

Tratamento Jurídico Dispensado no Brasil ao Capital Estrangeiro

WERTER R. FARIA

Professor Titular de Direito Comercial na
UFRGS

Antes de falar sobre o tratamento que lhe é dispensado, convém esclarecer o que se entende por capital estrangeiro. Conforme o art. 1.º da Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, são "os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, assim 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".

O capital real e o capital monetário constituem elementos objetivos da definição. Mas para ser tido na conta de estrangeiro é necessário que o capital: a) se destine ao exercício de atividade econômica; b) entre no País sem dispêndio de divisas; e c) pertença a pessoas naturais residentes e domiciliadas no exterior, ou a pessoas jurídicas com sede no estrangeiro.

Quanto à forma de ingresso no País, o art. 3.º, *a*, dessa lei, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro, divide-o em capital de investimento direto e capital de empréstimo, quer em moeda, quer em bens.

Conferência proferida na Semana de Estudos Jurídicos para Integração Latino-Americana (Faculdade de Direito da UFRGS, em 9-10-90).

Na forma de investimento direto, pode ser aplicado em qualquer atividade econômica, exceto naquelas que a Constituição reserva para os brasileiros e para as empresas brasileiras de capital nacional, tais como: a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica (art. 176, § 1.º), a propriedade e exploração de embarcações nacionais, a navegação de cabotagem e a interior (art. 178, §§ 1.º e 3.º), a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222).

O art. 192, III, da Constituição admite a participação do capital estrangeiro em instituições do sistema financeiro nacional, designadamente nas bancárias, de seguro, de previdência e de capitalização. A lei complementar que dispuser normas sobre o sistema financeiro nacional estabelecerá as condições para essa participação, levando em conta especialmente os interesses nacionais e os acordos internacionais. Outro dispositivo — o art. 172 — prescreve que a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Todo capital estrangeiro que entrar no País sob a segunda forma, ou seja, como investimento, está sujeito ao controle do Banco Central do Brasil.

Há estudiosos que acrescentam uma terceira forma de ingresso de capital estrangeiro: a transferência de tecnologia, “através de contratos de licença de uso de patentes ou de marcas, contratos de fornecimento de tecnologia industrial (bens de consumo e insumos), contratos de cooperação técnico-industrial (bens de capital) e contratos de serviços técnicos (ALMEIDA, 1989). Na lei, porém, a transferência de tecnologia é classificada de investimento direto.

Os direitos de propriedade industrial ora se destinam à formação de capital social em bens, ora à exploração mediante concessão. Se não há pagamento imediato de contraprestação ao titular que resida ou tenha sede no exterior, o ingresso assume a forma de investimento direto.

Nas diretivas adotadas pela Comissão da Comunidade Econômica Européia sobre os movimentos de capital liberalizados, a divisão tradicional das formas de ingresso de capital estrangeiro é substituída por listas, cada uma sujeita a regras jurídicas peculiares. Na primeira lista, encabeçada pelos investimentos diretos, figuram os direitos de autor.

Uma das primeiras definições de investimento direto, na doutrina nacional, é devida a CARNEIRO (1961): “denomina-se ‘investimento direto’ a empresa residente no país recipiente mas domiciliada no exterior. Tais empresas compreendem:

- a) as filiais e subsidiárias de matrizes sediadas no estrangeiro;

b) as empresas organizadas no exterior para operarem no país recipiente; e

c) as empresas organizadas no país recipiente mas controladas no exterior”.

Quando se chama de investimento direto a empresa residente no País — embora seja destinatária dos bens entrados nele para serem usados em sua atividade econômica — pretende-se qualificá-la como investidora estrangeira. Segundo GRAF (1981), explica-se que uma empresa nacional se considere como investimento estrangeiro “em função de que, do ponto de vista econômico e político (não jurídico), a nacionalidade da sociedade depende da de seu sócio (majoritário) controlador”.

Mais recentemente XAVIER (1988), desprezando a definição de capital estrangeiro que se encontra na lei, propôs outra: “é a aquisição do direito a um rendimento, por não residente no País, em contrapartida da cessão onerosa de recursos provenientes do exterior, registrada no Banco Central do Brasil”. Ela acrescenta o elemento formal. Qualquer que seja a forma de ingresso no País, o capital estrangeiro está sujeito a registro, “sem o qual este não se beneficia do especial estatuto jurídico constante da Lei n.º 4.131/62”.

As diretivas da Comissão da Comunidade Econômica Européia sobre os movimentos de capitais liberalizados estão acompanhadas de notas explicativas, uma das quais conceitua o investimento direto: “investimentos de qualquer natureza a que procedem pessoas singulares, empresas comerciais, industriais ou financeiras e que sirvam para criar ou para manter relações duradouras e diretas entre o investidor e o chefe de empresa ou a empresa a que esses fundos são destinados para o exercício de uma atividade econômica”.

CARNEIRO (ob. cit.) destacou a importância do domicílio da empresa na definição de investimento direto. Aquele corresponde ao local de onde emana o seu controle, que pode ser chamado eufemisticamente de relação duradoura. “Não há, porém, uniformidade de vistas sobre o que se deve entender por controle, neste particular. De acordo com o Departamento do Comércio dos Estados Unidos, basta, para que haja controle sobre o investimento direto, que 50% ou mais das ações com direito a voto estejam em mãos de acionistas domiciliados no exterior em relação ao local do investimento direto. De acordo com o Departamento do Tesouro daquele mesmo país, tal percentagem se reduz ao mínimo de 25%. O Fundo Monetário Internacional estabelece uma terceira categoria de investimentos diretos para aqueles sobre a gerência dos quais tenham ‘voz ativa’ pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas fora do país recipiente. Qualquer destes critérios permite que o investimento direto tenha domicílio em mais de um país”.

O critério da nossa lei corresponde ao adotado pelo Departamento do Comércio estadunidense. Para efeito de registro de reinvestimento de lucros do capital estrangeiro, o parágrafo único do art. 3.º da Lei n.º 4.131, de modo indireto, reputa domiciliada no exterior a “pessoa jurídica com sede no Brasil mas filiada a empresas estrangeiras ou controladas por maioria de ações pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas com residência ou sede no estrangeiro”.

Pelo art. 171, I, da Constituição, empresa brasileira é a que se constitui sob as leis brasileiras e tem sua sede e administração no país. Sem perder a nacionalidade brasileira, a empresa, quando sujeito de investimento estrangeiro, naquelas condições, se tornará domiciliada também no estrangeiro.

Além da forma de ingresso do capital e do registro, existem outros elementos para que se tenha o capital na conta de estrangeiro. O primeiro é a destinação dos bens, máquinas e equipamentos à produção de bens ou serviços, ou dos recursos financeiros ou monetários ao emprego em atividade econômica. Quanto ao investimento direto, o segundo requisito consiste na inexistência de “dispêndio inicial de divisas”, gasto que ocorreria, em outras circunstâncias, para o pagamento dos bens no exterior. A terceira condição — comum ao investimento direto e ao financiamento — concerne à propriedade dos fundos, que deve ser de pessoa física residente e domiciliada no exterior, ou de pessoa jurídica com sede no estrangeiro.

Esclarecidos os conceitos de capital estrangeiro e de investimento direto, vejamos como aquele é tratado na legislação brasileira. O art. 2.º da Lei n.º 4.131 garante que lhe “será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições”, e proíbe quaisquer discriminações que não estejam previstas em seu texto. Como lembra ALMEIDA (ob. cit.), “algumas exceções, no entanto, têm-se verificado à luz da Lei n.º 4.728/65 (Lei do Mercado de Capitais) e do Decreto-Lei n.º 1.986/82. Enquanto aquela estabelece que em períodos de desequilíbrio do balanço de pagamentos o Banco Central, ao adotar medidas de contenção de crédito, pode limitar o recurso ao sistema financeiro do País, o Decreto-Lei n.º 1.986/82 diferencia o tratamento dado aos investidores nacionais no mercado de capitais, com normas específicas para as sociedades de investimento de cujo capital social participem pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior”.

BAUMANN (1989) põe em relevo que “uma das características marcantes das relações da economia brasileira com o resto do mundo nas duas últimas décadas foi a crescente importância do influxo de capitais de empréstimo, até certo ponto substituindo os investimentos diretos”. Em que pese à tendência universal ao emprego de outras modalidades de inversão, como *joint ventures*, transferência de tecnologia com participação societária

e franquia, assim como a intensificação do empréstimo, o mencionado autor pondera que “não se deve perder a perspectiva de que a legislação brasileira também tem contribuído para estimular relativamente mais as operações de empréstimo do que os capitais de risco: o pagamento de juros é taxado no ato da remessa, enquanto os lucros são taxados pelo imposto sobre a renda e no ato da remessa”.

Na base desta discriminação está a forma de ingresso do capital estrangeiro. Não obstante implicar tratamento diferenciado, a desigualdade se estabelece entre capitais estrangeiros, e não entre estes e o capital nacional.

Cumprir admitir que a regra da igualdade de tratamento para o capital estrangeiro possui escasso ou nenhum valor, porquanto não é função da lei, mas da Constituição, fixar o conteúdo de preceitos legais que venham a ser editados.

O art. 171 da Constituição — que dificilmente subsistirá à arduosa revisão constitucional de 1993 — reafirma o conceito de empresa ou sociedade brasileira do art. 60 da Lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, não revogado pela nova lei das sociedades por ações. A despeito de se constituir na conformidade da lei brasileira e ter sua sede e administração no País, para a sociedade ser considerada de capital nacional é necessário que o controle efetivo da sociedade esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno. Pela mesma norma constitucional, entende-se por controle efetivo da sociedade “a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades”. Em setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, na forma do § 1.º, II, do mesmo dispositivo, a lei pode exigir que o controle efetivo da empresa, quer dizer, o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia, estenda-se às suas atividades tecnológicas.

A empresa brasileira de capital nacional perde esta qualificação quando se converte em investimento estrangeiro e muda o controle efetivo, em termos exatamente inversos aos da definição contida do inciso II do referido artigo da Constituição. Continua, entretanto, empresa brasileira, visto que se organizou conforme a legislação do País e sua sede e administração permaneceram no território nacional.

Deixarei de abordar a conversão da dívida externa representada por empréstimos em investimento do principal, outras quantias e juros, possibilitada pelo segundo regulamento da Lei n.º 4.131, baixado com o Decreto n.º 55.762, de 17 de setembro de 1965, cujo art. 5.º, a, independentemente de previsão legal, faculta “a conversão, em investimento, do

principal de empréstimos registrados ou de quaisquer quantias, inclusive juros, remissíveis para o exterior”.

Um terço da nossa dívida externa provém do ingresso de capitais norte-americanos. Um terço também corresponde ao reinvestimento, ou seja, “a quantia que poderia ter sido legalmente remetida para o exterior, a título de rendimento, e não o foi, sendo aplicada, consoante o respectivo registro contábil, em conta de ‘passivo não exigível’, na própria empresa ou em outro setor da economia nacional”, para me valer da definição do art. 5.º do primeiro regulamento da lei que disciplina os investimentos de capital estrangeiro, expedido com o Decreto n.º 53.451, de 20 de janeiro de 1964.

Com o objetivo de dominar o mercado nacional deste ou daquele produto, implantam-se, não raro, novas unidades fabris, ou se adquire o controle de indústrias concorrentes, graças à utilização de recursos gerados pela empresa receptora de capital estrangeiro, sem novo aporte de recursos. Segundo BAUMANN (ob. cit.), a análise da posição de reinvestimentos, em 31 de março de 1988, informada pelo Banco Central do Brasil, acusa este processo de dominação de mercado, “marcadamente acentuado na produção de alimentos processados (em que reinvestimentos aparecem como a principal forma de investimento) e significativo nas indústrias de material elétrico e de comunicações e química”.

Não posso omitir outro aspecto inquietador: a perda, nos últimos anos, da atração exercida pelo Brasil sobre o capital estrangeiro, que faz com que a remessa de lucros e dividendos supere seu ingresso sob a forma de investimento. O autor por último referido constata, “não apenas uma substituição de fluxos de recursos, com preponderância dos capitais de empréstimo, como um aumento relativo das remessas de lucros e dividendos, de tal forma que o fluxo líquido de recursos passa a ser negativo.

Merecem destaque os dados referentes a 1986, em que pela primeira vez em muitos anos o valor líquido dos investimentos externos é negativo, bem como o fato de que boa parte da retomada desse valor a partir de 1987 baseia-se sobretudo no processo de conversão da dívida externa.”.

Pelo art. 14 da Lei n.º 4.131, são proibidas remessas para pagamento de *royalties* pelo uso de patente de invenção e de marca de indústria, de comércio e de serviço, entre filial ou subsidiária, sujeito do investimento estrangeiro, e a respectiva matriz, com sede no exterior, ou quando a maioria do capital daquela pertencer ao credor residente fora do país. Para este efeito, subsidiária de empresa estrangeira é a pessoa jurídica, estabelecida no país, de cujo capital com direito a voto pelo menos cinquenta por cento pertençam a empresa com sede no exterior (art. 20, parágrafo único, do Decreto n.º 55.762).

Por via de regra, as remessas a título de retorno de capital e de rendimento de sua aplicação no país dependem do pagamento do imposto de renda que for devido e de três registros no registro de capitais estrangeiros: a) do investimento ingressado no país; b) da empresa em que foi aplicado; e c) da remessa para o exterior.

Nas remessas de rendimentos de capital estrangeiro sob a forma de empréstimo, classifica-se de amortização a parte que exceder à taxa de juros constante do contrato e do seu registro. O Banco Central pode impugnar e recusar a taxa que ultrapasse a vigorante no mercado financeiro do país de origem dos recursos para operações do mesmo tipo e condições, na data da realização do empréstimo (art. 8.º da Lei n.º 4.131).

As remessas para o pagamento de *royalties* pela exploração de patente de invenção, marca de indústria, de comércio e de serviço e outros direitos da propriedade industrial, dependem de prova da existência e vigência, no Brasil, dos respectivos privilégios concedidos pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial e da não-caducidade no país de origem (art. 11 da Lei n.º 4.131, na redação dada pela Lei n.º 4.390).

O art. 28 da mesma lei, em sua nova redação, regula a hipótese em que ocorra "grave desequilíbrio no balanço de pagamentos" ou existam "sérias razões para prever a iminência de tal situação". Se o saldo líquido do balanço de pagamentos for negativo, ou houver ameaça de se tornar em breve tempo negativo, o Banco Central pode impor, por prazo limitado, restrições à remessa de investimentos do capital estrangeiro. Por remessa de investimentos entende-se, não apenas o retorno do capital que ingressou no país sob a forma de investimento direto ou de empréstimo, como de seu lucro.

As restrições temporárias consistem na proibição de remessas para o exterior, a título de retorno de capital, e na limitação delas, a título de lucros, a dez por cento ao ano, no máximo, sobre o capital e reinvestimentos registrados na moeda do país de origem (§ 1.º).

Quando a restrição persistir por mais de um exercício e os rendimentos ultrapassarem a percentagem fixada para a remessa de lucros ao exterior, esta poderá ser autorizada, contanto que a importância relativa ao excesso tenha sido comunicada ao Banco Central e os lucros recebidos, nesse exercício, não atinjam aquele limite (§ 2.º).

Ainda no caso de desequilíbrio, real ou esperado, do balanço de pagamentos, o limite máximo cumulativo anual para as remessas de quantias, a título de pagamento de *royalties* e assistência técnica, administrativa ou semelhante, é de cinco por cento da receita bruta da empresa (§ 3.º).

Entretanto, mesmo que se verifique desequilíbrio no balanço de pagamentos, os juros e quotas de amortização, estipulados nos contratos de empréstimo com registro no Banco Central, não sofrem qualquer restrição em sua remessa para o exterior (§ 5.º).

A remessa de lucros do capital estrangeiro aplicado em atividades produtoras de bens e serviços de consumo suntuário, definidas em decreto, é a única que a própria Lei n.º 4.390 (art. 2.º) restringe a oito por cento, anualmente, do capital registrado no Banco Central. A parcela excedente a esse limite máximo qualifica-se como retorno, e deduz-se do registro correspondente, para efeito de remessas futuras. Poderá, no entanto, converter-se em reinvestimento, aplicado em bens e serviços, ou em regiões e setores de atividades consideradas, por decreto, de interesse para a economia nacional (§ 1.º). Em todas as hipóteses de restrição às remessas de investimentos, determinadas por motivo de desequilíbrio iminente, o limite máximo diminui para cinco por cento, ao ano, sobre o montante dos registros do capital ingressado no país e do seu reinvestimento.

A conclusão a que se chega a respeito da lei brasileira sobre a aplicação do capital estrangeiro e as remessas para o exterior com seu retorno e dos lucros, é que encerra poucas restrições e, como acrescenta ALMEIDA (ob. cit.), os mecanismos tributários atuam mais no sentido de estimular o reinvestimento dos lucros que delimitar propriamente o montante de remessas, destacando-se a importância da tributação progressiva como reguladora das mesmas."

Bibliografia

- ALMEIDA, Shella Márcia E. S. de. O Capital Estrangeiro: regulamentação Legal no Brasil e em Outros Países; texto para discussão publicado pelo Instituto de Planejamento em maio de 1989. pp. 6, 7 e 11.
- BAUMANN, Renato. Comportamento Recente do Capital Estrangeiro — Algumas Considerações Gerais; nota para discussão publicada pelo Instituto de Planejamento em abril de 1989, p. 3.
- CARNEIRO, O. A. Dias. Movimento Internacionais de Capital e Desenvolvimento Econômico, Recife, 1981, p. 90.
- GRAF, Jorge Barrera. Sujetos de la Ley de Inversiones Extranjeras; Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1981, p. 1.018.
- XAVIER, Alberto. Natureza Jurídica do Certificado de Registro de Investimento Estrangeiro — Alienação Parcial de Participações Societárias e Redução do Capital Social; Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, 1988, p. 39.