211 da Lei nº 9.279/96.

modelo de utilidade; licença de uso de marca; fornecimento de tecnologia não patenteada ou *know-how*; prestação de serviços técnicos; participação nos custos de pesquisa, *cost sharing*, e franquia. A averbação se faz necessária para gerar efeitos perante terceiros e também para fins de registro junto ao BACEN.

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

Ainda sobre as remessas a título de pagamento pela contraprestação da tecnologia incorporada, o BACEN poderá verificar a efetividade e utilidade da assistência técnica administrativa ou semelhante em benefício da empresa recipiente. É que tais remessas poderão ser consideradas como evasão de divisas caso não fique comprovada a efetiva utilidade da assistência para a empresa recipiente (artigo 10 da Lei nº 4.131/62). A mesma verificação poderá ocorrer pelo BACEN nos casos de remessas a título de pagamento de *royalties* devidos por patentes de invenção, marcas de indústria e comércio ou outras modalidades da mesma espécie, os quais dependerão de prova de que os respectivos privilégios não caducaram no país de origem.

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

1.2.4 Elemento substancial subjetivo

Residência: domicílio ou nacionalidade.

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

O artigo 1.126 do Código Civil de 2002 considera nacional a sociedade constituída em conformidade com a lei brasileira e que mantenha no Brasil sua sede de administração. Poderá, no entanto, ser alterada a nacionalidade da sociedade brasileira por manifestação da unanimidade dos acionistas ou sócios. Por outro lado, o domicílio dos acionistas determinará o controle da sociedade. Mas, com a revogação do artigo 177 da Constituição Federal, que concedia tratamento especial às empresas brasileira de capital nacional, o domicílio de controle perdeu relevância (BORBA, 2004, p. 172).

As pessoas jurídicas podem se caracterizar como *sociedade nacional* (artigo 1.126 CC/02) ou *sociedade estrangeira* (artigo 1.134 CC/02). Igualmente, a *sociedade nacional* e a *sociedade estrangeira* poderão mudar de nacionalidade (artigo 1.141 CC/02), o que requer autorização prévia do Governo Federal e o cumprimento de uma série de requisitos, como a reprodução das publicações do balanço patrimonial e resultados econômicos do país de origem. Essas exigências têm feito com que o capital estrangeiro prefira se instalar aqui sob a forma de *subsidiária de sociedade estrangeira*, que desfruta dos mesmos direitos aplicáveis às sociedades nacionais sem a burocracia exigida às *sociedades estrangeiras* cujo controle seja de capital estrangeiro.

Interessa-nos, também, qualificar as empresas multinacionais e as transnacionais. As *multinacionais* são grandes empresas que operam em vários países através de subsidiárias e sob o controle de *holdings*. Haverá uma sociedade de comando a qual serão canalizados os lucros obtidos nas subsidiárias, o que geralmente se dá em países desenvolvidos ou com tributação favorecida. Já as *transnacionais*, por envolver uma pluralidade de centros de comando, entre acionistas e colaboradores de vários países, estão desprovidas de ligação com determinado país. No entanto, como nas *multinacionais*, haverá uma sociedade de comando para receber os vultosos lucros das várias subsidiárias.

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

É agora chegado o momento de apurar o que imprime caráter ‘estrangeiro’ a um determinado investimento. Ao invés da orientação adotada noutras leis, o caráter estrangeiro de um investimento é dado pela residência e não pela nacionalidade do seu titular. E o fato explica-se singelamente se se tiver presente que a lei brasileira de capitais estrangeiros foi concebida sobretudo como uma regulamentação, do ponto de vista cambial, dos direitos a remessas de divisas estrangeiras. E, deste ângulo de visão, apenas a residência é relevante. Assim são investimentos estrangeiros os investimentos realizados no Brasil por brasileiros residentes no exterior; e não serão considerados como tal os investimentos realizados por estrangeiros residentes no Brasil (1982, p. 339).

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

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

Além de voluntário, o domicílio poderá ser alterado a qualquer momento, admitindo-se, como vimos, a pluralidade domiciliar. É provável que determinadas pessoas poderão ter domicílio certo, como o recém-nascido, o incapaz, o servidor público, o militar da

Marinha ou Aeronáutica, o Agente Diplomático do Brasil e, por fim o preso. Todas estas pessoas, bem como outras em caráter voluntário, estão potencialmente sujeitas a se tornarem titulares de capitais estrangeiros e, ainda, investidor estrangeiro.

Apesar da *lex specialis*, Lei nº 4.131/62, determinar que para fins de caracterização do capital estrangeiro o investidor pessoa física deverá conter o elemento de estraneidade sob a qualificação de residência ou domicílio (exterior), há casos que poderiam causar dúvidas. Vejamos uma interessante observação sobre as omissões da lei feita por Attila de Souza (ANDRADE JÚNIOR, 2001, p. 29):

Considere-se uma outra hipótese: a subsidiária ou a filial de uma sociedade brasileira no exterior remete ao Brasil bens ou divisas para serem investidos em atividades econômicas no País. Esses bens ou recursos financeiros seriam registráveis no BACEN como capital estrangeiro? A hipótese, apesar de inusitada, não é impossível de ocorrer, mormente em se considerando a expansão do capital nacional além-fronteiras, que hodiernamente já podemos testemunhar: Em analisando a hipótese, parece-nos que, se da aplicação desses bens ou divisas resultar a remessa de lucros ou dividendos ao exterior, os mesmos devem ser considerados como ‘capital estrangeiro’, registrável no BACEN independentemente de a subsidiária ou filial de sociedade brasileira ter ou não sede no exterior.

Veja-se que a hipótese aventada pelo citado autor realmente é inusitada, pois a matriz é brasileira e, no caso, nos parece bastante razoável que as remessas tenham o mesmo tratamento que as remessas de sociedades de capitais estrangeiros.

Outro tema que causa polêmica entre os doutrinadores é quanto a mudança de domicílio. Há quem sustente que, com a mudança de domicílio/residência do investidor, o certificado de registro estaria cancelado (TÔRRES, 2001a, p. 567; SILVEIRA, 2003, p. 395). Já para Luiz Olavo Baptista, o registro ficaria suspenso enquanto perdurar a situação (1998, p. 65). Interessante é a observação de Eduardo Teixeira Silveira²⁸, que considera que a simples suspensão dos efeitos permitiria ao investidor estrangeiro optar pelo melhor regime, nacional ou estrangeiro, possibilitando a sua alteração assim que lhe conviesse (2003, p. 395).

No entanto, a mudança de domicílio poderia ocorrer em virtude da necessidade de acompanhar de perto o desenvolvimento da atividade econômica, por prematura ou outro motivo, como crise econômica, treinamento de pessoal, enfim, várias circunstâncias. A melhor justificativa seria a que consta da própria lei, que prevê, como elemento do conceito, o aspecto *substancial subjetivo*, residente ou domiciliado no exterior. Se a lei o prevê como

²⁸ *Verbis*: “Filiamo-nos à segunda corrente, já que admitir a simples suspensão dos efeitos do certificado de registro, seria permitir que o estrangeiro pudesse optar pelo regime que melhor lhe conviesse, modificando seu domicílio formal para se sujeitar ao regime jurídico de investidor estrangeiro ou nacional conforme as disposições de um e outro lhe fossem mais interessante” (SILVEIRA, 2003, p. 395).

elemento indispensável, não haveria necessidade de se prever expressamente a hipótese do cancelamento do registro no caso de transferência de domicílio, residência ou sede. Além do mais, há previsão para o cancelamento do registro no caso de cessão ou transferência do capital a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no país (artigo 52 do Decreto 55.762/65).

1.2.5 Elemento formal

Registro do capital estrangeiro.

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

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

Atualmente, o registro se dá perante o Sistema de Informações do Banco Central – SISBACEN, devendo ser observado procedimento específico, estabelecido pelo Banco Central, para cada modalidade de investimento. Em vista das constantes modificações quanto às formalidades do registro, através das Circulares emanadas pelo BACEN, serão expostos os principais aspectos a serem observados para cada uma das modalidades de investimento estrangeiro. Assim, será analisada a legislação brasileira sobre capital estrangeiro, em especial

a Lei nº 4.131/62, alterada pela Lei nº 4.390/65, o Decreto nº 55.762/65, bem como Circular BACEN nº 2.997, de 15 de agosto de 2000.

Registro no investimento societário.

O registro de capitais no *investimento* societário a que nos referimos, compreende todas as formas de investimento externo direto admitidas pelo BACEN, de titularidade de residentes, domiciliados ou com sede no exterior, como: investimentos em moeda, bens tangíveis ou intangíveis importados, sem cobertura cambial, conversões dos *investimentos tecnológico e financeiro em societário*, além dos reinvestimentos por capitalizações de lucros ou reservas de capital. Estas operações e outras, como as remessas à título de lucros ou dividendos, bem como a repatriação de capital, deverão ser informadas ao BACEN. Enfim, devem ser informadas todas as mutações do capital estrangeiro. Esta obrigatoriedade poderá sujeitar o infrator a pesadas multas, além da possibilidade de ter suspenso ou cancelado o registro, se porventura as informações prestadas forem incorretas, incompletas, omissas ou intempestivas²⁹.

A atual sistemática de registro estabelecida através de normas do BACEN difere em alguns pontos da estabelecida pela Lei nº 4.131/62 e Decreto nº 55.762/65. Um dos principais pontos de divergência é quanto à expedição do Certificado depois de efetuado o registro, previsto no artigo 6º do Decreto. Pela Circular nº 2.997/00 o registro do investimento externo passa a ser de forma eletrônica, Módulo R D E - IED, cuja expedição de certificado cedeu lugar a um número de registro fornecido pelo SISBACEN, que será utilizado nas alterações seguintes.

Antes do registro das operações, os responsáveis pelo procedimento devem se cadastrar no SISBACEN, conforme instruções previstas na *home page* do Banco Central. A Circular nº 2.997/00 ainda prevê que todos os documentos comprobatórios das declarações prestadas devem estar à disposição do BACEN, em perfeita ordem, pelo prazo de cinco anos contados da data de cada declaração no Módulo RDE-IED.

Tratando-se de capitais estrangeiros ingressados em moeda, a lei concede um prazo de 30 dias para se providenciar o registro no BACEN. O mesmo prazo deve ser

²⁹ Assim se define a fraude cambial, conforme o Prof. Dr. Antônio Márcio: “As fraudes cambiais existem, sob dois aspectos, o ilícito cambial propriamente dito, subordinado aos efeitos e sanção do artigo 23, §§ 2º e 3º, da Lei nº 4.131, de 3.9.62, sujeitando o infrator à pena de multa administrativa de até 100% sobre o valor da irregularidade, do valor da operação cambial, objeto do ilícito cambial, sem prejuízo das sanções criminais de falsidade ideológica, pela falsificação de documentação cambial, crime meio, e dolo específico contra as divisas do país, nas importações ou exportações fictícias, além do crime de sonegação fiscal, por falta de declaração desses valores no imposto de renda” (GUIMARÃES; SILVA, 1996, p. 50).

observado para o registro do reinvestimento de lucros, contando-se da data da efetiva disponibilidade. Tratando-se de bens, a Circular nº 2.997/00 prevê o prazo de 90 dias contados da data do desembarço alfandegário. Em qualquer caso, o registro se dará com o respectivo envio de todas as informações necessárias à caracterização da operação e do titular do investimento.

Apesar da lei dispor que a moeda registrada deve ser a do país de onde originou os recursos, o BACEN tem observado o disposto no decreto, que prevê a moeda efetivamente ingressada no País. Trata-se de conflito entre o artigo 4º da Lei nº 4.131/62 com os artigos 4º e 5º do Decreto nº 55.762/65, e que também se dá com o investimento em forma de bens. Sendo bens, a moeda a ser considerada será a do domicílio ou sede do credor ou investidor. Poderá ainda ser considerada a moeda do país de procedência dos bens, desde que com anuência do BACEN.

Quanto ao valor, será considerado o constante da fatura comercial, podendo-se computar os valores referentes às despesas de transporte e seguro. Após a efetivação do registro, o seu equivalente deverá ser utilizado para integralizar cotas em uma sociedade já existente ou para a constituição de uma sociedade nova. Adverte o artigo 15 da Lei nº 4.131/62 que, no caso de ser apurada fraude cambial ou aduaneira, por meio de processo administrativo regular, sujeitará o infrator à multa de até dez vezes o valor das quantias sub ou superfaturadas, ou na penalidade de proibição de exportar e importar por prazo de um a cinco anos.

Fato curioso é quanto à moeda a ser registrada no caso dos reinvestimentos de lucros. Prevê o artigo 10 do Decreto, que o registro se dará simultaneamente em moeda nacional e na moeda do país para o qual poderiam ter sido remetidos. A taxa cambial média será a do país de destino verificada entre a apuração - entendendo-se disponibilização - e a da aprovação pelos sócios cotistas ou acionistas.

Registro no investimento financeiro.

Nesta modalidade de investimento, o registro compreenderá aos contratos de empréstimos firmados entre a empresa receptora residente, domiciliada ou com sede no exterior. Trata-se de recursos provenientes do exterior destinados à produção de bens ou serviços, mediante a celebração de contratos de crédito, empréstimo ou financiamento, os quais deverão ser submetidos à prévia análise do BACEN para efeito de remessas à título de juros e amortização do capital.

A exibição dos contratos tem o propósito de proporcionar ao BACEN o efetivo controle das remessas de juros, que poderão ser consideradas como amortização do capital na parte que excederem a taxa de juros constante do contrato em referência e respectivo registro. O BACEN poderá impugnar e recusar a parte da taxa juros que exceder a praticada no mercado financeiro de origem do empréstimo, crédito ou financiamento, na data da realização para operações do mesmo tipo e condições (artigo 8º da Lei nº 4.131/62 e artigo 15 do Decreto nº 55.762/65). Os juros remissíveis de empréstimos registrados poderão ser convertidos em empréstimos. Para tanto, deverão ser submetidos ao BACEN todos os documentos pertinentes de forma a comprovar as operações em apreço (artigo 50 Decreto nº 55.762/65).

As remessas para o exterior a título de *investimento financeiro*, seja a título de juros ou de amortização do capital, devem ser registradas no BACEN e justificadas por meio dos referidos contratos e documentos. A lei não menciona quais documentos, e, sim, aqueles “que forem considerados necessários para justificar a remessa” (artigo 9º da Lei nº 4.131/62). Deve-se, ainda, comprovar o pagamento do imposto de renda que for devido a título de remessas de juros. Da mesma forma que no registro do *investimento societário*, toda documentação relacionada com as remessas deverão estar à disposição do BACEN pelo prazo de cinco anos contados dos respectivos registros.

As restrições às remessas previstas na lei, bem como no decreto, não são aplicáveis às remessas a título de juros e quotas de amortização, constantes dos contratos de empréstimos registrados no SISBACEN. Trata-se de exceção que justifica os propósitos das restrições às remessas para o exterior, que, em regra, dão-se em virtude de desequilíbrios no balanço de pagamentos, sendo que as remessas a título de pagamento de juros, ou do principal de empréstimos no exterior têm, justamente, a finalidade de diminuir o *déficit* no balanço de pagamentos.

Registro no investimento tecnológico.

O *investimento tecnológico* consiste na celebração de contratos relativos à propriedade industrial firmados entre a empresa receptora e pessoa residente, domiciliado ou com sede no exterior. Pelo artigo 2º, da Lei nº 9.279, de 14.05.1996, as formas de propriedade industrial são: as patentes de invenção e de modelo de utilidade; o desenho industrial; e o registro de marca.

Em decorrência dos contratos relativos a direitos de propriedade industrial, todas as remessas para o exterior, como pagamento de *royalties*, assistência técnica, científica,

administrativa e semelhante, devem ser comprovadas documentalmente, bem como informadas ao BACEN, para fins de obtenção do registro junto ao SISBACEN (artigo 3º e 9º da Lei nº 4.131/62 e Circular BACEN nº 2.997/2000). Há exceção quanto às remessas de pagamentos de *royalties* (pelo uso de patentes de invenção e de marcas de indústria ou de comércio) entre filial ou subsidiária de empresa estabelecida no Brasil e sua matriz com sede no exterior ou, ainda, quando a maioria do capital da empresa brasileira pertence aos titulares dos recebimentos (artigo 14 da Lei nº 4.131/62 e 20 do Decreto nº 55.762/65).

O BACEN poderá, quando necessário, verificar a assistência técnica administrativa ou semelhante, prestada a empresas receptoras no Brasil, com a finalidade de apurar a efetividade dessa assistência. Isto não dispensa a obrigatoriedade da exibição de certidão probatória da existência e vigência, no Brasil, dos respectivos privilégios concedidos pelo INPI, e que, também, referidos direitos não caducaram no país de origem. Da mesma forma, o BACEN poderá exigir a comprovação da efetividade da utilização das patentes e dos registros referentes a *royalties*, desde que, em ambos os casos, haja remessa de divisas para o exterior (artigo 10 e 11 da Lei nº 4.131/62 e artigo 19 Decreto nº 55.762/65).

Os requisitos preliminares ao registro no BACEN consistem, basicamente, na averbação dos contratos relativos à propriedade industrial junto ao INPI, bem como cadastro dos responsáveis pelo registro e da empresa receptora junto ao SISBACEN, conforme instruções contidas no *home page* do Banco Central do Brasil (§ 2º do artigo 1º e artigo 2º do Regulamento Anexo à Circular nº 2.997, de 15 de agosto de 2000). Todas as operações posteriores deverão ser informadas ao SISBACEN através do registro inicial obtido, de forma a manter o cadastro da empresa sempre atualizado.

Conforme mencionamos, as remessas para o exterior a título de pagamento de *royalties* e assistência técnica poderão ser convertidas em *investimento societário*. Trata-se da forma mais comum de conversão de investimento externo. Para tanto, deverão ser submetidos ao BACEN todos os documentos pertinentes de forma a comprovar e justificar as operações em apreço.

A moeda utilizada no registro dos contratos que envolvam transferência a título de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, será a do país de domicílio ou sede dos beneficiários das remessas. Mas, tendo em vista o interesse nacional, o BACEN poderá autorizar remessas em moeda distinta da prevista no registro.

Por fim, cabe mencionar que aqui também se aplica o intercâmbio de informações entre países estrangeiros (artigo 16 da Lei nº 4.131/62); a obrigatoriedade de demonstração no

balanço das empresas da discriminação de capitais estrangeiros (artigo 21 e 22); e quanto às restrições às remessas no caso de problemas no balanço de pagamentos (artigo 28).

1.2.6 Capital contaminado

Aos *investimentos societários* ingressados no País, cujo registro tiver sido denegado pelo BACEN dá-se o nome de *capital contaminado*. A contaminação do capital pode ocorrer em virtude da falta de comprovação da origem de seu ingresso ou até por comprovada hipótese de se tratar de valores oriundos de atividades criminosas, lavagem de dinheiro ou outro motivo ilícito. Em decorrência disso, eventuais remessas enviadas antes da decisão do BACEN poderão ser objeto de futuras compensações de valores remissíveis ou, inexistindo valores remissíveis, deverão ser exigidos dos responsáveis restituições das divisas transferidas em excesso (artigo 48 Decreto nº 55.762/65). Em determinados casos, o BACEN admite a *descontaminação* do capital através de processo administrativo regular a fim de proporcionar ao investidor estrangeiro as garantias concedidas ao capital estrangeiro devidamente registrado.

O *capital contaminado* traz problemas para a empresa receptora, haja vista que é através do valor registrado no BACEN que será atribuída a participação no capital social da empresa receptora, que, por sua vez, proporcionará ao seu titular estrangeiro o direito às remessas a título de lucros e dividendos. Entre outros problemas, poderá também ocorrer a limitação na concessão de empréstimos e, principalmente, a responsabilização dos sócios, pois as cotas de capital anteriormente subscritas não serão integralizadas em virtude da contaminação.

1.2.7 Garantias do investimento registrado

O procedimento de liquidação dos investimentos.

As garantias dos investimentos registrados têm como pressuposto o procedimento de liquidação dos investimentos internacionais, os quais opõem a três ordens de interesses, muitas vezes conflitantes: ao Estado exportador de capital, ao Estado importador e à Ordem

Econômica Internacional. Através da prevalência da Soberania do Estado receptor em regulamentar toda matéria relativa a investimentos pode-se, de certa forma, concluir que os interesses deste sejam preservados diante dos demais envolvidos.

O procedimento de liquidação dos investimentos estrangeiros, por estar diretamente ligado à atração de investidores, tende a se situar no campo político e diplomático por parte dos Estados-hospedeiros receptores de capitais estrangeiros. Essas manifestações políticas exsurtem nas normas internas incentivadoras através de acordos de garantias de investimentos, como exemplo de acordos firmados pelo Brasil; acordo bilateral firmado com os Estados Unidos em 1964 e, como acordo multilateral, o MIGA, firmado em 23 de setembro de 1990 (BAPTISTA, 1998, p. 91).

As fórmulas clássicas da regulamentação da repatriação são: de autorização genérica; cujo requisito principal é o registro do capital inicial (adotada pelo Brasil) e a autorização individual, de natureza quase contratual, onde é outorgada uma garantia ao investidor observando-se determinados requisitos. Seja qual for a fórmula adotada, as restrições toleradas são aquelas que objetivam o equilíbrio na balança cambial, como no caso da legislação brasileira. Apesar da base do sistema monetário internacional ser a livre convertibilidade, conforme acordos de Bretton Woods, na prática a convertibilidade vem sempre condicionada, principalmente nos países em desenvolvimento (BAPTISTA, 1998, p. 93).

A princípio, o investimento registrado não confere ao titular direito adquirido às remessas de lucros, de retorno de capital e também a título de reinvestimento. É que as informações prestadas ao SISBACEN estão sujeitas à conferência, podendo ser solicitada toda documentação probatória por um prazo de cinco anos. Conforme artigo 48 do Decreto nº 55.762/65, remessas efetuadas que não se enquadrem ao proporcional constante no Certificado de Registro, poderão ser exigidas a título de restituição de divisas transferidas em excesso. Portanto, somente o investimento registrado, cujos valores e documentos probatórios forem considerados legais perante o BACEN é que conferirão ao titular as garantias de remessas de lucros, de retorno de capital ou repatriação, bem como reinvestimentos de lucros de capitais estrangeiros. Luiz Olavo Baptista comenta:

Um ponto interessante, a este propósito, é o fato de que ainda que pendente de registro um investimento, o investidor pode remeter os seus lucros. Isto vem em abono à interpretação – que reputo correta – de que o certificado é apenas forma declaratória de um investimento que já existe, e que se constitui no ato da remessa e da aplicação em quotas, ações, etc.

Mas, neste caso particular, o Banco Central faz duas exigências: de que as partes envolvidas não coloquem problemas ou façam restrições, e de que a demora no registro independa de passos a serem tomados pelo investidor ou pela empresa em que investiu (1998, p. 74).

Quanto aos atos procedimentais das operações, a cada ingresso a título de *investimento societário* será atribuído um registro emitido pelo SISBACEN. Através do registro inicial é que se processará as operações subseqüentes como remessas de lucros e dividendos, de reinvestimento e de repatriação de capital. Para cada operação que resulte em transferências de recursos para o exterior ou do exterior, como no caso do investimento inicial, o BACEN concede um registro específico que deve ser providenciado pelo responsável da empresa receptora ou pelo investidor estrangeiro, conforme normas expedidas pelo BACEN.

Remessas de lucros.

As *remessas de lucros ou dividendos* deverão ser efetuadas proporcionalmente à participação do capital estrangeiro no capital social da empresa recipiente registrados no BACEN. É necessário que os lucros estejam disponíveis na empresa recipiente, não bastando a mera apuração do resultado do exercício. Para tanto, é obrigatória a demonstração, no balanço das empresas, da participação do capital estrangeiro, bem como a discriminação da conta de lucros e perdas. Quanto aos aspectos procedimentais, as remessas de lucros e dividendos devem passar pelo registro do SISBACEN, inclusive as remessas de juros sobre capital próprio na proporção da respectiva participação no capital social.

Atualmente não há mais a incidência do Imposto de Renda na fonte sobre as remessas de lucros, pois o artigo 10 da Lei nº 9.249/95 revogou a incidência do imposto sobre a distribuição dos lucros aos sócios ou acionistas, inclusive de não-residentes. Também não vigora mais a anterior limitação às remessas anuais (artigo 31 da Lei nº 4.131/62). A única restrição existente quanto às remessas de lucros é a que se refere o artigo 28 da Lei nº 4.131/62, em casos de ocorrer - ou na iminência de ocorrer - grave desequilíbrio no balanço de pagamentos, bem como a prevista no artigo 2º da Lei nº 4.390/64, no que se refere aos lucros provenientes de atividades comerciais de produção de bens de consumo suntuário. Vale advertir que também deverão ser observadas as mesmas disposições aplicáveis à distribuição

de lucros referente ao capital nacional, bem como aos residentes que constituem, basicamente, a disposta na legislação societária.

Reinvestimentos.

Os *reinvestimentos* são valores remissíveis para o exterior a título de lucros, dividendos e respectivas capitalizações, de juros sobre o capital próprio e de reserva de lucros, os quais permaneceram no País para serem investidos na mesma empresa ou outro setor da atividade econômica nacional. Aqui também se espera que os lucros estejam prontamente disponíveis para os titulares. Da mesma forma que a remessa de lucros, os valores reinvestidos também serão registrados perante o SISBACEN. Por outro lado, os *reinvestimentos* não estão sujeitos a operações simbólicas³⁰ de compra e venda de câmbio.

Repatriação do capital.

A *repatriação* do capital estrangeiro é o ato pela qual se dá o retorno, total ou parcialmente, do capital inicialmente investido, bem como os *reinvestimentos*, para o Estado de origem ou de domicílio de seu titular. Além de ser considerado como um direito do investidor, é a garantia mínima a ser oferecida na política de atração de investimentos estrangeiros. Atualmente não há quaisquer restrições ou limitações impostas à repatriação do capital estrangeiro, salvo nos casos de grave desequilíbrio na balança de pagamentos, caso em que o retorno de capitais não poderá ultrapassar 10% ao ano do correspondente registrado no BACEN. Quanto ao retorno de capitais empregados nas atividades e serviços de produtos suetuários a remessa anual não poderá ultrapassar 5% do capital correspondente registrado.

Da mesma forma que no ingresso, o retorno de capitais estrangeiros passa pelos controles do BACEN. As operações de retorno devem ser registradas e estão sujeitas à verificação por parte do BACEN, bem como pelo FIRCE, que poderá solicitar laudos e outros elementos que considere relevantes para comprovar a veracidade da operação e dos valores envolvidos.

Caracterizado o capital estrangeiro, através da análise dos principais elementos constantes da legislação brasileira, passa-se à exposição do estudo da repercussão obrigacional tributária, o que será feito sob o prisma do Direito Tributário Internacional.

³⁰ O Professor Dr. Antônio Márcio da Cunha Guimarães ensina: “Essa designação é dada para definir as operações simultâneas de compra e venda de um mesmo valor em moeda estrangeira, sem que, na realidade, se processe a entrada e a saída de fundos nas contas bancárias no exterior. Trata-se de procedimento pouco usual e só é aceito – ou exigido – em determinadas circunstâncias ou situações, como, nos casos de regulamentação cambial, verificada a boa-fé dos interessados, e a critério da autoridade administrativa. Em certos casos, visa apenas a apuração estatística de dados referentes às operações de câmbio” (1996, p. 130).

CAPÍTULO 2

ELEMENTOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

2.1 Noções de Direito Tributário Internacional

A disciplina jurídica do capital estrangeiro está intimamente associada com o estudo do Direito Tributário Internacional¹. A residência, por exemplo, é objeto de estudo das duas disciplinas. O não-residente, que no presente estudo mantém vínculos jurídicos com o país através do investimento direto, desperta interesse à disciplina jurídica do Capital Estrangeiro e ao Direito Tributário Internacional. Mas não é só pelo fato de possuírem objeto de estudo em comum, mas porque o desenvolvimento econômico esperado com o IED pode se tornar frustrado se a política econômica externa não se valer das imprescindíveis disposições do Direito Tributário Internacional (VOGEL, 1988, p. 472; HOORN JR, 1988, p. 417; CHRISTIAANSE, 1988, p. 430).

Nesse contexto, verifica-se que um dos obstáculos à internacionalização da produção² é que, não bastassem os problemas de concurso e conflitos de leis, já que até mesmo internamente as leis fiscais se chocam, não raro, encontramos conflitos de leis dando margem à bitributação internacional nas relações entre Estados. Esse fenômeno atual já havia sido observado por J.P.Niboyet, *verbis*:

¹ Também entende dessa forma o Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, José Casalta Nabais, como se vê: “O que pressupõe que iniciemos estas breves palavras com o traçar, em termos muito gerais, do quadro jurídico do investimento estrangeiro, seja o quadro jurídico em geral, seja o quadro mais específico que tem em sede do direito dos impostos. Assim como exige também que demos conta do papel e do âmbito que a figura do contrato tem presentemente no direito fiscal, todo um amplo sector em que, como é sobejamente conhecido, durante muito tempo se considerou não haver qualquer espaço para o instituto contratual” (2005, p. 610).

² “Por cierto que el capitalismo, donde predomina el interés económico, es poco sensible a los aspectos humanitarios y no siempre acata las reglas (aunque sean limitadas) dictas por los organismos supranacionales” (UCKMAR, 2003, p. 602).

Ninguna cuestión de más actualidad en nuestros días que la del conflicto de leyes fiscales, el cual plantea el problema de la doble y múltiple exacción en diversos países, sobre todo en cuestiones sucesorias, o el problema de la evasión fiscal, es decir, de los fraudes posibles en provecho de los portadores de valores mobiliarios que escapan al impuesto.

Con esto basta para apreciar el área de expansión del problema del conflicto de leyes, el cual no es otra cosa que la proyección en el espacio, o más exactamente, en la relaciones internacionales, de las diversas instituciones jurídicas del derecho interno (1928, p. 15).

Dessa forma, a dupla tributação internacional poderá ser mais um obstáculo ao desenvolvimento³ a ser enfrentado pelos Estados receptores de capital, o que também não deixa de ser motivo de preocupação para os Estados exportadores de capital, já que a maximização de resultados (lucros) estará comprometida com a sobrecarga tributária⁴. O Professor da Universidade de Munique Klaus Vogel adverte sobre a expectativa dos investimentos:

Aqui está o ponto em que se tornam importantes naqueles Estados, para o fomento do desenvolvimento econômico, as disposições do direito tributário internacional. Quase todos os Estados industrializados tributam hoje os rendimentos das pessoas residentes em seu território, independentemente do local, no mundo, em que tais rendimentos tenham sido produzidos (a chamada *tributação da renda mundial*). Como os Estados em que os rendimentos são produzidos tributarão pelo menos estes rendimentos internamente (o chamado *princípio da territorialidade*), quando não aplicam também o princípio da tributação da renda mundial, chega-se à bitributação, que de muitos modos impedirá os investimentos estrangeiros, se não se consegue eliminá-la por meio de medidas especiais (1988, p. 472-473).

Assim, a globalização requer instrumentos eficazes ao menos para minimizar os efeitos negativos causados pela bitributação do rendimento do IED, fruto do irreversível fenômeno de evolução do capitalismo⁵. É certo que a dupla tributação internacional é um

³ Outros obstáculos enfrentados são: estrutura jurídico-societária arcaica, restrições alfandegárias, inexistência de garantias de investimento (expropriação e confisco), entre outras.

⁴ Assim também se posiciona Antônio de Moura Borges: “Volvendo a atenção especificamente para os investimentos, dada a sua importância, do ponto de vista macroeconômico, a dupla tributação internacional pode ser elemento perturbador da entrada de capitais nos Estados em desenvolvimento, que deles necessitam para desenvolver as suas próprias atividades industriais, comerciais e agrícolas.

Também para os Estados desenvolvidos, de onde se originam os capitais, a dupla tributação internacional pode criar dificuldades. Como afirma Manuel Pires, ‘Reduzindo o investimento ou tornando-o menos rentável, diminuirão os benefícios dele provenientes de que aqueles países gozam, nomeadamente a manutenção ou a expansão do mercado e o seu controle, com as respectivas consequências’ (op. cit., p. 150)” (BORGES, 1996, p. 27).

⁵ Com razão, salienta Augusto Fantozzi: “As diversidades dos sistemas fiscais produziram e encorajaram o fenômeno dos paraísos fiscais, do ‘*treaty shopping*’, a elusão fiscal internacional e, por último, a concorrência fiscal danosa. Além disso, os sistemas fiscais nacionais tiveram que acertar as contas com os problemas de gestão da fiscalização de massa (lançamentos indutivos e estudos paramétricos), com o crescente financiamento da economia e as exigências de proteção dos mercados financeiros e das trocas internacionais, com a crescente mobilidade e a impossibilidade de controle das pessoas e dos capitais, com a rápida globalização dos mercados e do ‘*e-commerce*’: tudo isso tornou os sistemas fiscais nacionais constantemente mais complicados, mas multiplicou as ocasiões de elusão e tornou bastante sofisticado o planejamento fiscal internacional” (2003b, p. 23)

desses efeitos, e que apesar de não ser considerado um ilícito internacional⁶, não deixa de ser um entrave ao desenvolvimento dos Estados receptores de capital (HOORN JR, 1988, p. 418-420; VOGEL, 1988, p. 472; BORGES, 1996, p. 21; SCHOUERI, 1997, p. 95; GRUPENMACHER, 1999, p. 92; UCKMAR, 2003, p. 601).

Os tratados e convenções internacionais são considerados instrumentos eficazes ao combate do pernicioso efeito da dupla tributação internacional. Isso faz com que o Direito Tributário Internacional seja incluído nos estudos do Direito Tributário interno, deixando de ser um setor específico do Direito Tributário para se tornar uma *sessão* no estudo do âmbito de incidência das leis tributárias. Porém, há quem afirma que a tributação das situações internacionais é um fenômeno conseqüente da internacionalização da economia, como se vê: “A tributação de situações internacionais – objeto do direito tributário internacional – é uma conseqüência da internacionalização da economia” (SCHOUERI, 1997, p. 92).

Com respaldo nas considerações do Capítulo anterior, diríamos, que a conseqüência direta da bitributação internacional foi, especialmente, a desenfreada evolução da *internacionalização da produção* aliada à falta de um eficaz mecanismo para impedi-la, diante do inafastável Poder⁷ Soberano dos Estados de tributar.

2.1.1 Objeto do Direito Tributário Internacional

O Direito Tributário Internacional surge em decorrência das manifestações dos Estados, especificamente situações que envolvam pretensões de mais de um ente tributante⁸.

⁶ Nesse sentido, adverte o Professor de tributação comparada e internacional na Universidade Livre de Bruxelas e na Universidade de Gênova, J. Van Hoorn Jr.: “Qualquer que seja a forma de bitributação – jurídica ou econômica no sentido restrito, ou econômica no caso de coexistirem diferentes tipos de impostos – a questão é saber se há algum princípio jurídico segundo o qual um país esteja obrigado a evitá-la. Um princípio jurídico dessa natureza não existe. Cada país é soberano também em assuntos tributários e não há princípios ou regras gerais internacionais que limitem o soberano poder de tributar além daqueles poucos que limitam a soberania de um país em geral. Assim, a atitude de um país em relação à bitributação – e em relação ao direito tributário internacional em geral – depende muito, se não inteiramente, dos seus interesses econômicos nacionais, na estrutura da sua posição internacional diante de outros países” (1988, p. 420).

⁷ Entretanto, observa o Professor Catedrático da Universidade de Santiago de Compostela, César García Novoa: “*La internacionalización está provocando que el poder tributario se desvincule del Estado y se convierta, cada vez más, en poder tributario de dimensiones supranacionales o internacionales, lo que se pone de manifiesto a través de convênios internacionales bilaterales o multilaterales, y de la progresiva asunción de competencias tributarias por organizaciones supranacionales*” (2003, p. 35).

⁸ No dizer de Klaus Vogel: “É conhecido: quem auferir rendimentos do exterior, ou ali possui patrimônio, corre o risco de ter seus rendimentos ou bens patrimoniais tributados duas vezes: de um lado, pelo Estado, no qual ele ou ela reside, de outro, por parte daquele Estado, de onde se originaram os rendimentos ou de onde os bens estão localizados” (2003, p. 962).

Tem por objeto o encontro de imposições tributárias que ultrapassam as fronteiras do Estado de origem, em virtude da manifestação do Poder de Tributar do Estado de destino, incorrendo em duas ou mais incidências sobre a mesma operação econômica de um mesmo sujeito passivo.

Alberto Xavier propõe o estudo do Direito Tributário Internacional a partir da identificação do *objeto do direito tributário internacional*, onde cabe reflexão sobre o *limite das leis* e do *concurso das leis*. Assim, o *âmbito de incidência e âmbito de eficácia das leis tributárias no espaço* ganha relevo na identificação dos limites das leis. Quanto ao *âmbito de incidência* das leis tributárias, cabe ao Direito Internacional Público estabelecer o alcance e validade das leis dos Estados soberanos, coibindo os abusos através da invalidade da lei ou até mesmo através da responsabilidade internacional (2000, p. 12).

A Soberania confere aos Estados o Poder Soberano de Tributar. Porém, este Poder está limitado da mesma forma que as demais prerrogativas da *Soberania*, como ensina Celso D. Albuquerque Mello, *verbis*:

A tendência atual é a de a soberania existir como um conceito meramente formal, isto é, estado soberano é aquele que se encontra direta e imediatamente subordinado ao DIP. O seu conteúdo é cada vez menor, tendo em vista a internacionalização da vida econômica, social e cultural. As organizações internacionais têm proliferado nos mais diferentes domínios. Os que visam a integração econômica são aqueles em que a noção de soberania sofre uma restrição mais profunda (2000, p. 131).

É de se esclarecer que os casos mais frequentes de atos que resulte em responsabilidade do Estado são os praticados por órgãos do Poder Executivo, ou seja, do próprio governo ou através de atos de seus funcionários (ACCIOLY; SILVA, 2002, p. 151). Mas são os atos do Poder Legislativos que, na pretensão de tributar *situações internacionais*⁹, incorrem em disposições contrárias ou incompatíveis ao Poder Soberano de Tributar, as quais violam *princípios* como o *princípio da não-transatividade das leis*. Na prática, os abusos ocorrem em virtude da adoção de elementos de conexão que não tenham qualquer relação determinante com o fato ocorrido¹⁰, como no exemplo ofertado por Rutsel Silvestre J. Martha,

⁹ É de Alberto Xavier esta expressão, que a considera objeto do Direito Tributário Internacional, *verbis*: “O Direito Tributário Internacional tem por objeto situações internacionais (*cross-border situations*), ou seja, situações da vida que têm contato, por qualquer dos seus elementos, com mais do que uma ordem jurídica dotada do poder de tributar” (2000, p. 3).

¹⁰ O Professor J. Van Hoorn Jr. tem outra explicação para o fenômeno: “Frequentemente tem-se a impressão de que o envolvimento do Departamento de Finanças em assuntos de política econômica é mínimo e o seu principal interesse é a arrecadação de impostos e a busca dos instrumentos legais para realizar a sua tarefa. Quando, como acontece muitas vezes, o Departamento de Finanças não tem conhecimento e experiência dos requisitos da atividade empresarial, a tributação pode facilmente tornar-se um obstáculo para o funcionamento adequado dessa atividade na sociedade. As consequências são observadas, especialmente, na área da tributação internacional” (1988, p. 422).

colacionado por Alberto Xavier:

Não sofre dúvida que os Estados têm o poder de tributar as pessoas jurídicas neles domiciliadas, pelos lucros por elas realizados, ainda que fora do território nacional, ou seja, numa base ilimitada. Uma sociedade alemã era titular de 99% das ações de uma sociedade incorporada sob as leis do Japão e domiciliada no Japão. O Fisco alemão pretendeu tributar o lucro da subsidiária japonesa, também numa base ilimitada, invocando a chamada *teoria do órgão* que, na prática, consiste em tratar como pessoa jurídica domiciliada na Alemanha uma pessoa jurídica domiciliada no exterior com o fundamento de que o *controle* é exercido na Alemanha.

Todos estes casos revelam que a causa que determina eventuais violações aos limites da soberania situa-se precisamente na fragilidade ou artificialismo do elemento de conexão escolhido pela lei interna: uma remessa financeira equiparada à residência; a fonte de produção do lucro de uma subsidiária equiparada à fonte de produção do lucro da matriz; o lugar da compra de matéria prima equiparado ao lugar de produção do lucro; o lugar de domicílio do acionista controlador equiparado ao lugar de domicílio de subsidiária estrangeira (2000, p. 16).

Estes exemplos são típicas violações ao *princípio da não-transatividade das leis*, o qual veda que uma lei venha a estabelecer uma conexão não ligada ao fato que a originou. (XAVIER, 2000, p. 16).

Ainda quanto ao *âmbito de incidência*, há limitações de ordem unilaterais, estabelecidas pelo próprio legislador, e limitações decorrentes de tratados ou convenções internacionais. Alberto Xavier ensina:

São de duas ordens os limites autônomos ao âmbito de incidência das leis tributárias internas: as limitações unilaterais, auto-estabelecidas pelo próprio legislador e as limitações decorrentes de convenção ou tratado internacional.

Exemplo das primeiras é a norma de direito interno brasileiro que limita a tributação das pessoas jurídicas domiciliadas no país aos lucros realizados em território nacional.

As normas das convenções contra a dupla tributação limitam o âmbito de incidência das leis de um *modo relativo*, isto é, não impedem o legislador de formular o âmbito de incidência das leis tributárias internas em geral de modo que bem entender. Simplesmente, exige que tais leis não se aplicam ou só se apliquem de certo modo às pessoas, coisas ou fatos sujeitos ao âmbito de aplicação do tratado. Não se trata de limites genéricos à formulação das leis, mas de *limites relativos* à sua incidência em casos concretos (2000, p. 17).

Já quanto ao *âmbito de eficácia das leis*, encontramos limites quanto ao exercício de fato de atos ou prerrogativas em outro Estado, o que não impede que a prática destes atos seja levada a efeito por autoridades competentes no Estado estrangeiro, fazendo com que os mesmo objetivos sejam alcançados por meio de ordens emanadas pelos Estados interessados ao Estado estrangeiro. Da mesma forma que as limitações ao *âmbito de incidência das leis*, o *âmbito de eficácia das leis* encontra óbice quando as ordens emanadas aos Estados estrangeiros não dispuserem de uma conexão relevante, como residência, nacionalidade, ou

seja, legitimados pela soberania pessoal ou pela soberania territorial (XAVIER, 2000, p. 13, TORRES, 2001b, p. 97).

Deve-se distinguir, ainda, o âmbito de eficácia pessoal e o âmbito eficácia objetiva. No âmbito de eficácia pessoal, a soberania pessoal é quem confere eficácia às ordens dirigidas aos nacionais em território nacional, mesmo que residentes em outro país. Quanto aos estrangeiros, o âmbito de eficácia deve limitar-se à soberania territorial, utilizando como critério de conexão a residência. No âmbito de eficácia objetiva as ordens são relativas a nacionais ou estrangeiros residentes no Estado remetente, cujas informações ou documentos encontram-se em outro Estado, o destinatário (XAVIER, 2000, p. 19). Vejamos outro exemplo colacionado por Alberto Xavier:

A questão do âmbito de eficácia objetiva coloca-se na hipótese inversa, ou seja, de pessoas nacionais ou residentes de um Estado e em que o objeto da ordem respeita a meios probatórios localizados em território estrangeiro. É exatamente o que ocorreu com *subpoena* dirigida ao *First National City Bank* para apresentar documentos da sua sucursal na Alemanha; com a ordem dirigida à agência de Miami do *Bank of Nova Scotia* para que a agência de Nassau apresentasse elementos de prova em seu poder; ou com a ordem dada ao *First National Bank of Chicago* para que exibisse documentos relativos a contas bancárias abertas por residentes na Grécia na sua agência de Atenas. Em todos estes casos, os destinatários das ordens reagiram alegando violação dos limites da soberania territorial do Estado, violação essa tanto mais grave quanto envolveria violação de leis estrangeiras referentes ao sigilo bancário (2000, p. 19-20).

No âmbito de eficácia das leis também encontramos limites internos, dos próprios Estados que regulamentam a competência internacional das autoridades administrativas e judiciais, e limites previstos em tratados ou convenções internacionais, que dizem em que termos e condições as informações poderão ser trocadas ou como se dará a assistência na execução de créditos de outro Estado (XAVIER, 2000, p. 21). É o que observa o Professor Italiano Augusto Fantozzi:

Por outro lado, o princípio da efetividade (cobrança de créditos tributários), que também procede da soberania no campo tributário, é dificilmente realizável fora do território, por falta dos instrumentos de coerção. Sequer parece superável mediante o mecanismo de delibação de sentença estrangeira, uma vez que, no campo tributário, trata-se, sobretudo, de disposições administrativas: atos tributários (2003b, p. 23).

É importante frisar que essas limitações decorrem da própria noção de Soberania, porquanto não se pode considerá-la como poder irrestrito estatal, ao que recordamos com Celso D. de Albuquerque Mello:

O importante é mostrar que sempre houve um controle da vida internacional do estado em maior ou menor grau. O constitucionalismo, a vida internacional do estado são muito mais antigas do que pretende a maioria dos autores. E mais, talvez o que nos falta seja um respeito que os gregos tinham à 'Lei' que a sociedade moderna à custa de tanto analisar acabou por destruir (2000, p. 48).

Assim, podemos afirmar que o objeto do Direito Tributário Internacional coincide com o objeto da Disciplina do Capital Estrangeiro, já que tem como foco *situações internacionais*.

2.1.2 Relações com o Direito Internacional público e privado

O fenômeno tributário internacional da qual trataremos, relaciona-se com o Direito Internacional Público quando tratamos das convenções ou tratados contra a dupla tributação; quanto ao âmbito de incidência e eficácia da lei tributária. Mas o Direito Tributário Internacional também relaciona-se com o Direito Internacional Privado, como ensina Luís Eduardo Schoueri:

Diferentemente do Direito Internacional Privado, que se concentra nas hipóteses de conflito de ordenamentos jurídicos nacionais, quando o juiz decida qual dentre as normas em conflito se aplicará ao caso concreto, o Direito Tributário Internacional admite que ambas as normas que incidem sobre a circunstância internacional podem aplicar-se simultaneamente, cada qual por um Estado soberano. Ao mesmo tempo em que admite que esta múltipla incidência tributária (geralmente denominada 'bitributação', embora se contemplem hipóteses em que mais de duas soberanias estão envolvidas), o Direito Tributário Internacional estuda as medidas adotadas para dirimir seus efeitos, seja pelos Estados isolados (medidas unilaterais), seja por acordos internacionais (medidas bilaterais) (2000, p. 125).

Assim, o Direito Tributário Internacional relaciona-se com o Direito Internacional Privado quando se trata dos *elementos de conexão*, e com a *qualificação* dos tratados contra a *bitributação internacional*. No entanto, difere desse ramo quando, ao invés de tratar de conflito de normas, decidindo qual norma se aplica, o Direito Tributário Internacional "versa sobre mera cumulação de normas (por dois Estados soberanos), cabendo-lhe exclusivamente

discutir os limites da lei tributária nacional, em situações internacionais” (SCHOUERI, 2000, p. 126).¹¹

2.1.3 Conteúdo do Direito Tributário Internacional

O Direito Tributário Internacional se ocupa de situações ou fatos ocorridos entre dois ou mais Estados soberanos, de forma que seu conteúdo será, necessariamente, constituído de normas internas e internacionais dotadas de elementos de estraneidade¹².

Assim, compreende-se, no conjunto de normas, a seguinte classificação proposta por Alberto Xavier¹³:

Normas substanciais: *normas de conflito* e *normas de regulação direta*.

As *normas de conflitos (ou indiretas) internas e internacionais* se decompõem em dois elementos: *conceito-quadro* e *elemento de conexão*. Estas normas têm por função definir o âmbito de incidência das leis internas dos Estados, reservando para as *normas de regulação direta (ou material) interna e internacional*, a determinação da matéria a ser tributada. Os dois tipos de norma alcançam situações de ordem interna e situações de ordem internacional, a primeira mediante lei e, a segunda, mediante tratado ou convenção para evitar a bitributação. Uma definição clara das *normas de conflitos* pode ser ofertada por Gerd W. Rothmann:

As normas de conflitos das convenções tributárias internacionais são, pois, dispositivos mediante os quais dois Estados atribuem a competência tributária sobre determinado bem – renda, patrimônio, herança – a um dos Estados, a fim de evitar a bitributação. Não são, pois, normas de conflitos, propriamente ditos, mas sim normas de delimitação e atribuição de competência tributária (2002, p. 33).

¹¹ Da mesma forma, sob outro prisma, pondera o Professor da Universidade de Roma “La Sapienza”, Augusto Fantozzi: “Ao exercício da soberania política do Estado-Nação estão ligados os tradicionais princípios de caráter tributário da territorialidade e da não colaboração. Deles deriva ulteriormente a não aplicabilidade no campo tributário das normas fundamentais do direito internacional privado: aquela segundo a qual as obrigações não contratuais são reguladas pela lei do local onde o fato ocorreu e aquela pela qual as leis penais e de segurança pública obrigam a todos no território do Estado” (2003b, p. 22).

¹² Nas palavras de Alberto Xavier: “Sendo o objeto do Direito Tributário Internacional constituído pelas situações da vida conexas com mais do que um ordenamento tributário soberano (*situações internacionais*), o seu conteúdo é constituído por todos os tipos de normas que respeitam a tais situações, seja qual for a sua fonte (interna ou internacional), a sua natureza (direta ou indireta) e a sua função (substancial ou instrumental). No que concerne à fonte, incluem-se no Direito Tributário Internacional tanto as normas de produção interna, quanto as normas de produção internacional, em que ocupam lugar preponderante os tratados contra a dupla tributação” (2000, p. 47); vide também em Torres (2001b, p. 57 e 95).

¹³ Vide em Xavier (2000, p. 47-57).

Exemplificando as duas modalidades de normas, toma-se o exemplo de *norma de conflito interna* que determina que o imposto de renda das pessoas físicas residentes no país serão devidos sobre o montante dos rendimentos produzidos em território nacional, onde o conceito-quadro é o rendimento das pessoas físicas, e, o elemento de conexão, o montante produzido em território nacional. Como *norma de conflito internacional*, toma-se o exemplo de tratado que determina que, para efeito de tributação de rendimentos, prevalece a residência do Estado de habitação permanente para a pessoa física que for considerada residente em dois Estados, onde o conceito-quadro é a totalidade dos rendimentos produzidos pela pessoa física e, o elemento de conexão, o Estado de habitação permanente.

Alberto Xavier traça, com singular objetividade, o campo de atuação das normas de Direito Tributário Internacional, *verbis*:

Todavia, se as normas de conflitos se esgotam numa estatuição que apenas abrange este momento, as normas materiais têm consequência de mais amplo conteúdo, pois, uma vez efetuada a referida delimitação, como momento primário, pelas normas de conflitos, comportam ainda providências de regulamentação direta da situação tributária internacional.

As normas do Direito Tributário Internacional podem, assim, ter um duplo objeto: o problema do âmbito espacial de incidência das leis – *limites das leis* – que é objeto de normas de conflitos em sentido técnico; e o problema da solução dos casos de aplicação cumulativa das leis, em virtude da sobreposição dos respectivos âmbitos de incidência – o *concurso de leis* – que é objeto de normas materiais.

O problema do limite das leis é um problema logicamente antecedente, um problema primário ou de primeiro grau, em relação ao do concurso de leis. E isto porque a própria questão de saber se existe concurso pressupõe preliminarmente resolvido o problema da determinação do âmbito de incidência das normas em causa.

A heterogeneidade da origem, da natureza e das funções destas normas não prejudica a homogeneidade do seu *objeto* – as situações da vida conexas com mais do que um ordenamento tributário, homogeneidade esta que permite reuni-las num corpo autonomizável de regras, para efeitos dogmáticos – corpo esse que é precisamente o Direito Tributário Internacional (2000, p. 51).

Partindo para a delimitação do âmbito de eficácia das leis tributárias, prestam-se ao Direito Tributário Internacional, as normas instrumentais (ou em sentido formal). Tais normas são compostas pelas *normas de competência internacional* e *normas sobre a relevância de atos públicos estrangeiros*. É o Direito Tributário Internacional em sentido formal, que é constituído por normas instrumentais, que se prestam a delimitar a eficácia das leis no espaço, através da manifestação concreta de atos de império pelos órgãos nacionais de aplicação do direito.

As *normas de competência internacional* têm por função estabelecer a prática de atos que impliquem mais de um Estado soberano, como a questão de se saber definir eventual competência de tribunais ou autoridades fiscais nacionais para aplicar leis tributárias

estrangeiras, para executar créditos tributários estrangeiros, se é legítima, em território estrangeiro, a prática de atos como a realização de investigações, exames de escrituração, vistorias e notificações.

Já as *normas sobre a relevância de atos públicos estrangeiros* têm como objetivo verificar em que termos e medidas, atos concretos de execução de lei, praticados por determinado Estado, poderão produzir efeitos no território de outro, como a hipótese de se saber se o Fisco de outro Estado pode solicitar, diretamente, informações de contribuinte residente em outro, ou se pode executar, em Estado estrangeiro, título executivo tributário. Tais atos têm sido reputados inadmissíveis, podendo, no entanto, ser praticados em conformidade com os procedimentos legais internos do Estado estrangeiro solicitado (XAVIER, 2000, p. 52).

Com base na classificação até aqui proposta, Alberto Xavier (2000) apresenta uma tipologia de normas de Direito Tributário Internacional, denominando *normas de delimitação* as normas de conflitos de fonte interna e, *normas de colisão* as normas de conflitos de fonte externa.

As primeiras, sem levar em conta eventual concurso de leis, definem o âmbito especial de incidência da norma tributária e as segundas, ditam, por meio dos tratados, qual dos dois ordenamentos em concurso é aplicável ao caso concreto. Diferem das primeiras, porque a definição do âmbito de incidência é feita mediante o confronto de um ordenamento com o outro.

As *normas de colisão*¹⁴, segundo Alberto Xavier, podem revestir-se de duas modalidades, conforme reconheçam a aplicação ou não da norma de um determinado ordenamento, que são: *normas de reconhecimento de competência* e *normas de repartição*. O segundo sub-tipo de normas de colisão é a que resulta do reconhecimento da competência de ambos os Estados para a mesma situação concreta. São desse tipo as *normas de cumulação*, pois reconhecem, cumulativamente, duas ordens soberanas, formando um concurso real de pretensões, que será objeto de solução num terceiro tipo, que são as *normas de atenuação ou de limitação de competência*. Trata-se das normas que, num segundo momento, resolve o concurso anteriormente surgido. O quarto e último tipo de normas de Direito Tributário Internacional é denominado de *normas materiais de regulamentação direta*, que traduzem o disciplinamento das situações internacionais (2000, p. 53-57).

¹⁴ O Professor Jan H. Christiaan, homenageando o Mestre alemão Ottmar Bühler, ensina: “O grande mestre alemão de direito tributário internacional, Professor Ottmar Bühler, que escreveu o livro *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts*, já fazia a distinção entre ‘normas jurídicas de colisão fundadas apenas no direito internacional’ e ‘normas de direito nacional que têm por objeto regras de colisão’” (1988, p. 431).

2.1.4 Natureza do Direito Tributário Internacional

A controvérsia a respeito da natureza do Direito Tributário Internacional estaria a merecer uma melhor análise por parte dos doutrinadores. Mais uma vez, Alberto Xavier aponta como causa do problema o fato de não se haver distinguido as várias espécies de normas que integram o Direito Tributário Internacional. Essa falta tem como resultado conclusões precipitadas, segundo o autor, e que não são aplicáveis a uma das espécies de normas que o compõem. Trata-se das *normas de delimitação* (interna) destinadas a definir, de forma unilateral, o âmbito espacial de incidência do ordenamento. Juntamente com as normas de colisão (internacional), permitem um tratamento dogmático homogêneo às normas de Direito Tributário Internacional, senão vejamos valiosa doutrina de Alberto Xavier:

Ora, estas últimas – tanto as *normas de delimitação* de origem interna, quanto as *normas de colisão*, decorrentes dos tratados contra a dupla tributação – revestem a natureza de normas de conflitos unilaterais, posto esgotarem a sua função na disciplina de uma situação internacional através da remissão para um dado ordenamento aplicável, ainda que tal remissão jamais opere para leis estrangeira. E isto pelo processo técnico de lançar uma ‘ponte’ (através do elemento de conexão) entre dada questão da vida e esse ordenamento, pelo que também o legislador do Direito Tributário Internacional é um *Pontifex*, para usar a expressão de RAAPE.

Esta construção permite apreender a profunda identidade de natureza entre as normas de delimitação (internas) e as normas de colisão (internacionais) como verdadeiras *regras de conflitos* que são, permitindo assim um tratamento dogmático homogêneo. Discordamos veemente de VOGEL, quando afirma que às *Grenznormen* faltaria qualquer unidade sistemática que permitisse erigi-las num sistema dotado de autonomia face às regras de direito material respectivo, por lhes faltar a ‘incomunicabilidade’ característica das verdadeiras regras de conflitos. Donde se seguiria a impossibilidade de constituí-las objeto de uma disciplina científica autônoma, por lhes faltar um método próprio e um objeto de conhecimento indisputável.

Ora, ao invés, a sua natureza de regras de conflitos permite abordá-las sob a perspectiva científica do Direito de Conflitos – e, em especial, do Direito Comum de Conflitos que é o Direito Internacional Privado. Embora, como atrás se viu, sejam fundas as diferenças entre o direito de conflitos da vida privada internacional e da vida tributária internacional, tal não obsta a que esta seja examinada com o recurso ao portentoso arsenal científico, às poderosas ferramentas dogmáticas aperfeiçoadas e desenvolvidas ao longo de séculos pelo Direito Internacional Privado.

Foi precisamente a ausência do recurso científico ao repositório conceitual do Direito Internacional Privado que explica a pobreza dogmática de inúmeros estudos de Direito Tributário Internacional, quando comparados com o grau de refinamento e sofisticação que o Direito tributário interno já goza nos nossos dias (2000, p. 85-86).

A apontada divergência doutrinária também é citada por Heleno Torres (2001b) que, criticando o posicionamento de Alberto Xavier (2000), entende que as normas atinentes à

*fiscalidade transnacional*¹⁵ apresentam dois conjuntos de normas, ou seja, normas internas e normas contidas nos tratados e convenções internacionais sobre a renda e o capital. Dessa forma, a teoria dualista defendida por Heleno Torres (2001b) apresenta como objeto de estudo da *fiscalidade transnacional*, normas internas dotadas de elementos de estraneidade dirigida aos não-residentes. Essas normas pertenceriam ao campo do Direito Tributário Internacional, posto que os fatos descritos em tais normas seriam realizados internamente, não ultrapassando as fronteiras do Estado.

De outro lado, as normas dispostas em tratados ou convenções internacionais pertenceriam ao campo de estudo do Direito Internacional Tributário, sendo normas destinadas a alcançar rendimentos além da fronteira do Estado legiferante. Ressalta ainda, que a apontada dualidade normativa tem somente fins didáticos, posto que, para a Ciência do Direito, esses setores de estudo não são ramos autônomos. Por fim, proclama que somente com a tendência de aproximação e de harmonização das leis fiscais, visando à neutralidade fiscal internacional, é que se poderia justificar a autonomia didática do Direito Tributário Internacional (TORRES, 2001b, p. 47-54).

Analisando as duas linhas de pensamento, constata-se que a demarcação dos setores de estudo da *fiscalidade internacional* proposta por Heleno Torres tem por objetivo facilitar o estudo, no que se refere à interpretação e aplicação das normas, *verbis*:

Mutatis mutandis, porque útil para estabelecer os parâmetros metodológico necessários à interpretação e aplicação das respectivas normas, o presente estudo conduzir-se-á admitindo a distinção entre o Direito Tributário Internacional (DTI) e o Direito Internacional Tributário (DIT), ambos entendidos como simples especialidades da ciência do direito tributário (interno), autônomos apenas didaticamente, sem qualquer afetação *ad nutum* ao princípio da unicidade sistêmica do jurídico, diga-se desde já.

No plano da ciência do direito, esses setores não são ramos autônomos entre si. Não podem reclamar qualquer segmentação, porque não possuem um subsistema de normas organizado estruturalmente com função e princípios próprios, para servir-lhes de objeto de estudo. Antes, são extremamente dependentes, de método e objeto, do Direito Tributário (no caso do Direito Tributário Internacional); ou do Direito Internacional, para o Direito Internacional Tributário. Estes, sim, são dotados de autonomia didática.

São setores de estudo, de agrupamentos de normas *ratione materiae*, ante as diferenciações de ‘ordens normativas’, para fins de tratamento dos rendimentos transnacionais. Esta distinção, entre DTI e DIT, deve ser feita apenas para situar os estudos a serem desenvolvidos dentro do ambiente sistêmico do Direito Tributário, como se fez com tantos outros, como é o caso da relação, do geral para o particular, entre direito civil, direito das obrigações, direito dos contratos e direito do consumidor, por especialização do conhecimento (2001b, p. 53-54).

¹⁵ Denominação dada por Heleno Torres que compreende o estudo das normas de direito interno, bem como normas constantes nos tratados e convenções internacionais em matéria tributária (2001b, p.48).

A crítica dirigida à teoria de Alberto Xavier não atinge o propósito da linha de pensamento defendida por esse autor, que justifica a sua teoria monista em proveito de um mesmo tratamento dogmático às *normas de delimitação* (internas) e às *normas de colisão* (internacionais), verdadeiras normas de conflitos, remetendo-as ao Direito Internacional Privado. Assim, se a demarcação do setor de estudo de normas de DIT e de normas de DTI tem como propósito apenas facilitar a aplicação das normas sobre *fiscalidade transnacional*, não se pode atribuir crítica à linha de Alberto Xavier, tendo em consideração que ele próprio, Heleno Torres, ressalva que a demarcação dos setores de estudo não chega a afetar a unicidade sistêmica do jurídico, ou seja, se não afeta a unicidade, seria bastante razoável falar-se em um mesmo tratamento dogmático às normas em causa.

Dessa forma, entende-se que as duas linhas defendidas por estes ilustres autores são de significativa importância, por não conflitarem com os específicos propósitos de seus autores e, também, por terem por finalidade última, pelo contexto que se extrai de cada uma, a evolução do próprio objeto de estudo que são as situações da vida internacional. Por outro lado, o presente estudo sobre a tributação aplicável ao IDE no Brasil seguirá a classificação de normas de Direito Tributário Internacional proposta por Alberto Xavier, considerando o estudo das *situações internacionais*, e as normas dotadas de elementos de estraneidade, como pertencentes ao Direito Tributário Internacional.

2.1.5 Fontes de Direito Tributário Internacional

Fontes são o começo da realização do Direito que, juntamente com o trabalho do hermeneuta, ainda continuam em elaboração. O estudo das fontes de Direito nos faz compreender a construção do ordenamento jurídico, como um complexo de normas harmônicas que visam a disciplinar as mais variadas situações ou fatos da vida, inclusive as *situações internacionais*. Por se tratar de um tema de relevante importância, especialmente ao Direito Internacional, serão apresentadas as principais formulações teóricas a respeito, com ênfase na Teoria Geral do Direito.

Considerando o ordenamento jurídico como centro de produção das normas, Norberto Bobbio formula uma definição de grande aceitação:

Podemos aceitar, neste momento, uma definição que já se tornou comum: ‘fontes do direito’ são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas. O conhecimento de um ordenamento jurídico (e também de um setor particular desse ordenamento) começa sempre pela enumeração de suas fontes (1999, p. 45).

Tércio Sampaio propõe uma classificação das fontes levando-se em consideração o maior ou menor grau de objetividade de que gozam as normas em face de sua origem e modo de formação. Para tanto, propõe: *fontes estatais*, que constituem as fontes revestidas de maior grau de respeitabilidade, como a Lei; *fontes menos objetivas*, por disporem de um menor grau de certeza e segurança, como os costumes e a jurisprudência; e *fontes negociais*, tipicamente de origem privada, e baixo grau de certeza e segurança, como a doutrina, os sentimentos de justiça e equidade (FERRAZ JÚNIOR, 2002, p. 228).

De fato, tem-se verificado que alguns autores confundem a noção de fonte com fundamento¹⁶. Assim, fontes são os modos em que o Direito se manifesta, “a maneira pelas quais surge a norma jurídica” (MELLO, 2001, p. 191).

Para fins didáticos, propomos a seguinte classificação de fontes do Direito¹⁷:

I. *Fontes Formais Estatais*: é a Lei e a jurisprudência. A Lei é um discurso escrito, feito pelo legislador, contendo normas. A lei já foi concebida de várias formas, como fonte divina, resultado da vontade geral, resultado de correlação de forças, etc. A jurisprudência é o conjunto de decisões sobre determinada matéria. Pode ser encontrada em vários sentidos.

II. *Fontes Formais não Estatais*: é a doutrina e os costumes. A doutrina é fonte formal de grande importância para o Direito, a ponto de ser mais forte que a Lei. Os costumes são as convicções de obrigatoriedade e a reiteração de condutas.

III. *Fontes Materiais*: as fontes materiais são os valores vigentes e os fatos sociais em conflito, que, muitas vezes, influenciam ou intervêm significativamente na criação das normas jurídicas, o que exemplificamos com as *Declarações Universais dos Direitos do Homem e do Cidadão*¹⁸, resultado da luta das imposições burguesas contra a aristocracia.

Essa classificação nos remete ao que Norberto Bobbio chama de limites *materiais* e de limites *formais*, *verbis*:

¹⁶ Celso D. de Albuquerque Mello registra: “Kelsen confunde a noção de fonte e fundamento ao afirmar que a norma inferior, na pirâmide, tem a sua origem e tira a sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior. Sustentamos que a fonte do DI é a maneira pela qual a norma internacional se manifesta, enquanto fundamento é o que torna o DI obrigatório” (2001, p. 135).

¹⁷ Classificação proposta pelo Prof. Dr. Antônio Alberto Machado, em aula, na Disciplina de Teoria Geral do Direito, durante a conclusão de créditos, no primeiro semestre de 2004 (maio/2004), na UNESP – Campus Franca-SP.

¹⁸ Norberto Bobbio, em sua obra *A Era dos Direitos*, bem acentua: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto do de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (1992, p. 24).

O primeiro tipo de limite refere-se ao conteúdo da norma que o inferior está autorizado a emanar; o segundo refere-se à forma, isto é, ao modo ou ao processo pelo qual a norma do inferior deve ser emanada. Se nos colocarmos do ponto de vista do inferior, observaremos que ele recebe um poder limitado, seja com relação a *quem* pode mandar ou proibir, seja com relação a *como* se pode mandar ou proibir.

Os dois limites podem ser impostos contemporaneamente; mas em alguns casos pode haver um sem o outro.

A observação desses limites é importante, porque eles delimitam o âmbito em que a norma inferior emana legitimamente: uma norma inferior que exceda os limites materiais, isto é, que regule uma matéria diversa da que lhe foi atribuída ou de maneira diferente daquela que lhe foi prescrita, ou que exceda os limites formais, isto é, não siga o procedimento estabelecido, está sujeita a ser declarada ilegítima e a ser expulsa do sistema. (1999, p. 54)

A par da classificação exposta, poderíamos, ainda, com escopo em Alfredo Augusto Becker, dizer que o Estado é a única Fonte de Direito. Ao estabelecer a ordem constitucional, entre outros atributos, adquire personalidade jurídica, personifica-se em Estado Soberano. Assim, o costume e a jurisprudência só adquirem juridicidade porque o Estado assim determinou. Vale transcrever o insuperável mestre:

A juridicidade da regra consuetudinária ou jurisprudencial não provém de um poder que seria específico ao costume ou à jurisprudência, mas advém sempre do *Poder* inerente ao Estado que, com amplitude ou restrições, *escolheu* o costume e a jurisprudência como *órgãos*, através dos quais ele exerce o seu Poder criador de regras jurídicas.

A natureza da fonte única no Direito explica porque a regra jurídica *inclui, dentro de si, a força*; elucida a *infalibilidade da incidência* da regra jurídica sobre a sua hipótese de incidência ('fato gerador', suporte fático, '*fattispecie*', '*tatbestand*'); esclarece a *coercibilidade* da relação jurídica e a *coação* na tripartição vertical da eficácia jurídica (BECKER, 1999, p. 207).

Não obstante, para fins didáticos, utiliza-se a classificação anteriormente proposta, das fontes de Direito, para visualizar sua maior ou menor utilização em cada setor de estudo a que ora propomos, o Direito Tributário Internacional, mas, antes, apresenta-se a classificação das fontes do Direito Tributário.

Fontes do Direito Tributário.

As fontes do Direito Tributário, de certa forma, seguem a classificação proposta, como a ofertada por Ruy Barbosa Nogueira:

As *fontes reais* se constituem dos *suportes fáticos* das imposições tributárias; é a subyacência sobre que incide a tributação, afinal a própria riqueza ou complexo dos bens *enquanto relacionados com as pessoas e que depois de serem discriminados na lei tributária* (patrimônio, renda, serviços, transferências) passam a constituir os ‘fatos tributáveis’. As fontes reais ou materiais são também denominadas em doutrina ‘pressupostos de fato da incidência’ ou ‘fatos impositivos’.

A relação entre fisco e contribuinte ou relação jurídico tributária é uma *relação obrigacional de direito público* e por isso mesmo absolutamente vinculada a texto de lei, cuja vinculação se apura pelo meio técnico-jurídico do lançamento ou determinação dos elementos ‘de fato’ e dos elementos ‘de direito’ que, somente quando ‘vinculados’, compõem o ‘fato gerador’. Vale dizer, por meio da apuração da fonte real e sua subsunção à fonte formal dos textos da *lex scripta* material, e assim geradores dos direitos e obrigações principais (1990, p. 57).

Mais adiante, reportando-se às fontes formais:

As *fontes formais* do Direito, também por alguns chamadas de *formas de expressão do Direito*, são os modos de exteriorização do Direito, são os atos normativos pelos quais o Direito cria corpo e nasce para o mundo jurídico.

Assim as fontes formais do Direito Tributário nada mais são do que o conjunto das normas que compõem esse ramo do Direito, ou seja, a dogmática do Direito Tributário.

Todas as disposições legislativas que disciplinam ou descrevem ‘as relações fáticas’, dando-lhes juridicidade ou compondo o ‘fato gerador’, são formas de expressão do Direito Tributário Material ou Substantivo.

Todas as disposições legislativas ou regulamentares que disciplinam o procedimento ou determinação, a apuração, avaliação, controle e formalização do crédito tributário e das obrigações acessórias são expressões do Direito Administrativo Tributário Formal ou Adjetivo.

Todas as disposições que disciplinam o processo da tutela jurisdicional tributária são fontes formais ou adjetivas do Direito Tributário Processual (NOGUEIRA, 1990, p. 59-60).

Para Carlos A Mersan “no Direito Comum, as fontes das obrigações são cinco e em matéria tributária somente uma: a Lei” (1985, p. 46). Esse autor ainda faz advertência quanto a confusão que se faz entre a *causa* e *fonte* do Direito Tributário, *verbis*:

Para outros tratadistas a causa da tributação é geral e em particular se acha na ‘lei’. Esta afirmação além de não aprofundar na análise deste elemento, leva à confusão dos conceitos, posto que a lei resulta ser a ‘fonte’ única de onde emana a relação jurídica tributária com seu conteúdo essencial, a obrigação de dar.

Cremos como Jarach que o elemento ‘causa’ representa o nexo entre a lei e o fato tributável; a ponte de união como bem o afirma o dito autor, entre a lei e o fato que a legislação tomou por base para convertê-lo no centro da obrigação tributária (MERSAN, 1985, p. 45).

Também não se pode confundir a classificação exposta com a ofertada por Geraldo Ataliba, reportando-se à distinção, feita pelo administrativista italiano Renato Alessi, entre o direito material tributário e o direito administrativo tributário ou direito formal tributário (ATALIBA, 1978, p. 30), *verbis*:

A rigor poderíamos diferenciar, em termos práticos, o direito tributário material do direito adjetivo tributário ou direito administrativo tributário, dizendo o seguinte: o direito tributário material responde: ‘quem paga tributo’, ‘quando se paga tributo’, ‘quanto se paga de tributo’ e ‘a quem se paga tributo’; o direito administrativo tributário, por sua vez, responde: ‘como se paga tributo’, ‘onde se paga tributo’, ‘quando se deve pagar o tributo’ e ‘quais as consequências do não pagamento do tributo’” (ATALIBA, 1978, p. 35).

Não se pode deixar de citar a contribuição do eminente Paulo de Barros ao estudo das fontes do Direito Tributário. Para esse autor, as *fontes materiais do direito* respeitam ao exame dos fatos jurídicos, os acontecimentos da realidade social, “têm o condão de produzir novas proposições prescritivas para integrar o direito posto. Estas, sim, se tomadas como atos de enunciação, são fontes de normas, enriquecem o conjunto, modificando-o de alguma maneira” (CARVALHO, 2002, p. 51). Já as *fontes formais*, essas existem para servir de instrumento introdutor de outras regras jurídicas. Dentre as *fontes formais*, que a denomina de *instrumentos introdutórios de normas*, faz distinção entre *instrumentos primários* e *instrumentos secundários*. O primeiro tipo de norma é a Lei em sentido amplo, compreendendo a lei constitucional, a lei complementar, a lei ordinária, as leis delegadas, as medidas provisórias. Esses são os únicos veículos introdutores de regras no universo jurídico. O segundo tipo, *instrumentos secundários*, justamente por estar subordinado aos comandos da lei, em seus precisos limites, compreende o conjunto de atos hierarquicamente inferiores às leis, como os decretos regulamentadores, as instruções ministeriais, as portarias, circulares, ordens de serviço, etc. (CARVALHO, 2002, p. 54-56) Para esse autor, os tratados e convenções não integram o complexo normativo, vejamos:

Há equívoco incontornável na dicção do artigo 98, porquanto não são os tratados e as convenções internacionais que têm idoneidade jurídica para revogar ou modificar a legislação interna, e sim os decretos legislativos que os ratificam, incorporando-os à ordem jurídica brasileira. Igualmente os convênios celebrados pelas unidades políticas, entre si, deverão submeter-se à apreciação das respectivas Assembléias sem o que não se introduzem no ordenamento. Registre-se, a propósito, que a prática dos convênios meramente firmados entre os poderes executivos dos Estados não tem observado essa providência fundamental, o que vem em detrimento do princípio da legalidade tributária (CARVALHO, 2002, 76-77).

Em respeito à operatividade dos tratados na ordem interna, como veremos adiante, Paulo de Barros adere à teoria dualista ou de transformação.

Na classificação proposta pelo Código Tributário Nacional, são fontes formais de Direito Tributário: “Artigo 96. A expressão ‘legislação tributária’ compreende as leis, os

tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes”.

E também, como normas complementares das leis, dos tratados e decretos, dispõe o artigo 100 do CTN:

Artigo 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

- I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;
- II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;
- III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;
- IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Assim, podemos formular nossa classificação, com base na proposta pelo Código Tributário Nacional. *Fontes formais primárias*: Constituição Federal e emendas, as leis complementares, as leis ordinárias, leis delegadas, e, os tratados e convenções internacionais. *Fontes formais secundárias*: os decretos, regulamentos, os atos normativos, as decisões em primeira ou superiores instâncias de jurisdições administrativas, as práticas reiteradamente observadas e os convênios celebrados entre os entes federados.

Fontes do Direito Tributário Internacional.

A primeira classificação das normas internacionais se deu através do Estatuto da Corte de Haia em 1920, que buscava uma forma de resolver os litígios entre os Estados sem se ater a limites territoriais específicos (REZEK, 1995, p. 9). O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que reproduz o estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, relacionou as seguintes fontes:

- I. as convenções internacionais, gerais e especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- II. o costume internacional, com prova de uma prática geral e aceita como sendo o Direito;
- III. os princípios gerais do direito, reconhecidas pelas nações civilizadas;
- IV. a jurisprudência e a doutrina, como meios auxiliares na determinação das regras jurídicas; e, ainda,
- V. a equidade, como faculdade da Corte.

Celso D. de Albuquerque Mello faz a seguinte observação quanto as fontes prevista no referido Estatuto:

O texto acima, que se encontra em vigor, apresenta uma grande diferença com o da Corte Internacional de Presas. É que nesta última foi estabelecida uma hierarquia entre as fontes, e o tribunal só poderia aplicar a posterior na falta da anterior. Já na CIJ foi dada maior liberdade à Corte, que pode optar pela fonte a ser aplicada independentemente de qualquer hierarquia. A não hierarquia resulta das fontes serem autônomas (Mark E. Villiger). Finalmente, é de ser observar que a idéia de fazer uma lista das fontes é por influência do positivismo do século XIX, com a importância que ele dava ao formalismo (E. McWhinney) (2001, p. 194).

O que se constata, é que, na prática, os tratados são aplicados em primeiro lugar, seguindo pelos costumes e princípios gerais do Direito (MELLO, 2001, 197).

O estudo das fontes no Direito Tributário Internacional ganha especial relevância quando se depara com situações ou fatos imponíveis que envolvam dois ou mais ordenamentos soberanamente dotados do poder de tributar. É através do cotejo das fontes, como atividade secundária¹⁹, que se dará por compreendida, ou até resolvida, a *situação internacional*. E, neste particular, dentre as fontes internacionais em matéria tributária, os tratados e convenções são as modalidades de maior aplicação. Em seguida, a *jurisprudência*, os *costumes* e o *Direito Comunitário*, aparecem como fontes, porém de uso restrito. Inicialmente, passa-se a analisar as fontes de menor aplicação em direito tributário internacional, os *costumes*, a *jurisprudência* e o *Direito Comunitário*, reservando atenção especial a mais relevante das fontes internacionais em matéria tributária: os tratados internacionais.

Costume.

Assim como em outros setores de estudo da Ciência Jurídica, os costumes são reconhecidos como fonte secundária no Direito Tributário Internacional, e assim o é porque em matéria tributária a lei é fonte primária de expressão do Poder Soberano de tributar. Para Santi Romano, o costume, *consuetudine*,: “[...] *che, come in altri ordinamenti, risulta dalla costante uniformità di un dato modo di agire o non agire, e dalla convinzione che tale comportamento sia giuridicamente obbligatorio*” (1926, p. 28).

O costume assume relevância para o Direito Tributário Internacional quando um Tratado ou Convenção internacional for incapaz de solucionar uma bitributação em função de dois ou mais ordenamentos competentes pretender tributar um mesmo fato. A doutrina relata alguns costumes em matéria tributária, segundo Alberto Xavier:

¹⁹ Entende-se que a atividade primária (*questão prévia*) seria a de determinar a residência da pessoa física ou jurídica para, somente após, invocar o respectivo tratado ou convenção contra dupla tributação (XAVIER, 2000, p.265).

O costume é, como se sabe, fonte autônoma de produção jurídica no Direito Internacional (artigo 38, nº 1, “b”, do Estatuto do Tribunal Internacional de Haia). Todavia, apenas uma regra conseguiu reunir, em matéria de impostos, os requisitos geralmente exigidos da *longa consuetudo* e da *opinio iuris vel necessitatis*: a que estabelece a isenção dos representantes diplomáticos quanto aos impostos diretos do Estado em que estão acreditados.

Duas outras regras começaram a ganhar foros de costume internacional: a da tributação exclusiva das sociedades de navegação marítima e aérea no lugar da residência da sociedade; e aquela segundo a qual o cidadão de um Estado só pode ser submetido a imposto, por razão de atividade empresarial noutro Estado, quando aí tivesse constituído estabelecimento estável (princípio do estabelecimento permanente). Todavia, as críticas de que uma e outra destas normas têm sido recentemente objeto por parte de países em vias de desenvolvimento, parecem afetar a necessária convicção da sua obrigatoriedade (2000, p. 195-196).

Jurisprudência.

A jurisprudência é outra importante fonte de direito, seja a interna ou a internacional. No Brasil, a jurisprudência administrativa federal dos Conselhos de Contribuintes, órgão do Ministério da Fazenda, é fonte de credibilidade dotada de respeitabilidade, tendo em vista a sua composição paritária de representantes da Fazenda e representante dos Contribuintes. É um órgão extremamente técnico. Daí o motivo de sua credibilidade²⁰.

Santi Romano também faz menção ao Estatuto do Tribunal Internacional de Haia ao mencionar a respeito da jurisprudência internacional, *verbis*:

La giurisprudenza e la dottrina, e ciò nonostante che la Corte di giustizia internazionale (artigo 38 dello Statuto) debba seguire, ‘le decisioni giudiziarie e la dottrina dei pubblicisti più apprezzati’, però soltanto ‘come mezzo ausiliario di determinazione delle regole di diritto’, e quindi non in quanto pongono norme nuove, ma servono per accertare l’esistenza e la consistenza di altre norme dubbie (1926, p. 35).

Já se sugeriu que fosse criada uma corte internacional especializada em matéria tributária, como um Tribunal Internacional Fiscal que apreciasse conflitos envolvendo tratados que impliquem dupla tributação. Porém, até que um Tribunal competente sobre dupla tributação internacional não se institucionalize, os tratados e acordos bilaterais têm incluído em suas cláusulas a resolução dos conflitos por meio de um processo amigável a nível ministerial, como o previsto no artigo 25 do Modelo OCDE.

Pelo Modelo OCDE, o procedimento amigável está disposto em três espécies, a saber: o *individual*, o *interpretativo* e o *integrativo*. Cada um com uma específica finalidade

²⁰ Nesse sentido, Francesco Tundo, *La rilevanza della Giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea in Matéria di Fiscalità Diretta: la Cd. “Integrazione Negativa”* (2005, p. 443-494).

conforme se apresente a situação, e de provocação por parte do próprio contribuinte prejudicado ou por iniciativa dos Estados por meio das autoridades competentes.

O *procedimento amigável individual*, também denominado de *procedimento amigável em sentido estrito*, é de iniciativa do contribuinte nos casos em que se considere tributado em desconformidade com o tratado aplicável. O caso é apreciado pelas autoridades competentes do Estado onde o contribuinte for residente ou nacional. Já o *procedimento amigável interpretativo* é de iniciativa exclusiva das autoridades competentes dos Estados, e tem por finalidade resolver problemas de interpretação de tratado em que seja parte. Por fim, o *procedimento amigável integrativo*, também de iniciativa dos Estados, tem por objetivo a eliminação da dupla tributação sobre situações não previstas nos tratados em que seja parte (XAVIER, 2000, p. 196-198).

Direito Comunitário.

O Direito Comunitário²¹, como sugere, é um conjunto de regras, dotado de aplicabilidade e eficácia diretas. São dirigidas aos Estados membros, que, por delegação, transferem parte de sua Soberania, e que têm por finalidade disciplinar as relações decorrentes entre os Estados membros dirigidos a cada um deles²². No que se refere ao *fenômeno tributário* atinente ao Direito Comunitário Alberto Xavier assim o vê:

O Direito Comunitário Europeu refere-se ao fenômeno tributário sob dois ângulos bem distintos: um primeiro respeita aos poderes tributários das próprias Comunidades, ou seja, às relações jurídicas tributárias de que as Comunidades são sujeitos ativos – é o *Direito Comunitário Tributário próprio*; um segundo respeita à disciplina dos poderes tributários dos Estados membros, estabelecendo limitações aos seus poderes legislativos, tendo em vista a ‘harmonização’ dos diversos regimes jurídico-tributários estaduais – é o *Direito Comunitário Tributário inter-estatal* (2000, p. 207).

Com efeito, o Direito Comunitário Tributário não se identifica com o Direito Tributário Internacional, uma vez que os objetivos do Direito Comunitário impedem a aplicação das normas e princípios do Direito Tributário Internacional, justamente pelo fato deste envolver situações internacionais. Mas nada impede que se possa afirmar que exista um

²¹ Marta Villar Ezcurra, *Constitución Europea y Fiscalidad* (2005, p. 409-428); Philippe Marchesou, *La resolución de conflictos entre la Administración y los contribuyentes en Francia* (2005, p. 525-548).

²² Alberto Xavier, numa acepção mais ampla, sugere que: “A expressão ‘Direito Comunitário’ tem sido utilizada na doutrina para exprimir o conjunto de normas relativas às três Comunidades Europeias – a Comunidade do Carvão e do Aço (CECA), a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM) – para as quais os Estados membros transferiram, por delegação, poderes normativos próprios de cujo exercício decorrem normas com efeitos diretos no ordenamento de cada um destes Estados” (2000, p. 205).

Direito Tributário Internacional Comunitário, pois ao lado das normas comunitárias puramente internas há aquelas que estão ligadas a outros ordenamentos jurídicos de outros Estados, que não seja Estado membro. Como exemplo de normas internas, de se citar as tendentes à harmonização das regras relativas à impostos sobre o valor acrescentado; dos impostos indiretos sobre a reunião de capitais, e outros. Já quanto às normas que envolvam situações internacionais, as constantes dos tratados para eliminação da dupla tributação de um dos Estados membros e outro Estado não membro. Quanto aos princípios que respeita o Direito Comunitário Tributário, mais uma vez é de se citar Alberto Xavier:

Os princípios básicos que norteiam a elaboração do Direito Comunitário Tributário são: o *princípio da não discriminação* que consiste em proibir a diferença de tratamento fiscal entre os produtos nacionais e os outros produtos similares dos Estados membros (artigo 95) e é corolário do princípio mais amplo que proíbe qualquer discriminação em função da nacionalidade (artigo 7º); e o *princípio da liberdade de estabelecimento* (artigo 52º) donde resultam as proibições de restrições fiscais à liberdade de circulação de mercadorias e à livre circulação de pessoas (2000, p. 209).

Por fim, é de se observar que os tratados bilaterais contra dupla tributação tendem a diminuir com a expansão dos mecanismos comunitários (XAVIER, 2000, p. 211).

2.2 Tratados Internacionais em matéria tributária

2.2.1 Caracterização dos Tratados Internacionais

Tratados e convenções internacionais, geralmente, são mencionados de forma a parecer que um tem primazia sobre o outro. A denominação *tratados* tem sido utilizada para abranger as convenções, os protocolos, declarações, convênios, ajuste, compromissos, enfim, uma gama de instrumentos firmados entre dois Estados soberanos. Portanto, é denominação genérica.

Os tratados internacionais, de acordo com sua função, podem ocorrer nas seguintes formas: *tratados coletivos (ou plurilaterais)*, *tratados bilaterais*, e *convenções-tipo*. Outros tratados ainda podem configurar a forma normativa, contratual ou executiva, sendo de

maior frequência os bilaterais e os plurilaterais (ROMANO, 1926, p. 32; BALEEIRO, 1999, p. 638-639; MELLO, 2001, p. 207).

Os *tratados coletivos* são instrumentos utilizados para disciplinar situação, *latu sensu*, além dos limites territoriais de um único Estado, de forma que são incluídas matérias tributárias que envolvam o objeto principal a ser acordado, como a criação de acordos de comércio, uniões aduaneiras, aeroportos, dentre outras situações internacionais. É de menor intensidade no que se refere a situações de natureza tributária, sendo que, quando incluídas, geralmente, são para complementar matéria de natureza diversa.

Já os *tratados bilaterais* são de maior utilização por disciplinarem, primordialmente, matérias de ordem tributária, como, a eliminação ou atenuação da dupla tributação, a evasão fiscal, ou ainda disciplinar a troca de informações entre os Estados em matéria de fiscalização. Tiveram início a partir da 1ª Guerra Mundial, entre os países europeus, por meio do Tratado de 1925 entre Alemanha e Itália. Foi considerado modelo para uma série de outros tratados celebrados até o início da 2ª Grande Guerra, quando tem início uma maior movimentação internacional. Tem como referência, o início da internacionalização da produção dos países anglo-saxônicos, e, também, para evitar as atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra (MAGALHÃES, 2000, p. 28).

As *convenções-tipo* desempenham função diversa, de forma a espelhar um modelo padrão para que as partes tomem como exemplo a seguir e, por essa razão, têm natureza de mera recomendação. Essas convenções se limitam aos Estados partes, como no caso do “Modelo de Convenção destinado a evitar a dupla tributação”, elaborados pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 1963, para os impostos sobre o rendimento e o capital e para o imposto sobre sucessões e doações (XAVIER, 2000, p. 91-93).

Os tratados ou convenções internacionais são as fontes de maior relevo, principalmente as convenções bilaterais (ROMANO, 1926, p. 31). Essa crescente importância é, sem dúvida, devido à multiplicidade de acordos firmados em decorrência do desenvolvimento das relações internacionais, bem como pela interdependência cada vez maior entre os Estados (MELLO, 2001, p. 199). Na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 2º, I, “a”, tratado significa “[...] um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo Direito Internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Segundo a mesma convenção, um tratado deve ser interpretado: segundo a boa fé; de acordo com o sentido comum que deve ser atribuído aos termos do tratado em seu

contexto; e à luz de seu objeto e finalidade. No caso de se convencionar a que uma expressão deve conferir um sentido especial, então será *mandatório*. No caso de ser celebrado em vários idiomas, como comumente ocorre nos acordos de bitributação, então as versões de cada idioma serão igualmente obrigatórias. Segundo Klaus Vogel, esses e outros preceitos, válidos para todos os tratados de direito internacional público, não são suficientes para satisfazer as peculiaridades na interpretação dos acordos de bitributação (2003, p. 964).

Em regra, para adquirir validade, um tratado internacional deve conter as seguintes condições²³: capacidade das partes contratantes; habilitação dos agentes signatários; consentimento mútuo; e objeto lícito e possível (MELLO, 2001, p. 202). Assim, o tratado é eminentemente um instrumento formal.

Os instrumentos conexos, a que alude a conceituação, seriam o *protocolo* anexo ao tratado ou convenção, que tem por função esclarecer as disposições constantes, de modo a não ensejar dúvida interpretação às partes. A conceituação doutrinária de J.F. Rezek também merece destaque, para quem tratado é: “[...] todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos” (1995, p. 14).

2.2.2 Tratados Internacionais em matéria tributária

Um determinado ordenamento jurídico deveria basear-se na existência de normas internas gerais sobre o regime tributário de seus contribuintes e, excepcionalmente, normas especiais sobre a tributação transnacional de seus contribuintes, o que se dá através dos tratados de dupla tributação. Porém, verifica-se que isso não ocorre com frequência. Na prática, tem-se que a maioria dos países desenvolvidos, juntamente com os países em desenvolvimento, tratam o fluxo internacional de capitais através de regras contidas nos tratados contra dupla tributação (TAVOLARO; 2003, p. 870).

Em regra, diz-se que os tratados contra dupla tributação, como sugere o termo, prestam-se à eliminar ou amenizar a dupla tributação jurídica²⁴. O Professor H. Christiaan

²³ A análise de cada uma das condições de validade dos tratados internacionais pode ser consultada na obra de Celso Duvivier de Albuquerque Mello (2001, p. 202 a 254).

²⁴ Klaus Vogel se refere aos tratados como forma subsidiária no controle da bitributação internacional, vejamos: “As medidas adotadas por iniciativa unilateral dos Estados não impedem isso de modo adequado. Por isso, eles celebram tratados, geralmente dois-a-dois, nos quais, para usar uma expressão antiga, eles dividem entre si os ‘objetos de tributação’” (2003, p. 962).

lista quatro objetivos perseguidos pelos tratados, os quais encontram-se na Convenção Modelo OCDE, são eles (1988, p. 436):

1. a proteção do contribuinte, seja pessoa física ou jurídica, contra a bitributação internacional;
2. a prevenção contra a falta de estímulo do livre comércio e transferência de capital e tecnologia em razão da tributação onerosa;
3. a proteção do contribuinte contra discriminação e disponibilidade da máxima segurança jurídica possível; e
4. o aperfeiçoamento da cooperação entre os Estados em assuntos tributários, especificamente para evitar a evasão fiscal internacional.

Os tratados e convenções possuem um sentido funcional mais amplo que a simples eliminação da dupla tributação dos rendimentos transnacionais²⁵. Sem dúvida é sua principal meta, porém é necessário que também se assegure que os rendimentos não serão duplamente eliminados. Deve-se, também, reprimir a evasão de impostos com a troca de informações e, principalmente, estimular o desenvolvimento econômico entre os exportadores e importadores de capital (HOORN JR., 1988, p. 417; VOGEL, 1988, p. 487; TAVOLARO, 2003, p. 871). Vejamos o posicionamento do Professor Klaus Vogel sobre a influência dos tratados no desenvolvimento econômico entre os Estados contratantes:

É evidente também que o direito dos tratados não pode ser o primeiro ou mesmo o único meio de se ir ao encontro das necessidades dos países em desenvolvimento. Ele pode, entretanto, facilitar aos países em desenvolvimento a fazer o possível em matéria de política fiscal, para estimular o seu desenvolvimento econômico, tomando uma decisão própria mediante a tributação convenientemente escalonada dos investimentos estrangeiros. Em favor do acordo entre a República Federal da Alemanha e o Brasil, pode-se dizer seguramente que ele influi favoravelmente sobre as relações econômicas entre os dois Estados, facilitando a cooperação entre ambos. Contribui, assim, para manter e consolidar no campo econômico as relações tradicionalmente boas entre os dois países (1988, p. 487).

A Convenção Modelo OCDE teve início por meio dos trabalhos desenvolvidos pelo Comitê Fiscal da Organização Européia de Cooperação Econômica, culminando com a criação da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em 1961. Mas somente em 1963 é que, finalmente, os trabalhos foram divulgados pelo Projeto de

²⁵ Embora, adverte Klaus Vogel, “Esses tratados contêm regras abstratas; naturalmente elas não podem tratar de cada caso isolado. Por isso é sempre possível que uma situação fática, que segundo o sentido literal abstrato deveria enquadrar-se num dispositivo do acordo, não se subsuma àquele no seu sentido jurídico. E também é possível, que uma situação fática, que não se enquadre no sentido literal abstrato de um dispositivo do acordo, deva ser ali considerada em seu sentido jurídico. Este ‘sentido jurídico’ deve, pois, ser decidido; noutras palavras, como quaisquer preceitos jurídicos, os acordos de bitributação devem ser interpretados” (2003, p. 962).

Convenção – *Draft Convention* – e revistos em 1977, onde obteve a qualidade de modelo – *Model Convention* - “recomendação” pelo Conselho da organização. Em 1992, foi apresentado um novo modelo pelo Comitê Fiscal – *Model Tax Convention*, sujeito a periódicas revisões (CHRISTIAANSE, 1988, p. 435; HOORN JR., 1988, p. 417; XAVIER, 2000, p. 96-97; TAVOLARO; 2003, p. 868; VOGEL, 2003, p. 965).

As convenções celebradas pelo Brasil²⁶ têm como especial particularidade o fato de seguirem a recomendação da Convenção Modelo OCDE; exceto no que se refere à celebração de convenção relativa a impostos sobre sucessões e doações, bem como a celebração de convenção relativa a notificação ou cobrança de créditos tributários estrangeiros, nos quais o Brasil ainda não celebrou nenhuma até o presente momento. Apesar de seguirem a Convenção Modelo OCDE, há que se ater às peculiaridades na interpretação dos acordos, vejamos com o Professor na Universidade de Munique Klaus Vogel:

Os acordos de bitributação são normas sobre a aplicação de normas. Elas não disciplinam, por assim dizer, a aplicação de um direito estrangeiro, como as normas de colisão do Direito Internacional Privado, mas elas limitam o próprio direito interno dos Estados Contratantes. Como as normas às quais eles se referem descrevem, por suas expressões, de modo abstrato, situações da vida concreta, então as expressões que são empregadas pelos acordos de bitributação são, em certa medida, abstrações em segundo grau. Daí deriva que as situações concretas para as quais se aplicam as normas tributárias a serem limitadas, não são, preponderantemente, atividades ou objetos visíveis, como o auferimento de juros ou a transferência de uma participação societária. Assim, as expressões dos acordos de bitributação estão a alguns degraus de distancia da realidade da vida. Elas não se extraem da linguagem comum, mas quando muito da linguagem técnica dos tributaristas (2003, p. 964-965).

A relação entre os tratados e a lei interna suscita a questão de se saber a *função positiva* ou *negativa* dos tratados, ou seja, se os tratados, por si só, tem o condão de obrigar internamente os tributos que neles disponham sem a necessidade da existência de lei interna (*função positiva*), ou se os tratados tem por função delimitar o poder tributário dos Estados, cujo fundamento seja a respectiva lei interna. A maioria dos doutrinadores, a esse respeito, atribui aos tratados internacionais contra a dupla tributação *função negativa*, como corolário do princípio da legalidade ou tipicidade da tributação. Em decorrência disso, surge a necessidade de se saber se a tributação está fundamentada em lei interna e, caso afirmativo, surge uma segunda investigação de se saber se há tratado que limite a tributação em causa (XAVIER, 2000, p. 138).

²⁶ Para fins de consulta de estudos sobre tratados firmados entre o Brasil e outros Estados: com Portugal (SHOUERI, 1997, p. 95-109; 109-125; NABAIS, 2004, p. 272); sobre a remessa de *royalties* da França para o Brasil (GUIMARÃES, 2002, p. 9); sobre a internacionalização das empresas espanholas (ARAMAYO, 2004, p. 225).

Os tratados contra dupla tributação internacional ainda podem ser analisados a partir de seu âmbito de aplicação, ou seja: i) quanto às pessoas; ii) quanto aos impostos; iii) quanto ao território; iv) quanto à sucessão de Estados²⁷.

2.2.3 Procedimento de celebração dos tratados

O procedimento de celebração dos tratados obedece ao previsto no artigo 84, inciso VIII da Constituição Federal de 1988, que determina sejam *referendados* pelo Congresso Nacional após serem firmados pelo Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado. Assim, o procedimento de celebração dos tratados previsto no artigo 84 da CF/88 comporta duas fases: a *fase das negociações* e a *fase da celebração*. Após firmarem o acordo, os Chefes de Estado terminam a primeira fase com a *autenticação*, onde se declara concluído e apto a passar para a ratificação.

A segunda fase, a *fase da celebração*, tem início com o *referendo* do Congresso Nacional que, em forma de decreto legislativo, concede ao Presidente da República, Chefe de Estado, a autorização para ratificar o tratado. Portanto, como lembra Alberto Xavier, “[...] o referendo limita-se à alternativa da permissão ou rejeição da ratificação, não sendo admissível qualquer interferência do conteúdo do tratado” (2000, p. 101). Por último, a fase integrativa da eficácia é a fase em que se dá a promulgação e publicação do decreto do Presidente da República, que somente tem por função dar publicidade ao tratado firmado, bem como gerar efeitos “*ex tunc*” no que se refere ao previsto no tratado para sua vigência (XAVIER, 2000, p. 100-102).

Portanto, passam a integrar o direito interno somente após o *referendo* do Congresso Nacional. Não basta a manifestação de vontade isolada do Chefe de Estado. Nas palavras de Roque Antônio Carrazza:

²⁷ Nesse sentido, vide Xavier (2000, p. 139-155).

É preciso, em suma, que o Estado brasileiro manifeste sua vontade de inovar a ordem jurídica, por meio do tratado internacional. Ora, o Estado brasileiro manifesta esta vontade por meio da conjugação de vontades de dois de seus Poderes: o Executivo (que firma o tratado) e o Legislativo (que o ratifica). O Estado brasileiro não é apenas o Executivo. O Estado brasileiro se representa, no concerto das Nações, pelo Executivo, mas delibera mediante harmônica atuação deste com o Legislativo.

Sustentar o contrário é o mesmo que reconhecer que cabe ao Direito Internacional Público solucionar problemas de exegese constitucional. De fato, se o tratado internacional, assim que firmado, revogasse o *Direito interno*, o controle de sua constitucionalidade sairia da esfera do Congresso (2002, p. 200).

Esse mesmo autor ainda faz menção ao artigo 4º da CF/88, ao qual os tratados devem observância, *verbis*:

Portanto, tratados internacionais que, v.g., venham a reconhecer a desigualdade entre Estados não poderão ser resgatados da inconstitucionalidade, nem mesmo pelo mecanismo da ratificação do Congresso Nacional. Qualquer pessoa interessada será parte legítima para suscitar o pronunciamento de nossa Suprema Corte, que, decerto, fulminará o tratado que não se coadunar com o predito artigo.

Além disso, o tratado internacional não poderá ser validamente ratificado se fizer tábua rasa dos direitos e garantias individuais e sociais ou das competências dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal.

É vedado, ainda, ao tratado, derrogar norma constitucional.

Realmente, é inadmissível a prevalência de tratado internacional contra o texto expresso da Constituição ou, o que é mais grave, contra os princípios que ela incorpora.

Como natural consequência, será inconstitucional o decreto legislativo que ratificar tratado internacional que afronte a Carta Magna (CARRAZZA, 2002, p. 201).

Veja-se que, aparentemente, essa posição sustentada por Roque Carrazza (2002) contraria a orientação disposta no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que assinala que não se pode eximir do cumprimento de um tratado em função de disposição contrária interna. Acreditamos que não contraria. No entanto, esse tema deve ser analisado sob o prisma das *relações decorrentes dos tratados internacionais com a ordem interna*, o que deu origem a duas correntes doutrinárias antes da Constituição de 1988: a *teoria monista* e a *teoria dualista*.

Na Itália, as *convenções internacionais*, além de não constituírem fontes de direito, possuem eficácia somente após a sua ratificação, conforme ensina o doutrinador italiano Gaspare Falsitta: “*Non costituiscono fonti di diritto tributario le convenzioni internazionali, che assumono rilevanza giuridica nell’ordinamento italiano soltanto con l’emanazione della legge di ratifica*” (1997a, p. 62).

Teorias monistas e dualistas.

A diferença basilar entre elas consiste na questão de saber se os tratados devem ou não se submeter previamente à transformação em direito interno e se se sobrepõem às leis internas. Pela *teoria dualista*, também conhecida como *teoria da transformação*, a norma internacional somente recebe operatividade após sua transformação em direito interno, e tem posição hierárquica equivalente à lei transformadora, podendo ser revogada por lei interna posterior.

Segundo Alberto Xavier, esta tese foi desenvolvida por Triepel, e que “a diversidade absoluta quanto às fontes, entre direito internacional e direito interno, impedia que a norma internacional vigorasse na ordem interna, antes de ser transformada em lei interna” (2000, p. 106). Dentre alguns autores que sustentam a *teoria dualista*²⁸ pode-se citar; Roque Carrazza (2002, p. 200); Agostinho Toffoli Tavoraro (TAVOLARO; MONTEIRO; MARTINS, 1988, p. 45); Gerd W. Rothmann (SCHOUERI, 1995, p. 33) e J.F.Rezek²⁹, valendo citar o pensamento deste último renomado internacionalista, primeiro quanto à recepção dos tratados ao ordenamento jurídico interno e segundo, quanto a paridade dos tratados com o ordenamento interno, *verbis*:

O ordenamento jurídico, nesta república, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe – resulte de produção legislativa internacional ou doméstica – presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo judiciário. Não faz sentido, no Brasil, a idéia de que a publicidade seja dispensável quando o fiel cumprimento do pacto internacional possa ficar a cargo de limitado número de agentes do poder público: mais ainda que a do particular, a conduta do governante e do servidor do Estado pressupõe base jurídica apurável pelo sistema de controle recíproco entre poderes, e, dessarte, jamais reservada ao conhecimento exclusivo dos que ali pretendem fazer repousar a legitimidade de seu procedimento (1995, p. 84).

²⁸ Geralmente, os adeptos à teoria dualista conferem aos tratados posição paritária com a legislação interna, o que pode sugerir a seguinte indagação sobre a interpretação dos acordos, conforme Klaus Vogel: “Tornou-se duvidosa a necessidade de se buscar uma ‘harmonia decisória’, com o fundamento de que o tratado internacional, por meio da transformação, seria parte do direito interno, devendo portanto ser interpretado segundo os mesmos princípios do direito interno. Entretanto, tal entendimento desconsidera que, mesmo que sua premissa fosse correta, quanto ao fato de o tratado fazer parte do direito interno (a chamada ‘teoria da transformação’), ainda assim o tratado não poderia ser interpretado internamente de um modo diverso como se faz no direito internacional público, por meio de uma corte internacional ou um júízo arbitral” (2003, p. 963-964).

²⁹ Muito embora, para Agostinho Toffoli Tavoraro (TAVOLARO; MONTEIRO; MARTINS, 1988, p. 48), Francisco Rezek teria assumido a teoria monista com cláusula geral de recepção plena.

[...] Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente (RESEK, 1995, p. 104).

Para a *teoria monista*, o ordenamento jurídico é dotado de uma única ordem jurídica, de forma que essa teoria não admite a possibilidade da existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas. Essa concepção, de um único ordenamento, desdobra-se em duas posições: a que defende a primazia do direito interno (*monismo do direito interno*) e a que defende a primazia do direito internacional (*monismo internacional*).

Para o *monismo do direito interno*, o Direito internacional é um Direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional. (MELLO, 2001, p. 111) A *teoria dualista* se difere da vertente *monismo de direito interno* pelo fato de exigir a “transformação” da norma internacional em direito interno.

Para o *monismo de direito internacional*, a norma internacional é recepcionada automaticamente pela *cláusula geral de recepção automática plena* e mantém convivência com a ordem interna, de modo que se sobrepõe às normas infraconstitucionais e mantém paridade com as normas constitucionais. Os doutrinadores que seguem essa corrente, dentre outros, são: Alberto Xavier (2000, p. 116); Hidebrando Accioly (ACCIOLY; SILVA, 2002, p. 34-35); Celso D. Albuquerque Mello (2000, p. 203; 2001, p. 112); Aliomar Baleeiro (1999, p. 639) Sacha Calmon Navarro Coêlho (2005, p. 658); Hamilton Dias de Souza (1997, p. 36); Luis Eduardo Schoueri (1995, p. 33; 1997, p. 96); Hugo de Brito Machado (2006, p. 105) e Betina Treiger Grupenmacher (1999, p. 88 e 102).

Estamos convictos que, o § 2º³⁰, do artigo 5º, bem como artigos 49, I e 84, VIII, todos da Constituição Federal de 1988, estabelece a ordem internacional nos seguintes parâmetros. No que se refere aos direitos e garantias, os tratados internacionais têm supremacia sobre a legislação infraconstitucional, integram de forma supletiva a Constituição Federal, e mantêm, com ela, paridade. Pelo fato de nossa Constituição consagrar direitos e garantias fundamentais aos contribuintes, essa superioridade hierárquica dos tratados abrange também os tratados em matéria tributária.

Adotamos, dessa forma, a tese de Alberto Xavier quando afirma que a Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema monista com cláusula de recepção plena,

³⁰ Artigo 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

em seu artigo 5º, § 2º, e que os tratados possuem procedimentos próprios de celebração e revogação (denúncia) previstos no Direito dos Tratados, concedendo a eles uma posição hierárquica peculiar aos tratados (XAVIER, 2000, p. 116).

As pessoas políticas envolvidas na celebração dos tratados são diferentes das pessoas que elaboram a legislação interna, justificando um procedimento específico para cada uma delas. A própria Constituição Federal dispõe sobre o processo de celebração dos tratados (artigos 49, I e artigo 84, VIII), bem como sobre o processo legislativo interno (artigo 59 e seguintes). Portanto, não há como negar adoção do *sistema monista com cláusula geral de recepção plena*, seja por se tratar de matéria de reserva dos Direitos dos Tratados, seja por disposição constitucional expressa.

Prevalência dos tratados sobre a lei interna

A doutrina nacional também é tormentosa na questão da prevalência dos tratados sobre a lei interna, senão vejamos. A favor da supremacia dos tratados em face da lei interna: Albuquerque Mello (2001, p. 118-119); Luís Eduardo Schoueri (1995, p. 34); Alberto Xavier (2000, p. 113); Betina Treiger Grupenmacher (1999, p. 118); Luciano Amaro (2001, p. 175); Hugo de Brito Machado, “[...] a alteração, por lei interna, de um tratado internacional, não tem apoio nos princípios da moralidade, que devem presidir também as relações internacionais. Alterando, por lei interna, regras de tratado internacional, o país perde credibilidade” (2006, p. 105).

Essa linha de pensamento também é adotada na Itália por Gaspare Falsitta, para quem:

Le disposizioni delle convenzioni, una volta intervenuta la legge di ratifica, assumono all'interno dell'ordinamento natura di norme precettive di carattere speciale rispetto alle norme generali stabilite dal legislatore italiano. Di conseguenza la risoluzione dell'avventuale conflitto tra norme antinomiche di regola deve avvenire facendo applicazione del principio generi per speciem derogatur e, quindi, dando prevalenza alla norma speciale della convenzione (1997a, p. 62-63).

E também a do Professor Luís Eduardo Schoueri, valendo-se das lições do Professor Alemão Klaus Vogel,

O que se verifica é que o direito material interno dos Estados contratantes não é modificado pelo acordo de bitributação. Num exemplo figurativo, Vogel (1983/27) compara o acordo de bitributação a um modelo, recortado num cartão, o qual é colocado sobre o direito interno, como uma máscara. Os dispositivos do direito material interno que continuarem visíveis (por corresponderem aos buracos recortados no cartão) são aplicáveis; os demais, não. Assim, os acordos de bitributação, em vez de modificar o direito interno, limitam-se a restringir a sua aplicação aos casos por ele contemplados (Knechtle, 1976/188-189). É inexato, p. ex., dizer que o acordo de bitributação fixa alíquotas. Esta matéria é de competência da lei (artigo 97 do CTN). No texto dos acordos, verifica-se que estes apenas restringem a tributação, fixando alíquotas máximas. Se é exato dizer que os acordos limitam a aplicação da lei, não se deve dizer que eles a substituem, já que, inexistindo lei interna, não há tributação, ainda que prevista no acordo (Vogel, 1983/23) (1995, p. 34).

Assim, entendemos que os tratados prevalecem sobre a legislação interna na medida em que tais normas sejam aplicáveis, ou seja, naquilo em que os tratados dispõem.

2.2.4 Isenções heterônomas e tratados internacionais

Por fim, a questão dos tratados e tributos estaduais e municipais também tem suscitado acirradas discussões. De um lado, apregoam a inconstitucionalidade de tratado que disponha sobre a isenção de tributos estaduais ou municipais, por falta de disposição constitucional expressa, já que o artigo 151, III da CF/88 é enfático ao vedar a União instituir isenções de tributos de competência estadual e municipal. Nesse sentido: Celso Bastos, Cláudio Finkelstein e Ramos Pereira (1997, p. 120); Vittorio Cassone (1997, p. 187); Ives Gandra da Silva Martins (1997, p.32-33), *verbis*:

É a União, portanto, quem, através do Presidente da República e aval do Congresso, obriga a Nação nos Tratados, que, todavia, não podem afrontar a Constituição. Em outras palavras, pode o Presidente, com o referendo do Congresso Nacional, assinar os Tratados que desejar e considerar úteis para o país, desde que nenhum dispositivo constitucional seja afetado, pois, esta hipótese, o Tratado seria inconstitucional e não surtiria efeitos no país.

Ora, se o artigo 151, inc. III, proíbe a União de decretar isenções de tributos estaduais e municipais, à nitidez, não está o Presidente da República autorizado a desconsiderar dispositivo constitucional para firmar Tratados veiculadores de isenções que só as entidades federativas com competência impositiva poderiam conceder.

Estou convencido de que um dos problemas tributários mais sérios da homologação fiscal do Mercosul, no que concerne ao país, é que o Brasil é a única Federação de países desenvolvidos que oferta ao Município competência impositiva constitucional e o considera entidade federativa.

De outro lado, sustentam a irrelevância de cláusula constitucional expressa para disciplinar sobre *isenções* de tributos estaduais e municipais, já que o contrário, ou seja, os dispositivos que sustentam a tese contrária (artigo 151, III) também não permitem concluir que se trata de vedação à norma convencional, e que os artigos 155, § 2º, XII, “e”, bem como artigo 156 § 3º, II, corroboram com a tese favorável. Nesse sentido: Hugo de Brito Machado (1997, p. 90-91); Luciano Amaro (2001, p. 182); Edson Carlos Fernandes (1997b, p. 358); Moisés Akselrad (1997, p. 229); Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (1997, p. 495) e Sacha Calmon Navarro Coelho (2005, p. 663-664), de quem cita-se valiosa argumentação:

A jurisprudência da nossa Suprema Corte, em matéria tributária, vem se mantendo inalterada neste ponto, prestigiando a supremacia do tratado internacional sobre o Direito pátrio, seja ele federal, estadual, distrital ou municipal, sem embargo de opiniões minoritárias relativamente à inconstitucionalidade do artigo 98 do CTN. Confirmam-se, *interplures*, os recentes acórdãos nos Recursos Extraordinários nºs. 119.814-1-SP, 116.335-6-SP, 116.198-1-SP e 113.759-2-SP.

O federalismo brasileiro é tal que centraliza na União a condução das políticas mais importantes, mormente no plano externo. Quem tem os fins deve ter os meios. No âmbito da Organização Internacional do Comércio ou do Mercosul, a previsão em tratado multilateral, de isenção de produto ou serviço, vale juridicamente. Caso contrário, seria a inabilitação da União para as políticas de harmonização tributária, justamente ela que detém a representação da República Federativa do Brasil, embora sejam o ICMS e o ISS impostos de competência estadual e municipal.

Além do mais, como bem salientado por Antônio Carlos Rodrigues do Amaral (1997, p. 495), a proposta de Reforma Tributária PEC 175/95 sugeriu a inclusão de ressalva de se instituir isenções de tributos de competência dos Estados e Municípios através de Tratado ou Convenção Internacional em que o Brasil seja parte.

Veja-se que a doutrina está bem dividida, pois não se trata de tema pacífico. Ademais, a maioria dos autores trata do tema como se *isenção* fosse. Apesar do dispositivo constitucional utilizar a expressão *isenção*, o termo apropriado para o tema é *limitação temporal de competência* sobre fatos dotados de elementos de estraneidade. Marco Aurélio Greco é quem melhor se posiciona sobre o tema, e que também prefere afastar o termo *isenções* (1997, p. 44-45), *verbis*:

Como dito, Tratado, no âmbito interno, assume a feição de uma *norma de estrutura* e não uma norma de conduta. Como tal, volta-se para a *competência tributária* interferindo com a sua amplitude e não para a instituição concreta do tributo.

A figura da isenção existe no plano do *exercício da competência* tributária, o que supõe a pré-definição de um âmbito dentro do qual o legislador ordinário pode atuar. A rigor, portanto, o Tratado não pode ‘conceder isenções’ de tributos estaduais ou municipais. Mas, *pode* prever que a competência estadual ou municipal *não alcança* determinada mercadoria, situação, pessoa etc. Esta possibilidade resulta da conjugação do artigo 146, III, *a*, da CF/88 (pois ‘definir fatos geradores’ implica dar os limites da incidência, demarca-la), com o artigo 98 do CTN, na medida em que a legislação interna deverá atender suas disposições (= não extrapolar); vale dizer, não instituir onde o Tratado disser que não cabe.

2.3 Elementos e princípios de conexão

2.3.1 Classificação dos elementos de conexão

Elementos ou critérios de conexão são figuras (*signos*) utilizadas pelas normas destinadas a alcançar situações fáticas trans-fronteiriças. Nesse sentido, podemos afirmar que, através das circunstâncias ou dos elementos indicativos, os *elementos de conexão* são os responsáveis pela indicação do direito aplicável. No dizer de Irineu Strenger:

Essa subordinação dos fatos a um sistema jurídico (estrangeiro ou nacional) se estabelece por meio de um vínculo, de um liame, que se chama elemento de conexão. O elemento de conexão é, assim, fator de vinculação, de ligação a determinado sistema jurídico, porque é através dele que sabemos qual o direito aplicável (1996, p. 352).

Interessa-nos, que esses critérios de conexão, estabelecidos pelas *normas de conflitos*, representa o cerne de toda estrutura da obrigação tributária e, assim, norma dotada de elementos de estraneidade, merece destaque e atenção no estudo do Direito Tributário Internacional. Assim conceitua Gerd W. Rothmann:

Por sua vez, no Direito Tributário Internacional, a expressão “elemento de conexão” refere-se a determinado evento, ao qual a norma de conflitos vincula a atribuição da competência tributária. Os principais elementos de conexão utilizados nas convenções contra a bitributação internacional são: domicílio e residência, sede e direção, estabelecimento permanente, situação do bem, fonte do rendimento, país de origem ou do destino, e, raramente, a nacionalidade (2002, p. 34).

Há quem³¹ não faça qualquer distinção entre os elementos de conexão (domicílio, residência e nacionalidade ou fonte de produção) e os princípios de conexão (*universalidade* ou *territorialidade*)³².

Os elementos de conexão, juntamente com os princípios de conexão, são utilizados para determinar o âmbito de aplicação e incidência da norma tributária. A propósito, pondera Augusto Fantozzi:

De fato, ainda que a obrigação de fonte legal tenha a função de conjugar no campo tributário o princípio da conformidade ao tributo (reserva de lei) com aquele da fonte *ex lege* da obrigação tributária, a sua causa é contributiva e em vista de tal função a lei liga o pressuposto de imposto ao território com base em diversos critérios de conexão.

Todos os critérios de conexão devem, todavia, permitir, por parte do tributo, o respeito ao princípio da capacidade contributiva. Qualquer que seja a amplitude atribuída a esta última, aquela mais rigorosa de capacidade patrimonial ou econômica, ou bem aquela mais flexível de critério de razoabilidade e de congruência do concurso, é preciso, de qualquer modo, considerar que o *genuine link* que há de existir entre o pressuposto e a ordem do Estado deva ser capaz de permitir a avaliação do primeiro com base no princípio da capacidade contributiva (2003b, p. 22).

Há várias combinações entre os critérios de conexão e os princípios de conexão para que os Estados alcancem as situações internacionais de seus interesses, o que não raro dá ensejo a dupla tributação internacional (CHRISTIAANSE, 1988, p. 431). Nesse sentido, há uma clara distinção entre os princípios e os elementos de conexão³³.

Os elementos de conexão classificam-se em *objetivos* e *subjativos*, conforme a conexão utilizada pela norma de conflito para alcançar situações internacionais ou transfronteiriças. Podem receber a classificação de *variáveis* ou *móveis*, como a nacionalidade, residência e sede; e *invariáveis* ou *fixos*, como o lugar da celebração de um contrato, a

³¹ Eivany Antonio da Silva não deixa claro sua opção quando diz: “Para tributar a renda, rendimentos e ganhos de capital das pessoas físicas, o Brasil sempre adotou o princípio da residência, ou da universalidade (world-wide income taxation)” (2003, p. 278).

³² É o que também registra Luís Eduardo Schoueri: “A territorialidade em sentido real é o que a doutrina denomina, hoje, de princípio da fonte, enquanto o princípio da residência se vincula à territorialidade em sentido pessoal. Rigorosamente, o conflito fonte *versus* residência não se confunde com o da territorialidade *versus* universalidade: no primeiro caso, estar-se-á falando em conexão da situação a um território, enquanto no último, falar-se-á em extensão do poder de tributar” (1997, p. 94).

³³ Para uma noção ampla e precisa, vale a transcrição do conceito de Alberto Xavier: “O elemento de conexão é um dos instrumentos nucleares em torno do qual se articula toda a estrutura da norma de conflitos. Integrado na hipótese da norma de conflitos – desempenhando a função de ‘lançar a ponte’ (na célebre terminologia de RAAPE) entre o fato descrito pelo conceito-quadro e o ordenamento jurídico aplicável –, a verdade é que a sua influência também se faz sentir na estatuição da norma, pelo que nos situamos no grupo daqueles que pensam ser tal elemento ‘bifrontal’, no sentido de que ocupa posição em ambos os setores da proposição normativa. O elemento de conexão é o elemento da previsão normativa que, determinando a ‘localização’ de uma situação da vida num certo ordenamento tributário, tem como efeito típico determinar o âmbito de aplicação das leis desse ordenamento a essa mesma situação” (2000, p. 217-218).

situação dos imóveis, os quais têm a ver com os aspectos temporal e espacial. Ainda pode ocorrer, que a norma estabeleça não só uma conexão com outro ordenamento, como ocorre com a adoção da *conexão simples* ou *única*, mas, sim, com dois ou mais elementos, ocasionando uma *pluralidade de conexões*, o que denominamos de *conexão complexa* ou *conexão múltipla*.

Na *conexão complexa* a norma pode apresentar três modalidades de conexão diferentes, a saber: i) *conexão subsidiária*, quando a norma apresenta uma conexão aplicável de modo subsidiário (artigo 4º do Modelo OCDE); ii) *conexão alternativa*, quando a norma considera uma ou outra conexão legalmente idônea para produzir os efeitos almejados; e, por fim, a iii) *conexão cumulativa*, quando a norma estabelece que os elementos de conexão utilizados ocorrem de modo simultâneo para que os efeitos da norma sejam alcançados (BORGES, 1996, p. 24-25; XAVIER, 2000, p. 218-219).

A par da classificação apresentada, há casos em que o ordenamento se vale das *presunções* ou *ficções* para alcançar situações em uma acepção mais ampla, ou, até que não constituam a realidade apresentada. Não se trata das conexões empregadas pela legislação brasileira, mas Alberto Xavier registra sua ocorrência em outros ordenamentos, *verbis*:

São frequentes os casos em que a lei se utiliza da técnica das *presunções* ou *ficções* para definir elementos de conexão caracterizados pelo recurso a um conceito mais amplo. São exemplos as normas (frequentemente noutros ordenamentos, mas não no brasileiro) segundo as quais um serviço se considera prestado no território do domicílio do prestador ou do domicílio do beneficiário; um tripulante de navio ou aeronave se considera residente no território em que se localiza a direção efetiva da empresa que os explora; um membro do agregado familiar se considera residente no território em que reside o chefe de família; um juro se considera proveniente do território em que se localizam os bens dados em garantia do crédito. Em todos estes casos, o verdadeiro elemento de conexão não é constituído pelo conceito de lugar da prestação do serviço, da residência do titular do rendimento ou da fonte do rendimento, mas pelos conceitos que serviram de base à presunção ou à ficção: o domicílio do prestador do serviço ou do seu adquirente; a direção efetiva da empresa, a residência do chefe de família ou o lugar da situação dos bens dados em garantia (2000, p. 219-220).

Os elementos de conexão ainda podem ser analisados levando-se em consideração o tributo que a norma pretende alcançar em outro Estado, ou seja, se se pretende instituir imposto sobre a renda, sobre o capital, sobre transmissão ou sobre o consumo. Para cada imposição tributária há uma conexão relevante que determina, com exatidão, a previsão normativa³⁴.

³⁴ Para análise, vide Alberto Xavier (2000, p. 220-237).

Elementos de conexão subjetivos: nacionalidade.

A Nacionalidade é o critério de conexão que considera relevante, como sugere o termo, a nacionalidade do contribuinte para fins de tributação. Para tanto, pouco importa a fonte ou a residência dos rendimentos em questão. Tem-se verificado que, atualmente, é uma conexão em desuso. Quando muito, é utilizada apenas para complementar a delimitação do poder tributário de alguns países como os EUA, México, Filipinas e Turquia. Sua utilização, acaba por causar discriminação contra estrangeiros (BORGES, 1996, p. 25; SCHOUERI, 1997, p. 92). Esse fato é bem explicado por Alberto Xavier, *verbis*:

Em face das concepções hoje dominantes (com a ressalva dos Estados Unidos e das Filipinas, em matéria de impostos sobre o rendimento e dos Estados Unidos e da Turquia, em matéria de impostos sobre as sucessões e doações), a nacionalidade é irrelevante para efeitos de delimitação do poder tributário dos Estados, vigorando antes conexões subjetivas ou objetivas, relacionadas com a soberania territorial do Estado. O princípio da igualdade entre cidadãos e estrangeiros quanto aos fatos verificados no território de um dado Estado decorre, na verdade, dos princípios da *igualdade* e da *capacidade contributiva*, que apenas consideram como fundamento legítimo de um desigual tratamento tributário a desigualdade de capacidade econômica, com total abstração de outros critérios pessoais, considerados arbitrários. Devem, pois, à luz destes princípios, consagrados pelas Constituições na generalidade dos países, considerar-se inconstitucionais quaisquer leis que prevejam um tratamento fiscal discriminatório atendendo à nacionalidade dos contribuintes (2000, p. 240-241).

Porém, salienta Philip Baker, com a habitualidade das reuniões por videoconferências há chances para que o centro de administração e controle seja o local onde o diretor-chave estaria presente. Surgiriam as hipóteses de se aperfeiçoar o teste da residência ou até pela substituição da residência por outro alternativo, até mesmo o abandono da tributação universal. Não, pelo menos para esse autor, professor de Direito Tributário da London University, *verbis*:

Uma possibilidade que eu penso possa ser considerada por mais países é o uso da nacionalidade como um fator de conexão para a determinação da tributação universal dos indivíduos. O que era originalmente limitado aos Estados Unidos e alguns outros países, e o que poderia ser considerado de certa forma como uma aberração na prática tributária internacional, pode vir a ser a norma geral. Para as empresas, o corolário será focar – como vários países fazem – no Estado de constituição. Mas, diferentemente da nacionalidade dos indivíduos, o local de constituição tem em si pouca importância. Pode-se especular um maior uso do conceito do local da sede da companhia como determinante para a responsabilidade da tributação universal (BAKER, 2005, p. 48).

A Convenção Modelo OCDE³⁵ prevê que, para as pessoas físicas, a nacionalidade é determinada pelas leis do Estado contratante da qual é nacional. Para as pessoas jurídicas, a nacionalidade é determinada pela lei de sua Constituição, tendo em vista a adoção pelas Convenções da *teoria da incorporação*, a qual é predominante nos países de *common law*. Isto resulta que, face às Convenções, nacionalidade é conceito distinto do previsto no ordenamento interno dos Estados contratantes. O que significa frisar que não se pode considerar equivalentes *sociedades estrangeiras* e *sociedades residentes no exterior*, *sociedades estrangeiras* e *sociedades off-shore*, bem como *sociedades estrangeiras* e *sociedades de capital estrangeiro*.

Sociedades estrangeiras são pessoas jurídicas constituídas de conformidade com as leis de determinado país estrangeiro. Já *sociedades residentes no exterior* são aquelas domiciliadas no exterior, seja qual for a lei de incorporação no país estrangeiro. Quanto as *sociedades off-shore*, a diferença é que estas possuem atividade em país diverso do país de sede, da mesma forma que as *foreign business corporations* – Canadá, *sociétés de domicile* – Suíça, *overseas trade corporations* – Inglaterra; e as *foreign personal holding corporations* – EUA. Também não se confunde *sociedade estrangeira*, prevista nas Convenções, com *sociedade de capital estrangeiro*, que são aquelas cujo capital social é composto, majoritariamente, por residentes no exterior. Por outro lado, também não se confunde com a *sociedade estrangeira de capital nacional*, como as subsidiárias de sociedades brasileiras (XAVIER, 2000, p. 242-244).

O princípio da não-discriminação mantém estreita relação com o princípio da igualdade, de forma que sua aplicação pressupõe igualdade de tratamento entre os signatários e um terceiro Estado. Augusto Fantozzi registra: “*Come noto, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, il divieto di discriminazione in matéria tributaria si è affermato come corollario del principio di uguaglianza*” (2003a, p. 132).

O princípio da não discriminação está previsto no artigo 24 da Convenção Modelo OCDE, de sorte que está incorporado em todos os tratados contra dupla tributação de que o Brasil é parte. Por este princípio, fica proibida qualquer discriminação tendente a tornar mais gravosa ou diferente a tributação de estrangeiros frente à tributação dispensada aos nacionais desse mesmo Estado, de modo que não haja discriminações aos estrangeiros quando se encontrarem na mesma situação que os nacionais.

³⁵ Artigo 24, nº 2 do Modelo OCDE na versão de 1963 e 1977; artigo 3º, nº 1, alínea “b”, na versão de 1992; e artigo 10, nº 2 do Modelo OCDE-ISD.

Esta regra é aplicável às pessoas físicas e jurídicas, no que se refere à nacionalidade. Portanto, o mencionado princípio não alcança o critério residência e, conseqüentemente, não haverá discriminação quando se estabeleça como critério a residência. Alberto Xavier registrou alguns casos onde houve discriminação e outros casos onde, em seu entender, não houve, *verbis*:

Assim, por exemplo, não violou o princípio da não discriminação um imposto alemão sobre o capital (*kapitalverkehrssteuer*, abolido desde 1990) incidente sobre sucursais de empresas não residentes, mas não sobre sucursais de empresas alemãs. Mas já violou o referido princípio a lei francesa que isentava de imposto o ganho de capital na alienação de imóvel residencial por cidadãos franceses, residentes ou não residentes, não reconhecendo, porém, a isenção para estrangeiros não residentes. Também entendemos que não violava o princípio da não discriminação a aplicação de alíquota de 15%, anteriormente vigente, a dividendos pagos a não residentes, nacionais de Estados que celebraram convenções contra a dupla tributação com o Brasil, pois apesar de este imposto não atingir os residentes no Brasil, a discriminação não se baseia na nacionalidade do contribuinte, mas apenas na sua residência. Ora, a verdade é que um residente e um não residente – seja qual for a sua nacionalidade – não se encontram na ‘mesma situação’ (2000, p. 245-246).

Augusto Fantozzi também registra semelhante situação, *verbis*:

Come si può comprendere, le modalità di impostazione dei sistemi fiscali degli Stati aderenti alla Comunità è suscettibile, in linea di principio, di determinare una violazione delle norme del Trattato che dispongono le quattro libertà fondamentali. Questa situazione si può verificare in quanto un cittadino di uno Stato membro che svolge un'attività economica in un altro Stato membro senza tuttavia divenire, ai fini fiscali, residente dello stesso, può risultare discriminato rispetto ai cittadini dell'altro Stato che sono anche fiscalmente residenti nello stesso; ciò perché lo status di non residente potrebbe determinare un onere fiscale superiore pur in presenza dei medesimi presupposti (e, in particolare, del medesimo reddito conseguito) (2003a, p. 135).

O referido artigo 24 do Modelo OCDE, ao dispor sobre a aplicação do princípio da não discriminação às pessoas jurídicas, além dos *estabelecimentos permanentes*³⁶, reporta-se ainda às *sociedades estrangeiras, as filiais de sociedades domiciliadas no exterior* e às *subsidiárias de sociedades domiciliadas no exterior*. Em função da aplicação desse princípio, devem ser observadas as mesmas regras aplicáveis aos nacionais, relativamente aos lucros produzidos pelas sociedades estrangeiras, suas filiais e subsidiárias, como as dispensadas à apuração do lucro tributável, bem como incentivos fiscais previstos no direito interno do Estado.

³⁶ O conceito de estabelecimentos permanentes encontra-se disposto no artigo 5º da Convenção Modelo OCDE.

Elementos de conexão subjetivos: residência e domicílio.

A utilização do elemento subjetivo consiste em submeter à tributação as pessoas físicas ou jurídicas que possuam residência ou domicílio no Estado tributante, pela totalidade dos rendimentos, independentemente da nacionalidade ou origem de tais rendimentos (BORGES, 1996, p. 25). Frequentemente, residência e domicílio são empregados nas acepções mais diversas possíveis, variando conforme a finalidade a ser alcançada.

Para o direito civil o domicílio da pessoa natural é, conforme artigo 70: “O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”. Nesse conceito, o legislador levou em consideração o vínculo *material*, que é a fixação da pessoa em determinado lugar, e o vínculo *subjetivo*, que é o ânimo de ali permanecer. Sílvio de Salvo Venosa adverte para os desdobramentos do conceito, *verbis*:

Em que pese a essa noção de domicílio, o artigo 70 (antigo artigo 31) de nosso estatuto deve ser visto em consonância com os arts. 71 (antigo artigo 32) e 73 (antigo artigo 33). Isto porque o artigo 71 (antigo artigo 32) admite que a pessoa possua mais de uma residência ou mais de um domicílio, ao contrário de outras legislações, e o artigo 73 (antigo artigo 33) admite que uma pessoa simplesmente não tenha domicílio, como passamos a ver³⁷ (2006, p. 209).

Quanto às pessoas jurídicas de direito privado, o artigo 75 do atual Código Civil estabelece como domicílio “o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos”. Ainda prevê, o § 1º, que se a pessoa jurídica tiver diversos estabelecimentos, em locais diferentes, serão considerados cada um deles para os atos neles praticados. Mas se a administração ou diretoria tiver a sede no estrangeiro, o domicílio será o lugar do estabelecimento no Brasil, no tocante às obrigações contraídas por qualquer de suas agências (artigo 75).

O artigo 127 do Código Tributário Nacional dispõe que, na falta de eleição, considerar-se-á como domicílio das pessoas físicas o da sua residência habitual, ou, sendo incerta ou desconhecida, o centro habitual de suas atividades. Para as pessoas jurídicas de direito privado, considera-se domicílio o lugar de sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que deram origem à obrigação, o de cada estabelecimento.

Na impossibilidade de determinação do domicílio, o § 1º determina que será considerado como tal o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação. Por fim, dispõe o § 2º que a autoridade administrativa poderá

³⁷ Para esse propósito, vide Venosa (2006, p. 209-211).

recusar o domicílio eleito pelo contribuinte, no caso de se tornar difícil ou impossível a arrecadação ou fiscalização do tributo em questão, caso em que será aplicável o § 1º.

Assim, o conceito de domicílio e residência reveste-se de algumas particularidades utilizadas em outros ramos do direito, até mesmo no Direito Tributário, como ensina Alberto Xavier:

Mais: a noção de residência ou domicílio para efeitos de delimitação da esfera de incidência das normas tributárias de cada Estado é igualmente distinta da noção de *domicílio tributário* de direito interno, a que se refere o artigo 127 do Código Tributário Nacional – e que é um domicílio especial pelo qual a lei refere a um lugar bem determinado o exercício de direitos e o cumprimento dos deveres estabelecidos pelas normas tributárias, localizando o sujeito passivo com vista a fixar a circunscrição territorial em cuja área se situem os serviços de administração fazendária competentes para a prática de atos relativos à situação fiscal do contribuinte (2000, p. 252-253).

Para o Direito Tributário Internacional os conceitos de domicílio e residência são construídos tendo em vista os interesses e objetivos de cada Estado³⁸, sendo o conceito de domicílio empregado, geralmente, tendo em mente a intenção de ali permanecer, como mais uma vez Alberto Xavier ensina:

Certos ordenamentos tributários distinguem os conceitos de domicílio e de residência, imprimindo-lhes regimes jurídicos distintos. Muito embora um exame do direito comparado revele existirem tantas definições quantas as legislações em presença, a todas elas é comum a idéia de que o domicílio é um elemento de conexão mais forte que a residência, dando origem a obrigações tributárias mais extensas, distinguindo-se desta por exigir uma presença duradoura num dado território, acompanhada da efetiva intenção de aí permanecer (*animus manendi*). Assim, por exemplo, o direito inglês – que atribui um relevo todo especial à noção de *domicile of origin*, dificultando o acesso ao *domicile of choice* – distingue os seus residentes domiciliados e os seus residentes não domiciliados, aplicando aos primeiros o princípio do *world-wide-income*, e tributando os segundos apenas pelos rendimentos externos remetidos para o seu território (*remittance basis*) (2000, p. 253).

Assim é que, na Itália, que também utiliza o critério residência para tributar com base na *renda mundial*, poderá ser considerado residente até quem transfere seu domicílio tributário para outro Estado, mas que mantém no País o centro de suas ocupações. Por esse

³⁸ Com base nesses interesses, o Professor em Roterdão, Holanda, Jan H. Christiaanse, observa: “Quando se fala em tendências no direito tributário internacional, pode-se assinalar que os países desenvolvidos deste mundo têm certa preferência, especialmente no que concerne a dividendos, juros e *royalties*, para reconhecer um direito limitado, ou não existente, para cobrar imposto no país da fonte, mas para preservar isto em favor do país de residência. Existe, portanto, certa preferência pelo princípio do país de residência” (1988, p. 432).

critério, evidencia-se a relevância da situação de fato para determinar a residência dos contribuintes³⁹.

Elementos de conexão objetivos.

- Fonte de produção e fonte de pagamento.

As conexões ou critérios objetivos consistem em tributar os rendimentos cuja fonte esteja nos domínios do território do Estado tributante, sendo irrelevante a nacionalidade ou residência das pessoas titulares dos rendimentos (BORGES, 1996, p. 25). Ao contrário das subjetivas, as conexões objetivas têm a ver com a situação geradora do dever tributário, a *fonte*, origem⁴⁰. Vale dizer, *a norma de conflitos* utiliza-se de elementos de conexão que estão diretamente ligados ao fato gerador ou a base de cálculo da obrigação tributária (XAVIER, 2000, p. 269). Dessa forma, levando-se em consideração as características do tributo (real ou pessoal), os elementos de conexão objetivos podem se dar em função da situação do bem tributável (*locus rei sitae*) ou em função do local da situação da fonte do rendimento (*locus fontis*).

O elemento de conexão objetivo, que considera relevante o local da fonte do rendimento, é quem impõe um limite de aplicação ao *princípio da universalidade da renda* para os não residentes no País. Por sua vez, somente serão tributados se os rendimentos forem produzidos e pagos por fonte localizada (domiciliada) no Brasil⁴¹. Essa mesma modalidade de conexão objetiva nos impõe à reflexão sobre a relevância da fonte com o fato tributário, como ensina Alberto Xavier:

³⁹ É o que registra Gaspare Falsitta, verbis: “Come può notarsi, ai fini dell’individuazione del concetto di <residenza> assume principale rilevanza la situazione di fatto, di natura oggettiva e soggettiva, in cui viene a trovarsi la persona. Ciò consente di considerare residenti in Italia anche quei soggetti che, magari proprio per motivi fiscali, hanno trasferito ufficialmente all’estero la propria residenza (ad esempio a Montecarlo) pur continuando a mantenere in Italia il centro principale dei propri affari ed interessi, ossia la sede materiale dei propri rapporti non solo economici, ma anche morali, sociali e familiari” (FALSITTA, 1997b, p. 49).

⁴⁰ Assim, o Professor em Roterdã Jan H. Christiaan registra como tendência: “Enquanto isso, os países em desenvolvimento têm uma preferência compreensível pelo princípio da origem ou da fonte, sem dúvida se eles tributam apenas a renda derivada de fontes internas, como fazem, por exemplo, muitos países latino-americanos” (1988, p. 433).

⁴¹ Artigos 743 e 745 do RIR/99.

A par da noção clássica de fonte da renda, entendida como fonte da sua *produção*, *fonte econômica* ou *fonte objetiva*, a doutrina elaborou uma noção afim, que é a de fonte do seu *pagamento*, *fonte financeira* ou *fonte subjetiva*. É fácil de verificar, porém, que só aparentemente estes conceitos são espécies de um gênero comum, pois enquanto no primeiro caso existe um nexos causal direto entre a renda e o fato que a determina, no segundo a expressão fonte não está ligada a uma idéia de causalidade, mas sim à de origem dos recursos que representam renda para o respectivo beneficiário, ou seja, numa acepção idêntica à que se utiliza em matéria de retenção do imposto pela *fonte pagadora*, através do mecanismo da substituição tributária.

A fonte objetiva do rendimento, propriamente dita, é um conceito econômico que respeita à sua *produção*; a fonte subjetiva de pagamento é um conceito financeiro que respeita à sua *realização*.

Esta ambigüidade no uso da expressão *fonte*, foi bem observada por BULHÕES PEDREIRA, que alertou para a necessidade de distinguir com clareza as noções de *fonte da renda*, no sentido de origem da renda – que é a atividade de produção – e de *fonte de pagamento* – que é a pessoa que paga o rendimento (2000, p. 270).

Ao lado dessa regra, o elemento de conexão objetivo, que respeita a localização da coisa (*locus rei sitae*), tem sua aplicação restrita aos tributos que recaem sobre bens localizados no Brasil, seja qual for o regime do contribuinte, residente ou não residente. Salvo os casos em que a renda estiver intimamente ligada à coisa, como o imposto de renda sobre o ganho de capital. Vale também a observação da Alberto Xavier:

Os tributos que arvoraram as coisas como conceitos integrantes da respectiva hipótese de incidência, configuram do mesmo passo a sua localização como elemento de conexão no que respeita à sua aplicação no espaço.

Assim, aplicam-se as leis tributárias brasileiras aos bens situados no Brasil, independentemente da nacionalidade ou residência do sujeito passivo nos seguintes tributos: contribuição de melhoria (Constituição, artigo 145, inciso III); imposto da União sobre a propriedade territorial rural (artigo 153, IV, inciso III); imposto estadual sobre transmissões *causa mortis* e doações a qualquer título, de bens imóveis por natureza (artigo 155, inciso I, “a”); imposto municipal sobre a propriedade predial e territorial urbana, bem como transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis (artigo 156, inciso I e II).

O elemento de conexão *locus rei sitae* tem relevância não só nos tributos em que as coisas são elemento constitutivo do próprio tipo legal, mas também naqueles em que – embora não constituam o cerne da hipótese de incidência – podem com ele encontrar-se intimamente conexos: é o caso dos impostos sobre a renda e o capital, de vez que a renda pode ser imputada a coisas móveis ou imóveis, assim com o capital pode estar nelas corporizado (2000, p. 272-273).

- Estabelecimentos permanentes.

Outro elemento de conexão objetivo relevante, e dos mais importantes já comentados, é o *estabelecimento permanente* (ou *estável*), que se constitui em uma instalação fixa de negócios em que a empresa exerça toda ou parte da sua atividade (artigo 5º Modelo

OCDE). Excetua-se dessa conceituação, os representantes independentes ou as instalações que não disponham de caráter produtivo ou de lucratividade⁴².

2.3.2 Princípios de conexão

Os *princípios de conexão, universalidade e territorialidade*, estabelecem a extensão do poder de tributar do Estado Soberano⁴³ e dizem quais os limites desse poder às pessoas que com ele se vinculam, sejam nacionais ou residentes. Por vezes, esses princípios têm sido erroneamente interpretados pela doutrina como sendo opostos (XAVIER, 2000, p. 225; TÔRRES, 2001b, p. 61).

Princípio da Territorialidade (source income taxation).

Em conformidade com o *princípio da territorialidade*⁴⁴ (*source income taxation*) o Estado poderá tributar somente em função do que for produzido em seu território, sejam produzidos por *residentes* ou por *não residentes, nacionais* ou *estrangeiros*. Uma melhor análise desse princípio revela que a tese da territorialidade deve ter por fundamento a análise dos fenômenos da incidência e da eficácia da lei tributária no espaço, como bem observou Alberto Xavier, com o escopo das doutrinas de Alfredo Augusto Becker, A.D.Giannini e Niboyet (XAVIER, 2000, p.22). Para tanto, sugere a análise do *princípio da territorialidade das leis fiscais* com base nos critérios da territorialidade no *sentido positivo e negativo*, no *sentido real e pessoal* e no *sentido material e formal*.

A territorialidade em seu *sentido positivo* impõe às leis tributárias internas aplicação de modo indiscriminado e generalizado aos que se encontram no território nacional, sejam nacionais ou estrangeiros, afastando o critério de nacionalidade como pressuposto de constituir ou não crédito tributário. No *sentido negativo*, a territorialidade impõe que as leis

⁴² Porém, Philip Baker prevê: “Seguindo o desejo dos governos em obter a sua justa parte da receita tributária – e o maior entendimento dentre os países de fonte de que eles talvez não estejam recebendo sua justa parte no presente momento – eu suspeito que possa bem mesmo haver uma maior ênfase na tributação de fonte no futuro. A capacidade, por exemplo, de se operar num Estado sem haver um estabelecimento permanente pode muito bem levar a um alargamento da definição de estabelecimento permanente. Nós poderemos também ver novos conceitos de tributos de fonte, tais como um maior uso de tributos de fonte nos honorários de consultas técnicas ou de consultoria” (2005, p. 49).

⁴³ No que se refere ao âmbito espacial de incidência da norma tributária.

⁴⁴ Começaremos pelo *princípio da territorialidade*, justamente pelo fato deste se mostrar, na atualidade, insuficiente para justificar uma tributação que se aproxime da *capacidade contributiva*, demonstrando as várias faces deste princípio de conexão elaboradas pela doutrina.

fiscais estrangeiras não se aplicam no território nacional, exceto para o fim de aplicação dos pressupostos da lei interna (como a residência, a nacionalidade), mas não para constituir crédito tributário estrangeiro ou no estrangeiro, situações vedadas pelo Direito Internacional Público.

Em seu *sentido real*, a territorialidade imprime às leis tributárias uma aplicação sobre elementos materiais diversos, como o local da situação dos bens, o local do exercício da atividade, da fonte de produção, da fonte de pagamento, o do local do estabelecimento permanente, entre outros. No *sentido pessoal*, a territorialidade revela a tendência contemporânea da desmaterialização dos pressupostos da incidência tributária, ou seja, da tendência atual da personalização dos impostos. Isso faz com as leis tributárias recaiam não mais nos elementos materiais e sim nos elementos pessoais da territorialidade, como a residência, domicílio ou a sede do contribuinte.

A territorialidade em *sentido material*⁴⁵ refere-se ao âmbito espacial de incidência da lei tributária, seu alcance abstrato, o que concede às normas tributária aplicação sobre fatos internos ou externos, sem ofensa à soberania dos Estados. Por fim, em seu *sentido formal*, o princípio da territorialidade quer impregnar às leis tributárias seu âmbito de eficácia, o que significa que as leis tributárias só poderão ser coercitivamente exigíveis no território cuja ordem jurídica pertencer. Em outras palavras, a lei tributária fica impossibilitada de ser aplicada fora dos limites do território nacional, em respeito à Soberania do Estado estrangeiro. Nesse sentido, podemos afirmar que o *princípio da territorialidade das leis fiscais* não se revela suficiente no sentido de tornar a incidência tributária baseada nos critérios pessoais, tornando a tributação mais adequada à *capacidade contributiva*, já que ao substituir as conexões reais por conexões pessoais, este princípio torna-se cada vez mais distante de seu tradicional sentido, o que equivaleria à quebra no valor dogmático deste princípio (SCHOUERI, 1997, p. 92-94; XAVIER, 2000, p. 21-29).

Princípio da Universalidade (world-wide-income taxation).

Através do *princípio da universalidade (world-wide-income taxation)* o Estado estará legitimado a tributar a totalidade da renda de seus *residentes*, seja a produzida interna ou externamente. Assim o ordenamento tributário alcança rendimentos que não foram

⁴⁵ No caso “Lotus”, em 1927 (embarcação francesa que colidiu com um barco turco, resultando na condenação, em homicídio culposo – na Turquia, ao oficial francês e ao capitão do navio turco) a Corte Permanente de Justiça Internacional entendeu que, limitações à independência dos estados, não se presumem, podendo ocorrer, entretanto, somente através de acordos internacionais ou princípios de direito geralmente reconhecidos pelas nações civilizadas (SCHOUERI, 1997, p. 93).

produzidos em seu território, o que se denomina de alcance *extra-territorial* da lei interna (XAVIER, 2000, p. 225). Por sua vez, os *não residentes* estarão sujeitos à tributação somente quanto aos rendimentos produzidos dentro do território do Estado tributante, encontrando limites de ordem territorial. Enquanto os *residentes* estão sujeitos à tributação ilimitada, os *não residentes* estarão sujeitos a tributação limitada à fonte de produção interna.

No ordenamento brasileiro, desde o artigo 21, inciso VIII, do RIR/80, que as *peças físicas residentes* estão sujeitas a tributação mundial de seus rendimentos. Isso significa que a incidência tributária recairá sobre quaisquer rendimentos, independentemente da localização da fonte, de produção ou pagamento da renda, e da identificação da nacionalidade⁴⁶ de quem quer que os recebam. Para tanto, basta a configuração da *conexão subjetiva* – *residência* no território brasileiro.

Já para as *peças físicas ou jurídicas não residentes a universalidade da renda* encontra limites, sendo somente possível a tributação na fonte do rendimento produzido internamente, na forma definitiva ou na forma convencional, para os *equiparados às peças jurídicas domiciliadas no Brasil* (XAVIER, 2000, p.387).

Somente com o advento da Lei nº 9.249/95, em seu artigo 25, é que se incorporou no ordenamento jurídico brasileiro, o *princípio da universalidade* da renda. Assim, na determinação do lucro das peças jurídicas domiciliadas no território nacional serão computados os rendimentos e ganhos de capital, obtidos por *atividade direta*, bem como os lucros, por *atividade indireta* através das filiais, sucursais, controladas ou coligadas no exterior (IN-SRF nº 38/96, artigo 1º, § 1º e 2º).

⁴⁶ Ou mesmo da condição jurídica, como a natureza jurídica da fonte pagadora, seja pessoa física, jurídica ou entidade equiparada, como exemplo o estabelecimento permanente (XAVIER, 2000, p.340).

CAPÍTULO 3

DUPLA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL E SEU CONTROLE

3.1 Dupla Tributação Internacional

Como se disse, o objeto do Direito Tributário Internacional pressupõe duas ou mais pretensões tributárias sobre um mesmo fato, resultando numa aproximação do conceito de *dupla tributação* ou *pluritributação*. A *dupla tributação* é desencadeada pelo concurso de leis, onde o mesmo fato serve de hipótese de incidência de duas normas tributárias materialmente distintas, emanadas de Estados distintos. Por sua vez, haverá dupla ou plúrima exigência tributária onde estarão em concurso duas ou mais normas legitimadas pelas competências tributárias dos Estados.

O conceito de dupla tributação internacional vem sendo universalmente aceito. Coube a Herbert Dorn, em 1927, formular uma definição para a dupla tributação internacional, a qual vem sendo adotada pela maioria dos autores que lidam com o tema, *verbis*: “A dupla-múltipla-tributação se verifica, quando vários titulares de soberania tributária independentes – no caso vários Estados independentes – submetem o mesmo contribuinte, pelo mesmo objeto, contemporaneamente, a um imposto da mesma espécie”. Assim também seguiu a definição proposta pelo Comitê Fiscal da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, *verbis*: “O fenômeno da dupla tributação jurídica internacional pode definir-se de forma geral como o resultado da percepção de impostos similares em dois – ou mais – Estados, sobre um mesmo contribuinte, pela mesma matéria imponible e por idêntico período de tempo” (BORGES, 1996, p. 22).

Na Itália, Gaspare Falsitta formula o seguinte conceito: “*Si ha doppia imposizione internazionale quando una situazione di fatto economicamente rilevante determina la nascita in capo ad un medesimo soggetto di due obbligazioni tributarie, in relazione ad imposte dello stesso tipo previste dalla legislazione di due Paesi diversi*” (1997a, p. 115).

Os principais elementos da dupla tributação internacional são: a pluralidade de

normas, a identidade do sujeito passivo, a identidade do elemento material do fato gerador, a identidade do imposto e a identidade do período (BORGES, 1996, p. 22-23; XAVIER, 2000, p. 31).

3.1.1 Causas da dupla Tributação Internacional

A dupla tributação internacional pode surgir tomando-se por base a utilização de um vínculo objetivo (fonte de produção e fonte de pagamento) por um Estado e, por sua vez, a utilização de um vínculo subjetivo (nacionalidade, residência e domicílio) por outro Estado, onde o primeiro valoriza a ligação entre o fato e o território e, o segundo, o vínculo existente entre o sujeito e o território. Nesse caso, a dupla tributação ocorre pelo fato dos Estados utilizarem a *territorialidade* como princípio de conexão, porém utilizando critérios de conexão distintos (residência, nacionalidade ou fonte).

A nacionalidade pode dar causa a dupla tributação internacional, como no caso de sistemas diferentes de concessão. Para pessoas físicas, o *ius soli*, por haver nascido no território; ou *ius sanguinis*, por ser filho de nacionais. Para pessoas jurídicas, por haver adotado a teoria da sede social ou por haver adotado a teoria da origem, ou seja, do território de constituição da sociedade. Nesses casos, haverá hipótese de dupla nacionalidade e, por consequência, dupla tributação se os Estados em apreço adotarem o critério nacionalidade.

Também pode ocorrer hipótese de dupla residência pela adoção, por um dos Estados, da regra da residência habitual e, o outro, a regra do centro das atividades econômicas. Da mesma forma, as pessoas jurídicas podem ter dupla residência pelo fato de haver sido constituída em um Estado e, no outro, encontrar o seu centro de direção e controle. Por fim, a fonte também poderá dar ensejo a dupla tributação se dois Estados empregar conceitos distintos, no caso da fonte ser conceituada como o local onde a atividade econômica se desenvolve, porém com pagamento efetuado por residente de outro Estado, que a considera como o local onde se obtém a disponibilidade econômica ou jurídica da renda (BORGES, 1996, p. 26).

Assim, da mesma forma que a utilização diversificada de critérios de conexão (objetivo e subjetivo) pode ocasionar dupla tributação internacional, também a utilização do

mesmo critério de conexão¹, por países diversos, pode acarretar o mesmo fenômeno internacional, e isto ocorre ante as várias modalidades de combinação entre esses critérios de conexão com os princípios de conexão (territorialidade e universalidade). Vejamos um outro exemplo ofertado pelo italiano Gaspare Falsitta, bem como seu posicionamento a respeito da escolha, pelos Estados, do critério objetivo ou subjetivo, *verbis*:

Quanto alle cause, il più delle volte esso deriva dalla circostanza che una situazione di fatto è assunta a presupposto di uno di questi tributi in un Paese in base ad un criterio oggettivo ed in un altro in base ad un criterio soggettivo. Per chiarire questo aspetto si può affermare che ai fini della selezione delle situazioni di fatto da assoggettare a queste imposte il primo criterio valorizza il legame tra fatto e territorio dello Stato, mentre il secondo valorizza il legame tra soggetto e territorio. Ne consegue che in base al criterio oggettivo queste imposte si applicano a tutte le situazioni di fatto che si verificano nel territorio dello Stato, a prescindere dal legame esistente tra il soggetto che le realizza e il territorio medesimo (e quindi, ad esempio, l'imposta sui redditi sia applica su tutti i redditi prodotti nel territorio dello Stato), mentre in base al criterio soggettivo queste imposte si applicano a tutte le situazioni di fatto che sono realizzate da soggetti legati in un certo modo al territorio dello Stato (residenza o, in alcuni casi, anche soltanto cittadinanza), a prescindere dal luogo in cui le situazioni medesime si verificano (e quindi l'imposta sui redditi si applica su tutti i redditi dei residenti, e in alcuni casi dei cittadini, ovunque prodotti). (1997a, p. 115-116)

Problemas com a *qualificação* dos tratados internacionais, também podem ser apontados como causas da bitributação internacional, como ensina Gerd W. Rothmann:

Uma das causas da bitributação internacional consiste, pois, na interpretação ou qualificação diversa dos conceitos utilizados pelos Estados que celebrarem uma convenção contra a bitributação, na medida em que estes conceitos são relevantes para a delimitação da competência tributária. Devido a este conflito de qualificação, o acordo não encontra uma aplicação adequada, renascendo a sobreposição dos dois direitos tributários nacionais (2002, p. 35).

Por fim, registra-se, que a bitributação internacional, uma vez configurada, não constitui um ilícito em direito internacional, “no mínimo aceita-se universalmente que ela

¹ O italiano Gaspare Falsitta também nos mostra um exemplo de dupla tributação pela utilização de um mesmo critério de conexão por dois Estados distintos, *verbis*: “Meno frequente, ma pur sempre possibile, è il caso in cui una situazione di fatto è assunta a presupposto di uno dei suddetti tributi in due Paesi sulla base dello stesso criterio. Può trattarsi del criterio oggettivo: posto che non tutti gli Stati definiscono allo stesso modo il novero degli eventi da qualificare come verificatisi nel loro territorio, può accadere che il medesimo fatto venga collocato da uno Stato nel proprio territorio e da un altro Stato nel proprio. Come può trattarsi del criterio soggettivo: può accadere che il medesimo soggetto sia considerato residente da due Stati, e questo perché la definizione della nozione di residenza recepita dai due Stati non collima, oppure perché, essendo detta nozione definita in rapporto a diversi parametri autonomamente operanti, un parametro colloca la residenza del soggetto in un Paese ed un diverso parametro la colloca in un altro Paese; si aggiunga che alcuni Stati considerano rilevante ai fini dell'applicazione nel criterio soggettivo oltre alla residenza anche la mera cittadinanza, per cui un fatto può essere considerato fiscalmente rilevante in un Paese in regione della residenza del soggetto che lo realizza, ed in un altro in ragione della cittadinanza del soggetto medesimo” (1997a, p. 116-117).

deve ser evitada ou eliminada”, que levam os Estados a adotar *medidas bilaterais*, o que se faz com as convenções internacionais, ou *medidas unilaterais*, por meio de normas internas. (HOORN JR, 1988, 418; 420; VOGEL, 1988, 472; BORGES, 1996, 21; SCHOUERI, 1997, p. 95; GRUPENMACHER, 1999, p. 92; UCKMAR, 2003, p. 601).

3.1.2 Configuração da dupla Tributação Internacional

No presente estudo, é imprescindível destacar a ocorrência de dois requisitos para o conceito da *dupla tributação* - a *pluralidade de normas* e a *identidade do fato* (BORGES, 1996, p. 24; XAVIER, 2000, p. 31).

Identidade do fato.

Com relação à *identidade do fato*, para que se dê concurso de normas, devem elas referir ao mesmo fato tributário. A propósito do fato tributário, deve-se destacar quanto aos aspectos da estrutura complexa da obrigação tributária. Com efeito, há o aspecto material, o subjetivo, o espacial e o temporal, os quais, na *dupla tributação internacional*, podem assumir feições distintas por se tratar de normas provenientes de ordenamentos distintos. Nesse sentido, a comparação das normas não pode seguir critérios rígidos, pois há que se levar em conta a diversidade conceitual ou observância dos princípios dos ordenamentos em colidência que podem não coincidir (BORGES, 1996, p. 23; XAVIER, 2000, p. 32-36).

Os principais elementos da obrigação tributária a serem considerados na comparação das normas são: o fato gerador, a base de cálculo, o contribuinte e o período. Com relação ao período, entende-se que não há necessidade da identidade desse elemento quando se tratar de impostos cujo fato gerador seja instantâneo.

Há divergência na doutrina quanto à identidade dos sujeitos na caracterização da dupla tributação (BORGES, 1996, p. 23). A corrente majoritária considera relevante a identidade dos sujeitos para caracterizar a dupla tributação jurídica, mas reconhece, também, a possibilidade de se verificar a dupla imposição econômica quando a identidade do objeto coexistir com a diversidade dos sujeitos, sem que haja, portanto, concurso de normas. Dessa forma, a dupla tributação somente ocorreria nos casos em que as normas alcançassem os mesmos sujeitos, como no caso da imposição tributária sobre a distribuição de lucros aos sócios em ordenamentos jurídicos distintos.

Pluralidade de normas.

A *pluralidade de normas* é outro aspecto relevante na identificação da dupla tributação internacional. Surge quando dois ou mais Estados soberanos concorrem com a mesma imposição tributária, por meio de normas próprias. Na dupla tributação internacional não há uma ordem superior a delimitar a competência tributária em colisão entre os dois Estados. Diferente regra ocorre quando duas normas provêm de um mesmo Estado, onde poderá ocorrer a *invasão de competência*, quando a competência para instituir o tributo é privativa, e a *dupla tributação* nos casos de competência concorrente. Se a pretensão se der entre níveis de governos paritários haverá *dupla tributação horizontal*. Poderá ocorrer a *dupla tributação vertical* se as normas forem de um mesmo território, porém, com distintos níveis de governo. Ainda poderá ocorrer a *dupla tributação diagonal ou oblíqua* quando as normas forem emanadas de entidades tributantes que não estiverem em um mesmo nível de governo (BORGES, 1996, p. 22; XAVIER, 2000, p. 36-43).

A dupla tributação internacional pode ocorrer na forma *efetiva* ou *virtual*. Estar-se-á diante uma dupla tributação efetiva quando as normas em concurso se aplicarem a um único fato, originando duas pretensões tributárias distintas e, ainda, não houver regras especiais ou tratados contra dupla tributação. Já na dupla tributação virtual, apesar de haver duas normas aplicáveis ao mesmo fato, uma delas cede espaço para aplicação da outra, o que pode se dar por meio de regras especiais ou, então, de tratados ou convenções contra dupla tributação. No primeiro caso haverá um concurso real de normas e, no segundo, um concurso aparente de normas (XAVIER, 2000, p. 40-41).

3.1.3 Tratados firmados contra a dupla tributação

Com a progressiva abertura do comércio internacional e dos investimentos, reconheceu-se que a dupla tributação internacional poderia ser um entrave ao crescimento econômico proporcionado até então. Nesse sentido, foi necessário que o Brasil firmasse acordos com os Estados interessados. Seguindo a orientação do Modelo OCDE, os tratados firmados pelo Brasil contêm matérias específicas e gerais em matéria tributária, sendo necessário distinguir, assim, as convenções gerais das específicas, em especial, as que tratam

da dupla tributação sobre a renda (XAVIER, 2000, p. 98). Os acordos firmados pelo Brasil são os seguintes²:

- Alemanha.

Decreto Legislativo nº 92/1975; Aprova o texto do Acordo Destinado a Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Imposto sobre a Renda e o Capital firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Federal da Alemanha, em Bonn, a 27 de junho de 1975. Decreto nº 76.988/1976; Promulga o Acordo para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital, Brasil-República Federal da Alemanha; Decreto nº 5.654/2005; Revoga o Decreto nº 76.988, de 6 de janeiro de 1976, que dispõe sobre a execução do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Federal da Alemanha para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital, celebrado em Bonn, em 27 de junho de 1975; Portaria nº 43/1976; Métodos de aplicação do acordo para evitar a dupla tributação da renda e do capital assinado pela República Federativa do Brasil com a República Federal da Alemanha. Alterada pela Portaria MF nº 313, de 26 de maio de 1978; Alterada pela Portaria MF nº 469, de 3 de dezembro de 1976; Portaria nº 469/1976; Portaria nº 313/1978; Ato Declaratório Executivo SRF nº 72/2005; Dispõe sobre a data do término de vigência do Acordo para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital firmado entre o Brasil e Alemanha.

- Argentina.

Decreto Legislativo nº 74/1981; Aprova o texto da Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda firmada entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina, em Buenos Aires, a 17 de maio de 1980; Decreto nº 87.976/1982; Promulga a Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda; Portaria MF nº 22/1982; Estabelece métodos de aplicação da Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em sua matéria.

²A Instrução Normativa SRF nº 244/2002, alterada pela Instrução Normativa SRF nº 411/2004, dispõe sobre a aplicação das Convenções Internacionais firmadas pelo Brasil para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda e procedimentos de intercâmbio de informações nelas previstos.

- *Áustria.*

Decreto Legislativo nº 95/1975; Aprova o texto da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação em Matéria de impostos sobre o Capital concluída entre a República Federativa do Brasil e a República da Áustria; Decreto nº 78.107/1976; Promulga a Convenção para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital Brasil-Austria; Portaria nº 470/1976.

- *Bélgica.*

Decreto Legislativo nº 76/1972; Aprova o texto da Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Regular Outras Questões em Matéria de Impostos sobre a Renda, firmada entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Bélgica, em Brasília, a 23 de junho de 1972. Decreto nº 72.542/1973; Promulga a Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Regular Outras Questões em Matéria de Impostos sobre a Renda. Brasil Bélgica; Portaria nº 271/1974; Métodos de aplicação da Convenção para Evitar a Dupla Tributação da Renda assinada pela República Federativa do Brasil com o Reino da Bélgica; Portaria nº 71/1976.

- *Canadá.*

Decreto Legislativo nº 28/1985; Aprova o texto da Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá, concluído em Brasília, a 4 de junho de 1984; Decreto nº 92318/1986; Dispõe sobre a execução da Convenção destinada a evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda, celebrada entre os Governos do Brasil e do Canadá; Portaria nº 199/1986; Métodos de aplicação da Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá destinada a evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda; Portaria nº 055/1988.

- *Chile.*

Decreto Legislativo nº 331/2003; Aprova o texto da Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em relação ao Imposto sobre a Renda, celebrada em Santiago, em 3 de abril de 2001; Decreto nº 4.852/2003; Promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação ao Imposto sobre a Renda, de 3 de abril de 2001; Portaria nº 285/2003; Métodos de aplicação da Convenção destinada a evitar a dupla

tributação e a prevenir a evasão fiscal em relação ao imposto sobre a renda, assinada pela República Federativa do Brasil com a República do Chile.

- China.

Decreto Legislativo nº 85/1992; Aprova o texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da China Destinado a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto de Renda, celebrado em Pequim, em 5 de agosto de 1991; Decreto nº 762/1993; Promulga o Acordo Destinado a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da China, celebrado em Pequim, em 5.8.1991.

- Coréia.

Decreto Legislativo nº 205/1991; Aprova o texto da Convenção entre os Governos da República Federativa do Brasil e a República da Coréia Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, firmada em Seul, a 7 de março de 1989; Decreto nº 354/1991; Promulga a Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Coréia.

- Dinamarca.

Decreto nº 75.106/1974; Promulga a Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda Brasil – Dinamarca; Portaria MF nº 68/1975; Métodos de aplicação da Convenção para Evitar a Dupla Tributação da Renda assinada pela República Federativa do Brasil com o Reino da Dinamarca; Portaria MF nº 70/1976.

- Equador.

Decreto Legislativo nº 4/1986; Aprova o texto da Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Equador, celebrado em Quito, a 26 de maio de 1983; Decreto nº 75.717/1988; Promulga a Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda entre a República Federativa do Brasil e a República do Equador.

- Espanha.

Decreto Legislativo nº 62/1975; Aprova o texto da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, firmada entre a República Federativa do Brasil e o Estado Espanhol, em Brasília, a 14 de novembro de 1974; Decreto nº 76975/1976; Promulga a Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e Previne a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda Brasil/Espanha; Portaria MF nº 45/1976; Métodos de aplicação da Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação da Renda assinada pela República Federativa do Brasil com o Estado Espanhol; ADI SRF nº 6/2002; Dispõe sobre o tratamento tributário aplicável aos lucros e dividendos oriundos de investimentos na Espanha; ADI SRF nº 27/2004; Dispõe sobre a aplicação de dispositivos da Convenção entre a República Federativa do Brasil e o Estado Espanhol destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda.

- Filipinas.

Decreto Legislativo nº 198/1991; Aprova o texto da Convenção Destinada a Evitar e Dupla tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República das Filipinas, celebrado em Brasília, a 29 de setembro de 1983; Decreto nº 241/1991; Promulga a Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República das Filipinas.

- Finlândia.

Decreto Legislativo nº 35/1997; Aprova o texto do Acordo para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Finlândia, em Brasília, em 2 de abril de 1996; Decreto nº 2465/1998; Promulga o Acordo para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Finlândia, em Brasília, em 2 de abril de 1996; AD SRF nº 12/1998.

- França.

Decreto Legislativo nº 87/1971; Aprova o texto da Convenção para Evitar a Dupla

Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento, firmada entre o Brasil e a República Francesa em 10 de setembro de 1971; Decreto nº 70506/1972; Promulga a Convenção com a França para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento; Decreto Legislativo nº 140/1995; Aprova o texto do Acordo, por Troca de Notas, de 4 de novembro de 1994, que emenda o Acordo sobre Cooperação Administrativa Mútua para a Prevenção, a Pesquisa e a Repressão às Infrações Aduaneiras, de 18 de março de 1993, entre o Brasil e a França; Portaria MF nº 287/1972; Métodos de aplicação da Convenção para Evitar a Dupla Tributação da Renda assinada pela República Federativa do Brasil com a República Francesa; Portaria MF nº 20/1976.

- Holanda.

Decreto Legislativo nº 60/1990; Aprova o texto da Convenção celebrada entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino dos Países Baixos, Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, firmada em Brasília, a 8 de março de 1990; Decreto nº 355/1991; Promulga a Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino dos Países Baixos.

- Hungria.

Decreto Legislativo nº 13/1990; Aprova o texto da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de impostos sobre a renda entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da Hungria, celebrada em Budapeste, em 20 de junho de 1986, assim como o protocolo, acordado no mesmo local e data, que a integra; Decreto nº 53/1991; Promulga a Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da Hungria.

- Índia.

Decreto Legislativo nº 214/1991; Aprova o texto da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, firmada entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da

Índia, a 26 de abril de 1988; Decreto nº 510/1992; Promulga a Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Índia.

- Israel.

Decreto Legislativo nº 931/2005; Aprova o texto da Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Estado de Israel Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação ao Imposto sobre a Renda; Decreto nº 5.576/2005; Promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Estado de Israel Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação ao Imposto sobre a Renda, celebrada em Brasília, em 12 de dezembro de 2002; Portaria MF nº 1/2006; Métodos de aplicação da Convenção destinada a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal em relação ao Imposto sobre a renda, assinada pela República Federativa do Brasil com o Estado de Israel.

- Itália.

Decreto Legislativo nº 77/79; Aprova o texto da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, firmada entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, em Roma, a 3 de outubro de 1978; Decreto nº 85.985/81; Promulga a Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda; Portaria MF nº 203/1981; Métodos de aplicação da Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda assinada pela Republica Federativa do Brasil com a Republica Italiana; Portaria MF nº 226/1984.

- Japão.

Decreto Legislativo nº 043/67; Aprova a Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre Rendimentos, concluída entre a República do Brasil e o Japão, assinada em Tóquio, em 24 de janeiro de 1967; Decreto nº 61.899/67; Promulga a Convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre rendimentos, com o Japão; Troca de Notas (24/01/1967) e Memorando de Entendimentos/Agreed minutes; Decreto Legislativo nº 69/76; Aprova o texto do Protocolo que Modifica e Complementa a Convenção entre os Estados Unidos do Brasil, Atualmente República Federativa do Brasil, e o Japão, Destinada a Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre Rendimentos,

assinado em Tóquio, a 23 de março de 1976; Decreto nº 81.194/78; Promulga o Protocolo que Modifica e Complementa a Convenção entre os Estados Unidos do Brasil, atualmente República Federativa do Brasil, e o Japão, Destinada a Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre Rendimentos; Troca de Notas (23/03/1976) e Memorando de Entendimentos/Agreed Minutes; Portaria MF nº 092/78; Métodos de aplicação da Convenção entre o Brasil e o Japão para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre Rendimentos, com alterações introduzidas pelo Protocolo que a modifica e complementa.

- Luxemburgo.

Decreto Legislativo nº 78/1979; Aprova o texto da Convenção entre a República Federativa do Brasil e o Grão-Ducado do Luxemburgo para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital, firmada na cidade do Luxemburgo, a 8 de novembro de 1978; Decreto nº 85.051/1980; Promulga a Convenção entre a República Federativa do Brasil e o Grão-Ducado de Luxemburgo para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital; Portaria MF nº 413/1980; Métodos de aplicação da convenção para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital assinada pela República Federativa do Brasil como Grão-Ducado do Luxemburgo; Portaria MF nº 510/1985.

- Noruega.

Decreto Legislativo nº 50/1981; Aprova o texto da Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de impostos sobre a Renda e o Capital, concluída entre o Governo da República Federativa do Brasil e o governo do Reino da Noruega, em Brasília, a 21 de agosto de 1980; Decreto nº 86.710/1981; Promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino da Noruega Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital; Portaria MF nº 025/1982; Métodos de aplicação da Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino da Noruega destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital; Portaria MF nº 227/1984.

- Portugal.

Decreto Legislativo nº 188/2001; Aprova o texto da Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa destinada a Evitar a Dupla Tributação e

Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento, celebrada em Brasília, em 16 de maio de 2000; Decreto nº 4012/2001; Promulga a Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa Destinada a Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento, celebrada em Brasília, em 16 de maio de 2000; Portaria MF nº 28/2002; Métodos de aplicação da Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre o Rendimento assinada pela República Federativa do Brasil com a República Portuguesa.

- República Checa e Eslováquia.

Decreto Legislativo nº11/1990; Aprova o texto da Convenção destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, celebrada entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Socialista da Tchecoslováquia, em Brasília, em 26 de agosto de 1986, bem como o Protocolo que a integra; Decreto nº 43/1991; Promulga a Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federativa Tcheca e Eslovaca.

- Suécia.

Decreto Legislativo nº 93/1975; Aprova o texto da Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a Dupla Tributação em Matéria de Imposto sobre a Renda; Decreto nº 77.053/1976; Promulga a Convenção para evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda Brasil-Suécia; Decreto Legislativo nº 57/1997; Aprova o texto do Acordo, por troca de notas verbais, que prorroga, por um período adicional de dois anos, os artigos 10 (parágrafos 2 e 5), 11 (parágrafo 2b), 12 (parágrafo 2b) e 23 (parágrafo 3) da Convenção para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda, de 25 de abril de 1975, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino da Suécia, em Brasília, em 19 de março de 1996; Portaria MF nº 44/1976; Métodos de aplicação da Convenção para Evitar a Dupla Tributação da Renda assinada pela República Federativa do Brasil com o Reino da Suécia; Alterada pela Portaria MF nº 5, de 4 de janeiro de 1979; Portaria MF nº 5/1979.

- Ucrânia.

Decreto Legislativo nº 66/2006; Aprova o texto da Convenção entre o Governo da

República Federativa do Brasil e o Governo da Ucrânia para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, celebrada em Kiev, em 16 de janeiro de 2002; Decreto nº 5.779/2006; Promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Ucrânia para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, celebrada em Kiev, em 16 de janeiro de 2002; Portaria MF nº 198/2006; Métodos de aplicação da Convenção para evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal em relação ao imposto sobre a renda, assinada pela República Federativa do Brasil com a Ucrânia.

Esses são os tratados firmados com o Brasil, os quais devem ser analisados caso a caso.

3.2 Qualificação e os tratados contra dupla tributação

3.2.1 O instituto da qualificação no direito

A qualificação é tema que deve ser tratado em qualquer ramo do Direito, especialmente no ramo do Direito Tributário Internacional³, que, como no Direito Internacional Privado, impõe às questões relativas à determinação da natureza jurídica de determinada instituição o dever de serem previamente solucionadas, como ensina J.P.Niboyet:

La calificación no es más que la naturaleza jurídica de una institución. Se relaciona con los conflictos de leyes, porque la aplicación de una regla de Derecho internacional, supone, necesariamente, la determinación previa de la naturaleza jurídica de la relación de derecho de que se trate; o en otros términos: que ya ha sido calificada (1928, p. 345).

Por sua vez, a qualificação vai além da interpretação do conceito constante da norma, confundindo-se com o momento da aplicação da norma, como afirma Niboyet. Assim também vê Irineu Strenger: “A aplicação, portanto, da norma de direito internacional privado, implica a prévia solução de problema consistente em qualificar a natureza da relação jurídica,

³ Cf. Alberto Xavier: “Se é certo que a peculiar natureza do Direito Internacional Privado – envolvendo remissão para direito estrangeiro aplicável como tal – imprimiu particular relevância ao referido problema, em termos de fazer dele uma questão extremamente complexa, quase inextrincável, não é menos verdade que, na doutrina do Direito Tributário Internacional, ele se apresenta em termos ainda mais imprecisos e nebulosos” (2000, p. 163).

que não recebe idêntica definição em todas as legislações” (1996, p. 406). O autor exemplifica:

Sabemos que o domicílio é um elemento de conexão. É ele que vai determinar a aplicação da lei nacional ou da lei estrangeira, segundo se trate de problema relacionado com a personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família (artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil). Acontece, porém, que o conceito de domicílio nem sempre é o mesmo em todos os países. Tem, por exemplo, significado diferente na Inglaterra e na Dinamarca. Começam então a surgir questões as mais variáveis, prejudicando a boa aplicação do direito (STRENGER, 1996, p. 408)

Assim surgem os *conflitos das qualificações*, onde as regras de direito interno dos Estados não são suficientes para determinar a classificação dos fatos da vida relacionados com as leis. Daí surge a questão da *determinação da lei qualificadora* a que alude Jacob Dolinger, *verbis*:

Como dito, há que se decidir que sistema jurídico irá qualificar. Não se confunda a lei qualificadora com a lei aplicável. Assim, é perfeitamente possível que a lei qualificadora seja a do foro, e, partindo desta qualificação, se venha a aplicar a lei material de outro sistema jurídico, assim como também pode acontecer que a lei estrangeira qualifique uma situação jurídica e disto decorra a aplicação da lei do foro.

A doutrina do D.I.P. elaborou três teorias principais sobre a escolha da lei qualificadora: a) qualificação pela *lex fori*; b) qualificação pela *lex causae*; c) qualificação por referência a conceitos autônomos e universais (1994, p. 311-312).

De fato, no início, as questões de Direito Tributário Internacional foram incluídas entre os setores de estudo do Direito Internacional Privado, especialmente em relação aos elementos de conexão e, relativamente, à qualificação dos tratados contra a dupla tributação. Hoje, reconhece-se que o Direito Tributário Internacional não se insere no âmbito de estudo do Direito Internacional Privado, porquanto esse se tratar “de um conflito de normas, no qual se decide qual das normas se aplica”. Ao contrário, o Direito Tributário Internacional “versa sobre mera cumulação de normas (por dois Estados soberanos), cabendo-lhe exclusivamente discutir os limites da lei tributária nacional, em situações internacionais” (SCHOUERI, 2000, p. 126).

3.2.2 A qualificação nos tratados contra a dupla tributação

Na Convenção de Viena, artigos 31 e 32, vigoram regras acerca da interpretação dos tratados internacionais em matéria tributária, regras essas consideradas como declaratórias de Direito Internacional consuetudinário (XAVIER, 2000, p. 157). Dessa forma, os tratados devem ser interpretados de acordo com a doutrina geral da interpretação dos tratados e das normas tributárias. Segundo dispõe a regra, os tratados devem ser interpretados de boa-fé, admitindo-se a interpretação suplementar, com escopo dos trabalhos preparatórios e as circunstâncias da sua celebração (XAVIER, 2000, p. 158; VOGEL, 2003, p. 964).

As convenções contra a dupla tributação internacional, especialmente o Modelo OCDE, dispõem regras de interpretação, como: *interpretação autêntica (normativa)* artigo 25, § 3º; *definições* de conceitos jurídicos (artigos 3º; 4º; 5º; 6º; 10; 11; 12; 14; e 19); interpretação *lex fori* para expressões não definidas no acordo, e que não puderem ser interpretadas pelo contexto do acordo (§ 2º do artigo 3º); além dos *comentários* aos Modelos OCDE, com significativo valor interpretativo. Em relação ao § 2º do artigo 3º, surge na doutrina duas correntes; uma entendendo que se trata de uma *cláusula geral de reenvio*, segundo Vogel⁴ (2003), e outra sustentada por Alberto Xavier, da qual se trata de uma *remissão subsidiária* para o direito fiscal interno, do imposto a que se refere o acordo, da qual somos partidários (XAVIER, 2000, p. 158-162). É que, com base nas doutrinas de Niboyet, Strenger e Dolinger, concluímos que a *qualificação* é uma questão prévia à interpretação, de forma que o § 2º do artigo 3º do Modelo OCDE se refere à interpretação, conforme Alberto Xavier:

Ora, o problema da qualificação suscita-se num momento logicamente posterior: o de saber se uma determinada situação concreta da vida tributária internacional é subsumível num conceito constante da previsão normativa, conceito este que já se encontra previamente interpretado. Respeita, pois, ao momento da *subsunção* ou *aplicação* do direito e não ao momento da sua *interpretação*.

Se a situação da vida é questão definida por conceitos fáticos, descritivos, o problema da qualificação não chega sequer a suscitar-se. Assim, por exemplo, determinar o lugar onde se situa um imóvel, onde é faticamente exercida uma atividade, se uma pessoa é atleta ou estudante não envolve, via de regra, o recurso a uma operação intermédia, adicional, no processo de aplicação do conceito ao caso concreto (2000, p. 164-165).

⁴ Sustenta o Professor na Universidade de Munique: “No campo de Direito Tributário Internacional, a ‘jovem escola de Viena’ defende, com firmeza, uma solução autônoma, por meio da interpretação do acordo a partir de seu contexto. Mas, como eu já disse, o artigo 3º, parágrafo 2º, pressupõe que nem sempre seja possível uma interpretação decorrente do contexto e em tais casos, ainda que se trate de meras ‘sobras’, isso ainda vale. Eu mesmo já me manifestei sobre uma solução intermediária. Entretanto, já não posso manter esse entendimento, quando se trate da qualificação de rendimentos (no restante, sim)” (VOGEL, 2003, p. 972).

A doutrina tem proposto as seguintes soluções para o problema da *qualificação*: i) a qualificação pela *lex fori*; ii) a qualificação pelo Estado da *fonte* (erroneamente referida como *lex causae*); iii) a qualificação *autônoma*; e, iv) a qualificação de acordo com a lei do Estado da *residência* (XAVIER, 2000, p. 170-171; VOGEL, 2003, p. 971).

Apesar das soluções propostas, nos termos do artigo 31 da Convenção de Viena, os objetivos e propósitos dos tratados são os pilares em que se assentam a interpretação dos mesmos, dando-se preferência à solução que melhor se adequar à situação. Assim, encontramos em Alberto Xavier, e outros doutrinadores de semelhante aceitação e respeitabilidade, a melhor solução ao problema da *qualificação*, o qual opta pela competência *qualificatória exclusiva*, a um dos Estados contratantes, em função da natureza da questão a que respeita. Isso decorre dos seguintes fundamentos; i) o problema da qualificação também pode ocorrer com as normas internas; ii) a qualificação pressupõe prévia solução do problema da interpretação dos tratados; iii) em decorrência disso, o disposto no § 2º do artigo 3º do Modelo OCDE se refere ao problema de interpretação e não de qualificação; o quarto e o quinto argumento transcrevem-se:

O quarto é o de que é sempre inadmissível a existência de competências qualificatórias cumulativas, por esta solução dar origem a conflitos (positivos e negativos) de qualificação – conflitos estes que são incompatíveis com o escopo e objeto das convenções: precisamente, os de evitar a dupla tributação e a evasão fiscal.

O quinto é o de que as convenções contêm regras específicas, explícitas ou implícitas – distintas do artigo 3º, § 2º do Modelo OCDE – que atribuem competência qualificatória exclusiva a um dos dois Estados, em função da natureza da questão a que respeita. Assim, a competência qualificatória relativa aos tipos de rendimentos que constituem o conceito-quadro da norma de conflitos é sempre atribuída exclusivamente ao Estado da fonte; a competência qualificatória exclusiva relativa aos demais pressupostos de aplicação pertence ao Estado da *lex situationis*, seja este o Estado da fonte ou da residência; a competência qualificatória exclusiva do Estado da residência é-lhe atribuída no que concerne aos pressupostos das normas que lhe são especialmente dirigidas, ou seja, as relativas à obrigação de conceder isenção ou crédito de imposto (XAVIER, 2000, p. 186).

Em função da competência *qualificatória exclusiva* as leis estrangeiras passam a ser pressuposto para aplicação da norma interna, ou seja, passa a ser pressuposto de aplicação dos métodos de isenção, ou imputação, ao Estado de fonte, sempre que o Estado de residência acate a qualificação efetuada por aquele (Estado de fonte) (XAVIER, 2000, p. 186-187). O fato de a lei estrangeira haver qualificado a questão jurídica, faz com que se dê relevância jurídica às normas estrangeiras para a aplicação das normas internas (XAVIER, 2000, p. 189). E continua o autor:

A verdade, porém, é que a aplicação das leis estrangeiras – notadamente das leis fiscais – embora relevante para a aplicação do tratado e, portanto, das leis fiscais internas, nunca pode desencadear o efeito típico de elas próprias constituírem obrigações tributárias de cujo titular seja o Estado a que as leis estrangeiras pertencem. Em tal caso – mas só em tal caso – se poderia dizer que a aplicação de lei estrangeira envolveria um ‘conflito de soberanias’ (XAVIER, 2000, p. 190).

Por fim, o problema da *qualificação* ainda pode suscitar outro problema no Direito Tributário Internacional que é a questão da *devolução* ou *reenvio*, segundo a qual, a lei estrangeira aplicável no Estado contratante deve corresponder aos mesmos resultados que obteria se aplicada no Estado de origem, inclusive suas regras de conflitos constantes dos Direitos dos Conflitos, como no exemplo de Alberto Xavier:

Assim, por exemplo, a lei fiscal interna que permita que do imposto de renda das pessoas físicas sejam deduzidas despesas de sustentação de ‘dependentes’ e defina estes por vínculos de parentesco, pode desencadear a aplicação de normas de direito internacional privado do foro, as quais, por se turno, designem lei estrangeira como competente para definir, na situação concreta em causa, a existência e validade de vínculos de parentesco (2000, p. 192).

3.3 Medidas de controle da dupla Tributação Internacional

3.3.1 Limitações de competência pelo Estado da residência

As convenções internacionais em matéria tributária têm como foco principal eliminar a dupla tributação internacional e impedir a ocorrência da *evasão* fiscal internacional⁵ (CHRISTIAANSE, 1988, p. 432; HOORN JR., 1988, p. 417; VOGEL, 1988, p. 473).

Ao se atribuir a competência exclusiva a determinado Estado, concedendo-lhe o poder de tributar a renda, automaticamente, exclui-se a possibilidade do outro Estado ao poder de tributar essa mesma renda. A esse aspecto da norma convencional, os autores atribuem aos tratados uma dupla função, quais sejam; de *reconhecimento de competência exclusiva* e, de

⁵ Para Augusto Fantozzi: “No plano do direito instrumental, os passos mais rápidos podem ser cumpridos por meio da colaboração na coleta e na troca de informações. Estes instrumentos, no sistema das convenções bilaterais, estavam, porém, voltados à eliminação da dupla tributação: hoje eles se acentuam ainda mais, em um quadro mais amplo, para fins da correta aplicação dos ordenamentos tributários dos Estados individuais e, portanto, abrangem o combate às evasões e às elusões, e dizem respeito à realização do princípio de capacidade contributiva” (2003b, p. 29).

exclusão de competência. Para outros, tratar-se-ia de uma *formulação positiva*, ou de atribuição de competência, e uma *formulação negativa*, de isenção em sentido estrito (XAVIER, 2000, p. 665).

Ao lado das convenções internacionais, que são as *medidas bilaterais*, os Estados ainda podem adotar as *medidas unilaterais* como meio de eliminar ou atenuar a dupla tributação internacional, o que pode ser efetivado por meio de normas internas em favorecimento dos investimentos estrangeiros. De um modo geral, as medidas mais utilizadas são *método da isenção* ou *método da imputação* (CHRISTIAANSE, 1988, p. 432; HOORN JR., 1988, 421; VOGEL, 1988, p. 474-475).

Há outros métodos citados pela doutrina, porém não reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, geralmente utilizados pelos países exportadores de capital, em favorecimento de investimentos em Estados em vias de desenvolvimento, muitas vezes dependentes do volume do capital investido ou de seu rendimento. Dentre eles Alberto Xavier cita os seguintes métodos: i) o *crédito por investimento*; ii) o método da *alíquota proporcional reduzida (flat rate)*; iii) a *dedução do imposto estrangeiro*; e iv) a *provisão de investimento* (2000, p. 675-677). A doutrina também atribui ao *planejamento tributário internacional* a modalidade utilizada pelos contribuintes como meio de prevenir ou eliminar a dupla tributação internacional (BORGES, 1996, p. 28).

As medidas unilaterais para eliminar a dupla tributação internacional podem ser analisadas sob a ótica do Estado de residência e sob a ótica do Estado de fonte⁶. Porém, são os Estados de residência que, na prática, absorvem os efeitos da tributação do Estado de fonte, cabendo a esses Estados a observância das normas convencionais de limitações quantitativas (alíquotas máximas em matéria de dividendos, juros e *royalties*). Além disso, cabe ao Estado de fonte respeitar em últimas consequências o *princípio da territorialidade* que, na acepção de princípio da fonte, deve “adotar definições claras dos elementos de conexão, sobretudo a de estabelecimento permanente, que não contribuam para a formação de cúmulos de pretensões” (XAVIER, 2000, p. 663 e 678).

Ao Estado de residência cabe o ônus de eliminar a dupla tributação, e isso se dá por meio de dois principais métodos: o *método da isenção* e o *método da imputação* (artigos

⁶ Porém, Augusto Fantozzi adverte: “Quaisquer que sejam os méritos de um ou de outro método, do método da imputação ou daquele da dupla tributação sobre dividendos, nenhum sistema fiscal é abstratamente perfeito: cada um deles é filho da própria época. E talvez esta seja a época de uma inadiável solidariedade global, que porta consigo um princípio global de capacidade contributiva e de interesse sobre uma correta aplicação do tributo e, para tanto, uma rede de administrações fiscais que dialoguem entre si e que estejam todas à altura da situação, quicá através da predisposição de escolas comuns que facilitem o diálogo e a troca de conhecimento e de informações” (FANTOZZI, 2003b, p. 32).

9º, A e B, e 23, A e B, do Modelo OCDE). É esse o entendimento da generalidade dos doutrinadores (BORGES, 1996, p. 28; XAVIER, 2000, p. 663), que assim se justificam tendo como pressuposto que, ao adotar o *princípio da universalidade da renda*, o Estado de residência apresenta a potencialidade de gerar a dupla tributação internacional (BORGES, 1996, p. 28).

Método da isenção.

O Estado de residência, em função do *método da isenção*, deverá abdicar a competência tributária, total ou parcialmente, sobre as rendas derivadas de fontes estrangeiras. Assim sendo, a *isenção* se dará somente nos casos de reconhecimento de *competência cumulativa* (XAVIER, 2000, p. 666).

O *método da isenção integral* impede que a renda de fonte estrangeira seja computada para fins de incidência tributária no Estado de residência. Para fins de aplicação do método, não é necessário que o Estado de fonte tenha tributado a renda produzida. Também é irrelevante o motivo do não exercício da competência (incentivos fiscais ou ausência de lei), o que ocorreria com a cláusula *subject to tax*. Esse método é adotado por países (de residência) como, Argentina, Tchecoslováquia e Países Baixos, no que se refere aos rendimentos de fonte brasileira (XAVIER, 2000, p. 667).

Pelo *método da isenção com progressividade*, a renda também não sofrerá tributação. No entanto, será computada juntamente com a renda produzida internamente para efeito de determinar a alíquota progressiva aplicável à renda global, caso o Estado de residência adote a progressividade da alíquota. Esse método impede que se estabeleçam *desigualdades* entre contribuintes que obtêm somente rendimentos internos daqueles que, além de fontes internas, também os obtêm por meio de fontes situadas no exterior. Alemanha, Áustria, Bélgica, França, Hungria, Luxemburgo e Noruega, adotam o *método da isenção com progressividade*, quanto aos rendimentos de fonte brasileira, com exceção dos rendimentos de juros, *royalties* e dividendos. Por outro lado, também se adota esse método para atenuar a dupla tributação internacional quanto aos dividendos distribuídos por sociedades residentes no Brasil, ou percebidos no Brasil por sociedades residentes no exterior (XAVIER, 2000, p. 667).

Método da imputação.

Pelo *método da imputação* o Estado de residência tributa toda a renda obtida pelo contribuinte, seja de fonte interna ou externa. Porém, do montante do imposto apurado deduz-

se o montante pago no exterior (país de fonte), o que pode se dar na forma *integral* ou *ordinária*. A *imputação ordinária* poderá se manifestar nas modalidades; *ordinária efetiva* e *ordinária proporcional*. Ainda há o *crédito presumido* (*matching credit*) e o *crédito fictício* (*tax sparing*), como formas de atenuação da bitributação internacional. De qualquer forma, esse crédito só será permitido entre impostos de mesma natureza.

Os efeitos são os mesmos obtidos pelo *método da isenção*, porém por meio de categorias jurídicas distintas, como se verá. Na *isenção*, nasce a obrigação tributária, mas não há crédito tributário correspondente, o que não ocorre na *imputação*, que considera o crédito do imposto pago no Estado de fonte como pagamento indireto do imposto devido no Estado de residência. Porém, para o contribuinte pode-se verificar a seguinte consequência⁷, como relata Klaus Vogel:

Se, no entanto, o Estado do domicílio do investidor utiliza, para evitar a bitributação, o método de computar os impostos pagos no exterior – não o de isentar os rendimentos obtidos no estrangeiro – então com isso se tornam ineficazes os benefícios fiscais concedidos no país em desenvolvimento: quanto mais reduzido for o imposto no país em desenvolvimento, tanto menor será o crédito a ser computado no Estado industrializado; o investidor, desconsiderado o maior risco que corre no país em desenvolvimento, é tributado no final sempre de acordo com o nível dos impostos do seu país; eventuais benefícios fiscais do país em desenvolvimento não ficam para o investidor, mas para o fisco do seu país (1988, p. 475).

A decorrência lógica do *método da imputação* reside na impossibilidade de restituição, por parte dos Estados de residência, do imposto pago no Estado de fonte estrangeira. Assim, para atenuar os efeitos desse método Alberto Xavier cita algumas formas adotadas pelos Estados:

Precisamente para atenuar o rigor dos efeitos negativos deste método, alguns países admitem que o crédito, em vez de ser calculado país por país (*per country limitation*), seja apurado numa base global (*overall limitation*), permitindo, assim, uma compensação entre excessos indedutíveis decorrentes dos países de alta fiscalidade com os créditos derivados de Estados de fiscalidade moderada. Igualmente para atenuar os efeitos da indedutibilidade do excesso do *tax credit*, também se tem previsto o seu reporte para trás (*carry back*) ou para diante (*carry forward*) (2000, p. 669).

Sob o ponto de vista do investidor, cabe distinguir a *imputação direta* da *imputação indireta*. Na *imputação direta*, o investidor residente em um determinado Estado

⁷ No mesmo sentido, Jan H. Christiaanse adverte sobre os efeitos para o investidor: “Se um país, por exemplo, um país em desenvolvimento, reduz o imposto de fonte para atrair capital estrangeiro, então os Estados Unidos teriam necessidade de conceder menos crédito fiscal estrangeiro, de modo que a vantagem fique para o tesouro americano, e não para o investidor” (1988, p. 433).

assiste o direito à dedução do imposto de renda devido na fonte do Estado de origem dos rendimentos. Já na *imputação indireta*, além do imposto devido na fonte, o contribuinte ainda tem o direito de considerar o imposto devido pela pessoa jurídica a quem deu origem aos rendimentos. Nas Convenções celebradas pelo Brasil algumas aplicam esse método, como a do Japão e Canadá (XAVIER, 2000, p. 675).

A *imputação integral* considera a totalidade do montante do imposto pago no país de fonte estrangeira, ou seja, o Estado de residência creditará a totalidade do imposto pago pelo contribuinte, sobre o mesmo rendimento, porém de fonte estrangeira.

Na *imputação ordinária*, o crédito do imposto pago no país de fonte estrangeira está limitado ao montante devido pelo contribuinte no Estado de residência. Como acentua Alberto Xavier, “o desconto só é outorgado até ao limite do mais baixo dos impostos em concurso” (2000, p. 668).

Esse método foi adotado por alguns países no tratamento de rendimentos provenientes de fontes brasileiras (Canadá, Coréia, Dinamarca, Equador, Espanha, Filipinas, Finlândia, Índia, Itália, Japão, Portugal e Suécia). O Brasil também adotou esse método⁸ para atenuar a dupla tributação dos rendimentos provenientes de fontes do exterior, com exceção de alguns rendimentos de dividendos, em que se adota o *método da isenção integral* ou *com reserva de progressividade* (artigo 90 do RIR) (XAVIER, 2000, p. 669-670).

A Convenção Modelo OCDE ainda prevê duas modalidades possíveis no *método de imputação ordinária*, a que Alberto Xavier propõe a denominação de *imputação ordinária efetiva* e *imputação ordinária proporcional*. A *imputação ordinária efetiva* consiste na dedução (imposto no Estado de fonte) correspondente à fração do imposto sobre o rendimento tributado no Estado de residência, calculado antes da dedução. Na *imputação ordinária proporcional* a dedução tem como limite a participação do rendimento externo (fonte externa) sobre o rendimento total. A essas modalidades, Alberto Xavier exemplifica:

Um exemplo auxiliará a melhor compreensão dos institutos. Suponhamos um brasileiro que auferiu 600 de renda, dos quais 500 no Brasil e 100 no exterior. Na imputação ordinária efetiva, a dedução do imposto estrangeiro tem como limite a fração do imposto brasileiro aplicável sobre os rendimentos externos (por hipótese 30%), ou seja, 30 (30% x 100). Na imputação ordinária proporcional, a dedução do imposto estrangeiro tem como limite a fração do imposto brasileiro (30% x 600 = 180) correspondente à participação dos rendimentos externos na renda total (16,66%), ou seja, 29,98 (16,66% de 180) (2000, p. 671).

⁸ No Brasil, a *imputação ordinária direta* foi adotada na forma unilateral interna, sendo desnecessária previsão nas convenções dupla tributação, exceto a regra da reciprocidade de tratamento (artigo 90 RIR) (XAVIER, 2000, p. 670).

A legislação brasileira adota a *imputação ordinária proporcional* para os rendimentos provenientes da Bélgica, Finlândia e França que, por sua vez, aplicam a *imputação ordinária direta* quanto aos rendimentos provenientes do Brasil. Dinamarca e a Itália aplicam a *imputação ordinária proporcional* quanto aos rendimentos provenientes do Brasil (XAVIER, 2000, p. 671).

Crédito presumido e crédito fictício.

O *crédito presumido (matching credit)* é uma modalidade de imputação (imputação por presunção) em que se atribui um *quantum* à deduzir mais elevado em relação ao efetivamente calculado na fonte (Estado de fonte). Como se vê, há uma presunção por parte do Estado de residência, à maior, do imposto cobrado no Estado de fonte. O Brasil adota essa modalidade quanto aos rendimentos de dividendos e, em alguns casos, em matéria de juros e *royalties*. Assim também é o caso da Coreia, Equador, Espanha, Filipinas e Índia (XAVIER, 2000, p. 673-674).

Por sua vez, o *crédito fictício (tax sparing)* é a modalidade de imputação (imputação por ficção) em que se atribui um *quantum* à deduzir equivalente ao valor cobrado no Estado de fonte, se devido fosse, ou seja, caso não houvessem medidas de incentivo ao investimento externo. Essa modalidade é adotada nos seguintes acordos firmados pelo Brasil: Japão, Bélgica, Coreia, Filipinas e Hungria (XAVIER, 2000, p. 673-674). Trata-se de uma forma tendente a preservar os benefícios proporcionados pelos incentivos concedidos pelos Estados de fonte, geralmente em desenvolvimento. Alberto Xavier faz a seguinte distinção:

Enquanto a cláusula de '*tax sparing*' pressupõe um incentivo preexistente que visa a preservar, a cláusula de '*matching credit*' atribui o direito à dedução no Estado de residência de um crédito fixado '*a forfait*'. Seja qual for a política fiscal do outro Estado, estabeleça ele ou não um imposto reduzido ou até mesmo uma isenção: é este o significado da expressão 'o imposto será sempre considerado como tendo sido pago à alíquota de' (2000, p. 672).

Os Estados Unidos, bem como o Conselho da OCDE, têm criticado a imputação *tax sparing* tendo como relevante motivo a sua inconveniência em detrimento dos Estados de residência, geralmente desenvolvidos.

Na Sessão seguinte será apresentada a legislação tributária aplicável aos *não-residentes* de forma a complementar o regime jurídico do investimento externo direto.

CAPÍTULO 4

TRIBUTAÇÃO SOBRE O INVESTIMENTO DIRETO EXTERNO

4.1 Fato gerador dotado de elementos de estraneidade

O investimento direto externo, por si só, não gera obrigação de pagar tributo. O que se tributa é a renda proporcionada pelo capital estrangeiro que, somente após preenchido os pressupostos de incidência, dará ensejo ao nascimento da obrigação tributária, sendo, portando, objeto de estudo do Direito Tributário Internacional.

Assim, os *rendimentos transnacionais* são tratados, principalmente, por normas internas dotadas de elementos de estraneidade, que estabelecem os critérios de conexão com o ordenamento interno, qualificam a base tributável e localizam a fonte, de produção ou de pagamento. Isso torna viável a tributação sobre a renda do IDE, considerando-se preexistente a Soberania, do Estado receptor de capital estrangeiro, do Poder de Tributar (JARACH, 2004, p. 209).

Se o objeto de análise versa sobre a renda proporcionada pelo IDE, as normas aqui tratadas respeitam a *territorialidade da tributação*. Isso porque, seja qual for a modalidade de IDE, *investimento societário*, *financeiro* ou *tecnológico*, é o território nacional que será o receptor de capitais estrangeiros. Conseqüentemente, em sentido estrito, os rendimentos de IDE dar-se-ão em território nacional. Pode-se, é claro, ocorrer a tributação em *bases universais*, como no caso das participações acionárias ou investimentos no exterior, o que não caracteriza o IDE e, por sua vez, não será objeto de análise.

As normas dotadas de elementos de estraneidade possibilitam a tributação sobre os rendimentos proporcionados pelo IDE que, nada mais são do que os fatos dotados de elementos de estraneidade. Nas palavras de Heleno Torres:

A existência dessas normas responde às necessidades de disciplina dos fatos dotados de elementos de estraneidade, que são aqueles que possuem conexão de natureza real (situação ou localização do bem ou da fonte de renda) ou pessoal (residência, domicílio ou nacionalidade dos sujeitos) com mais de um território ou ordenamento jurídico. Deste modo, suas são as possibilidades de manifestação destas normas, disciplinando: i) os fatos de produção de rendimentos ocorridos fora do âmbito territorial do respectivo Estado por meio de residente ou nacional; e ii) aqueles fatos tributário praticados por sujeitos não-residentes no interior do Estado, onde se encontra a fonte efetiva da renda (2001b, p. 95-96).

No presente caso, tratando-se de capital estrangeiro, conforme artigo 1º da Lei nº 4.131/62, os fatos que interessam são os fatos de produção de rendimentos de IDE, de titularidade de não-residentes, ocorridos no interior do território nacional, limitando-se à territorialidade pura. Convém ressaltar, que não é tecnicamente correto generalizar o âmbito eficaz das normas dotadas de elementos de estraneidade a eficácia ultraterritorial, quando, como se viu, a renda produzida por não-residentes se limita à eficácia territorial do Estado (TORRES, 2001b, p. 99). É justamente nessa perspectiva que se passa a analisar as normas tributárias dotadas de estraneidade destinadas aos não-residentes. Para tanto, torna necessário identificar o regime de residência no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1.1 Determinação do regime de residência nas convenções

Nas convenções contra dupla tributação, inclusive firmadas pelo Brasil, constam regras claras que limitam a liberdade de adoção de conexão que leve em consideração critério estranho à residência ou domicílio. Cita-se, como exemplo, o de se considerar domicílio ou residência o lugar da fonte da renda (artigo 4º Modelo OCDE), caso em que será considerada conexão ilegítima.

Também nas convenções, constam regras sobre as hipóteses de dupla residência (*dual residence*). Nesse caso, será considerada determinada residência (*residência escolhida*) em detrimento da outra (*residência preterida*). Em decorrência, só poderá ser considerada legítima a *residência escolhida*, de forma que a pessoa será automaticamente considerada não residente no outro Estado da *residência preterida*, em homenagem ao *princípio da unicidade da residência*. Interessante que, para efeitos decorrentes de gozo de direitos civis ou políticos, a *residência preterida* continua legitimamente válida, ou seja, será desconsiderada para fins tributários e perfeitamente considerada para outros fins de direito (XAVIER, 2000, p. 265).

O artigo 4º do Modelo OCDE ainda prevê um sistema de *conexões subsidiárias*

para determinar a prevalência das residências em concurso (XAVIER, 2000, p. 266). Já para as pessoas jurídicas com dupla residência (*dual resident companies*), o § 3º do artigo 4º do Modelo, na versão de 1995, Alberto Xavier entende:

Tal como quanto às pessoas físicas, pode suceder que mais do que uma ordem jurídica considere uma pessoa jurídica localizada no seu território (*dual resident companies*), tornando-se assim necessário fixar um critério de preferência na repartição dos poderes tributários. É o que sucederá, por exemplo, a uma sociedade incorporada sob as leis de um dos Estados dos Estados Unidos, sendo, porém, controlada e gerida no Reino Unido.

No âmbito das relações internacionais, as Convenções contra a dupla tributação estabelecem que prevalecerá o critério do local da ‘direção efetiva’ (*place of effective management, siège de direction effective*), entendendo-se por este o lugar onde os negócios são dirigidos ou fiscalizados, isto é, onde são praticados os atos de gestão global da empresa (*center of top level management*). Assim se evita a relevância das sedes fictícias, como sucede com os *Briefkastendomizile* (domicílios postais) e com as ‘sociedades de domicílio’ (*Domizilgesellschaften*), freqüentes na Suíça e no Liechtenstein, que não exercem no respectivo território qualquer atividade empresarial relevante (2000, p. 267).

A definição da residência das pessoas físicas e jurídicas é de primordial importância, notadamente que será a partir daí que se buscará identificar qual ordenamento estará apto a tributar a situação ocorrida e, sendo o caso, determinar a aplicabilidade ou não da norma. Casos de dupla residência poderão surgir, pois os Estados estão livres para definir o regime de residência em seus territórios, e neste caso os tratados e convenções são utilizados para estabelecer qual das residências terá prevalência.

As pessoas físicas ou jurídicas *residentes* no Brasil estão sujeitas à tributação com base no princípio da *renda mundial*, ou da *universalidade da renda*, que considera tributáveis a totalidade da renda produzida interna e externamente. Já as pessoas físicas ou jurídicas *não residentes* estarão sujeitas à tributação com base no princípio da *territorialidade da renda*, que considera tributáveis somente os rendimentos de fonte interna situadas no Brasil.

4.1.2 A caracterização de residência na legislação do imposto sobre a renda

Pessoas Físicas.

Em matéria de residência, a legislação tributária brasileira adota um critério próprio, distinto do adotado pelo Código Civil. Para fins de imposto de renda, será

considerado *residente* no Brasil a pessoa física que estiver em uma das seguintes situações (artigos 2º e 3º da IN/SRF 208/2002):

Artigo 2º Considera-se residente no Brasil, a pessoa física:

I - que resida no Brasil em caráter permanente;

II - que se ausente para prestar serviços como assalariada a autarquias ou repartições do Governo brasileiro situadas no exterior;

III - que ingresse no Brasil:

a) com visto permanente, na data da chegada;

b) com visto temporário:

1. para trabalhar com vínculo empregatício, na data da chegada;

2. na data em que complete 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, dentro de um período de até doze meses;

3. na data da obtenção de visto permanente ou de vínculo empregatício, se ocorrida antes de completar 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, dentro de um período de até doze meses;

IV - brasileira que adquiriu a condição de não-residente no Brasil e retorne ao País com ânimo definitivo, na data da chegada;

V - que se ausente do Brasil em caráter temporário ou se retire em caráter permanente do território nacional sem entregar a Declaração de Saída Definitiva do País, durante os primeiros doze meses consecutivos de ausência.

Parágrafo único. Para fins do disposto no inciso III, "b", item 2, do caput, caso, dentro de um período de doze meses, a pessoa física não complete 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, novo período de até doze meses será contado da data do ingresso seguinte àquele em que se iniciou a contagem anterior.

Artigo 3º Considera-se não-residente no Brasil, a pessoa física:

I - que não resida no Brasil em caráter permanente e não se enquadre nas hipóteses previstas no artigo 2º;

II - que se retire em caráter permanente do território nacional, na data da saída, ressalvado o disposto no inciso V do artigo 2º;

III - que, na condição de não-residente, ingresse no Brasil para prestar serviços como funcionária de órgão de governo estrangeiro situado no País, ressalvado o disposto no inciso IV do artigo 2º;

IV - que ingresse no Brasil com visto temporário:

a) e permaneça até 183 dias, consecutivos ou não, em um período de até doze meses;

b) até o dia anterior ao da obtenção de visto permanente ou de vínculo empregatício, se ocorrida antes de completar 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, dentro de um período de até doze meses;

V - que se ausente do Brasil em caráter temporário, a partir do dia seguinte àquele em que complete doze meses consecutivos de ausência.

§ 1º Para fins do disposto no inciso IV, "a", do caput, caso, dentro de um período de doze meses, a pessoa física não complete 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, novo período de até doze meses será contado da data do ingresso seguinte àquele em que se iniciou a contagem anterior.

§ 2º A pessoa física não-residente que receba rendimentos de fonte situada no Brasil deve comunicar à fonte pagadora tal condição, por escrito, para que seja feita a retenção do imposto de renda, observado o disposto nos arts. 35 a 45.

Artigo 4º A partir do momento em que a pessoa física adquira a condição de residente ou de não-residente no País, dar-se-á o retorno à condição anterior somente quando ocorrer qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2º ou 3º, conforme o caso.

Pessoas Jurídicas.

Ao contrário da regra aplicável às pessoas físicas, a legislação brasileira não dispõe acerca da residência das pessoas jurídicas, reservando-se apenas em estabelecer no

artigo 147 do RIR/99¹, que para fins de tributação pelo imposto de renda, consideram-se as pessoas jurídicas domiciliadas no País, sejam nacionais ou estrangeiras. Alberto Xavier faz as seguintes observações à respeito:

Ao contrário do que sucede com as pessoas físicas, a lei fiscal não definiu expressamente o conceito de domicílio das pessoas jurídicas relevante para efeitos tributários, pelo que este coincide com o conceito de direito privado que o identifica com o da sede estatutária (*statutory seat*) (artigo 35 do Código Civil).

O conceito de sociedade domiciliada no Brasil não deve confundir-se com o de sociedade brasileira, pois a nacionalidade brasileira das sociedades depende da obediência ao duplo requisito de terem-se organizado na conformidade da lei brasileira e terem sua sede no país (Lei de introdução ao Código Civil, artigo 11 e Decreto nº 2.627, de 26 de outubro de 1940, artigo 60). Assim, uma sociedade domiciliada no Brasil, por aqui ter a sua sede, pode ser considerada estrangeira se constituída à sombra de lei estrangeira (2000, p. 263).

Dessa forma, aplica-se a lei civil para caracterizar as sociedades, aqui instaladas, como residentes ou não residentes.

4.1.3 O Princípio da Territorialidade na legislação brasileira

Para as *pessoas físicas residentes no país*, o *princípio da territorialidade* perdurou até a vigência do Decreto-lei nº 1.168, de 22 de março de 1.939², quando então foi substituído pelo *princípio da universalidade*, previsto no artigo 21, inciso VIII, do RIR/80, mantido pela Lei 7.713/88, artigo 3º, § 4º, atualmente consolidado no RIR/99, em seu artigo 38³. Portanto, somente as *pessoas físicas não residentes no Brasil* estão sujeitas ao *princípio da*

¹ **Artigo 147.** Consideram-se pessoas jurídicas, para efeito do disposto no inciso I do artigo anterior:

I - as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País, sejam quais forem seus fins, nacionalidade ou participantes no capital (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, artigo 27, Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, artigo 42, e Lei nº 6.264, de 1975, artigo 1º);

II - as filiais, sucursais, agências ou representações no País das pessoas jurídicas com sede no exterior (Lei nº 3.470, de 1958, artigo 76, Lei nº 4.131, de 1962, artigo 42, e Lei nº 6.264, de 1975, artigo 1º);

III - os comitentes domiciliados no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou comissários no País (Lei nº 3.470, de 1958, artigo 76).

² Para Eivany Antonio da Silva, o Brasil sempre adotou o princípio da universalidade, o qual já estava consagrado em leis anteriores à Lei nº 7.713/88 (2003, p. 278).

³ **Artigo 38.** A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título (Lei nº 7.713, de 1988, artigo 3º, § 4º).

Parágrafo único. Os rendimentos serão tributados no mês em que forem recebidos, considerado como tal o da entrega de recursos pela fonte pagadora, mesmo mediante depósito em instituição financeira em favor do beneficiário.

territorialidade, considerando como conexão relevante a *fonte de produção* dos rendimentos.

Para as *pessoas jurídicas residentes* no país, o *princípio da territorialidade*, previsto no antigo RIR/80, artigo 268 e 157, parágrafo único, perdurou até o advento do Decreto-lei nº 2.397, de 22 de dezembro de 1987. Assim, passou-se a adotar o *princípio da universalidade*, ao dispor, em seu artigo 7º, que os resultados obtidos no exterior seriam computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas domiciliadas no país, diretamente ou através de filiais, sucursais, agências ou representações. Em seguida, o Decreto-lei nº 2.413, de 10 de fevereiro de 1988, incluiu também os resultados obtidos no exterior pelas *subsidiárias*. Mas, com o advento do artigo 11 do Decreto-lei nº 2.429, de 15 de abril de 1988, ficou expressamente revogada toda legislação que havia incorporado o *princípio da universalidade* para as pessoas jurídicas residentes no Brasil. Com efeito, Alberto Xavier pronuncia a respeito:

Tais diplomas visaram assim aplicar às pessoas jurídicas o regime da universalidade, ou seja, do *lucro mundial*, à semelhança da legislação norte-americana e inglesa. Mas foram ainda mais longe que estas, pois enquanto a ‘mundialização’ adotada nestes países abrange apenas os resultados das “explorações diretas”, através de sucursais, o Decreto-lei nº 2.413/88 procurou atingir os resultados das ‘explorações indiretas’, através de subsidiárias, à semelhança do regime do *lucro consolidado* previsto na lei francesa, que, porém, só o admite a título excepcional e a requerimento do contribuinte.

Dois meses passados após a entrada em vigor deste preceito, foi ele expressamente revogado pelo artigo 11 do Decreto-lei nº 2.429, de 15 de abril de 1988, que assim restabeleceu na sua plenitude o princípio da territorialidade, segundo o qual não estão sujeitos a imposto no Brasil os resultados auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas, diretamente ou através de subsidiárias ou filiais.

Com efeito, na consolidação operada pelo RIR/94 o princípio da territorialidade foi formalmente reiterado através de preceitos que reproduzem os já citados arts. 268 e 157, § único do RIR/80 (respectivamente os arts. 337, e 197, § único).

Tal princípio aplicava-se também à contribuição social sobre o lucro líquido, haja em vista o disposto no artigo 57 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995 (na nova redação da Lei nº 9.065, de 10 de junho de 1995) segundo o qual ‘aplicam-se à contribuição social sobre o lucro (Lei nº 7.689 de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no artigo 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta lei’ (2000, p. 345-346).

De modo geral, a doutrina relata que o princípio da territorialidade vigorou até o advento da Lei nº 9.249/95, quando então se passou a adotar o princípio da universalidade da renda (CARVALHO; MURGEL, 2000, p. 476).

4.2 Tributação sobre a renda aplicável aos residentes no exterior

4.2.1 Imposto sobre a renda

No nosso ordenamento jurídico, o imposto de renda é o único tributo que adota o critério da universalidade. Em função desse critério, previsto no artigo 153 da CF/88⁴, e também da sistemática das normas de conflitos, torna-se necessário distinguir do regime de residência das pessoas físicas e das pessoas jurídicas. Assim, temos uma legislação aplicável aos residentes distinta da legislação aplicável aos não residentes, isso em função do princípio da territorialidade aplicável aos primeiros e, quanto aos últimos, o princípio da universalidade. Seja como for, deve-se ter como regra matriz o disposto no artigo 153 da CF/88 e artigos 43 e 44 do Código Tributário Nacional⁵.

O regime aplicável aos não-residentes se limita a tributação sobre a renda produzida no território nacional, e que tanto podem traduzir numa tributação aplicável aos equiparados como tal, *tributação definitiva*, como numa tributação equiparada aos residentes no Brasil, *tributação do lucro*. É que dependendo da atividade exercida, a pessoa jurídica residente no exterior poderá estar diante de uma atividade exercida através de um *estabelecimento permanente* (XAVIER, 2000, p. 388; 504).

Na *tributação definitiva*, os rendimentos são submetidos ao tratamento previsto para cada tipo de rendimento ou ganho de capital, tributados na fonte. Esses rendimentos respeitam a um tratamento geral, de retenção sobre o rendimento bruto, ou a um regime especial, como no ganho de capital na alienação de bens e direitos, aplicações financeiras de

⁴ **Artigo 153.** Compete à União instituir impostos sobre:

III - renda e proventos de qualquer natureza;

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

⁵ **Artigo 43.** O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

Artigo 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

renda fixa, em fundos e clubes de investimentos e, por fim, os ganhos líquidos em operações de renda variável. Por outro lado, esse critério dispensa os não residentes de apresentar declaração de rendimentos ou de elaborar demonstrações financeiras. Os artigos 682 e 685 do RIR/99 disciplinam a generalidade dos rendimentos sujeitos à retenção na fonte. Vejamos:

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

I - pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, artigo 97, alínea 'a');

II - pelos residentes no País que estiverem ausentes no exterior por mais de doze meses, salvo os mencionados no artigo 17 (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, artigo 97, alínea 'b');

III - pela pessoa física proveniente do exterior, com visto temporário, nos termos do § 1º do artigo 19 (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, artigo 97, alínea 'c', e Lei nº 9.718, de 1998, artigo 12);

IV - pelos contribuintes que continuarem a perceber rendimentos produzidos no País, a partir da data em que for requerida a certidão, no caso previsto no artigo 879 (Lei nº 3.470, de 1958, artigo 17, § 3º).

Artigo 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, artigo 100, Lei nº 3.470, de 1958, artigo 77, Lei nº 9.249, de 1995, artigo 23, e Lei nº 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º):

I - à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica neste Capítulo, inclusive:

a) os ganhos de capital relativos a investimentos em moeda estrangeira;

b) os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos;

c) as pensões alimentícias e os pecúlios;

d) os prêmios conquistados em concursos ou competições.

II - à alíquota de vinte e cinco por cento:

a) os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços;

b) ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do artigo 691, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o artigo 245.

§ 1º Prevalecerá a alíquota incidente sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos residentes ou domiciliados no País, quando superior a quinze por cento (Decreto-Lei nº 2.308, de 1986, artigo 2º, e Lei nº 9.249, de 1995, artigo 18).

§ 2º No caso do inciso II, a retenção na fonte sobre o ganho de capital deve ser efetuada no momento da alienação do bem ou direito, sendo responsável o adquirente ou o procurador, se este não der conhecimento, ao adquirente, de que o alienante é residente ou domiciliado no exterior.

§ 3º O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País (Lei nº 9.249, de 1995, artigo 18).

Para as pessoas residentes no exterior equiparadas a residentes no país, a regra é a *tributação pelo lucro*, que é a forma aplicável às pessoas jurídicas residentes no país. Os artigos 179 e 193 do RIR/99 são os que definem a renda tributável a que alude os artigos 43 e 44 do CTN. Nesse sentido, para as pessoas jurídicas domiciliadas nos países, foi consagrada a

noção *sintética ou complexiva* da renda, em harmonia com a *teoria do balanço*, segundo as regras de elaboração das demonstrações financeiras constante na Lei nº 6.404/76 (ANDRADE FILHO, 2000, p. 31; XAVIER, 2000, p. 392):

Artigo 179. A base de cálculo do imposto, determinada segundo a lei vigente na data de ocorrência do fato gerador, é o lucro real (Subtítulo II), presumido (Subtítulo III) ou arbitrado (Subtítulo IV), correspondente ao período-base de incidência (Decreto-lei nº 5.844/43, artigo 43, e Leis nºs 5.172/66, arts. 44, 104 e 144, e 8.541/92, artigo 2º).

Parágrafo único. Integram a base de cálculo todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do imposto, salvo se tiverem sido tributados exclusivamente na fonte ou separadamente de forma definitiva (Leis nºs 7.450/85, arts. 42 e 51, e 8.541/92, arts. 29 e 36, e Decreto-lei nº 2.287/86, artigo 1º).

Artigo 193. Lucro real é o lucro líquido do período-base ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Regulamento (Decreto-lei nº 1.598/77, artigo 6º).

§ 1º A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período-base com observância das disposições das leis comerciais, inclusive no que se refere ao cálculo da correção monetária das demonstrações financeiras e à constituição da provisão para o imposto de renda (Lei nº 7.450/85, artigo 18).

§ 2º Os valores que, por competirem a outro período-base, forem, para efeito de determinação do lucro real, adicionados ao lucro líquido do período-base em apuração, ou dele excluídos, serão, na determinação do lucro real do período-base competente, excluídos do lucro líquido ou a ele adicionados, respectivamente, corrigidos monetariamente (Decreto-lei nº 1.598/77, artigo 6º, § 4º).

4.2.2 Tributação sobre as remessas de lucros

Até o advento da Lei nº 9.249/95⁶ os lucros remetidos para pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior eram tributados à alíquota de 15%, por força do artigo 756 do RIR/94, *verbis*: “Estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, os lucros ou dividendos, distribuídos por fonte localizada no País em benefício de pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior (Leis n.ºs 3.470/58, artigo 77, e 8.383/91, artigo 77)”.

Alem da incidência do imposto de renda na fonte, as remessas anuais de lucros a

⁶ **Artigo 10.** Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

residentes no exterior ainda eram limitadas a 10% do capital registrado no BACEN, conforme previsão constante no artigo 31 da Lei nº 4.131/62. Com a alteração do dispositivo pela Lei nº 4.390/64, substituiu-se a limitação das remessas pelo imposto suplementar sobre a renda, sempre que as remessas em um triênio ultrapassarem a 12,5% do capital registrado. O referido imposto suplementar foi extinto com a Lei nº 8.383/91, que também reduziu a alíquota do imposto retido de 25% para 15%⁷.

A partir da Lei nº 9.249/95, não mais incide o imposto de renda retido na fonte sobre as remessas de lucros oriundos de investimentos provenientes do exterior, salvo em casos de grave desequilíbrio no balanço de pagamentos (artigo 28 da Lei nº 4.131/62). Todas as restrições às remessas de lucros, de investimento externo, tinham por escopo a sua permanência no país em forma de reinvestimento⁸.

4.3 Preços de transferência

4.3.1 Caracterização dos preços de transferências

O controle dos *preços de transferência* tem como pressuposto a existência de transações comerciais entre empresas interdependentes, uma delas não-residente, ou transações destinadas a Paraísos Fiscais, e que, em função disso, supõe-se possível a prática de *preços artificiais* com a finalidade de diminuir a incidência de tributos em um dos Estados em questão.

A temática dos preços de transferência tem sido estudada pelos doutrinadores como relacionada a práticas evasivas em operações internacionais (HUCK, 1997; XAVIER, 2000; TORRES, 2001a, p. 160). Tem-se argumentado também que os preços de transferência passaram a ter relevância fiscal a partir da constatação de que as organizações empresariais articulavam estratégias com o fim específico de: i) transferir bases de cálculo de países de maior tributação para paraísos fiscais; ii) compensar bases de cálculos negativas com

⁷ Assim dispõe a Lei nº 8.383/91: Artigo 77. A partir de 1º de janeiro de 1993, a alíquota do imposto de renda incidente na fonte sobre lucros e dividendos, de que trata o artigo 97 do Decreto-Lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943, com as modificações posteriormente introduzidas, passará a ser de quinze por cento.

⁸ Por sua vez, as remessas indiretas de lucros são tratadas em item específico, como distribuição disfarçada de lucros – DDL (artigo 464 RIR/99), que elenca sete casos em que se presume ocorrida a distribuição de lucros (SCHOUERI, 1996, p. 50).

positivas; iii) diminuir bases de cálculo nos tributos indiretos; ou iv) diferir o pagamento de tributos. Constata-se também, que os preços de transferência podem ser utilizados para afetar a concorrência ou para a prática de *dumping*. Assim, o controle dos preços de transferência tem a função não só de recompor os preços artificiais praticados a preços de mercado, mas também de evitar a prática de *dumping* (TORRES, 2001a, p. 162).

Nesse sentido, a doutrina tem entendido que o controle dos preços de transferência persegue objetivo não só fiscal como também objetivo extrafiscal. Ao converter os preços artificiais praticados nas operações internacionais por preços de mercado, além de ajustar a real capacidade contributiva dos contribuintes, efetiva-se também a livre concorrência. Da mesma forma, entende-se que a política de preços interessa ao próprio grupo empresarial, uma vez que interesses outros poderão estar em jogo, como a performance da unidade da empresa, a existência de incentivos financeiros, restrições cambiais, entre outros (XAVIER, 2000, p. 302; TÔRRES, 2001a, p. 170; SCHOUERI, 2006, p. 15).

No Brasil, a legislação sobre o controle dos preços de transferência é tratada juntamente com o imposto sobre a renda, pois como adverte Luís Eduardo Schoueri,

[...] inserindo-se a disciplina dos preços de transferência no âmbito da legislação do imposto de renda, encontra-se como imediato limite a própria existência de renda a ser tributada, já que, afinal, qualquer norma que restrinja a dedutibilidade de despesas, ou que exija o reconhecimento tributário de receitas não contabilizadas, gera a suspeita de distorção de um resultado, afastando-se do conceito de renda (2006, p. 10).

A constatação da prática de preços artificiais tem como consequência a reparação de tais valores, bem como a da base de cálculo dos tributos incidentes e sua exigência. Assim, consideramos pertinente o estudo dos *preços de transferência* neste Capítulo, considerando que a base de cálculo reajustada impede a evasão fiscal, com a remessa ilegal de lucros para outros Estados, ou até mesmo a remessa do próprio capital estrangeiro. Heleno Tôrres também observou esta realidade. Vejamos:

Até 1996, em matéria de Imposto sobre a Renda, o Brasil não dispunha de uma normativa tributária sobre o *transfer pricing*. Mas, partindo da constatação de que empresas estrangeiras situadas no Brasil não vinham remetendo lucros para o exterior, tudo levando a crer que esses lucros eram remetidos através de um sistema de transferência de preços entre subsidiárias e matrizes, a Receita Federal organizou uma Comissão para elaborar um projeto de lei sobre essa disciplina, que foi enviado (agosto/1996) ao Congresso Nacional para discussão, dando origem à Lei 9.430/96. A partir dessa regulação, os preços de transferência praticados por empresas vinculadas passaram a ser controlados periodicamente, para fins do Imposto sobre a Renda (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) (2001a, p. 165).

Aliás, esta constatação é que motivou o legislador brasileiro a contemplar o regime dos preços de transferência em nosso ordenamento jurídico pelo que se depreende da exposição de motivos da Lei nº 9.430/96⁹. Por outro lado, os métodos utilizados não podem traduzir o arbítrio, cometendo exageros na substituição dos preços praticados por preços acima ou abaixo do preço de mercado¹⁰. Assim, a regulamentação dos preços de transferência será aceita e até privilegiada se da comparação se chegar ao preço justo, entendendo-se este como o mais próximo do preço de mercado praticado ao tempo das transferências. Tem-se, dessa forma, que a legislação sobre preços de transferência estará tão próxima à realidade quanto se almeja alcançar com a tributação baseada na capacidade contributiva.

Há ainda outras considerações acerca do tema, senão vejamos. Os preços de transferência não se confundem com a prática de distribuição disfarçadas de lucros ou com valoração aduaneira, embora possa ocorrer evasão de tributos aduaneiros (SCHOUERI, 2006, p. 16). Com singular precisão, Luís Eduardo Schoueri traça as diferenças no plano de estudo desses dois temas:

Essa hipótese é ainda mais válida no caso brasileiro. Com efeito, verificar-se-á, no decorrer deste estudo, que a legislação sobre preços de transferência admite a aplicação de diversos métodos, sendo bastante possível que cada qual chegue a resultado diverso. Na sistemática brasileira, o contribuinte pode utilizar-se do método que lhe for mais favorável. Isso não ocorre no caso da valoração aduaneira, onde há uma ordem seqüencial na aplicação dos métodos, não tendo o contribuinte a liberdade de escolher o que mais lhe convém, fora da ordem legal. Embora, em princípio, o resultado da valoração aduaneira deva estar inserido dentro da faixa estabelecida entre o método mais conveniente e o menos conveniente para a apuração dos preços de transferência, a legislação deste último tomará o nível inferior ou superior daquela faixa, que não necessariamente coincidirá com o resultado da valoração aduaneira (2006, p. 18).

Apesar da distribuição disfarçada de lucros perseguir os mesmos objetivos, com a disciplina dos preços de transferências não se confunde, embora há quem defenda que o fato

⁹ Com efeito, assim dispõe a exposição de motivos da Lei nº 9.430/96 no que se refere ao controle dos preços de transferências: “As normas contidas nos arts. 18 a 24 representam significativo avanço da legislação nacional face ao ingente processo de globalização experimentado pelas economias contemporâneas. No caso específico, em conformidade com regras adotadas nos países integrantes da OCDE, são propostas normas que possibilitam o controle dos denominados ‘Preços de Transferência’, de forma a evitar a prática, lesiva aos interesses nacionais, de transferências de recursos para o Exterior, mediante a manipulação dos preços pactuados nas importações ou exportações de bens, serviços ou direitos, em operações com pessoas vinculadas, residentes ou domiciliadas no Exterior”.

¹⁰ Por isso, o fisco norte-americano, bem como a prática internacional, tem admitido *margens de segurança* (*safe havens*), tendo em vista interesses não fiscais na fixação das condições de preço em casos concretos (XAVIER, 2000, p. 303-304).

possa caracterizar uma distribuição indireta de lucros¹¹.

Assim, o controle dos preços tem âmbito de aplicação restrito a operações internacionais entre empresas interdependentes ou entre empresas independentes, no caso de um dos Estados em presença se tratar de *paraíso fiscal*¹². A prevalecer a prática de preços de mercado, estará privilegiando-se o princípio *arm's length*, que nada mais é do que a utilização do preço praticado nas relações entre partes independentes em um ambiente de livre concorrência (TÔRRES, 2001a, p. 165; SCHOUERI, 2006, p. 15). Ademais, seja como for, é pacífico que os Estados tendem a evitar as distorções de preços lesivas à arrecadação tributária, controlando, assim, através de medidas no sentido de prevalecerem preços de mercado, estipulados *at arm's length*, em detrimento dos preços de conveniência em interesses estratégicos do grupo (XAVIER, 2000, p. 301).

Heleno Tôrres faz referência a vários dispositivos do ordenamento jurídico tributário brasileiro ao qual se traduz incorporado o princípio *arm's length*, embora não expressamente prescrito. São eles: i) a legislação sobre a distribuição disfarçada de lucros – DDL, artigo 464 RIR/99; ii) a legislação do imposto sobre produtos industrializados - IPI, artigo 123, I, 'a', do Decr. 2.637/98; iii) a do imposto sobre circulação de mercadorias - ICMS, artigo 17 da LC 87/96; iv) a do Imposto de Importação - II, nos termos do Acordo de Valoração Aduaneira, artigo VII do GATT; v) na lei antitruste, Lei 8.884/94, artigo 21, XVIII e XIX, bem como, de certa forma, vi) a Lei 8.137/90 quando define como crime contra a ordem econômica e o consumo, certas situações decorrentes das transferências de preços (TÔRRES, 2001a, p.166-167).

4.3.2 O regime dos preços de transferência no Brasil

Os preços de transferência só tiverem relevância jurídica no Brasil a partir da

¹¹ Conforme Alberto Xavier: "A figura da *transferência indireta de lucros (transfer pricing)*, pressupõe uma divergência entre o preço efetivamente estipulado e o preço 'justo', 'normal' ou 'objetivo', entendendo-se por esta o que seria fixado entre empresas independentes, atuando em circunstâncias análogas (*arm's length price*) (a chamada cláusula *dealing at arm's length*). Quando as empresas interdependentes se localizarem em diversos Estados – como é o caso das chamadas empresas multinacionais – a possibilidade de introduzir distorções artificiais nos preços das suas operações pode conduzir à atrofia dos lucros tributáveis num dos Estados em presença e à correlativa hipertrofia dos lucros tributáveis noutro ou noutros" (2000, p. 301-302).

¹² O artigo 24 da Lei nº 9.430/96 considera paraíso fiscal o país que não tributa a renda ou a tributa à alíquota máxima inferior a 20%. A IN/SRF 188/2002 divulgou uma lista, exaustiva, de 53 países ou localidades consideradas paraísos fiscais.

vigência da Lei nº 9.430/96, especificamente os artigos 18 a 24. A partir de então, as transações além fronteiras entre empresas interdependentes passaram a ter seus preços controlados não mais sob o regime de distribuição disfarçada de lucros, previsto no artigo 432 e seguintes, constante no Regulamento do Imposto sobre a Renda, Decreto nº 3.000/99, e sim sob o regime dos preços de transferência.

Essa nova postura teve como ponto de partida a constatação da ocorrência de fraudes nas remessas de lucros, como se depreende da exposição de motivos da lei em comento. Ademais, verificou-se que o regime de distribuição disfarçada de lucros não se adequava à prática internacional, no que tange ao modelo norte-americano e modelo OCDE. Assim, passou-se a adotar o regime de preços proposto pelo Modelo OCDE, porém com certas restrições no que se refere a inversão do ônus da prova em divergência de preços, a cargo do contribuinte, diferentemente da orientação internacional (XAVIER, 2000, p. 305).

O âmbito de aplicação do regime dos preços de transferência constante da legislação brasileira está circunscrito ao preenchimento, simultâneo, de dois pressupostos; o subjetivo, “pessoa vinculada” residente no exterior ou não vinculada residente em “país com tributação favorecida”, e o objetivo, transações comerciais ou financeiras. Caso não se estabeleça a vinculação simultânea dos pressupostos requeridos, a transação se torna irrelevante sob o ponto de vista do controle dos preços de transferência.

4.3.3 Métodos de controle dos preços de transferência – Lei nº 9.430/96, arts. 18 a 24

Seja qual for a modalidade de operação entre pessoas vinculadas, importação ou exportação, dois aspectos são de relevante indagação. O primeiro aspecto a ressaltar nas ditas operações se trata da dificuldade de aplicação do critério de “identidade” ou “similaridade” dos bens e serviços, ou seja, de se comparar bens ou serviços de tecnologia ou de distinta confiabilidade e respeito¹³. O segundo aspecto que se destaca, de semelhante relevância, é a questão de se considerar artificialista a predeterminação legal da margem de lucro de 15%, seja qual for a conjuntura econômica ou setorial em questão, ou seja, a pretexto de corrigir os preços praticados, sob a presunção de se tratar de preços manipulados por preços irreais em

¹³ A IN/SRF nº 243/02 dispõe (artigo 28) que considera-se similares quando: I. tiverem a mesma natureza e a mesma função; II. puderem substituir-se mutuamente, na função a que se destinem; e III. tiverem especificações equivalentes (HIGUCHI; HIGUCHI, 2006, p. 127; SCHOUERI, 2006, p. 88).

função da predeterminação do lucro (HIGUCHI; HIGUCHI, 2006, p. 128; SCHOUERI, 2006, p. 103).

Outro aspecto relevante é quanto à definição de *paraíso fiscal* a que se refere o artigo 24 da Lei nº 9.430/96, que assim o considera o país ou localidade que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento, considerando-se a legislação tributária do referido país, aplicável às pessoas físicas ou às pessoas jurídicas, conforme a natureza do ente com o qual houver sido praticada a operação. A propósito, além do aspecto tributário, Cláudio Camargo Penteado elege, ainda, os seguintes requisitos característicos dos paraísos fiscais:

- a) Estabilidade política/legislativa. Nos paraísos fiscais, a regra é a estabilidade dos governos, não sujeitos a mudanças ou alterações repentinas que possam tirar a credibilidade do país e colocar em risco as empresas nele constituídas.
- b) Sigilo bancário e comercial. Nos paraísos fiscais as leis atinentes à matéria são sempre muito rigorosas e de cumprimento profundamente obedecido no que diz respeito ao acesso de terceiros a informações relativas aos investimentos feitos pelas empresas ou por seus sócios.
- c) Infra-estrutura altamente desenvolvida. Como os negócios desenvolvidos nos paraísos fiscais têm a característica de ser mundiais, as redes de comunicação e de transporte têm de ser altamente desenvolvidas.
- d) Serviços financeiros e profissionais de nível internacional. Grande parte das operações desenvolvidas nos paraísos fiscais diz respeito a aplicações financeiras, sendo imprescindível a existência de bancos de ‘primeira linha’ com profissionais (advogados, contadores e auditores) capacitados para atender aos investidores.
- e) Possuir padrões internacionais de regulamentação e supervisão bancária e financeira.
- f) Ausência de controles cambiais. A livre conversibilidade das moedas é muito importante, pois inclusive nos bancos sediados em paraísos fiscais é possível a manutenção de diversas contas bancárias com diferentes tipos de moedas (2001, p. 34-35).

Por sua vez, a IN/SRF 188/2002¹⁴ elenca os seguintes países ou localidades¹⁵:

¹⁴ Assim dispõe o *caput* do artigo 1º: “Para todos os efeitos previstos nos dispositivos legais discriminados acima, consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% ou, ainda, cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade as seguintes jurisdições: [...]”.

¹⁵ Ana Cláudia Akie Utumi entende que a IN/SRF 188/2003 teria inovado ou ampliado o conceito de país com tributação favorecida ao não incluir Portugal, pelo fato de se incluir Ilha da Madeira, e também: “No entender do fisco, bastaria que um determinado país permitisse a existência de ações ao portador para que esse país fosse considerado como de *tributação favorecida*, independentemente da carga tributária incidente sobre os seus residentes. Todavia, não há qualquer dispositivo de lei neste aspecto, trata-se efetivamente de uma determinação da Instrução Normativa que não dispõe de qualquer amparo legal e, desta forma, padece de vício de ilegalidade” (2003, p. 241).

I - Andorra;	luxemburguesa, pela Lei de 31 de julho de
II - Anguilla;	1929);
III - Antígua e Barbuda;	XXIX - Macau;
IV - Antilhas Holandesas;	XXX - Ilha da Madeira;
V - Aruba;	XXXI - Maldivas;
VI - Comunidade das Bahamas;	XXXII - Malta;
VII - Bahrein;	XXXIII - Ilha de Man;
VIII - Barbados;	XXXIV - Ilhas Marshall;
IX - Belize;	XXXV - Ilhas Maurício;
X - Ilhas Bermudas;	XXXVI - Mônaco;
XI - Campione D'Italia;	XXXVII - Ilhas Montserrat;
XII - Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark);	XXXVIII - Nauru;
XIII - Ilhas Cayman;	XXXIX - Ilha Niue;
XIV - Chipre;	XL - Sultanato de Omã;
XV - Cingapura;	XLI - Panamá;
XVI - Ilhas Cook;	XLII - Federação de São Cristóvão e Nevis;
XVII - República da Costa Rica;	XLIII - Samoa Americana;
XVIII - Djibouti;	XLIV - Samoa Ocidental;
XIX - Dominica;	XLV - San Marino;
XX - Emirados Árabes Unidos;	XLVI - São Vicente e Granadinas;
XXI - Gibraltar	XLVII - Santa Lúcia;
XXII - Granada;	XLVIII - Seychelles;
XXIII - Hong Kong;	XLIX - Tonga;
XXIV - Lebuân;	L - Ilhas Turks e Caicos;
XXV - Líbano;	LI - Vanuatu;
XXVI - Libéria;	LII - Ilhas Virgens Americanas;
XXVII - Liechtenstein;	LIII - Ilhas Virgens Britânicas.
XXVIII - Luxemburgo (no que respeita às sociedades holding regidas, na legislação	

É de se ressaltar que o Uruguai, apesar de não tributar o lucro das empresas, ainda não está na relação dos países considerados *paraíso fiscal*¹. Provavelmente por temor de retaliação desse País participante do Mercosul. Esse país tem sido alvo de operações empresariais na prática da evasão fiscal, sendo destacadas operações que só existem “no papel” e muitas vezes têm colaboração de instituições financeiras (PENTEADO, 2001, p. 47; HIGUCHI; HIGUCHI, 2006, p. 114).

No que se refere à *pessoa vinculada*, assim dispõe a Lei nº 9.430/96:

Artigo 23. Para efeito dos arts. 18 e 19, será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:

I - a matriz desta, quando domiciliada no exterior;

II - a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior;

III - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora, ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do artigo 243. da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

IV - a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do artigo 243, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

V - a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

VI - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta, na forma definida nos §§ 1º e 2º do artigo 243. da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

VII - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento.

VIII - a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta;

IX - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

Além do âmbito de aplicação relativa a *pessoa vinculada* ou residente em *paraíso fiscal*, o artigo 4º da Lei nº 10.451/2002 prevê que as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos artigos 18 a 22 da Lei nº 9.430/96, aplicam-se também às

¹ César García Novoa evidencia os *paraísos fiscais* como um dos principais entreves ao desenvolvimento: “Es precisamente el fenómeno de la existencia a nivel internacional de paraísos fiscales, promotores de lo que ROSEMBUJ ha venido a llamar ‘elusión de Estado’, uno de los elementos que más ha facilitado la expansión del fraude fiscal internacional. En este sentido, la lucha contra los paraísos fiscales se ha agudizado en los últimos tiempos, lo que se ha puesto de manifiesto con la reacción de la OCDE, simplificando y rediciendo los criterios definitorios de los paraísos fiscales, para centrarse más en la ‘no transparencia’ y en la ‘ausencia de intercambio de información’, pasando a señalar a un conjunto de Estados como ‘jurisdicciones no colaboradoras’. Es el caso de Andorra, Liberia, Liechtenstein, Islas Marshall, Mónaco, Nauru y Vanuatu, las cuales podrán en el futuro ser objeto de ‘medidas defensivas’” (2003, p. 51).

operações com países, cuja legislação interna, oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade. Vejamos cada um dos métodos aplicáveis a cada uma das modalidades de operações de importações, exportações e contratos de empréstimos e financiamentos, disciplinados pela Lei nº 9.430/96.

A - Operações comerciais de importação.

As importações efetuadas com pessoa vinculada, ou residente em “país com tributação favorecida”, submete a pessoa jurídica domiciliada no Brasil ao limite de dedução (de custos, despesas relativas a bens, serviços e direitos) resultante da aplicação de um dos três métodos previstos nos incisos do artigo 18 da lei.

A dedutibilidade de custos e despesas estarão limitadas ao valor que não exceda a um dos métodos, sendo a parcela excedente adicionada ao lucro líquido para a determinação do lucro real. Da mesma forma, a dedutibilidade dos encargos de depreciação ou amortização dos bens e direitos estará limitada ao resultado calculado com base no preço predeterminado pelo método aplicável, observando-se cada período de apuração (§§ 7º e 8º). Tratando-se de pessoa física residente no Brasil, a lei determina que o valor arbitrado será considerado como custo de aquisição para efeito de eventual apuração de ganho de capital na alienação do bem ou direito (artigo 24, § 2º, I) (XAVIER, 2000, p. 314; HIGUCHI; HIGUCHI, 2006, p. 115).

Os métodos aplicáveis são: i) método dos preços independentes comparados – PIC; ii) método do preço de revenda menos lucro – PRL e iii) método do custo de produção mais lucro – CPL.

O artigo 18 prevê que os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço determinado por um dos seguintes métodos:

I. Método dos preços independentes comparados – PIC.

Este método é definido como a média aritmética dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda, em condições de pagamento semelhantes. Somente serão consideradas as operações de compra e venda praticadas entre compradores e vendedores não vinculados.

II. Método do preço de revenda menos lucro – PRL.

Este método é definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:

- a) dos descontos incondicionais concedidos;
- b) dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
- c) das comissões e corretagens pagas;
- d) da margem de lucro de²:
 - 1. sessenta por cento, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção;
 - 2. vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda, nas demais hipóteses.

Da mesma forma, somente serão considerados os preços praticados pela empresa com compradores não vinculados.

III. Método do custo de produção mais lucro – CPL.

Definido como o custo médio de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originariamente produzidos, acrescido dos impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação e de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o custo apurado.

As médias aritméticas dos preços de que tratam os métodos PIC e PRL e o custo médio de produção de que trata o método CPL serão calculados considerando os preços praticados e os custos incorridos durante todo o período de apuração da base de cálculo do imposto de renda a que se referirem os custos, despesas ou encargos.

Na hipótese de utilização de mais de um método, será considerado dedutível o maior valor apurado, observando-se que; se os valores apurados segundo os métodos mencionados forem superiores ao de aquisição, constante dos respectivos documentos, a dedutibilidade fica limitada ao montante deste último. Integram o custo, para efeito de dedutibilidade, o valor do frete e do seguro, cujo ônus tenha sido do importador e os tributos incidentes na importação. A parcela dos custos que exceder ao valor determinado em um dos métodos deverá ser adicionada ao lucro líquido, para determinação do lucro real. A dedutibilidade dos encargos de depreciação ou amortização dos bens e direitos fica limitada,

² A redação desta alínea foi dada pela Medida Provisória nº 1.924 de 07.10.1999, convertida na Lei nº 9.959 de 27.01.2000. Redação Antiga: "d) de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda;".

em cada período de apuração, ao montante calculado com base no preço determinado por um dos métodos.

Esses métodos não se aplicam aos casos de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, os quais permanecem subordinados às condições de dedutibilidade constantes da legislação vigente.

B - Operações comerciais de exportação.

As exportações efetuadas a pessoa vinculada, ou residente em “país com tributação favorecida”, submete a pessoa jurídica domiciliada no Brasil ao arbitramento das receitas quando o preço médio praticado nas vendas dos bens, serviços ou direitos, for inferior a 90% do preço médio praticado na venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, no mercado brasileiro num mesmo período e condições de pagamento. Por outro lado, caso o preço médio seja igual ou superior a 90%, ficará o contribuinte dispensado de comprovar a compatibilidade dos preços praticados. Para Luis Eduardo Schoueri, trata-se de uma das regras de *safe harbour* constantes da lei (2006, p. 238).

Dessa forma, a determinação do preço levará em conta a aplicação de um dos quatro métodos previstos nos incisos do artigo 19 da lei nº 9.430/96, considerando-se o método em que se apurar o menor valor, no caso de pluralidade de valores. A diferença encontrada entre a receita contabilizada e a receita arbitrada, em função do método aplicável, deverá ser adicionada ao lucro tributável. Em se tratando de pessoa física, no caso de prestação de serviços, o resultado encontrado em função do método aplicável será considerado rendimento tributável. O preço arbitrado também será aplicado para efeitos de apuração de eventual ganho de capital na alienação do bem ou direito (artigo 24, § 2º, II e III) (XAVIER, 2000, p. 312; HIGUCHI; HIGUCHI, 2006, p. 123).

Os métodos aplicáveis são: i) método do preço de venda nas exportações – PVEx; ii) método do preço de venda por atacado no País de destino, diminuído do lucro – PVA; iii) método do preço de venda a varejo no País de destino, diminuído do lucro – PVV; iv) método do custo de aquisição ou de produção mais tributos e lucro – CAP.

I. Método do preço de venda nas exportações – PVEx.

Definido como a média aritmética dos preços de venda nas exportações efetuadas pela própria empresa, para outros clientes, ou por outra exportadora nacional de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, durante o mesmo período de apuração da base de cálculo do imposto de renda e em condições de pagamento semelhantes.

II. Método do preço de venda por atacado no País de destino, diminuído do lucro – PVA.

Definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de quinze por cento sobre o preço de venda no atacado.

III. Método do preço de venda a varejo no País de destino, diminuído do lucro – PVV.

Definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado varejista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de trinta por cento sobre o preço de venda no varejo.

IV. Método do custo de aquisição ou de produção mais tributos e lucro – CAP.

Definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, serviços ou direitos, exportados, acrescidos dos impostos e contribuições cobrados no Brasil e de margem de lucro de quinze por cento sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições. Somente serão consideradas as operações de compra e venda praticadas entre compradores e vendedores não vinculados.

Caso a pessoa jurídica não efetue operações de venda no mercado interno, a determinação dos preços médios será efetuada com dados de outras empresas que pratiquem a venda de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no mercado brasileiro.

Para efeito de comparação, o preço de venda: I - no mercado brasileiro deverá ser considerado líquido dos descontos incondicionais concedidos, do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, do imposto sobre serviços e das contribuições para a seguridade social - COFINS e para o PIS/PASEP; II - nas exportações, será tomado pelo valor depois de diminuído dos encargos de frete e seguro, cujo ônus tenha sido da empresa exportadora.

As médias aritméticas serão calculadas em relação ao período de apuração da respectiva base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira. Na hipótese de utilização de mais de um método, será considerado o menor dos valores apurados, observado-se que: se o valor apurado segundo os métodos mencionados for inferior aos preços de venda constantes dos documentos de exportação, prevalecerá o montante da receita reconhecida conforme os referidos documentos.

A parcela das receitas que exceder ao valor já apropriado na escrituração da empresa deverá ser adicionada ao lucro líquido, para determinação do lucro real, bem como ser computada na determinação do lucro presumido e do lucro arbitrado.

C – Operações financeiras.

Nas operações financeiras decorrentes de contratos não registrados no Banco Central do Brasil as pessoas residentes no Brasil deverão observar os limites de dedução dos juros pagos ou creditados, nos casos de operações passivas. Nos casos de operações ativas, a pessoa residente no Brasil também deverá observar a consequência decorrente da diferença de receita encontrada. É o que dispõe a Lei nº 9.430/96, *verbis*:

Artigo 22. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa *Libor*, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de *spread*, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

§ 1º No caso de mútuo com pessoa vinculada, a pessoa jurídica mutuante, domiciliada no Brasil, deverá reconhecer, como receita financeira correspondente à operação, no mínimo o valor apurado segundo o disposto neste artigo.

§ 2º Para efeito do limite a que se refere este artigo, os juros serão calculados com base no valor da obrigação ou do direito, expresso na moeda objeto do contrato e convertida em reais pela taxa de câmbio, divulgada pelo Banco Central do Brasil, para a data do termo final do cálculo dos juros.

§ 3º O valor dos encargos que exceder o limite referido no *caput* e a diferença de receita apurada na forma do parágrafo anterior serão adicionados à base de cálculo do imposto de renda devido pela empresa no Brasil, inclusive ao lucro presumido ou arbitrado.

§ 4º Nos casos de contratos registrados no Banco Central do Brasil, serão admitidos os juros determinados com base na taxa registrada.

Os percentuais preestabelecidos não se compatibilizam com o princípio *arm's length*, pois se afasta da prática usual no direito comparado que se baseia em dados de mercado, como bem observou Luis Eduardo Schoueri, que embora, se parta da taxa *Libor*, que, em princípio, reflete os juros internacionais, a exigência de um *spread* fixo em três por cento implica a falta de compromisso do legislador com os dados do mercado, considerando que a taxa *spread* é algo que se mede em função do risco do empréstimo (2006, p. 215).

CONCLUSÃO

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

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

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

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

Não podemos menosprezar os benefícios advindos dessa nova fase do capitalismo, como a geração de empregos diretos, o desenvolvimento e o crescimento econômico da maioria dos países implicados com esse fenômeno. Em contrapartida, abrem-se oportunidades para práticas desleais como as fraudes cambiais e a evasão fiscal internacional, dificilmente controladas pelas *cláusulas anti-fraudes* ou *cláusulas anti-elisão*. Isso requer reflexão dos especialistas aos reclamos de mecanismos eficazes de combate à evasão.

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

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

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

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

AKSELRAD, Moisés. Tributação no Mercosul. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tributação no Mercosul**: pesquisas tributárias. São Paulo: RT, 1997. p. 211-229. (Nova Série, 3).

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Visão global da fiscalidade no Mercosul: tributação do consumo e da renda. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tributação no Mercosul**: pesquisas tributárias. São Paulo: RT, 1997. (Nova Série, 3), p. 470-495.

AMARO, Luciano da Silva. **Direito tributário brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ANDRADE FILHO, Edmar de Oliveira. **Manual do imposto de renda das pessoas jurídicas**: lucro real - atualizado com o decreto nº 3.000/99. São Paulo: Atlas, 2000.

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

ARAMAYO, Maria Silvia Velarde. Aspectos tributários derivados da internacionalização das empresas espanholas. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, p.225-241, nov./dez. 2004.

ATALIBA, Geraldo. **Elementos de direito tributário**: notas taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: RT, 1999.

BAKER, Philip. A Tributação internacional no século XXI. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luis Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. **Direito tributário atual**. São Paulo: Dialética, 2005. n. 19. p. 41-51.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa transnacional e direito**. São Paulo: RT, 1987.

_____. **Os investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BARTLETT, Cristopher A.; GHOSHAL, Sumantra. **Gerenciando empresas no exterior: a solução transnacional.** Tradução Maria Cláudia Santos R. Ratto. São Paulo: Makron Books, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro; FINKELSTEIN, Cláudio; PEREIRA, Luis César Ramos. Tributação no Mercosul. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tributação no Mercosul: pesquisas tributárias.** São Paulo: RT/Centro de Extensão Universitária, 1997. (Nova Série, 3). p. 92-125.

BAUMANN, Renato; CANUTO, Otaviano; GONÇALVES, Reinaldo. **Economia internacional: teoria e experiência brasileira.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário.** São Paulo: Lejus, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

_____. **Teoria da norma jurídica.** 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário.** 9. ed. rev. aum. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BORGES, Antônio de Moura. **Convenções sobre dupla tributação internacional.** Teresina: EDUFPI; [São Paulo]: IBDT, 1982.

_____. Convenções sobre dupla tributação internacional entre estados desenvolvidos e estados em desenvolvimento. **Revista dialética de direito tributário**, São Paulo, n. 8, p. 21-38, maio 1996.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação tributária: uma introdução metodológica.** São Paulo: Malheiros, 1984.

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

CALLEGARI, Júlio César. **O papel do investimento direto externo e das empresas transnacionais no desenvolvimento tecnológico local: uma análise da indústria paulista.** 2002. 132 f. Dissertação (Mestrado em Economia da Indústria e da Tecnologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Fábio Junqueira de; MURGEL, Maria Inês. **IRPJ**: teoria e prática jurídica. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASSONE, Vittorio. Mercosul e a globalização do comércio internacional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tributação no mercosul**: pesquisas tributárias. São Paulo: RT/Centro de Extensão Universitária, 1997. (Nova Série, 3). p. 151-187.

_____. **Direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CELLI JÚNIOR, Humberto. Acordos de investimentos e políticas industriais. In: TORRES, Heleno Taveira. (Coord.). **Direito comércio internacional e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 633-649.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. Tradução Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

CHRISTIAANSE, JAN H. Recentes Progressos no Direito Tributário Internacional. In: TAVOLARO, Agostinho; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Princípios tributários no direito brasileiro e comparado**. Tradução Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 428-440.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: (parte geral). 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

EZCURRA, Marta Villar. Constitución Europea y Fiscalidad. In: TÔRRES, Heleno. (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. v. 3. p. 409-428.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FALSITTA, Gaspare. **Manuale di diritto tributário**: parte generale. 2. ed. Padova: Cedam, 1997a.

_____. **Manuale di diritto tributário**: parte speciale. il sistema delle imposte in Italia. Padova: Cedam, 1997b.

FANTOZZI, Augusto. Il principio comunitário di non discriminazione nell'imposizione sul reddito. In: BRITO, Edvaldo; ROSAS, Roberto (Coord.). **Dimensão jurídica do tributo: homenagem ao professor Dejalma de Campos**. São Paulo: Meio Jurídico, 2003a. p. 129-149.

_____. Evolução, Problemas Atuais e Perspectivas do Direito Tributário Internacional na Ótica Italiana. In: TÔRRES, Heleno (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003b. p. 21-32.

FERNANDES, Edison Carlos. **Sistema tributário do Mercosul**. São Paulo: RT, 1997a.

_____. Tributação no Mercosul. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tributação no Mercosul: pesquisas tributárias**. São Paulo: RT/Centro de Extensão Universitária, 1997b. (Nova Série, 3). p. 342-358.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Antônio Airton. **Regulamento do imposto de renda 1999 anotado e comentado**. 6. ed. São Paulo: FiscoSoft, 2004. 2 v.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito tributário comparado e tratados internacionais fiscais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

GONÇALVES, Reinaldo. **Os determinantes do investimento externo direto: uma interpretação abrangente**. Relatório de Pesquisa. [s.l.]: Edição Particular, 1982.

GRECO, Marco Aurélio. Tributação no Mercosul. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tributação no Mercosul: pesquisas tributárias**. São Paulo: RT/Centro de Extensão Universitária, 1997. (Nova Série, 3). p. 36-45.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna**. São Paulo: Dialética, 1999.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha; SILVA, Geraldo José Guimarães da. **Manual de direito do comércio internacional: contrato de câmbio**. São Paulo: RT, 1996.

GUIMARÃES, M. A. Miranda; CAMPOS, Daniela Russi. Remessa de *royalties* da França para o Brasil. Tributação regulada por convenção internacional. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 45, p. 9-16, jul./ago. 2002.

HIGUCHI, Hiromi; HIGUCHI, Fábio Hiroshi. **Imposto de renda das empresas**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

HOORN JR., J. Van. O papel dos tratados de impostos no comércio internacional. In: TAVOLARO, Agostinho; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva.

(Coord.). **Princípios tributários no direito brasileiro e comparado**. Tradução Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 417-427.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e Elisão**: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário. São Paulo: Saraiva, 1997.

JARACH, Dino. **O fato imponible**: teoria do direito tributário substantivo. Tradução Dejalma de Campos. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KERSTENETZKY, Jaques. **Firmas e mercados**: uma análise histórico-institucional do problema da coordenação. 1995. 178 f. Tese (Doutorado em Economia da Indústria e Tecnologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. Tributação no Mercosul. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tributação no Mercosul**: pesquisas tributárias. São Paulo: RT/Centro de Extensão Universitária, 1997. (Nova Série, 3). p. 81-91.

_____. **Curso de direito tributário**. 27. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O supremo tribunal federal e o direito internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARCHESOU, Philippe. La resolución de conflictos entre la Administración y los contribuyentes en Francia. In: TÔRRES, Heleno. (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. v. 3. p. 525-548.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sistema tributário na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. (Coord.). **Tributação no Mercosul**: pesquisas tributárias. São Paulo: RT/Centro de Extensão Universitária, 1997. (Nova Série, 3). p. 17-35.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público**: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais; IELF, 2005.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 1.

MERSAN, Carlos A. **Direito tributário**. Tradução Dejalma de Campos. São Paulo: Resenha Tributária, 1985.

MILANEZ, Artur Yabe. **Os efeitos do investimento direto externo (IDE) sobre o desenvolvimento tecnológico do país receptor: o caso da indústria brasileira de equipamentos para telecomunicações**. 2004. 143 f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Instituto de Economia Industrial, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MORAES, Orozimbo José de. **Investimento direto estrangeiro no Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional**. São Paulo: Dialética, 1996.

_____. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

NABAIS, José Casalta. Alguns aspectos da tributação das empresas em Portugal. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, p.272-316, nov./dez. 2004.

_____. Investimento Estrangeiro e Contratos Fiscais em Portugal. In: TORRES, Heleno Taveira. (coord.). **Direito comércio internacional e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 609-632.

NIBOYET, J. P. **Principios de derecho internacional privado**. Tradução Andrés Rodrigues Ramon. 2. ed. Madrid: Instituto Reus, 1928.

NOGUEIRA, Rui Barbosa. **Da interpretação e da aplicação das leis tributárias**. 2. ed. rev. aum. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

_____. **Curso de direito tributário de acordo com a constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

NOVOA, César García. Reflexiones sobre la influencia de la globalización en los principios tributarios. In: TÔRRES, Heleno. (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 33-56.

PENTEADO, Cláudio Camargo. **Empresas offshore: Uruguai, Cayman, Ilhas Virgens Britânicas**. São Paulo: CD, 2001.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Tributos e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 1997.

ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. Padova: Cedam, 1926.

ROTHMANN, Gerd Willi. Problemas de qualificação na aplicação das convenções contra a bitributação internacional. **Revista dialética de direito tributário**, n. 76, p. 33-43, jan. 2002.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Distribuição disfarçada de lucros**. São Paulo: Dialética, 1996.

_____. Acordos de bitributação e lei interna: investimentos na Ilha da Madeira efeitos da Lei nº 9.249/95. **Revista dialética de direito tributário**, n. 17, p. 91-127, fev. 1997.

_____. Direito tributário internacional – qualificação e substituição – tributação, no Brasil, de rendimentos provenientes de sociedade de pessoas residente na Alemanha. **Revista dialética de direito tributário**, n. 54, p. 125-139, mar. 2000.

_____. (Coord.) **Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 1 e 2.

_____. **Preços de transferência no direito tributário brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo; ROCHA, Valdir de Oliveira (Coords.). **Tributos e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 1999. v. 2.

SILVA, Eivany Antônio da. Direito tributário internacional e globalização – dupla tributação – elementos de conexão. In: BRITO, Edvaldo; ROSAS, Roberto. (Coord.). **Dimensão jurídica do tributo: homenagem ao professor Dejalma de Campos**. São Paulo: Meio Jurídico, 2003. p. 271-281.

SILVA, Sérgio Martins. **Regulamento do imposto de renda anotado: decreto 3.000, de 1999**. São Paulo: Dialética, 2000.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. **A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no direito internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. O regime jurídico do investimento estrangeiro no Brasil. In: TÔRRES, Heleno. (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 377-428.

SOUZA, Hamilton Dias de. Tratados internacionais – OMC e Mercosul. **Revista dialética de direito tributário**, São Paulo, n. 27, p. 31-53, dez. 1997.

STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**. 3. ed. aum. São Paulo: LTr, 1996.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coords.). **Princípios tributários no direito brasileiro e comparado**. Estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. O Brasil ainda precisa de tratados de dupla tributação? In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 2. p. 867-891.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a.

_____. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001b.

_____. Capital estrangeiro e princípio da não-discriminação tributária no direito interno e nas convenções internacionais. **Revista dialética de direito tributário**, São Paulo: Dialética, n. 87, p.33-53, dez. 2002.

_____. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a.

_____. (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003b.

_____. (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. v. 2.

_____. (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2005a. v. 3.

_____. (Coord.) **Comércio internacional e tributação**. São Paulo: Quartier latin, 2005b.

TUNDO, Francesco. La Rilevanza della Giusprudenza della Corte di Giustizia della Comunita Europea in Matéria di Fiscalita Diretta: la Cd. "Integrazione Negativa". In: TÔRRES, Heleno. (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. v. 3. p. 443-494.

UCKMAR, Victor. **Princípios comuns de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Instrumentos fiscales para el desarrollo de la sociedade civil en italia. In: BRITO, Edvaldo; ROSAS, Roberto. (Coord.). **Dimensão jurídica do tributo: homenagem ao professor Dejalma de Campos**. São Paulo: Meio Jurídico, 2003. p. 601-613.

UTUMI, Ana Cláudia Akie. Países com tributação favorecida no direito brasileiro. In: TÔRRES, Heleno (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 227-254.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Direito Civil, 1).

VICECONTI, Paulo Eduardo Vilchez; NEVES, Silvério das. **Introdução à economia**. São Paulo: Frase, 1995.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1).

VOGEL, Klaus. A importância do Direito Tributário Internacional para os países em desenvolvimento. In: TAVOLARO, Agostinho; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Princípios tributários no direito brasileiro e comparado**. Tradução Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 470-487.

_____. Problemas na interpretação de acordos de bitributação. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 2.p. 961-973.

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

_____. Natureza jurídica do certificado de registro de investimento estrangeiro – alienação parcial de participações societárias e redução do capital social. **Revista de direito mercantil**, São Paulo: RT, ano 27, n. 69, p.39-55, jan./mar. 1988.

_____. **Direito tributário internacional do Brasil**: tributação das operações internacionais. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

XAVIER, Alberto; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). **Estudos jurídicos sobre investimento internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ZILVETI, Fernando Aurélio. Variações sobre o princípio da neutralidade no Direito Tributário Internacional. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luis Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Berstrom (Coords.). **Direito tributário atual**: nº 19. São Paulo: Dialética, 2005, p. 24-40.

ANEXO A – Decreto Legislativo N° 188, de 8 de junho de 2001

Aprova o texto da Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento, celebrada em Brasília, em 16 de maio de 2000.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica aprovado o texto da Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento, celebrada em Brasília, em 16 de maio de 2000.

Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que impliquem revisão da referida Convenção, bem como quaisquer ajustes complementares, que nos termos do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.
Senado Federal, em 8 de junho de 2001.

Senador JADER BARBALHO
Presidente do Senado Federal

Fonte: BRASIL. Ministério da Fazenda. **Receita Federal**. Disponível em:
<<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2006.

ANEXO B - Portaria MF Nº 28, de 31 de janeiro de 2002**Portaria MF nº 28, de 31 de janeiro de 2002**

Métodos de aplicação da Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre o Rendimento assinada pela República Federativa do Brasil com a República Portuguesa.

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Convenção destinada Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre o Rendimento, assinada pela Republica Federativa do Brasil com a República Portuguesa, promulgada pelo Decreto nº 4.012, de 13 de novembro de 2001, resolve:

I - Os dividendos, juros, royalties e rendimentos de assistência técnica e serviços técnicos de que tratam os artigos 10, 11 e 12 da Convenção, decorrentes de investimentos e contratos registrados no Banco Central do Brasil estão sujeitos no Brasil às seguintes alíquotas máximas do imposto de renda na fonte, quando o beneficiário efetivo for um residente ou domiciliado em Portugal, ressalvada isenção ou alíquota mais benéfica estabelecida na lei interna:

a) quanto aos dividendos de que trata o art. 10 da Convenção, o imposto no Brasil não excederá:

a.1) 10% (dez por cento) do montante bruto dos dividendos, se o beneficiário for uma sociedade que detenha, diretamente, pelo menos 25%, do capital da sociedade que paga os dividendos, durante um período ininterrupto de 2 anos antes do pagamento dos dividendos;

a.2) 15% (quinze por cento) do montante bruto dos dividendos, nos demais casos;

b) no caso de juros (inclusive juros sobre o capital próprio), royalties e rendimentos de assistência técnica e serviços técnicos de que tratam os artigos 11 e 12 da Convenção e os itens 4 e 5 do Protocolo de disposições adicionais à Convenção, o imposto não excederá 15% (quinze por cento).

II - São isentos de imposto no Brasil os juros de que trata o parágrafo 3º do artigo 11 da Convenção, quando o beneficiário efetivo dos juros for o Governo português ou uma sua subdivisão política ou administrativa ou autarquia local, ou qualquer instituição de sua propriedade exclusiva.

III - O disposto no parágrafo 2º do artigo 11 da Convenção não se aplica aos juros quando tais rendimentos forem devidos a agências ou sucursais de bancos portugueses situados em terceiros Estados.

IV - Os rendimentos não tratados nos artigos 10, 11 e 12 e passíveis de tributação no Brasil em virtude de outros dispositivos da Convenção estão sujeitos ao imposto conforme a legislação interna.

V - No caso de rendimentos não tratados nos artigos 10, 11 e 12 estarem isentos de imposto no Brasil em face de outros artigos da Convenção o beneficiário efetivo do rendimento ou a fonte brasileira que recolheu o imposto poderá requerer a sua

- restituição, apresentando à Secretaria da Receita Federal documento fornecido pela autoridade fiscal portuguesa que comprove ser o beneficiário do rendimento residente ou domiciliado em Portugal.
- VI - Quando um residente ou domiciliado no Brasil receber rendimentos provenientes de Portugal que sejam tributáveis no Brasil, poderá deduzir do imposto brasileiro na fonte do parágrafo 1º do artigo 23 da Convenção, o imposto pago em Portugal correspondente a esses rendimentos.
- VII - Quando uma sociedade residente ou domiciliada no Brasil receber dividendos de uma sociedade residente ou domiciliada em Portugal sujeita ao imposto português conforme definido na alínea b) do parágrafo 1º do artigo 2º da Convenção e não abrangida por qualquer isenção, a dedução prevista no item VI acima levará em conta o imposto exigível da sociedade relativo aos rendimentos de que se originaram os dividendos pagos (crédito indireto), observadas as disposições da legislação brasileira.
- VIII - Quando um residente ou domiciliado no Brasil obtiver rendimentos que, de acordo com o disposto na Convenção, aqui estiverem isentos de imposto, ao se definir a alíquota, aplicável do imposto incidente sobre os outros rendimentos, deverão ser levados em conta os rendimentos isentos.
- IX - Os benefícios da Convenção não serão atribuídos a qual-quer residente ou domiciliado no Brasil que tenha direito a benefícios fiscais relativos ao imposto sobre a renda de acordo com os dispositivos da legislação ou de outras medidas relacionadas com as Zonas Francas da Ilha da Madeira e da Ilha de Santa Maria, ou a benefícios similares àqueles concedidos, disponíveis ou tornados disponíveis segundo qualquer legislação ou outra medida adotada por Portugal.
- X - O tratamento tributário estabelecido nesta Portaria se aplica a partir de 1º de janeiro de 2000.
- XI - No caso de ter sido recolhido imposto de renda na fonte indevidamente ou a maior sobre os rendimentos tratados nos artigos 10, 11 e 12 da Convenção, com relação a fatos geradores ocorridos entre 1º de janeiro de 2000 e 14 de novembro de 2001, o beneficiário efetivo dos rendimentos ou o responsável pelo recolhimento do imposto de renda na fonte no Brasil poderá requerer restituição, apresentando, para isso, à Secretaria da Receita Federal, diretamente ou por intermédio da autoridade fiscal portuguesa, documento fornecido por esta que comprove ser o beneficiário do rendimento residente ou domiciliado em Portugal.
- XII - O Secretário da Receita Federal poderá baixar as instruções que se fizerem necessárias à execução das determinações contidas nesta Portaria.

PEDRO SAMPAIO MALAN

Fonte: BRASIL. Ministério da Fazenda. **Receita Federal**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2006.

ANEXO C - Decreto Nº 4.012, de 13 de novembro de 2001**Decreto nº 4.012, de 13 de novembro de 2001****DOU de 14.11.2001**

Promulga a Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa Destinada a Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento, celebrada em Brasília, em 16 de maio de 2000.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa celebraram, em Brasília, em 16 de maio de 2000, a Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou essa Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 188, de 8 de junho de 2001;

Considerando que a Convenção entrou em vigor em 5 de outubro de 2001, nos termos do parágrafo 2 de seu Artigo 28,

DECRETA:

Art. 1º A Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa Destinada a Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento, celebrada em Brasília, em 16 de maio de 2000, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.
Brasília, 13 de novembro de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Gilberto Coutinho Paranhos Velloso

Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa Destinada a Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento

A República Federativa do Brasil e A República Portuguesa,

Considerando os laços especiais existentes entre os dois países e desejando concluir uma Convenção destinada a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento,
Acordaram o seguinte:

Capítulo I
Âmbito de Aplicação da Convenção

Artigo 1º **Pessoas Visadas**

Esta Convenção aplica-se às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.

Artigo 2º **Impostos Visados**

1. Os impostos atuais aos quais se aplica esta Convenção são:

a) no caso do Brasil:

- o Imposto Federal sobre a Renda,
(doravante denominado "imposto brasileiro");

b) no caso de Portugal:

- o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS);

- o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC);

- a derrama;

(doravante denominados "imposto português").

2. A presente Convenção será também aplicável aos impostos de natureza idêntica ou similar que entrem em vigor posteriormente à data da assinatura da Convenção e que venham a acrescer aos atuais ou a substituí-los.

As autoridades competentes dos Estados Contratantes comunicarão uma à outra as modificações substanciais introduzidas nas respectivas legislações fiscais.

Capítulo II **Definições**

Artigo 3º **Definições Gerais**

1. Para efeitos desta Convenção, a não ser que o contexto exija interpretação diferente:

a) o termo "Brasil" designa o território continental e insular da República Federativa do Brasil, incluindo seu mar territorial, conforme definido na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, e o correspondente leito marítimo e seu subsolo, assim como qualquer área marítima além do mar territorial, incluindo o leito marítimo e seu subsolo, na medida em que o Brasil, de acordo com o direito internacional, exerça naquela área direitos relativos à exploração e à utilização dos recursos naturais;

b) o termo "Portugal" designa o território da República Portuguesa situado no continente europeu, os arquipélagos dos Açores e da Madeira, o respectivo mar territorial e bem assim qualquer outra zona onde, em conformidade com a legislação portuguesa e com o direito internacional, a República Portuguesa tem direitos soberanos ou jurisdição relativamente à prospecção e à exploração, à conservação e à gestão dos recursos naturais, vivos ou não, das águas sobrejacentes ao leito do mar e do leito do mar e seu subsolo;

c) o termo "nacional" significa:

i) uma pessoa singular ou física que tenha a nacionalidade de um Estado Contratante;

ii) uma pessoa coletiva ou jurídica, sociedade de pessoas ou associação constituída em conformidade com a legislação vigente num Estado Contratante;

iii) uma entidade que, não sendo pessoa coletiva ou jurídica, for tratada como tal, para efeitos fiscais, pela legislação de um Estado Contratante;

d) as expressões "um Estado Contratante" e "o outro Estado Contratante" significam, de acordo com o contexto, o Brasil ou Portugal;

e) o termo "pessoa" compreende uma pessoa singular ou física, uma sociedade ou qualquer outro agrupamento de pessoas;

- f) o termo "sociedade" designa qualquer pessoa coletiva ou jurídica ou qualquer entidade considerada como pessoa coletiva ou jurídica para fins tributários;
- g) as expressões "empresa de um Estado Contratante" e "empresa do outro Estado Contratante" significam, respectivamente, uma empresa explorada por um residente de um Estado Contratante e uma empresa explorada por um residente do outro Estado Contratante;
- h) a expressão "tráfego internacional" significa qualquer transporte por navio ou aeronave explorado por uma empresa cuja direção efetiva esteja situada num Estado Contratante, exceto se o navio ou aeronave forem explorados somente entre lugares situados no outro Estado Contratante;
- i) a expressão "autoridade competente" significa:
 - i) no Brasil: o Ministro de Estado da Fazenda, o Secretário da Receita Federal ou os seus representantes autorizados;
 - ii) em Portugal: o Ministro das Finanças, o Diretor Geral dos Impostos ou os seus representantes autorizados.

2. No que se refere à aplicação da Convenção, num dado momento, por um Estado Contratante, qualquer termo ou expressão que nela não se encontre definido terá, a não ser que o contexto exija interpretação diferente, o significado que lhe for atribuído nesse momento pela legislação desse Estado que regula os impostos a que a Convenção se aplica, prevalecendo a interpretação resultante desta legislação fiscal, na definição dos respectivos efeitos tributários, sobre a que decorra de outra legislação deste Estado.

Artigo 4º

Domicílio Fiscal ou Residência

1. Para efeitos desta Convenção, a expressão "residente de um Estado Contratante" significa qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direção ou a qualquer outro critério de natureza similar, e aplica-se igualmente a este Estado e bem assim às suas subdivisões políticas ou administrativas ou autarquias locais.
2. Quando, por virtude do disposto no nº 1, uma pessoa singular ou física for residente de ambos os Estados Contratantes, a situação será resolvida do seguinte modo:
 - a) será considerada como residente apenas no Estado em que tenha uma habitação permanente à sua disposição. Se tiver uma habitação permanente à sua disposição em ambos os Estados, será considerada residente do Estado com o qual sejam mais estreitas as suas relações pessoais e económicas (centro de interesses vitais);
 - b) se o Estado em que tem o centro de interesses vitais não puder ser determinado ou se não tiver uma habitação permanente à sua disposição em nenhum dos Estados, será considerada residente apenas do Estado em que permanece habitualmente;
 - c) se permanecer habitualmente em ambos os Estados ou se não permanecer habitualmente em nenhum deles, será considerada como residente apenas do Estado de que for nacional;
 - d) se for nacional de ambos os Estados ou não for nacional de nenhum deles, as autoridades competentes dos Estados Contratantes resolverão o caso de comum acordo.
3. Quando, em virtude do disposto no nº 1, uma pessoa, que não seja uma pessoa singular ou física, for residente de ambos os Estados Contratantes, será considerada residente apenas do Estado em que estiver situado o seu local de direção efetiva.

Artigo 5º

Estabelecimento Estável ou Estabelecimento Permanente

1. Para efeitos desta Convenção, a expressão "estabelecimento estável" ou "estabelecimento permanente" significa uma instalação fixa, através da qual a empresa exerça toda ou parte da sua atividade.

2. A expressão "estabelecimento estável" compreende, nomeadamente:

- a) um local de direção;
- b) uma sucursal;
- c) um escritório;
- d) uma fábrica;
- e) uma oficina;
- f) uma mina, um poço de petróleo ou gás, uma pedreira ou qualquer local de extração de recursos naturais.

3. Um local ou um estaleiro de construção ou de montagem só constitui um estabelecimento estável se a sua duração exceder nove meses.

4. Não obstante as disposições anteriores deste Artigo, a expressão "estabelecimento estável" não compreende:

- a) as instalações utilizadas unicamente para armazenar, expor ou entregar mercadorias pertencentes à empresa;
- b) um depósito de mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para as armazenar, expor ou entregar;
- c) um depósito de mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para serem transformadas por outra empresa;
- d) uma instalação fixa, mantida unicamente para comprar mercadorias ou reunir informações para a empresa;
- e) uma instalação fixa, mantida unicamente para exercer, para a empresa, qualquer outra atividade de caráter preparatório ou auxiliar;
- f) uma instalação fixa, mantida unicamente para o exercício de qualquer combinação das atividades referidas nas alíneas (a) a (e), desde que a atividade de conjunto da instalação fixa resultante desta combinação seja de caráter preparatório ou auxiliar.

5. Não obstante o disposto nos n.ºs 1 e 2, quando uma pessoa – que não seja um agente independente, a que é aplicável o n.º 6 - atue por conta de uma empresa e tenha e habitualmente exerça num Estado Contratante poderes para concluir contratos em nome da empresa, será considerado que esta empresa tem um estabelecimento estável nesse Estado relativamente a qualquer atividade que essa pessoa exerça para a empresa, a não ser que as atividades de tal pessoa se limitem às indicadas no número 4, as quais, se fossem exercidas através de uma instalação fixa, não permitiriam considerar esta instalação fixa como um estabelecimento estável, de acordo com as disposições desse número.

6. Não se considera que uma empresa tem um estabelecimento estável num Estado Contratante pelo simples fato de exercer a sua atividade nesse Estado por intermédio de um corretor, de um comissário-geral ou de qualquer outro agente independente, desde que essas pessoas atuem no âmbito normal da sua atividade.

7. O fato de uma sociedade residente de um Estado Contratante controlar ou ser controlada por uma sociedade residente do outro Estado Contratante ou que exerce a sua atividade nesse outro Estado (quer seja através de um estabelecimento estável, quer de outro modo) não é, por si só, bastante para fazer de qualquer dessas sociedades estabelecimento estável da outra.

Capítulo III

Tributação dos Rendimentos

Artigo 6.º

Rendimentos dos Bens Imobiliários

1. Os rendimentos que um residente de um Estado Contratante aufera de bens imobiliários (incluídos os rendimentos das explorações agrícolas ou florestais) situados no outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.

2. A expressão "bens imobiliários" terá o significado que lhe for atribuído pelo direito do Estado Contratante em que tais bens estiverem situados. A expressão compreende sempre os acessórios, o gado e o equipamento das explorações agrícolas e florestais, os direitos a que se apliquem as disposições do direito privado relativas à propriedade, o usufruto de bens imóveis e os direitos a retribuições variáveis ou fixas pela exploração ou pela concessão da exploração de jazidas minerais, fontes e outros recursos naturais. Os navios e aeronaves não são considerados bens imobiliários.

3. O disposto no nº 1 aplica-se aos rendimentos derivados da utilização direta, do arrendamento ou de qualquer outra forma de utilização dos bens imobiliários.

4. O disposto nos nºs. 1 e 3 aplica-se igualmente aos rendimentos provenientes dos bens imobiliários de uma empresa.

3. As disposições anteriores aplicam-se igualmente aos rendimentos derivados dos bens mobiliários ou de serviços conexos com os bens imobiliários que, de acordo com o direito fiscal do Estado Contratante em que tais bens estiverem situados ou os serviços sejam prestados, sejam assimilados aos rendimentos derivados dos bens imobiliários.

Artigo 7º

Lucros das Empresas

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

2. Com ressalva do disposto no nº 3, quando uma empresa de um Estado Contratante exercer a sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado, serão imputados, em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento estável os lucros que este obteria se fosse uma empresa distinta e separada que exercesse as mesmas atividades ou atividades similares, nas mesmas condições ou em condições similares, e tratasse com absoluta independência com a empresa de que é estabelecimento estável.

3. Na determinação do lucro de um estabelecimento estável é permitido deduzir as despesas devidamente comprovadas que tiverem sido feitas para realização dos fins prosseguidos por esse estabelecimento estável, incluindo as despesas de direção e as despesas gerais de administração igualmente comprovadas e efetuadas com o fim referido.

4. Nenhum lucro será imputado a um estabelecimento estável pelo fato da simples compra de mercadorias, por esse estabelecimento estável, para a empresa.

5. Para efeitos dos números precedentes, os lucros a imputar ao estabelecimento estável serão calculados, em cada ano, segundo o mesmo método, a não ser que existam motivos válidos e suficientes para proceder de forma diferente.

6. Quando os lucros compreendam elementos do rendimento especialmente tratados noutros Artigos desta Convenção, as respectivas disposições não serão afetadas pelas deste Artigo.

Artigo 8º

Navegação Marítima e Aérea

1. Não obstante o disposto nos números 1 a 4 do Artigo 7º, os lucros provenientes da exploração de navios ou aeronaves no tráfego internacional só podem ser tributados no Estado Contratante em que estiver situada a direção efetiva da empresa.

2. Se a direção efetiva de uma empresa de navegação marítima se situar a bordo de um navio, a direção efetiva considera-se situada no Estado Contratante em que se encontra

o porto onde esse navio estiver registado, ou, na falta de porto de registo, no Estado Contratante de que é residente a pessoa que explora o navio.

3. O disposto no nº 1 é aplicável igualmente aos lucros provenientes da participação num pool, numa exploração em comum ou num organismo internacional de exploração.

4. Quando sociedades de países diferentes acordam em exercer uma atividade de transporte aéreo sob a forma de um consórcio, o disposto no nº 1 aplicar-se-á à parte dos lucros de um consórcio correspondente à participação detida nesse consórcio por uma sociedade residente de um Estado Contratante.

Artigo 9º

Empresas Associadas

Quando:

a) uma empresa de um Estado Contratante participar, direta ou indiretamente, na direção, no controle ou no capital de uma empresa do outro Estado Contratante; ou

b) as mesmas pessoas participarem, direta ou indiretamente, na direção, no controle ou no capital de uma empresa de um Estado Contratante e de uma empresa do outro Estado Contratante,

e, em ambos os casos, as duas empresas, nas suas relações comerciais ou financeiras, estiverem ligadas por condições aceites ou impostas que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes, os lucros que, se não existissem essas condições, teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não o foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e, conseqüentemente, tributados.

Artigo 10º

Dividendos

1. Os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.

2. Esses dividendos podem, no entanto, ser igualmente tributados no Estado Contratante de que é residente a sociedade que paga os dividendos e de acordo com a legislação desse Estado, mas se o beneficiário efetivo dos dividendos for um residente do outro Estado Contratante, o imposto assim estabelecido não excederá:

a) 10% (dez por cento) do montante bruto dos dividendos, se o seu beneficiário efetivo for uma sociedade que detenha, diretamente, pelo menos 25% do capital da sociedade que paga os dividendos, durante um período ininterrupto de 2 (dois) anos antes do pagamento dos dividendos;

b) 15% (quinze por cento) do montante bruto dos dividendos, nos restantes casos.

As autoridades competentes dos Estados Contratantes estabelecerão, de comum acordo, a forma de aplicar estes limites.

3. O termo "dividendos", usado neste Artigo, significa os rendimentos provenientes de ações, ações ou bônus de fruição, partes de minas, partes de fundadores ou outros direitos, com exceção dos créditos, que permitam participar nos lucros, assim como os rendimentos derivados de outras partes sociais sujeitos ao mesmo regime fiscal que os rendimentos de ações pela legislação do Estado de que é residente a sociedade que os distribui. Considera-se ainda que o termo "dividendos" inclui os rendimentos derivados de conta ou de associação em participação.

4. O disposto nos nºs. 1 e 2 não é aplicável se o beneficiário efetivo dos dividendos, residente de um Estado Contratante, exercer atividade no outro Estado Contratante de que é residente a sociedade que paga os dividendos, por meio de um estabelecimento estável aí situado, e a participação relativamente à qual os dividendos são pagos estiver efetivamente ligada a esse estabelecimento estável. Neste caso, são aplicáveis as disposições do Artigo 7º.

5. Quando uma sociedade residente de um Estado Contratante obtiver lucros ou rendimentos provenientes do outro Estado Contratante, este outro Estado não poderá exigir

nenhum imposto sobre os dividendos pagos pela sociedade, exceto na medida em que esses dividendos forem pagos a um residente desse outro Estado ou na medida em que a participação relativamente à qual os dividendos são pagos estiver efetivamente ligada a um estabelecimento estável situado nesse outro Estado, nem sujeitar os lucros não distribuídos da sociedade a um imposto sobre os lucros não distribuídos, mesmo que os dividendos pagos ou os lucros não distribuídos consistam, total ou parcialmente, em lucros ou rendimentos provenientes desse outro Estado.

6. Serão também considerados dividendos os lucros remetidos ou pagos ou creditados por um estabelecimento estável situado num Estado Contratante à empresa do outro Estado Contratante a que este pertence, sendo aplicável o disposto no nº 2, alínea a).

7. O disposto nos nºs 2 e 6 não afetará a tributação da sociedade ou do estabelecimento estável no tocante aos lucros que deram origem aos rendimentos aí mencionados.

Artigo 11º

Juros

1. Os juros provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.

2. No entanto, esses juros podem ser igualmente tributados no Estado Contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse Estado, mas se o beneficiário efetivo dos juros for um residente do outro Estado Contratante, o imposto assim estabelecido não excederá 15% (quinze por cento) do montante bruto dos juros.

As autoridades competentes dos Estados Contratantes estabelecerão, de comum acordo, a forma de aplicar este limite.

3. Não obstante as disposições dos números 1 e 2, os juros provenientes de um Estado Contratante e pagos ao Governo do outro Estado Contratante, a uma sua subdivisão política ou administrativa ou autarquia local ou a qualquer instituição (inclusive financeira) de propriedade exclusiva daquele Governo ou subdivisão política ou administrativa ou autarquia local são isentos de imposto no primeiro Estado.

4. A limitação estabelecida no nº 2 não se aplica aos juros provenientes de um Estado Contratante atribuídos ou pagos a um estabelecimento estável de um residente do outro Estado Contratante, situado em terceiro Estado.

5. O termo "juros", usado neste Artigo, significa os rendimentos da dívida pública, de obrigações com ou sem garantia hipotecária e com direito ou não a participar nos lucros e de outros créditos de qualquer natureza, bem como quaisquer outros rendimentos assimilados aos rendimentos de importâncias emprestadas pela legislação fiscal do Estado de que provêm os rendimentos.

6. O disposto nos nºs 1 e 2 não é aplicável se o beneficiário efetivo dos juros, residente de um Estado Contratante, exercer atividade no outro Estado Contratante de que provêm os juros, por meio de um estabelecimento estável aí situado, e o crédito relativamente ao qual os juros são pagos estiver efetivamente ligado a esse estabelecimento estável. Neste caso, são aplicáveis as disposições do Artigo 7º.

7. Os juros consideram-se provenientes de um Estado Contratante quando o devedor for um residente desse Estado. Todavia, quando o devedor dos juros, seja ou não residente de um Estado Contratante, tiver num Estado Contratante um estabelecimento estável em relação com os quais haja sido contraída a obrigação pela qual os juros são pagos e esse estabelecimento estável suporte o pagamento desses juros, tais juros são considerados provenientes do Estado Contratante em que o estabelecimento estável estiver situado.

8. Quando, devido a relações especiais existentes entre o devedor e o beneficiário efetivo ou entre ambos e qualquer outra pessoa, o montante dos juros pagos, tendo em conta o crédito pelo qual são pagos, exceder o montante que seria acordado entre o devedor e o beneficiário efetivo na ausência de tais relações, as disposições deste Artigo são

aplicáveis apenas a este último montante. Neste caso, o excesso pode continuar a ser tributado de acordo com a legislação de cada Estado Contratante, tendo em conta as outras disposições desta Convenção.

Artigo 12º

Royalties

1. As royalties provenientes de um Estado Contratante e cujo beneficiário efetivo for um residente do outro Estado Contratante só podem ser tributadas nesse outro Estado.
2. Todavia, essas royalties podem também ser tributadas no Estado Contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse outro Estado, mas, se o beneficiário efetivo das royalties for um residente do outro Estado Contratante, o imposto assim estabelecido não excederá 15% (quinze por cento) do montante bruto das royalties.
3. O termo "royalties", usado neste Artigo, significa as retribuições de qualquer natureza atribuídas ou pagas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica, incluindo os filmes cinematográficos, bem como os filmes e gravações para transmissão pela rádio ou pela televisão, de uma patente, de uma marca de fabrico ou de comércio, de um desenho ou de um modelo, de um plano, de uma fórmula ou de um processo secretos, bem como pelo uso ou pela concessão do uso de um equipamento industrial, comercial ou científico e por informações respeitantes a uma experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico.
4. O disposto nos números 1 e 2 não é aplicável se o beneficiário efetivo das royalties, residente de um Estado Contratante, exercer atividade no outro Estado Contratante de que provêm as royalties, por meio de um estabelecimento estável aí situado, e o direito ou bem relativamente ao qual as royalties são pagas estiver efetivamente ligado a esse estabelecimento estável. Neste caso, são aplicáveis as disposições do Artigo 7º.
5. As royalties consideram-se provenientes de um Estado Contratante quando o devedor for um residente desse Estado. Todavia, quando o devedor das royalties, seja ou não residente de um Estado Contratante, tiver num Estado Contratante um estabelecimento estável em relação com o qual haja sido contraída a obrigação pela qual as royalties são pagas, e esse estabelecimento estável suporte o pagamento dessas royalties, tais royalties são consideradas provenientes do Estado Contratante em que o estabelecimento estável estiver situado.
6. Quando, devido a relações especiais existentes entre o devedor e o beneficiário efetivo das royalties ou entre ambos e qualquer outra pessoa, o montante das royalties, tendo em conta a prestação pela qual são pagas, exceder o montante que seria acordado entre o devedor e o beneficiário efetivo, na ausência de tais relações, as disposições deste Artigo são aplicáveis apenas a este último montante. Neste caso, o excesso pode continuar a ser tributado de acordo com a legislação de cada Estado Contratante, tendo em conta as outras disposições desta Convenção.

Artigo 13º

Mais-Valias ou Ganhos de Capital

1. Os ganhos que um residente de um Estado Contratante aufera da alienação de bens imobiliários considerados no Artigo 6º e situados no outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.
2. Os ganhos provenientes da alienação de bens mobiliários que façam parte do ativo de um estabelecimento estável que uma empresa de um Estado Contratante tenha no outro Estado Contratante, incluindo os ganhos provenientes da alienação desse estabelecimento estável (isolado ou com o conjunto da empresa), podem ser tributados nesse outro Estado.
3. Os ganhos provenientes da alienação de navios ou aeronaves utilizados no tráfego internacional, ou de bens mobiliários afetos à exploração desses navios ou aeronaves, só

podem ser tributados no Estado Contratante em que estiver situada a direção efetiva da empresa.

4. Os ganhos provenientes da alienação de quaisquer outros bens ou direitos diversos dos mencionados nos n.ºs. 1, 2 e 3 podem ser tributados em ambos os Estados Contratantes.

Artigo 14º

Serviços Profissionais Independentes

1. Os rendimentos que um residente de um Estado Contratante obtenha pelo exercício de uma profissão liberal ou de outras atividades de caráter independente só são tributáveis nesse Estado, a não ser que tais remunerações sejam pagas por um residente do outro Estado Contratante ou caibam a um estabelecimento estável aí situado. Nesse caso, os rendimentos podem ser tributados nesse outro Estado.

2. A expressão "profissões liberais" abrange, em especial, as atividades independentes de caráter científico, literário, artístico, educativo ou pedagógico, bem como as atividades independentes de médicos, advogados, engenheiros, arquitetos, dentistas e contabilistas.

Artigo 15º

Profissões Dependentes

1. Com ressalva do disposto nos Artigos 16º, 18º e 19º, os salários, ordenados e outras remunerações similares obtidos de um emprego por um residente de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que o emprego seja exercido no outro Estado Contratante. Se o emprego for aí exercido, as remunerações correspondentes podem ser tributadas nesse outro Estado.

2. Não obstante o disposto no n.º 1, as remunerações obtidas por um residente de um Estado Contratante de um emprego exercido no outro Estado Contratante só podem ser tributadas no Estado primeiramente mencionado se:

- a) o beneficiário permanecer no outro Estado durante um período ou períodos que não excedam, no total, 183 dias em qualquer período de doze meses com início ou termo no ano fiscal em causa;
- b) as remunerações forem pagas por uma entidade patronal ou em nome de uma entidade patronal que não seja residente do outro Estado; e
- c) as remunerações não forem suportadas por um estabelecimento estável que a entidade patronal tenha no outro Estado.

3. Não obstante as disposições anteriores deste Artigo, as remunerações de um emprego exercido a bordo de um navio ou de uma aeronave explorados no tráfego internacional, podem ser tributadas no Estado Contratante em que estiver situado o local de direção efetiva da empresa.

Artigo 16º

Remunerações de Direção

As remunerações de direção e outras retribuições similares recebidas por um residente de um Estado Contratante na qualidade de membro da direção, do conselho de administração, do conselho fiscal ou de qualquer outro órgão similar de uma sociedade residente do outro Estado Contratante podem ser tributadas nesse outro Estado.

Artigo 17º

Artistas e Desportistas

1. Não obstante o disposto nos Artigos 14º e 15º, os rendimentos obtidos por um residente de um Estado Contratante na qualidade de profissional de espetáculos, tal como artista de teatro, cinema, rádio ou televisão, ou músico, bem como de desportista,

provenientes das suas atividades pessoais exercidas, nessa qualidade, no outro Estado Contratante, podem ser tributados nesse outro Estado.

2. Não obstante o disposto nos Artigos 7º, 14º e 15º, os rendimentos da atividade exercida pessoalmente pelos profissionais de espetáculos ou desportistas, nessa qualidade, atribuídos a uma outra pessoa, podem ser tributados no Estado Contratante em que são exercidas essas atividades dos profissionais de espetáculos ou dos desportistas.

3. O disposto nos nºs 1 e 2 não é aplicável se as atividades exercidas num Estado Contratante forem financiadas principalmente através de fundos públicos do outro Estado Contratante ou de uma das suas subdivisões políticas ou administrativas ou autarquias locais ou ainda de entidades cujo capital social seja detido majoritariamente por uma das referidas pessoas. Neste caso, os rendimentos auferidos dessas atividades só podem ser tributados nesse outro Estado.

Artigo 18º

Pensões

1. Com ressalva do disposto no nº 2 do Artigo 19º, as pensões e remunerações similares pagas a um residente de um Estado Contratante em consequência de um emprego anterior só podem ser tributadas nesse Estado.

2. Não obstante o disposto no nº 1 deste Artigo, as pensões e remunerações similares pagas nos termos da legislação relativa à segurança ou seguridade social de um Estado Contratante ou de uma das suas subdivisões políticas só podem ser tributadas nesse Estado.

Artigo 19º

Remunerações Públicas

1. As remunerações pagas por um Estado Contratante ou por uma das suas subdivisões políticas ou autarquias locais, quer diretamente, quer através de fundos por eles constituídos, a uma pessoa singular ou física, em consequência de serviços prestados a esse Estado ou a essa subdivisão ou autarquia, no exercício de funções públicas, podem ser tributadas nesse Estado.

2. Não obstante o disposto no nº 1, as remunerações, incluindo as pensões, pagas por um Estado Contratante ou por uma das suas subdivisões políticas ou autarquias locais, quer diretamente, quer através de fundos por eles constituídos, a uma pessoa singular ou física que tenha a nacionalidade desse Estado, em consequência de serviços prestados a esse Estado ou a essa subdivisão ou autarquia, no exercício de funções públicas, só podem ser tributadas nesse Estado.

3. O disposto nos Artigos 15º e 18º aplica-se às remunerações e pensões pagas em consequência de serviços prestados em relação com uma atividade comercial ou industrial exercida por um dos Estados Contratantes ou por uma das suas subdivisões políticas ou autarquias locais.

Artigo 20º

Professores

Uma pessoa que é, ou foi antes, residente de um Estado Contratante e que se desloca ao outro Estado Contratante, a convite do Governo desse outro Estado ou de entidade sem fins lucrativos ou de uma universidade ou de outra instituição de ensino ou de pesquisa científica, pertencentes a esse Estado ou a essa entidade, com vista unicamente a ensinar ou fazer pesquisas científicas nas ditas instituições, durante um período não excedente a dois anos, é isenta de impostos em ambos os Estados Contratantes pelas remunerações recebidas em consequência desse ensino ou investigação.

Artigo 21º

Estudantes

1. Uma pessoa que é, ou foi antes, residente de um Estado Contratante e que permanece temporariamente no outro Estado Contratante unicamente para aí prosseguir os seus estudos ou a sua formação
 - a) como estudante de uma universidade, colégio ou escola; ou
 - b) como estagiário; ou
 - c) como beneficiário de subsídio, pensão, prêmio ou bolsa de estudo concedidos por uma organização religiosa, caritativa, científica ou educativa,não será tributada nesse outro Estado relativamente às quantias recebidas para fazer face à sua manutenção, estudos ou formação, desde que provenham de fontes situadas fora dele.
2. Os estudantes de uma universidade ou de outro estabelecimento de ensino superior ou técnico de um Estado Contratante que tenham um emprego no outro Estado Contratante, por um período que não exceda um ano, não são tributáveis neste outro Estado pelas remunerações provenientes de tal emprego, desde que este tenha o fim da sua formação prática relativa aos seus estudos e desde que as remunerações não excedam US\$ 10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) anualmente.

Artigo 22º

Outros Rendimentos

1. Os elementos do rendimento de um residente de um Estado Contratante, e donde quer que provenham, não tratados nos Artigos anteriores desta Convenção, só podem ser tributados nesse Estado.
2. O disposto no nº 1 não se aplica ao rendimento, que não seja rendimento de bens imobiliários como são definidos no nº 2 do Artigo 6º, auferido por um residente de um Estado Contratante que exerce atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento estável nele situado, estando o direito ou a propriedade em relação ao qual o rendimento é pago efetivamente ligado com esse estabelecimento estável. Neste caso, são aplicáveis as disposições do Artigo 7º.
3. Não obstante as disposições dos nºs 1 e 2 deste Artigo, os elementos do rendimento de um residente de um Estado Contratante provenientes do outro Estado Contratante e não tratados nos artigos anteriores desta Convenção podem também ser tributados nesse outro Estado.

Capítulo IV

Disposições para Eliminar as Duplas Tributações

Artigo 23º

Método

1. Quando um residente de um Estado Contratante obtiver rendimentos que, de acordo com o disposto nesta Convenção, possam ser tributados no outro Estado Contratante, o primeiro Estado mencionado deduzirá do imposto sobre os rendimentos desse residente uma importância igual ao imposto sobre o rendimento pago nesse outro Estado.
A importância deduzida não poderá, contudo, exceder a fração do imposto sobre os rendimentos, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos que podem ser tributados nesse outro Estado.
2. No caso de Portugal, quando uma sociedade residente de Portugal receber dividendos de uma sociedade residente do Brasil sujeita ao imposto federal sobre a renda e não abrangida por qualquer isenção, em que a primeira detenha diretamente uma participação não inferior a 25% (vinte e cinco por cento), Portugal permitirá a dedução de 95% (noventa e cinco por cento) desses dividendos incluídos na sua base tributável, desde que a referida participação tenha sido detida durante os dois anos precedentes, ou desde a data da constituição da sociedade brasileira, se tiver ocorrido posteriormente, mas em

qualquer dos casos unicamente se a participação tiver sido detida ininterruptamente durante esse período.

3. No caso do Brasil, quando uma sociedade residente do Brasil receber dividendos de uma sociedade residente de Portugal sujeita ao imposto português conforme definido na alínea b) do nº 1 do Artigo 2º desta Convenção e não abrangida por qualquer isenção, a dedução prevista no nº 1 acima levará em conta o imposto exigível da sociedade relativo aos rendimentos de que se originaram os dividendos pagos (crédito indireto), observadas as disposições da legislação brasileira.

4. Quando um residente de um Estado Contratante obtiver rendimentos que, de acordo com o disposto nesta Convenção, forem isentos de imposto nesse Estado, esse Estado poderá, contudo, ao calcular o quantitativo do imposto sobre os outros rendimentos desse residente, ter em conta os rendimentos isentos.

Capítulo V

Disposições Especiais

Artigo 24º

Não Discriminação

1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexa diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. A tributação de um estabelecimento estável que uma empresa de um Estado Contratante tenha no outro Estado Contratante não será nesse outro Estado menos favorável do que a das empresas desse outro Estado que exerçam as mesmas atividades. Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder aos residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais, abatimentos e reduções para efeitos fiscais atribuídos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

3. Salvo se for aplicável o disposto no Artigo 9º, no nº 8 do Artigo 11º ou no nº 6 do Artigo 12º, os juros, royalties e outras importâncias pagas por uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante serão dedutíveis, para efeitos da determinação do lucro tributável de tal empresa, como se fossem pagas a um residente do Estado primeiramente mencionado.

4. As empresas de um Estado Contratante cujo capital, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, seja possuído ou controlado por um ou mais residentes do outro Estado Contratante não ficarão sujeitas, no Estado primeiramente mencionado, a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexa diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitas as empresas similares desse primeiro Estado.

5. Não obstante o disposto no Artigo 2º, as disposições do presente Artigo aplicar-se-ão aos impostos de qualquer natureza ou denominação.

Artigo 25º

Procedimento Amigável

1. Quando um residente de um Estado Contratante considerar que as medidas tomadas por um Estado Contratante ou por ambos os Estados Contratantes conduzem ou poderão conduzir, em relação a si, a uma tributação não conforme com a presente Convenção, poderá, independentemente dos recursos estabelecidos pela legislação nacional desses Estados, submeter o seu caso à apreciação da autoridade competente do Estado Contratante de que é residente.

O pedido deverá ser apresentado dentro de dois anos a contar da data da comunicação do imposto que tenha dado causa à reclamação ou, no caso de tributação nos dois Estados,

da segunda tributação, ou, no caso de imposto devido na fonte, da data do pagamento dos rendimentos que hajam sido tributados, mesmo que se trate da segunda tributação.

2. Essa autoridade competente, se a reclamação se lhe afigurar fundada e não estiver em condições de lhe dar solução satisfatória, esforçar-se-á por resolver a questão através de acordo amigável com a autoridade competente do outro Estado Contratante, a fim de evitar a tributação não conforme com a Convenção.

O acordo alcançado será aplicado independentemente dos prazos estabelecidos no direito interno dos Estados Contratantes.

3. As autoridades competentes dos Estados Contratantes esforçar-se-ão por resolver, através de acordo amigável, as dificuldades ou as dúvidas a que possa dar lugar a interpretação ou a aplicação da Convenção.

4. As autoridades competentes dos Estados Contratantes poderão comunicar diretamente entre si a fim de chegarem a acordo nos termos indicados nos números anteriores.

Artigo 26º

Troca de Informações

1. As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações necessárias para aplicar esta Convenção ou as leis internas dos Estados Contratantes relativas aos impostos abrangidos por esta Convenção, na medida em que a tributação nelas prevista não seja contrária a esta Convenção, em particular para prevenir a fraude ou a evasão desses impostos. A troca de informações não é restringida pelo disposto no Artigo 1º. As informações obtidas por um Estado Contratante serão consideradas secretas, do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna desse Estado, e só poderão ser comunicadas às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e autoridades administrativas) encarregadas do lançamento, cobrança ou administração dos impostos abrangidos por esta Convenção, ou dos procedimentos declarativos, executivos ou punitivos relativos a estes impostos, ou da decisão de recursos referentes a estes impostos. Essas pessoas ou autoridades utilizarão as informações assim obtidas apenas para os fins referidos. As autoridades competentes, mediante consultas, determinarão as condições, os métodos e as técnicas apropriadas para as matérias com respeito às quais se efetuarão as trocas de informações, incluídas, quando procedentes, as trocas de informações relativas à evasão fiscal.

2. A autoridade competente de um Estado Contratante poderá enviar à autoridade competente do outro Estado Contratante, independentemente de prévia solicitação, a informação que possua quando:

- a) tiver motivos para supor que houve pagamento a menos de imposto resultante da transferência artificial de lucros dentro de um grupo de empresas;
- b) do uso de informações anteriormente recebidas do outro Estado Contratante, surgirem novos dados ou antecedentes que sejam de utilidade para a tributação nesse outro Estado Contratante;
- c) qualquer outra circunstância leve à suposição de existência de perda de receitas para o outro Estado Contratante.

3. A autoridade competente de um Estado Contratante fornecerá à autoridade competente do outro Estado Contratante, anualmente, mediante prévia identificação dos contribuintes, ou poderá fornecer, mesmo sem a sua prévia identificação, as seguintes informações normalmente prestadas pelos contribuintes:

- a) informações respeitantes aos lucros obtidos no seu território por pessoas jurídicas ou estabelecimentos estáveis aí situados, a remeter à autoridade competente do Estado Contratante onde esteja domiciliada a pessoa jurídica associada ou a matriz ou sede;

b) informações sobre os lucros declarados por pessoas jurídicas domiciliadas no primeiro Estado Contratante relativos às operações desenvolvidas no outro Estado Contratante por pessoas jurídicas associadas ou estabelecimentos estáveis;

c) qualquer outro tipo de informação que acordem trocar.

4. A autoridade competente do Estado Contratante requerido poderá autorizar os representantes do Estado Contratante requerente a terem acesso ao primeiro Estado mencionado para os fins de presenciarem, na condição de observadores, a inquirição de pessoas e o exame de livros e registros que sejam realizados pelo Estado requerido.

5. Os Estados Contratantes poderão consultar-se a fim de determinar os casos e procedimentos para a fiscalização simultânea de impostos.

Considera-se "fiscalização simultânea", para os efeitos desta Convenção, um entendimento entre os Estados Contratantes para fiscalizar simultaneamente, cada um em seu território, a situação tributária de uma pessoa ou pessoas que possuam interesses comuns ou associados, a fim de trocar as informações relevantes que obtenham.

6. O disposto nos números anteriores nunca poderá ser interpretado no sentido de impor a um Estado Contratante a obrigação:

a) de tomar medidas administrativas contrárias à sua legislação ou à sua prática administrativa ou às do outro Estado Contratante;

b) de fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua legislação ou no âmbito da sua prática administrativa normal ou nas do outro Estado Contratante;

c) de transmitir informações reveladoras de segredos ou processos comerciais, industriais ou profissionais, ou informações cuja comunicação seja contrária à ordem pública.

7. Para os fins de mútua assistência e recíproco conhecimento em matéria de política fiscal e sistemas tributários de ambos os Estados Contratantes, as respectivas autoridades competentes poderão consultar-se mutuamente e promover o intercâmbio de pessoal qualificado, informações, estudos técnicos e sobre organização administrativa fiscal.

Artigo 27º

Membros das Missões Diplomáticas e Postos Consulares

O disposto na presente Convenção não prejudicará os privilégios fiscais de que beneficiem os membros das missões diplomáticas e postos consulares em virtude de regras gerais de direito internacional ou de disposições de acordos especiais.

Capítulo VI Disposições Finais

Artigo 28º

Entrada em Vigor

1. A presente Convenção será ratificada pelos Estados Contratantes em conformidade com as respectivas exigências constitucionais e os instrumentos de ratificação serão trocados em Lisboa o mais cedo possível.

2. A Convenção entrará em vigor um mês após a troca dos instrumentos de ratificação e as suas disposições serão aplicáveis, pela primeira vez:

a) em Portugal:

i) aos impostos devidos na fonte cujo fato gerador surja em ou depois de 1 de janeiro do ano 2000;

ii) aos demais impostos, relativamente aos rendimentos produzidos no ano fiscal com início em ou depois de 1 de janeiro do ano 2000;

b) no Brasil:

i) no que concerne aos impostos retidos na fonte, às importâncias pagas, remetidas ou creditadas no ou depois do primeiro dia de janeiro do ano 2000;

ii) no que concerne aos outros impostos de que trata a presente Convenção, relativamente aos rendimentos produzidos no ano fiscal que comece no ou depois do primeiro dia de janeiro do ano 2000.

Artigo 29º

Denúncia

A presente Convenção estará em vigor enquanto não for denunciada por um dos Estados Contratantes. Qualquer dos Estados Contratantes pode denunciar a Convenção por via diplomática, mediante um aviso especificando o ano de cessação pelo menos seis meses antes de 31 de dezembro do ano assim especificado no referido aviso. Neste caso, a Convenção deixará de produzir efeitos:

a) em Portugal:

- i) relativamente aos impostos devidos na fonte cujo fato gerador surja em ou depois de 1 de janeiro do ano civil seguinte àquele especificado no referido aviso;
- ii) relativamente aos outros impostos, no tocante aos rendimentos produzidos no ano fiscal com início em ou depois de 1 de janeiro do ano civil seguinte àquele especificado no referido aviso.

b) no Brasil:

- i) relativamente aos impostos retidos na fonte, as importâncias pagas, remetidas ou creditadas no ou depois do primeiro dia de janeiro do ano civil imediatamente seguinte àquele especificado no referido aviso;
- ii) relativamente aos outros impostos, no tocante aos rendimentos produzidos no ano fiscal que comece no ou depois do primeiro dia de janeiro do ano civil imediatamente seguinte àquele especificado no referido aviso.

Em testemunho do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados para o efeito, assinam a presente Convenção.

Feito em Brasília, em 16 de maio de 2000, em dois exemplares originais, na língua portuguesa, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

Pelo Governo da República Federativa do Brasil

Luiz Felipe Lampreia

Ministro das Relações Exteriores

Pelo Governo da República Portuguesa

Joaquim Augusto N. de Pina Moura

Ministro das Finanças e da Economia

Protocolo

No momento da assinatura da presente Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa destinada a Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento, os abaixo-assinados, devidamente autorizados para o efeito, acordaram nas seguintes disposições adicionais que constituem parte integrante da Convenção:

1. Com referência ao Artigo 2º, nº 1, alínea a)

Fica entendido que, nos impostos visados no Artigo 2º, nº 1, alínea a), está compreendida a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), criada pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988.

2. Com referência ao Artigo 2º, nº 3, alínea b)

Fica entendido que "derrama" significa o adicional local sobre o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas.

3. Com referência ao Artigo 7º, nº 3

Fica entendido que as disposições do nº 3 do Artigo 7º se aplicam às despesas de direção e às despesas gerais de administração realizadas no Estado em que o estabelecimento estável estiver situado ou em qualquer outro lugar.

4. Com referência ao Artigo 11º, nºs 3 e 5

Fica entendido que as disposições do nº 3 do Artigo 11º se aplicam apenas aos juros recebidos por uma instituição (inclusive financeira) de propriedade exclusiva do Governo de um Estado Contratante ou de uma sua subdivisão política ou administrativa ou autarquia local quando a referida instituição for a beneficiária efetiva dos juros.

Fica entendido ainda que, para os efeitos do nº 5 do Artigo 11º, os juros pagos como "remuneração sobre o capital próprio" de acordo com a legislação tributária brasileira são também considerados juros.

5. Com referência ao Artigo 12º, nº 3

Fica entendido que as disposições do nº 3 do Artigo 12º se aplicam a qualquer espécie de pagamento recebido em razão da prestação de assistência técnica e de serviços técnicos.

6. Com referência aos Artigos 13º, nº 4 e 14º, nº 1

Fica entendido que, na eventualidade de, posteriormente à assinatura da presente Convenção, o Brasil concluir com um terceiro Estado não situado na América Latina uma Convenção que limite - com relação aos rendimentos referidos nos parágrafos mencionados - o poder de tributação do outro Estado Contratante que não seja aquele em que for residente o beneficiário dos rendimentos, uma limitação idêntica será automaticamente aplicada às relações entre o Brasil e Portugal.

7. Com referência ao Artigo 23º, nº 2

Fica entendido que, se o método destinado a eliminar a dupla tributação econômica dos dividendos de fonte estrangeira atualmente previsto na lei portuguesa vier a ser substituído pelo método do crédito indireto, o novo método aplicar-se-á automaticamente aos dividendos pagos por sociedades residentes do Brasil a sociedades residentes de Portugal.

8. Com referência ao Artigo 24º

a) Fica entendido que as disposições do nº 6 do Artigo 10º não conflituam com o disposto no nº 2 do Artigo 24º.

b) Fica entendido que as disposições das legislações dos Estados Contratantes que não permitem que as "royalties", tal como são definidas no nº 3 do Artigo 12º, pagas por um estabelecimento estável situado num Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante que exerça atividades empresariais no primeiro Estado Contratante por intermédio desse estabelecimento estável, sejam dedutíveis no momento de se determinar o rendimento tributável do estabelecimento estável acima mencionado, não são conflitantes com as disposições do Artigo 24º da presente Convenção.

c) Fica entendido que o disposto no nº 4 do Artigo 24º não se aplica às obrigações acessórias.

d) Fica entendido que, relativamente ao Artigo 24º, se considera que as disposições da Convenção não são impeditivas da aplicação por um Estado Contratante das respectivas normas internas respeitantes à subcapitalização ou endividamento excessivo.

e) Relativamente ao Brasil, fica entendido que o nº 5 do Artigo 24º se aplica unicamente aos impostos da competência da União.

9. Com referência às Zonas Francas da Ilha da Madeira, da Ilha de Santa Maria e de Manaus, à SUDAM e à SUDENE

Fica entendido que os benefícios desta Convenção não serão atribuídos a qualquer pessoa que tenha direito a benefícios fiscais relativos ao imposto sobre o rendimento de acordo com os dispositivos da legislação e de outras medidas relacionadas com as Zonas Francas da Ilha da Madeira, da Ilha de Santa Maria, de Manaus, a SUDAM e a SUDENE ou a benefícios similares àqueles concedidos, disponíveis ou tornados disponíveis segundo qualquer legislação ou outra medida adotada por qualquer Estado Contratante. As autoridades competentes dos Estados Contratantes notificar-se-ão sobre qualquer legislação ou medida similar e consultar-se-ão sobre a similaridade, ou não, de tais benefícios.

Em testemunho do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados para o efeito, assinam o presente Protocolo.

Feito em Brasília, em 16 de maio de 2000, em dois exemplares originais, na língua portuguesa, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

Pelo Governo da República Federativa do Brasil

Luiz Felipe Lampreia

Ministro das Relações Exteriores

Pelo Governo da República Portuguesa

Joaquim Augusto N. de Pina Moura

Ministro das Finanças e da Economia

Fonte: BRASIL. Ministério da Fazenda. **Receita Federal**. Disponível em:
<<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2006.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

INTRODUÇÃO, 10-14

O REGIME DO INVESTIMENTO DIRETO ESTRANGEIRO – IED – NO BRASIL, 15-59

Qualificação do IED no contexto da Economia Internacional, 15-25

Elementos microeconômicos e macroeconômicos, 15-17

Principais teorias econômicas do IED, 17-20

Acordos sobre IED no contexto internacional, 20-22

Necessidade do disciplinamento pelo Estado hospedeiro, 22-25

Regime jurídico do IED no Brasil, 26-59

Disciplinamento jurídico brasileiro, 26-29

Histórico legislativo: ciclos econômicos, 26-29

Elementos do conceito de IED, 29-30

Elemento substancial objetivo, 31-47

Noções de investimento, 31

Investimentos consistentes em bens, 31-34

Natureza da destinação econômica: investimento direto, 34-37

Modalidades de investimento direto estrangeiro, 37

Investimento societário, 37-43

Limitações ao princípio de liberdade de acesso, 39-42

Modelos societários utilizados, 42-43

Investimento financeiro, 43-45

Subcapitalização de empresas, 44-45

Investimento tecnológico, 45-47

Elemento substancial subjetivo, 48-51

Residência: domicílio ou nacionalidade, 48-51

Elemento formal, 51-56

Registro do capital estrangeiro, 51-52

Registro no investimento societário, 52-53

Registro no investimento financeiro, 53-54

Registro no investimento tecnológico, 54-56

Capital contaminado, 56

Garantias do investimento registrado, 56-59

O procedimento de liquidação dos investimentos, 56-58

Remessas de lucros, 58-59	
Reinvestimentos, 59	
Repatriação do capital, 59	
ELEMENTOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL, 60-105	
Noções de Direito Tributário Internacional, 60-81	
Objeto do Direito Tributário Internacional, 62-66	
Relações com o Direito Internacional público e privado, 66-67	
Conteúdo do Direito Tributário Internacional, 67-69	
Natureza do Direito Tributário Internacional, 70-72	
Fontes de Direito Tributário Internacional, 72-81	
Fontes de Direito Tributário, 74-77	
Fontes de Direito Tributário Internacional, 77-78	
Costume, 78-79	
Jurisprudência, 79-80	
Direito comunitário, 80-81	
Tratados Internacionais em matéria tributária, 81-93	
Caracterização dos tratados internacionais, 81-83	
Tratados Internacionais em matéria tributária, 83-86	
Procedimento de celebração dos tratados, 86-91	
Teorias monista e dualista, 88-90	
Prevalência dos tratados sobre a lei interna, 90-91	
Isenções heterônomas e tratados internacionais, 91-93	
Elementos e Princípios de Conexão, 93-105	
Classificação dos elementos de conexão, 93-103	
Elementos de conexão subjetivo: nacionalidade, 96-98	
Elementos de conexão subjetivo: residência e domicílio, 99-101	
Elementos de conexão objetivo, 101-102	
Fonte de produção e fonte de pagamento, 101-102	
Estabelecimentos permanentes, 102-103	
Princípios de conexão, 103-105	
Princípio da territorialidade – source income taxation, 103-104	
Princípio da universalidade – world-wide-income taxation, 104-105	
DUPLA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL E SEU CONTROLE, 106-128	
Dupla Tributação Internacional, 106-119	
Causas da dupla Tributação Internacional, 107-109	

Configuração da dupla Tributação Internacional, 109-110	
Identidade do fato, 109	
Pluralidade de normas, 110	
Tratados firmados contra a dupla tributação, 110-119	
Qualificação e os tratados contra dupla tributação, 119-123	
O instituto da qualificação no Direito, 119-120	
A qualificação nos tratados contra a dupla tributação, 121-123	
Medidas de controle da dupla Tributação Internacional, 123-128	
Limitações de competência pelo Estado da residência, 123-128	
Método da isenção, 125	
Método da imputação, 125-128	
Crédito presumido e crédito fictício, 128	
TRIBUTAÇÃO SOBRE O INVESTIMENTO DIRETO EXTERNO, 129-150	
Fato gerador dotado de elementos de estraneidade, 129-134	
Determinação do regime de residência nas convenções, 129-131	
A caracterização de residência na legislação do imposto sobre a renda, 131-133	
Pessoas físicas, 131-132	
Pessoas jurídicas, 132-133	
O Princípio da Territorialidade na legislação brasileira, 133-134	
Tributação sobre a renda aplicável aos residentes no exterior, 135-138	
Imposto sobre a renda, 135-137	
Tributação sobre as remessas de lucros, 137-138	
Preços de transferência, 138-150	
Caracterização dos preços de transferências, 138-141	
O regime dos preços de transferência no Brasil, 141-142	
Métodos de controle dos preços de transferência, 142-150	
Operações comerciais de importação, 146-148	
Operações comerciais de exportação, 148-150	
Operações financeiras, 150	
CONCLUSÃO, 151-152	
BIBLIOGRAFIA, 153-161	
Decreto Legislativo N° 188, de 8 de junho de 2001, 162	
Portaria MF N° 28, de 31 de janeiro de 2002, 163-165	
Decreto N° 4.012, de 13 de novembro de 2001, 166-189	