

RODRIGO JACOBINA BOTELHO

**Fundamentos Jurídicos para a Atração de Investimentos Estrangeiros
Diretos**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. José Maria Arruda de Andrade

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2024

RODRIGO JACOBINA BOTELHO

**Fundamentos Jurídicos para a Atração de Investimentos Estrangeiros
Diretos**

Versão corrigida

A versão original se encontra disponível na Faculdade de Direito – Biblioteca da FDUSP

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob orientação do Professor Associado Dr. José Maria Arruda de Andrade.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2024

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Botelho, Rodrigo Jacobina

Fundamentos jurídicos para a atração de investimentos estrangeiros diretos / Rodrigo Jacobina Botelho. - Versão corrigida. -- São Paulo, 2024.

285 p.

Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2024.

Orientador: José Maria Arruda de Andrade.

1. Investimento Estrangeiro. 2. Políticas de Atração. 3. Fundamentos Jurídicos. I. Andrade, José Maria Arruda de, orient. II. Título.

Nome: BOTELHO, Rodrigo Jacobina.

Título: Fundamentos Jurídicos para a Atração de Investimentos Estrangeiros Diretos.

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em: 11/04/2024

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

“Como é fácil de perceber, os fundamentos da vida social não podem ser reduzidos a números. Adianta muito pouco projetar-se um empreendimento científico ou elaborar-se um planejamento econômico se não forem levadas em conta as condições globais da vida social. E nenhum projeto e nenhum plano poderão ser executados com êxito se não tiverem o apoio numa ordem inspirada nos anseios de justiça social. Aí está o papel fundamental dos juristas na era da tecnologia: corrigir as distorções da mentalidade científica, que só compreende números e não percebe que os homens não são meros valores quantitativos.”
(Dalmo de Abreu Dallari, 1976)

Dedicar, mais que um ato de humildade, já que nada do que somos, temos e construímos é resultado exclusivamente de esforços próprios, é um ato de reconhecimento. O trabalho científico-jurídico de pesquisa e reflexão é, em grande medida, uma jornada muito solitária. Mas, no curso dessa jornada, há vários acontecimentos e pessoas que estão lá, talvez não analisando, refletindo, mas com exemplos de vida, amparo, compreendendo ausência e a distância do dia a dia e da vida social e familiar. Essas pessoas desempenham um papel fundamental no processo, pois é da certeza que elas estão lá e que temos de sua compreensão que se encontra força para continuar a jornada.

E esse foi o papel da minha família. Agradeço à minha esposa Camila por estar ali, ao meu lado, ao meu alcance nos momentos de cansaço, de dúvidas e de incertezas. Agradeço ao meu pai (*in memoriam*) e à minha mãe pela educação, pelo senso de dedicação e principalmente pelas lições de temperança e busca do razoável que me ensinaram; nada seria possível sem essas lições.

Por fim, mas não menos importante: Antonio, meu filho, tudo é por você. Estou apenas tentando semear tâmaras; são poucas as sementes, mas as ofereço a ti.

RESUMO

BOTELHO, Rodrigo Jacobina. Fundamentos jurídicos para a atração de investimentos estrangeiros diretos. 2024. 273 p. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024.

A história moderna da humanidade vem demonstrando que jaz míope a visão de que determinado país e sua economia podem viver – e sobreviver – em estado de isolamento hermético ante a economia globalizada. Não é concebível que determinada sociedade possa se desenvolver sem interação com investidores estrangeiros. Mesmo em países que, por opção ideológica, há certo isolamento, vemos hoje a existência de investimentos estrangeiros, ainda que sejam originados em outros países com o mesmo viés ideológico. Desta forma, os países em desenvolvimento – e, em especial para o trabalho que aqui se apresenta, o Brasil – têm que compreender as possíveis estruturas jurídicas e econômicas, bem como de políticas públicas que expressam tais estruturas, para poder pretender se credenciar como atrativos destinos de investimentos estrangeiros, seja pela outorga de benefícios (diretos ou indiretos), seja pela segurança ao investidor. No Brasil, entretanto, essa atratividade deve ser sopesada com a preservação de valores fundantes de nossa Constituição, congruentes com o ordenamento jurídico nacional e, ainda, devem ser, depois de efetivado o investimento, acompanhado por um sistema que imponha transparência e solidez ao cumprimento das contrapartidas desejadas: notadamente a geração de emprego e renda e de contribuição para a criação da riqueza nacional. O ponto central do presente trabalho gira em torno dos fundamentos jurídicos para a atração e manutenção, bem como a construção de um possível sistema de aferição da solidez jurídica de políticas de incentivo ao capital estrangeiro.

Palavras-chave: Investimento estrangeiro. Política de atração. Conveniência. Benefícios. Acompanhamento.

ABSTRACT

BOTELHO, Rodrigo Jacobina. Legal grounds for attracting foreign direct investments. 2024. 273 p. Doctoral thesis in Law - Law School, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024.

Modern human history has shown that the vision that a country and its economy can live – and survive – in a scenario of a hermetic isolation from the globalized economy is myopic. It is inconceivable that a society can achieve its development without interaction with foreign investors. Even in countries that, by ideological choice, have a certain isolation, today we see the presence of foreign investments, even if they originate in other countries with the same ideological bias. Thus, developing countries – and, in particular for the work presented herein, Brazil - have to acknowledge the possible legal and economic structures, as well as the public policies that express such structures, in order to be able to intend to be attractive destinations for foreign investments, either by granting benefits (direct or indirect) or by providing security to the investor. In Brazil, however, this attractiveness must be weighed against the preservation of the founding values of our Constitution, congruent with the national legal system and, furthermore, must be, after the investment is made, accompanied by a system that imposes transparency and solidity to the fulfillment of the desired counterparts: notably the generation of employment and income and contribution to the creation of national wealth. The central point of this paper revolves around the legal foundations for attracting and maintaining foreign capital, as well as the construction of a possible system for gauging the legal soundness of incentive policies for foreign capital.

Keywords: Foreign investment. Attraction policy. Convenience. Benefits. Monitoring.

SINTESI

BOTELHO, Rodrigo Jacobina. Fondamenti legali per attrarre investimenti diretti esteri. 2024. 273 p. Tesi di dottorato in Giurisprudenza - Facoltà di Giurisprudenza, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024.

La storia moderna dell'umanità viene dimostrando che giace miope la visione di un dato Paese e la sua economia possono vivere – e sopravvivere – in uno stato di isolamento ermetico di fronte all'economia globalizzata. È inconcepibile che una determinata società possa svilupparsi senza interagire con investitori stranieri. Anche nei Paesi che, per scelta ideologica c'è un certo isolamento, oggi vediamo l'esistenza di investimenti esteri, anche se provengono da altri Paesi con lo stesso pregiudizio ideologico. In questo modo, i paesi in via di sviluppo – e, in particolare per il lavoro presentato qui, il Brasile – devono comprendere le possibili strutture giuridiche ed economiche, nonché le politiche pubbliche che esprimono tali strutture, per poter rivendicare l'accreditamento come destinazioni attraenti per gli investimenti esteri, sia attraverso la concessione di benefici (diretti o indiretti), sia attraverso sicurezza degli investitori. In Brasile, tuttavia, questa attrattiva dovrebbe essere valutata riguardo alla conservazione dei valori essenziali della nostra Costituzione, coerenti sotto il profilo giuridico nazionale e, inoltre, dovrebbe essere, dopo l'investimento è stato fatto, accompagnato da un sistema che impone trasparenza e solidità per l'adempimento delle compensazioni desiderate: in particolare la generazione di occupazione e reddito e il contributo alla creazione di ricchezza nazionale. Il punto centrale di questo lavoro ruota attorno alle basi giuridiche per l'attrazione e il mantenimento di capitali esteri, nonché la costruzione di un possibile sistema per misurare la solidità giuridica delle politiche di incentivazione dei capitali straniero.

Parole chiave: Investimento estero. Politica di attrazione. Convenienza. Benefici. Monitoraggio.

LISTA DE GRÁFICOS

| | |
|---|-----|
| Gráfico 1 – Ingresso de Investimentos Estrangeiros Diretos – 1964-1985..... | 64 |
| Gráfico 2 – Ingresso de Investimentos Estrangeiros Diretos – 1994-2014..... | 84 |
| Gráfico 3 – Índice de Restrições ao Investimento Estrangeiro Direto..... | 102 |

LISTA DE FIGURAS

| | |
|---|----|
| Figura 1 – Desestatizações no Setor de Telecomunicações (1998)..... | 83 |
|---|----|

LISTA DE TABELAS

| | |
|--|-----|
| Tabela 1 – Acordos Assinados e Tramitação..... | 129 |
| Tabela 2 – Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos..... | 136 |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| 1. Aspectos Introdutórios. Interdisciplinaridade e Intertextualidade. Direito Econômico Constitucional..... | 14 |
| 1.1. Delimitação do objeto de análise e sua importância | 14 |
| 1.2. Posicionamento interdisciplinar e intertextual do tema | 22 |
| 1.3. Diálogo entre Direito e Economia. Economia Política, Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário..... | 30 |
| 1.4. Direito Econômico – Constitucionalização..... | 39 |
| 2. Regime Jurídico Brasileiro do Capital Estrangeiro..... | 52 |
| 2.1. O histórico brasileiro e a construção do conceito de capital estrangeiro | 52 |
| 2.2. O regime constitucional de 1988..... | 65 |
| 2.3. Conceito de investimento estrangeiro direto | 73 |
| 2.4. A atratividade do Brasil para investidores estrangeiros diretos | 79 |
| 2.5. Breves observações sobre outros regimes..... | 85 |
| 2.5.1. Estados Unidos..... | 86 |
| 2.5.2. China | 90 |
| 2.5.3. África do Sul | 94 |
| 2.5.4. Índia..... | 96 |
| 2.5.5. Chile | 99 |
| 3. A Atração de Investimentos Estrangeiros Diretos | 106 |
| 3.1. Políticas públicas..... | 106 |
| 3.2. Ações (intervenções) de Estado – Políticas públicas de incentivo..... | 118 |
| 3.2.1 Tipologia de incentivos | 127 |
| i. Incentivos jurídico-políticos..... | 128 |
| ii. Incentivos jurídico-econômicos | 137 |
| 3.3. Fundamentos constitucionais legitimadores e limitadores à atração de investimentos estrangeiros diretos..... | 142 |
| 3.3.1. Fundamentos jurídico-constitucionais..... | 142 |
| 3.3.1.1. Dimensão dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito | 143 |
| i. Soberania..... | 143 |
| ii. Cidadania..... | 147 |
| iii. Valor Social do Trabalho, Livre Iniciativa e Busca do Pleno Emprego | 151 |
| iv. Desenvolvimento e redução das desigualdades sociais e regionais | 157 |
| 3.3.1.2. Dimensão das competências político-administrativas da União | 164 |

| | |
|---|-----|
| 3.3.1.3. Dimensão da regulação do capital estrangeiro na ordem econômica nacional | 169 |
| 3.3.2. Responsabilidade fiscal, planejamento e gestão orçamentária..... | 172 |
| 3.3.3. Isonomia com o capital nacional | 184 |
| 4. Instituição e Avaliação Jurídica de Políticas de Atração de Investimentos Estrangeiros Diretos. | 190 |
| 4.1. Inovação em políticas públicas e responsabilidade..... | 191 |
| 4.2. Dimensões de avaliação – Avaliação jurídica..... | 198 |
| 4.3. O direito de errar | 203 |
| 5. Controle das Políticas Públicas de Atração de Investimentos Estrangeiros Diretos..... | 210 |
| 5.1. Controle pelo Poder Judiciário | 215 |
| 5.2. Controle pelo Tribunal de Contas da União..... | 226 |
| 6. Atualidade e Possibilidades..... | 232 |
| 6.1. Atualidade | 232 |
| 6.1.1. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguros ou relativas a valores mobiliários..... | 232 |
| 6.1.2. Importação de bens sem cobertura cambial | 235 |
| 6.2. Possibilidades | 236 |
| 6.2.1. Cobertura da variação cambial..... | 236 |
| 6.2.3. Acordos de estabilidade tributária..... | 240 |
| 6.2.4. Royalties..... | 246 |
| 7. Conclusões | 250 |
| 8. Bibliografia..... | 256 |

1. Aspectos Introdutórios. Interdisciplinaridade e Intertextualidade. Direito Econômico Constitucional

1.1. Delimitação do objeto de análise e sua importância

Em 2016 a Organização Mundial do Comércio registrou um total de aproximadamente onze trilhões de dólares estadunidenses no comércio internacional de manufaturados (excluídos aqui combustíveis e minerais). Em serviços, esse montante, no mesmo ano, chegou a cinco trilhões de dólares estadunidenses¹. No Brasil, o Banco Central registrou um total de 53,7 (cinquenta e três inteiros e sete décimos) bilhões de dólares estadunidenses em investimentos estrangeiros diretos², sendo que em 2017 esse número cresceu para 60,3 (sessenta inteiros e três décimos) bilhões de dólares estadunidenses.

Em 2020, já com o mundo assolado pela pandemia de SARS-COVID-19, assim reconhecida pela Organização Mundial de Saúde em março daquele ano, a Organização Mundial do Comércio identificou um valor de doze trilhões de dólares estadunidenses no comércio internacional de manufaturados, com forte queda no comércio de produtos como partes e peças automotivas, mas crescente incremento no comércio de produtos médicos e equipamentos de proteção individual, tais como máscaras.

Assim, é possível observar uma certa estabilidade em tal período no comércio internacional e investimentos estrangeiros; tais fatos contribuíram para que o Brasil estivesse, na última década, entre os dez primeiros destinos de investimento estrangeiro direto no mundo³. No entanto, durante o período de influência nos mercados da pandemia SARS-

¹ O crescimento do comércio de produtos manufaturados de 2006 a 2016 foi de aproximadamente 40% (quarenta por cento), enquanto o crescimento no mesmo período do comércio de serviços foi da ordem de 67% (sessenta e sete por cento). No caso do comércio de combustíveis e produtos minerais, no mesmo período de dez anos, verificou-se uma queda da ordem de 10% (dez por cento) segundo os dados da Organização Mundial do Comércio. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO COMÉRCIO (WTO). World Trade Statistical Review 2017. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2017_e/wts17_toc_e.htm. Acesso em: 19 de maio 2018.

² O registro do investimento estrangeiro direto no Brasil é obrigatório e de responsabilidade do Banco Central que, através desses registros, entre outras atividades de controle, elabora relatórios estatísticos que são periodicamente divulgados em seu sítio na rede mundial de computadores. Sobre tal tema voltaremos em capítulos posteriores. BRASIL. Banco Central do Brasil. Série histórica de fluxo de investimento direto. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/Infecon/SeriehistFluxoInvDir.asp>. Acesso em: 19 de maio 2018.

³ Dados disponibilizados pela UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. Investments trends monitor. jan./2019. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeiainf2019d1_en.pdf. Acesso em: 19 de out. 2019.

COVID-19, como se poderia esperar, os fluxos de investimentos caíram dramaticamente; ocorre que, ainda que não tenham, até 2022, retornado ao patamar do período pré-pandemia, o relatório daquele ano da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe das Nações Unidas (CEPAL), que tem por objeto analisar os investimentos estrangeiros diretos nessa região, aponta que, no Brasil, o ingresso de investimentos diretos totalizaram quarenta e seis milhões e quatrocentos e quarenta e um mil dólares estadunidenses, o que representa um crescimento de 22,9% (vinte e dois inteiros e nove décimos por cento) se comparado ao ano de 2021. Todavia, o volume geral de investimento estrangeiro direto ainda é bem inferior que a média dos dez anos anteriores⁴.

Em paralelo, é digno de nota que a globalização da economia mundial pode ser vista como um fato claro, incontestável e inegável. Desde a década de oitenta, o mercado internacional vem crescendo a passos largos, amparado pelas crescentes demandas nacionais, otimização de custos de produção e logística de matérias primas e produtos intermediários, bem como devido ao crescente desenvolvimento tecnológico. Não há no mundo país que se qualifique como uma potência totalmente autossuficiente quanto ao seu desenvolvimento tecnológico; nem mesmo a China pode ser assim qualificada, a despeito de seus enormes investimentos nos últimos anos como, por exemplo, para alcançar a independência na fabricação de microprocessadores⁵.

É nesse cenário que, desde o início da década de noventa, o governo brasileiro vem incrementando a postura de ativo partícipe no mercado global. Tendo isso em vista, o acesso à Organização Mundial do Comércio, a definição de políticas de subsídios transparentes e a desoneração tributária nas exportações de produtos e serviços são algumas das políticas

⁴ ECLAC - ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. Foreign direct investment in latin america and the caribbean, 2022 (LC/PUB.2022/12-P), Santiago, 2022. p. 53. Disponível em http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/48521/S2200561_en.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 13 de ago. 2023.

⁵ Em outubro de 2021, o Presidente Chinês, Xi Jinping, proferiu discurso para o grupo de estudos em economia digital do Politburo do Partido Comunista Chinês. Na estrutura do partido, o Politburo se mostra como órgão intermediário de decisão. Nesse discurso, o Presidente Chinês ressaltou que é uma missão reforçar os principais avanços tecnológicos, mas é imperioso também que a China lute arduamente para desenvolver tecnologias críticas e centrais, bem como alcançar a autossuficiência de alto nível e o autocontrole da tecnologia o mais rápido possível. Discurso disponível em inglês no endereço da publicação Digichina da Universidade de Stanford, publicado em jan. 2022. Disponível em: <https://digichina.stanford.edu/work/translation-xi-jinpings-speech-to-the-politburo-study-session-on-the-digital-economy-oct-2021/>. Acesso em: 15 de abr. 2022.

implementadas visando expor o Brasil a uma situação de ativo país exportador e importador de bens e serviços⁶.

Em paralelo, indivíduos e empresas com patrimônios significativos passaram a procurar variadas oportunidades de investimentos em alguns mercados seguros e outros emergentes, buscando fundos, debêntures, ADRs⁷, ações, dentre os vários instrumentos colocados à disposição pelo mercado financeiro internacional. Jornais do mundo inteiro noticiam que pessoas físicas mudam suas residências fiscais⁸ de jurisdição em jurisdição em busca de melhores oportunidades de vida, aposentadoria, dentre outros⁹. Mudam suas vidas, seus investimentos e suas poupanças.

Na toada destes movimentos, recentemente a Lei 14.206 de 27 de setembro de 2021 trouxe novas normas ao mercado de câmbio, imprimindo maior flexibilidade, possibilitando a abertura de contas em outras moedas que não o real e até mesmo a negociação de moeda estrangeira entre pessoas físicas¹⁰.

⁶ Após a Segunda Guerra Mundial, o Brasil teve participação periférica no processo de reconstrução da economia e comércio internacional afetado pela guerra. Esse processo incluiu, num primeiro momento, a criação do GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade* - e, com a conclusão da chamada Rodada do Uruguai, a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). Na segunda metade dos anos noventa, já com a OMC devidamente instalada, o Brasil passou a ter atuação mais expressiva, buscando internamente se adequar aos princípios do comércio internacional, dentre eles, a desoneração das exportações das incidências tributárias do país exportador – aqui internadas em vários dispositivos de assento constitucional e infraconstitucionais, tais como os artigos 155, parágrafo 2º, inciso X, letra “a” da Constituição Federal de 1988, artigo 3º, inciso II da Lei Complementar 87/96 e artigo 2º, inciso II da Lei Complementar 116/2003. Além dos ajustes internos, o Brasil também assumiu um papel de relevância no sistema de solução de conflitos em comércio exterior, como no caso dos subsídios agrícolas em que litigou em parceria com a Venezuela contra os Estados Unidos e no caso Brasil-Canadá, envolvendo o comércio internacional de aeronaves. Para um melhor panorama do Brasil como ator do comércio exterior Cf: VIGEVANI, Tullo. OLIVEIRA, Marcelo F. de. CINTRA, Rodrigo. Política externa no período FHC: a busca de autonomia pela integração. Tempo Social. nov. 2003. São Paulo: USP. p. 31-61.

⁷ *American depositary receipts*. Genericamente, são recibos que representam ações de empresas não estadunidenses, negociadas naquele mercado.

⁸ A Receita Federal do Brasil registra que, comparando o triênio 2011-2013 com o triênio seguinte, 2014-2016, houve um aumento de aproximadamente 80% (oitenta por cento) na apresentação de Declarações de Saída Definitiva do Brasil. (Jornal O Estado de São Paulo. Reportagem publicada em 20 de junho de 2017. Disponível em <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,com-a-crise-cresce-numero-de-brasileiros-que-deixam-o-pais,70001849689>. Acesso em: 19 de maio de 2018.)

⁹ Segundo dados do Ministério das Relações Exteriores (MRE), residiam no exterior, no ano de 2012, aproximadamente dois milhões e meio de brasileiros. Esse número sobe, ainda segundo o MRE, para três milhões e cem mil brasileiros em 2014. Disponível em <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/no-exterior/brasileiros-no-mundo>. Acesso em: 19 de maio 2018.

¹⁰ O novo marco legal do câmbio, como é chamado por muitos a Lei 14.206/2021, traz entre suas inovações, em apertada síntese, além da possibilidade de negociação entre pessoas físicas, (a) facilidade de acesso ao mercado de câmbio para empresas estrangeiras, (b) permissão para a manutenção de recursos no exterior recebidos em decorrência de exportações brasileiras, sem limites de valor ou outras condições específicas, (c) autorização para a aplicação – aqui no Brasil ou no exterior – de recursos captados no país ou no exterior, dentre outras normas que pretendem a facilitação e universalização do acesso.

Há, portanto, um claro, crescente e inegável estreitamento de fronteiras. Uma intensa aproximação de nações e mercados que devem estar preparadas para conviver com oportunidades, métodos comerciais, culturas e sistemas jurídicos diferentes¹¹. Não basta que o Brasil se lance ao mar, como o fizeram Portugal e Espanha nos séculos quinze e dezesseis, apenas em busca da captação de novos mercados sem nenhum cuidado com a interação legal e cultural com esses mercados e sem apresentar credenciais que tornem suas ofertas de investimento atrativas a investidores, estimulando que eles aqui aportem. É imperioso, portanto, que os atores brasileiros tenham segurança em lidar com mercados internacionais e seus sistemas jurídicos, devendo nosso ordenamento estar preparado para interagir com ordenamentos jurídicos estrangeiros, seus princípios e regras, apresentando ainda – e em contrapartida – estruturas que despertem o interesse de investidores, outorguem segurança ao investimento internacional e, ainda, militem a favor do desenvolvimento da sociedade e economia brasileiras, destinatários últimos das políticas que busquem o desenvolvimento da nação.

É importante que o ordenamento jurídico brasileiro se mostre consolidado e suficientemente maduro para atrair investimentos estrangeiros e conferir segurança jurídica a estes, de uma forma que essa atração opere no plano do investimento construtivo e que catalise e estimule o crescimento da economia nacional. Que sejam atraídos, portanto, investimentos responsáveis e não especulativos, abutres ou gafanhotos, tais quais aqueles que ingressam num país, aproveitam de sua necessidade de capital, exponenciam seus ganhos e, tão logo saciados, fogem sem deixar qualquer legado àquela economia explorada. É de se registrar que a qualidade da regulação jurídica é apontada como um dos elementos determinantes de confiança para o investimento estrangeiro no Brasil, conforme pesquisa elaborada e consolidada por Anna Lygia Costa Rego; em seu estudo, o grupo “qualidade da regulação” que inclui regulamentação financeira em linha com padrões internacionais, marcos regulatórios claros, precisão de comandos legais, a aplicação efetiva das leis, dentre outros aspectos ligados ao conceito geral de segurança jurídica foi apontado por quase a metade dos entrevistados como determinante para o investimento estrangeiro¹².

¹¹ FARIA, Jose Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão (sic). In: Estudos Avançados. v. 11, n. 30. p.43-53. 1997.

¹² REGO, Anna Lygia Costa. Confiança e investimento estrangeiro: uma análise do ambiente jurídico brasileiro. São Paulo: Singular, 2013. p. 295-298.

Algumas sensíveis questões aqui se apresentam: nessa intenção de estímulo e atração, há risco à soberania nacional? Há risco de exposição ao investimento “*gafanhoto*”? Como devem agir os agentes responsáveis pelas políticas públicas (inclusive fiscais) para equilibrar e harmonizar o seu norte de ação diante da dicotomia entre a outorga de benefícios¹³ e a busca do desenvolvimento?

Parece-nos inevitável, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro tenha que dialogar com ordenamentos outros, regras, normas e princípios presentes em outras jurisdições e mesmo nos princípios geralmente aceitos nos mercados internacionais¹⁴. Saudosas e extremamente presentes são as lições de Miguel Reale no sentido de que a teoria tridimensional do Direito governa o estabelecimento e a formação do ordenamento quando o Direito declara seu valor sobre determinado fato e, por consequência, regula por uma norma tal fato - norma essa que surge impregnada por aquele valor, aquela declaração de interesse do Direito¹⁵. Nessa linha de raciocínio, o positivismo tradicional concluiria que se não há norma é porque o Direito não se interessa, não há valor.

Tal valor carrega consigo inegável componente de tempo e lugar. Um determinado valor – determinado interesse – pode mudar com o tempo, de maneira que algo que era crime pode deixar de o ser porque o valor que aquela sociedade dá àquela conduta simplesmente mudou. Nossas normas, na visão da teoria tridimensional de Miguel Reale, são refêns dos valores da sociedade e das suas necessidades. Assim, trata-se de uma sociedade em desenvolvimento que, para que alcance seus objetivos – em nota última o seu máximo desenvolvimento e de sua economia –, não pode se isolar do mundo globalizado, devendo estar aberta e interessada em atrair investimentos externos e apreender esses investimentos como fonte de geração local de riqueza, renda e emprego e, ainda, intercâmbio de conhecimento.

Como antes apontado, o mundo mudou, encolheu. As fronteiras geográficas dos países já são quase apenas traços em atlas escolares, mapas rodoviários e cartas aeronáuticas. As

¹³ Aqui entendidos não somente benefícios financeiros, tais como eventuais desonerações e simplificações tributárias, mas também benefícios não financeiros, e até garantias estruturais como segurança jurídica. Enfim, benefícios de ordem tributária, creditícia, financeira e benefícios e garantias jurídico-estruturais.

¹⁴ Há aqui que se registrar a existência dos chamados ACFIs e BITs, Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos e Tratados Bilaterais de Investimento, tratados mais à frente.

¹⁵ REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 64-68. 2002.

peças estão imigrando mais rápido e de forma mais fácil¹⁶, de forma que a economia já ultrapassa e desconsidera tais fronteiras: transações de bilhões de dólares são concluídas em milissegundos de um computador de alta capacidade. Até as moedas – verdadeiras manifestações da soberania e das tradições institucionais de vários países e reinos – convivem hoje com moedas transnacionais e até mesmo sem existência física, como é o caso das *criptomoedas*.¹⁷

O ordenamento jurídico brasileiro e as políticas públicas nacionais têm que estar preparados para enfrentar o debate de uso do Direito enquanto instrumento para atrair investimentos estrangeiros, mas também o seu igual uso para acompanhar sua efetividade, garantindo que as ferramentas eventualmente usadas para sua atração (benefícios) não sejam usadas sem qualquer contrapartida de criação e geração de emprego, renda e riqueza no país. Se o ordenamento jurídico lança mão dessas ferramentas de atração, deve ele igualmente estruturar sistemas de acompanhamento das contrapartidas esperadas desses investimentos. Ademais, em sequência, deve o poder público colocar em prática, de forma transparente, esse sistema de acompanhamento e controle da produtividade e retorno do investimento, demonstrando para a sociedade a qualidade das ferramentas de atração e os resultados positivos que o investimento atraído está trazendo para o país.

Poderão ocorrer erros? Poderá haver caso em que o investimento não tenha o retorno pensado? Inegavelmente a resposta a essas indagações há de ser positiva; entretanto, o sistema deve estar construído de tal forma que tais situações não sejam uma condenação de incompetência do gestor público que pensou e concebeu os instrumentos de atração, tampouco daquele incumbido de sua avaliação. Pensar no sistema como um instrumento apenas de repressão é inevitavelmente condenar o país ao retrocesso pelo medo dos agentes políticos e administrativos em inovar.

¹⁶ Segundo a Organização das Nações Unidas existiam em 2015 aproximadamente duzentos e quarenta e três milhões de imigrantes no mundo, o que representa um pouco mais de 3% (três por cento) da população mundial. Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates15.shtml>. Acesso em: 19 de maio 2018.

¹⁷ A primeira criptomoeda – moeda sem existência física e sem vinculação com um banco central de determinado país ou jurisdição economicamente soberana – foi lançada em 2009. Segundo dados de estudo publicado pela Universidade de Cambridge, em apenas um ano – de fevereiro de 2016 a março de 2017 – o mercado de transações com *bitcoins* (a primeira criptomoeda) cresceu em 300% (trezentos por cento), indo de 7,5 bilhões de dólares estadunidenses para 25 bilhões de dólares estadunidenses. UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. *Global Cryptocurrency Benchmarking Study*. 2017. Disponível em: https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/centres/alternative-finance/downloads/2017-global-cryptocurrency-benchmarking-study.pdf. Acesso em: 19 de maio 2018.

Parece-nos, portanto, que o tema da atração de investimentos estrangeiros e seu acompanhamento é relevante num cenário em que temos um país que é tradicional repositório de investimentos originados em outros países (em regra mais desenvolvidos), uma sociedade que há décadas se posta como ativa partícipe do cenário de uma economia globalizada e são óbvias as constantes necessidades de crescimento da atividade produtiva nacional e de fortalecimento de nossa economia, ao passo que os textos prescritivos que pretendam se lançar nessa função de estímulo não podem se vender à proteção do sistema econômico nacional, devendo blindar-se, como dito, ao capital meramente especulativo, acompanhar o desenvolvimento de projetos produtivos para que fiquem claras, transparentes e sensíveis as contrapartidas ofertadas pelos investidores, bem como sua efetiva concretização.

Ficaremos, portanto, diante de temas que envolvem o diálogo entre (i) o Direito e a Economia, (ii) o Direito Tributário e o Direito Econômico e (iii) o Direito e a Economia Política, eis que o presente trabalho aponta e reflete sobre o desafio da identificação do comportamento do Estado enquanto agente influenciador dos mercados, seja, em um primeiro aspecto, em sua acepção normativa, seja, em sequência, em termos de ações e instrumentos de implementação e acompanhamento da execução de políticas públicas. A interdisciplinaridade e intertextualidade apresentam-se como marcantes características do tema ora proposto, dado que seu manejo é de fundamental importância no uso da hermenêutica como instrumento de apreensão dos textos prescritivos já tentados e outros possíveis destinados ao cumprimento do papel de estimular o desenvolvimento com segurança jurídica, transparência e aderência ao sistema constitucional brasileiro.

Nosso objetivo de pesquisa é analisar os fundamentos e formas de atuação do Estado no e sobre o domínio econômico¹⁸, tendo em foco que o Estado está envolvido no processo de transformação econômica. Esse Estado não é um tutor social, é um influenciador e gestor, assumindo a participação na criação das condições para a geração e acumulação de riquezas, desempenhando importante papel na acumulação de capital. A ausência de linearidade e continuidade no desenvolvimento de ações de Estado, acabam por encerrar contradições e especificidades que impõem ao pesquisador um enfrentamento desse importante papel nesse

¹⁸ Adotamos aqui a definição proposta por Luis Eduardo Schoueri no sentido de que “domínio econômico há de ser entendido como aquela parcela da atividade econômica em que atuam agentes do setor privado, sujeita a normas e regulamentação do setor público, com funções de fiscalização, incentivo e planejamento, admitindo-se, excepcionalmente a atuação direta do setor público, desde que garantida a ausência de privilégios”. SCHOUERI, Luis Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 43.

viés de atuação no domínio econômico, exsurgindo daí, inclusive, algumas pretensões de contributos para a ciência do Direito, quais sejam: (i) a construção de fundamentos jurídicos normativo-constitucionais para políticas públicas voltadas à atração de investimentos estrangeiros; (ii) a identificação de estruturas que legitimem tais políticas, notadamente quanto a possível avaliação do investimento estrangeiro direto, sua geração de riqueza e renda, seja como ferramenta de eventual ajuste nas políticas públicas, seja como ferramenta de transparência que não só milita a favor da sociedade, mas também a favor dos investidores atuais e futuros, colocando o país num plano de maior segurança, visibilidade e estabilidade de suas políticas econômicas; (iii) a análise dos critérios de legitimação jurídica do estabelecimento de sistemas de benefícios e o critérios de sua avaliação, melhoria e revogação; (v) a responsabilidade pela instituição e gestão do sistema de benefícios.

As questões que se pretende analisar podem ser, portanto, assim resumidas:

- (a) seria papel do Estado influenciar no processo de atração de investimentos estrangeiros, fazendo uso do Direito e de políticas públicas? Essa atuação do Estado é aderente ao que preceitua a Constituição Federal de 1988?
- (b) quais seriam as formas legais e constitucionais dessa atuação? Como tais formas encontram seu fundamento de validade no ordenamento jurídico brasileiro, outorgando segurança jurídica tanto para a sociedade quanto para a economia e para o investidor, tendo em conta, ainda, a existência de tratados internacionais de proteção e estímulo a investimentos?
- (c) a instituição de benefícios – de qualquer ordem – exclusivamente voltados ao capital estrangeiro viola o alicerce de isonomia com o capital nacional? É esperado que o Estado exija compromissos em contrapartida aos benefícios concedidos?
- (d) deveria o Estado desenvolver sistemas jurídicos de avaliação do capital estrangeiro investido de forma a permitir um maior acompanhamento e transparência nas contrapartidas desejadas de geração de emprego e renda, sem violar princípios constitucionais como os da segurança, isonomia e livre iniciativa?

Esse conjunto de investigações são de grande valor institucional para o Brasil, de forma a que se possa ter uma análise não apaixonada, como bem leciona José Maria Arruda de Andrade que chama a atenção para a enorme necessidade de estudos de natureza fiscal, calcados em evidências de fato e forte estrutura teórica, para que tudo leve a uma elisão de opiniões parciais e preconceituosas¹⁹, o que, com o presente trabalho, procura-se contribuir, no prisma do investimento estrangeiro.

A investigação que se propõe reúne elementos que, em nossa conclusão, aportamos no uso possível e desejável de políticas de incentivo – nos espectros de benefícios tributários e financeiros – para a atração de investimento estrangeiros, não sem uma estrutura de legitimação jurídica da criação desse sistema, desde seu estabelecimento, seu acompanhamento avaliativo e eventual revogação.

Não se propará aqui um sistema de controle do investimento estrangeiro com um viés de limitação ou de policiamento ideológico, mas sim a discussão quanto desejável é buscar construir um sistema de avaliação com vistas ao exame da eficácia das políticas de atração, num sentido da pesquisa de critérios de sopesamento do comprometimento fiscal do estado brasileiro *versus* o retorno entregue à sociedade.

1.2. Posicionamento interdisciplinar e intertextual do tema

São muitos os desafios que povoam a evolução do homem e da sociedade. Todos eles, em maior ou menor dimensão, estão conectados com a ideia de sobrevivência num núcleo social; não há ser humano – e por conseguinte sociedade – que se desenvolva sem a busca de sua máxima permanência possível. Assim são as relações familiares, as relações sociais, empresariais e tantas outras que permeiam o cotidiano dos indivíduos. E nessa missão, interpretar²⁰ se mostra um grande desafio; é através da interpretação que os homens

¹⁹ ANDRADE, José Maria Arruda de. Não há avaliação séria da eficácia de políticas fiscais sem números confiáveis. Revista Consultor Jurídico. 23 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-23/estado-economia-avaliacao-seria-eficacia-politicas-fiscais-exige-numeros-confiaveis>. Acesso em: 1 de maio 2020.

²⁰ Adotamos no presente estudo a concepção que o termo “interpretar” versa sobre os juízos proferidos acerca de um texto, enquanto o conceito de hermenêutica encerra o estudo das possíveis teorias sobre a interpretação e a compreensão. ANDRADE, José Maria Arruda de. Interpretação e aplicação da lei tributária: da consideração econômica da norma tributária à análise econômica do direito. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.).

estabelecem o sentido possível de signos linguísticos dos seus textos, de sua comunicação verbal, suas conversas, seus contratos e suas normas, tudo em uma busca para determinar suas reflexões, reações e comandos; enfim, todo seu comportamento, comportamento esse que, de forma cíclica, é inspirado e norteado pela ideia primeira aqui colocada: a ideia de permanência.

É um imperativo de vida individual e coletiva do indivíduo a interpretação de comandos, textos e signos, procurando extrair os comportamentos pretendidos pelo próprio sujeito ou esperados pelo corpo social. No campo do Direito, como um todo, a atividade do intérprete é inerente ao próprio propósito do texto prescritivo. A apreensão do conteúdo do texto prescritivo informa e instiga os homens há séculos, seja no momento da definição do texto em si (na construção de sua redação), seja no momento de sua aplicação, pelo cidadão, pelo governo ou pelo judiciário. São desafios que escapam a uma sistematização enclausurada em parâmetros rígidos como num algoritmo matemático capaz de, a partir de um determinado texto, derivar a conclusão sobre tal tema²¹. O Direito não encerra um conjunto de comandos descritivos; são comandos prescritivos que têm como pretensão a regulação social²².

As escolas e ensinamentos – na esteira da busca de uma organização da hermenêutica jurídica – se sucederam na tentativa de estabelecer teorias com a pretensão de conduzir a atividade do intérprete, algumas com maior e outras com menor sucesso. Assistimos escolas de índole mais conservadora no sentido do apego gramatical ao texto prescritivo e escolas de pensamento hermenêutico mais dedicadas à busca de valores informativos que influenciam na produção e na aplicação do comando legal. Do concreto ao subjetivo, muitos foram os pensadores jurídicos que se lançaram na árdua tarefa de revelar o sentido possível da linguagem aplicada na norma, buscando, por fim, segurança jurídica.

A construção de critérios absolutos de segurança parece tão necessária quanto, em verdade, romântica. Como preceitua Celso Fernandes Campilongo, “o direito é incapaz de

Interpretação e aplicação da lei tributária. São Paulo: Dialética. Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. 2010. p. 190.

²¹ Há, modernamente, uma incrível profusão de estudos e experiências envolvendo a aplicação da inteligência artificial (normalmente denominada AI – do acrônimo em língua anglo-saxã) na interpretação, por exemplo, de contratos. Sem prejuízo do reconhecimento dos progressos da AI no campo jurídico, ainda somos céticos quanto a, no estado atual, ser possível a plena substituição da ação do intérprete humano por um algoritmo, sistema ou, para usar uma expressão mais recente, robô. Num futuro, próximo ou não, provavelmente essa posição poderá ou deverá ser revista.

²² Sobre os conceitos de direito positivo e ciência do direito, Cf.: CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 5ª ed. São Paulo: Noeses. 2013. p. 180-181.

eliminar essa insegurança ou de garantir comportamentos.” O que deve pretender na realidade o Direito é aumentar a margem de insegurança socialmente suportável.²³ Afinal, o Direito é, como leciona Eros Roberto Grau, percepção da realidade:

“Podemos descrever o Direito de várias formas e desde várias perspectivas. Na verdade, não descrevemos jamais a realidade, porém o nosso modo de ver a realidade. É que a realidade só existe em nosso pensamento. A realidade é o que aparenta ser, para cada um de nós.

[...]

Logo, ao afirmar que podemos descrever o Direito de várias formas e desde várias perspectivas, estamos a dizer que o Direito se manifesta, para nós, de várias formas e desde várias perspectivas. E, também, que não descrevemos o Direito, porém os nossos modos de ver o Direito.”²⁴

Ao fim e ao cabo, parece que a segurança nunca será absoluta, mas poderá encontrar estabilidade no sistema, no uso e manejo de valores, princípios e regras jurídicas para oferecer o melhor sentido possível à norma, apreendendo as características do fato econômico juridicizado, reenquadrando a estrutura negocial/jurídica se houver alguma anormalidade na ação dos atores econômicos, distorcendo a lei em benefício de interesses próprios, sem que isso, contudo, redunde em se imiscuir o intérprete na atividade normativa do legislador, criando preceito jurídico onde não há ou sindicando aquilo que não se insere em seu papel. E nessa atividade, relevante percepção do intérprete é se o texto prescritivo de cunho jurídico está isolado e protegido da influência de outras ciências ou de outro ramo do direito autonomamente considerado. Aqui se insere o debate da interdisciplinaridade e intertextualidade, buscando contribuir para a melhor revelação do texto prescritivo e uma melhor construção da norma jurídica.

A primeira pergunta que se coloca – e aqui o fazemos em caráter provocativo – é: sendo o texto prescritivo obra do poder legislativo, legitimado para a elaboração das leis pelo voto popular, poder que deriva da própria ideia de Estado Democrático de Direito, poderiam outros atores (cidadãos, governantes, julgadores de contas, juízes e demais membros do poder

²³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O direito na sociedade complexa. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. Direito, Conceitos e normas jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 15.

judiciário) dizer o sentido daquilo que foi escrito previamente pelo legislador? Poderiam captar e revelar a sua verdadeira intenção?

Como já antes referenciado, os desafios da interpretação se revelam em suas dificuldades, mas também nos desafios de sua contenção – ou de sua não contenção. A atividade do intérprete, dada a pluralidade de atores nessa seara, acaba por reclamar alguma percepção científica com o estabelecimento de métodos e elementos de direção. E, para o enfrentamento das complexidades da interpretação, notável é a necessidade de identificação dos métodos, limites e recursos de que dispõe o intérprete e, sensivelmente ao tema do presente trabalho, se o Direito se comporta em um compartimento estanque, hermético, ao ponto de se vendar aos primados e conceitos de outras disciplinas, seus ramos (Direito Civil, Penal ou Internacional, por exemplo) e ciências do conhecimento humano.

Esses desafios mostram contornos mais dramáticos quando estamos tratando da atividade do intérprete no assento do poder judiciário; juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores são, diariamente, chamados a interpretar leis e situações de fato, contratos, ajustes de naturezas diversas, sempre tendo em mente o papel de entrega da prestação jurisdicional que, em análise última, busca a pacificação social. Não é papel do judiciário criar conflitos com suas interpretações; ao revés, seu papel é dirimir conflitos. É identificar a melhor compressão da norma como instrumento de controle e estabilização das relações sociais. Em certa medida, essas dificuldades são também hoje enfrentadas pelos julgadores de contas, ministros e conselheiros de Tribunais de Contas que assumiram proeminência cognitiva sobre temas relacionados à atividade fiscal²⁵.

A atividade dos intérpretes encerra a extração da norma jurídica do texto – parte desse texto para então traduzir a norma jurídica, a norma de comportamento. Há aqui uma dupla

²⁵ As inspirações que levaram à instalação do primeiro Tribunal de Contas no Brasil no âmbito da Constituição de 1891, com a feição de corte de contas, apontavam para uma grande preocupação com a fiscalização e acompanhamento da previsão e execução orçamentária. Infelizmente, no regime inaugurado em 1964, notadamente com a Constituição de 1967, as competências do Tribunal de Contas foram reprimidas. Como bem acentua Ricardo Schneider Rodrigues e Lean Antônio Ferreira de Araújo, “a Constituição de 1988 representa o ápice dos Tribunais de Contas em termos de prerrogativas e atribuições, fruto desse ideal de fortalecimento e ampliação do controle, mudando as características que sempre motivaram críticas a essas Cortes no passado.” RODRIGUES, Ricardo Schneider; ARAUJO, Lean Antônio Ferreira de. A uniformização da interpretação da LRF no âmbito dos tribunais de contas: a constitucionalidade da PEC 188/2019 à luz do princípio federativo. In: FIRMO FILHO, Alípio Reis; WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes, RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Responsabilidade na gestão fiscal. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 410.

acepção do fenômeno interpretacional: (a) a interpretação dos juízes; e (b) a interpretação dos demais partícipes das relações sociais (aqui inseridos particulares, gestores públicos e julgadores de contas). Eros Roberto Grau entende que apenas os juízes têm autoridade para a construção de normas jurídicas de decisão – comandos extraídos dentro dos contornos fixados pela lei, destinados a regular um caso concreto específico, impondo condutas, posturas e omissões. E, nesse sentido, os juízes produzem o direito quando completam o trabalho do legislador (ou do autor do texto prescritivo, nos casos em que não estiver sob exame a lei, mas sim um decreto, um regulamento ou equivalente)²⁶, sem prejuízo de reconhecer-se limites, tal como, o princípio da deferência que será aqui discutido.

Essa atividade – em qualquer de suas acepções – se perfaz pelo uso de métodos, quais sejam, o literal, o histórico, o teleológico e o sistemático. Tais métodos de interpretação dos preceitos jurídicos são reconhecidos, como Paulo de Barros Carvalho imputa à doutrina convencional, como de uso sob regime de interveniência, pela via de aplicações sucessivas dos mesmos²⁷. A doutrina clássica, portanto, não enxerga possibilidade de uma hierarquização desses métodos de forma a que um se faça prevalecer sobre outro.

Esse processo de aplicação dos métodos de interpretação pelo regime de interveniência acaba por não ser um processo blindado onde a ideologia do intérprete fica totalmente isolada – sem interferências. Não parece ser razoável a ideia de que elementos culturais, ideológicos e históricos próprios do intérprete e da sociedade não se imiscuem no processo interpretativo; Paulo Ayres Barreto, ao investigar os limites da interpretação, critica as premissas e concepções de Hans Kelsen que crê na necessidade do afastamento ideológico do intérprete, isolando tais influências, sustentando que tal crença, digna de reparos, acaba por reduzir, esvaziar o mister doutrinário. Em verdade, sustenta Paulo Ayres Barreto, que o texto prescritivo a ser interpretado estabelece uma verdadeira moldura onde, dentro dela, o intérprete encontra mais de uma solução possível para o caso concreto, sendo a sua escolha inevitavelmente influenciada pela sua ideologia. Desta feita, interpretar redundaria em organizar estruturas normativas – organizar tais estruturas sistematicamente²⁸. A norma se insere num contexto, num todo que impõe que sua compreensão só é possível se houver a cognição deste todo onde a norma está integrada²⁹.

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 25.

²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 119.

²⁸ BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário – Limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 26.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 19.

A percepção desse sistema está ligada de forma indissociável à ideia de limite da interpretação³⁰.

Esse sistema, onde se insere o texto prescritivo, se pretende harmônico, eis que as normas que o formam se relacionam, como leciona Paulo de Barros Carvalho, segundo um vínculo de unificação, um princípio unificador³¹. É essa unidade que permeia os textos prescritivos que caracterizam o sistema jurídico ou ordenamento jurídico³², sendo a hierarquia e validade axiomas do direito posto, sem os quais esse sistema não existiria, simplesmente ruiria – seria, em verdade, totalmente inoperante³³.

A pergunta que emerge é: seria então esse sistema estático, imune a mutações, como uma forma de proteção de sua unidade? Não parece que a resposta positiva à tal questão seja a mais acertada. Um sistema jurídico tem por pretensão a regulação de um corpo social, corpo esse que se encontra em constante processo evolutivo e, por conseguinte, pressionando o sistema jurídico para que esse responda – mais ou menos efetivamente, mais ou menos rapidamente – às mutações sociais. Assim, conceber um sistema jurídico que seja completamente rígido, sem qualquer possibilidade de mudança, seria conceber algo que perderia, no tempo, sua função. Cairia esse sistema em desuso pelo meio social, entregando tal meio à barbárie de regras aleatórias e casuísticas, pelo que a prevenção desse caos é a permeabilidade do sistema jurídico à influência de fatores internos e externos, coletados em outros ramos do direito ou em outras ciências do conhecimento humano. Como assinala Paulo Ayres Barreto:

“É interessante perceber quais os fatores que influenciam a modificação constante do Direito. Para tanto é necessário reconhecer que o sistema jurídico recebe influências de outras ciências do conhecimento humano como as ciências econômicas, sociais, políticas, entre outras. Por outro giro, como se dá a conversa entre essas ciências e quais as dificuldades

³⁰ BARRETO, Paulo Ayres. *Ibidem*. p. 28.

³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Ibidem*. p. 45, p. 151-153.

³² Assim como assinala Paulo Ayres Barreto, parece-nos, com respeito às posições divergentes, como de Gregorio Robles e Alchorrón e Bulygin, as expressões “sistema jurídico” e “ordenamento jurídico” se mostram mais como sinônimos do que como conceitos diversos, vez que esse caráter de unidade, harmonia encontra-se presente em quaisquer das duas expressões. BARRETO, Paulo Ayres. *Ordenamento e sistemas jurídicos*. CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Construtivismo lógico-semântico*. vol. I. São Paulo: Noeses. 2014. p. 254-255.

³³ BARRETO, Paulo Ayres. *Ordenamento e sistemas jurídicos*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Ibidem*. p. 254.

que se apresentam para proceder as devidas traduções, no esteio das lições de Flusser.”³⁴

Tais nortes interpretacionais são imperativos aos atores dos fenômenos e fatos econômicos-sociais-jurídicos, de forma a que todos os manejem de forma a alcançar a máxima eficiência possível de suas atividades, seja um gestor público ao estabelecer uma política pública, seja um julgador de contas que irá apreciar suas premissas e seus resultados.

Não se cogite, no entanto, de que aqui se amolda algo como um sistema de proibições de interpretar como Ricardo Lobo Torres relata já foi prática comum num descritivo histórico de tempos passados³⁵, mas de compreender a atividade do intérprete inserta em parâmetros conhecidos e públicos, fazendo que mesmo construções de sentido possam ser de certa forma compreendidas pelos destinatários da norma, sem a pecha que assim foi feito numa imposição de poder do príncipe. A interpretação da norma em que se estabelece uma relação entre a administração pública e o administrado, deve ser de tal forma clara a mostrar que o particular não é o vencido, tampouco o Estado, o vencedor. Trata-se de uma relação de equilíbrio definido, em que as partes têm seus papéis, direitos e deveres estabelecidos de forma a que não haja um império de submissão, seja a submissão do interesse privado ao interesse público, ou vice-versa.

A questão fundamental que se apresenta é: nesse conjunto (que busca segurança e proteção), nesse sistema onde o texto prescritivo se conecta, há uma supremacia e blindagem do sistema jurídico quanto a outros ramos do Direito ou outros campos científicos? Apresentam-se aqui a interdisciplinaridade e intertextualidade, sendo, como leciona Paulo Ayres Barreto, citando o magistério de Paulo de Barros Carvalho, a interdisciplinaridade o trânsito entre as diversas áreas do conhecimento humano (Economia, Ciências Sociais, Ciências Políticas, dentre outras) e a intertextualidade que define-se em dois níveis: o estritamente jurídico (ou intertextualidade interna), aquele que se fixa entre os ramos do Direito (civil, penal,

³⁴ Idem. Ibidem. p 258.

³⁵ No direito francês, em 1667, tal proibição era clara, objetiva e só levemente abrandada pela possibilidade de consulta ao Rei, sendo que, em momento posterior, com a Revolução Francesa, criou-se a figura do *référé législatif*, que obrigava os tribunais a consultar o legislativo sempre que se mostrasse necessário interpretar a lei. Podemos ainda pinçar disposições em países como Alemanha, Rússia, Itália e Portugal, sendo oportuna a reflexão sobre a redação contida no preâmbulo da chamada Lei da Boa Razão (1769) do período pombalino português: “[...] que por quanto depois de muitos anos tem sido um dos mais importantes objectos da atenção, e do cuidado de todas as Nações polidas da Europa o de precaverem com sábias providências as interpretações abusivas, que ofendem a Majestade das Leis; desautorizam a reputação dos Magistrados; e tem perplexa a justiça dos Litigantes [...]”. Texto da lei disponível nos Arquivos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_3847.pdf. Acesso em: 11 de nov. 2018.

internacional etc.) e o jurídico em acepção ampla, que se refere às conexões entre disciplinas que têm o direito como objeto, mas apreendidas sob uma ótica externa (tais como a Sociologia Jurídica e a História do Direito, por exemplo)³⁶.

Há um verdadeiro consenso de que a interdisciplinaridade é importante e, de certa maneira, indispensável ao desenvolvimento da ciência, teoria e prática, sendo tal assertiva extremamente válida para as ciências em sentido amplo e, em sentido mais específico, para a ciência do Direito. Reconhece-se na interdisciplinaridade um valor, um elemento de agregação³⁷. É de se registrar, como o fazem Paulo de Barros Carvalho e Alfredo Augusto Becker que a autonomia das disciplinas jurídicas, de qualquer ramo do Direito, é muitas vezes colocada como um problema, mas mostra-se, em verdade, um problema falso³⁸, vez que é inegável o caráter uno e indecomponível da ordenação jurídica o que levaria a conclusão de que a sua cisão, mesmo com fundamentos didáticos, seria a “[...] cisão do incindível, a seção do inseccionável.”³⁹

No entanto, mesmo sendo objeto de consenso, sua aplicação não se mostra livre de conflitos, vez que as conexões e comunicações não podem redundar num enciclopedismo jurídico, onde imperaria uma forte abrangência de conceitos, mas com um superficialismo repreensível; num imperialismo disciplinar, onde se estabeleceria o primado de uma ciência sobre outra; na metadisciplinaridade, onde vige uma metanarrativa impositiva, emanada de um plano supostamente superior, disseminando limites e formas rígidas de intercâmbio entre as áreas do saber. O reconhecimento da interdisciplinaridade e a convicção de sua importância perpassa, necessariamente, pelo seu reconhecimento como um espaço fluído e instável de comutação discursiva, tal como assinalado por Marcelo Neves:

“[...] a interdisciplinaridade não surge para negar a autonomia disciplinar, baseada em necessidades e racionalidades próprias dos respectivos campos do saber, mas sim fortificar-lhe. Entretanto, ao fortalecer a autonomia, busca facilitar a compreensão recíproca dos discursos envolvidos, em princípio herméticos e opacos uns para outros. Pode-se dizer que interdisciplinaridade emerge naquele espaço

³⁶ BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistemas jurídicos. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Ibidem*. p. 262.

³⁷ NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. n. 1. 2003. p. 207.

³⁸ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 32

³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 47.

um tanto instável e fluido em que um discurso disciplinar, embora insistindo na respectiva autonomia, tenta compreender o outro discurso ou se fazer compreensível por ele. Mas isso não é tão simples. Na interdisciplinaridade, a linguagem própria de um campo do saber, por exemplo, a economia, é traduzida na linguagem própria do outro campo, por exemplo, a dogmática jurídica. Tal tradução é feita de acordo com os critérios do campo em que a linguagem advinda do outro campo pretende ter relevância.”⁴⁰

Em vários campos do Direito, a interdisciplinaridade – e também a intertextualidade, permeiam diversos debates, sendo, ao nosso ver, aqueles que envolvem a Economia, o Direito Civil, o Direito Internacional, o Direito Penal e, em especial para o tema aqui proposto, o Direito Econômico e a Economia Política, os mais intensos.

1.3. Diálogo entre Direito e Economia. Economia Política, Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário.

Mesmo em estados em que se professa uma ideologia mais liberal quanto ao seu papel no plano econômico, é sempre presente a preocupação com as garantias do funcionamento de um mercado que seja norteado pela máxima concorrência possível entre seus atores econômicos (no caso dos estados mais liberais, seriam os *atores econômicos privados*), privilegiando a competição que, em linha última, busca garantir melhores ofertas de bens e serviços, sejam quanto suas qualidades, sejam quanto aos seus preços.

A competição num mercado concorrencialmente franco e aberto garante aos destinatários de bens e serviços constantes evoluções e melhoras, sempre com custos compatíveis, que permitem um crescimento do próprio mercado e, por conseguinte, da economia nacional. Desta forma, não se mostra incomum que o Estado moderno crie estruturas normativas e institucionais que buscam garantir a máxima participação privada – com participação estatal em situações e mercados considerados críticos⁴¹ – a livre iniciativa e a

⁴⁰ NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. n. 1. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003. p. 211.

⁴¹ A definição de mercados críticos deriva da concepção de cada Estado. Estados de índole mais liberal certamente terão uma noção bem restritiva de mercados críticos, deixando de atuar diretamente na economia, exercendo um papel mais regulador que empreendedor. Estados com uma índole mais protecionistas acabam tendo uma noção mais larga de mercado crítico, atuando mais diretamente através de empresas estatais e/ou outras estruturas de intervenção. Em tese, o Estado Brasileiro, no regime constitucional de 1988 optou por uma atuação mais discreta, sendo o sentido possível que parece se extrair do artigo 173: “ressalvados os casos previstos na Constituição, a

concorrência, fazendo com que as variáveis sejam cada vez mais estáveis a todos os atores econômicos privados (nacionais ou estrangeiros). Assim, em apertada síntese, certamente injusta para a dimensão dos problemas possíveis, o Direito Econômico – enquanto ramo autônomo do Direito, autonomia essa bem afirmada por Eros Roberto Grau, procura ordenar a atividade econômica, ainda que pela entrega da atuação aos empreendedores privados, atuando o Estado diretamente apenas em hipóteses residuais criando estruturas que garantam a máxima concorrência nesse mercado (com maximização de benefícios), exurgindo daí suas características peculiares e a preocupação com seu interesse constitucional:

“O que o peculiariza como ramo do Direito é, portanto, a sua destinação à instrumentalização, mediante ordenação jurídica, da política econômica do Estado.

Este, também, discrímen que apontei como marcante em sua conceituação: sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macro-jurídica, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal (Elementos de Direito Econômico, cit., p. 31). Quanto à concepção de Geraldo Vidigal, que foi o segundo professor titular da disciplina, no Departamento de Direito Econômico-Financeiro da Faculdade de Direito da USP, desenvolvi exposição crítica no Elementos de Direito Econômico, cit., pp. 32-39”⁴².

A, mais a frente, conclui:

“Eis aí, pois, o Direito Econômico que a Constituição de 1988 refere, no seu art. 24, inciso I, como matéria a respeito da qual compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, concorrentemente, legislar: ramo do Direito que se destina a, como observa Fabio Comparato, “traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado” (grifei).”⁴³

exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

⁴² GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 9ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p 155.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. Ibidem. p 155.

É o Direito Econômico, portanto, o ramo autônomo⁴⁴ do Direito que busca organizar a implementação das medidas da política econômica do Estado⁴⁵, destinada, em análise última, a interagir com o campo econômico de forma a estimular o desenvolvimento. Compartilhamos do entendimento de que o Direito, como preceitua Paulo de Barros Carvalho, aqui já referenciado, é em geral incindível, mas passível de segmentação em ramos para fins acadêmicos⁴⁶, identificando-se uma autonomia, sem que ela redunde em negação e blindagem quanto aos outros ramos, característica que vale ao Direito Econômico, como se extrai da observação de Nelson Nazar quanto a autonomia do Direito Econômico frente ao Direito Administrativo:

“O Direito Econômico é um ramo moderno da ciência do direito, que tem um método próprio. Este visa a conhecer aquilo que lato sensu chama-se de Intervenção do Estado no Domínio Econômico.

A intervenção do Estado no domínio econômico faz com que o Direito Econômico estructure realidades que vão distinguir o “método da sua aplicação” do “método existente para o Direito Administrativo”.

O método do Direito Administrativo é regulado por normas de Direito Público, que regulam, por exemplo, princípios muito bem definidos como o da estrita legalidade. O administrador público só pode atuar se ele estiver de acordo com o comando estabelecido na normatização jurídica ou seja, na hipótese de incidência.”⁴⁷

Eros Roberto Grau vai além e, para mais que um ramo do Direito, preconiza o Direito Econômico como método de análise do Direito⁴⁸. Ramo e método de análise do Direito.

Tal autonomia, no entanto, não redunde, como se tem claramente em mente quanto aos demais ramos do Direito, num isolamento. Pelo contrário, as relações reforçam a autonomia, vez que laboram em prol da coerência sistemática da ciência jurídica. E o principal

⁴⁴ Digno de nota que essa autonomia não é uníssona na doutrina. Nelson Nazar, em sua obra, dá notícia que o Professor Celso Antonio Bandeira de Melo, por vários, compreende o Direito Econômico como vinculado ao Direito Administrativo. NAZAR, Nelson. Direito Econômico. 3ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 46.

⁴⁵ Gilberto Bercovici registra que “a incorporação da política econômica aos textos constitucionais reflete-se também na própria concepção de direito econômico, especialmente as noções elaboradas no segundo pós-guerra. Apenas para limitarmos esta investigação ao caso brasileiro, o fundador da disciplina do direito econômico entre nós, Washington Peluso Albino de Souza, por exemplo, defende a autonomia doutrinária do direito econômico como um “ramo” do direito, cujo objeto é a regulamentação da política econômica e que tem por sujeito o agente que dela participe.” BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico. In: Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico. Ano 1, v. 1. Belo Horizonte: Fórum, mar./ago. 2012. p. 205.

⁴⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 29ª ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2018. p. 47.

⁴⁷ NAZAR, Nelson. Direito econômico. 3ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 46.

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ibidem*. p. 154.

signo de conexão é o conteúdo econômico das suas normas, mesmo que, ao contrário de outros ramos do Direito, como compreende Washington Peluso Albino de Souza, o Direito Econômico versa obrigatoriamente sobre atos e fatos econômicos, mas sob o prisma político-econômico, enquanto tal circunstância não se observa, ao menos sob tal formação, em outros ramos do direito⁴⁹ e demais ciências, podemos acrescentar.

A questão que desafia é identificar os diálogos possíveis e necessários do Direito Econômico com outros ramos da ciência jurídica, bem como outras ciências do conhecimento humano. São relações inegáveis aquelas havidas entre o Direito Econômico, a Economia Política, o Direito Tributário e a Ciência Econômica (seja em seus primados, seus instrumentos de crédito e financeiros). E mais, identificando os diálogos, saber introduzir fatos, interpretações e conhecimentos, mas com reflexão crítica sobre os mesmos e não os absorvendo sem qualquer exame, numa importação e apreensão acrítica direta, como magistralmente pontua Washington Peluso Albino de Souza:

“Em Direito Econômico, uma das tarefas mais importantes é a de identificar as suas “regras”, pois este é o instrumento pelo qual o legislador, o juiz, o operador do Direito, em geral, possam delas se utilizar na missão de atender à realidade da política econômica na vida dos indivíduos e da sociedade.

Por certo, o cientista do Direito conta com um importante auxiliar na identificação do fato econômico e, por isso, no próprio enunciado da regra jurídica que a ele corresponde. Referimo-nos à Ciência Econômica, como vimos ao considerá-la como sua fonte auxiliar. Mas, por se tratar de “regra jurídica”, é possível que se oriente a conduta do sujeito de Direito, tanto para a direção que a Economia tenha indicado quanto para sentido diverso, e até mesmo contrário. Precisamente a aceitação da “explicação” dada pela Ciência Econômica como definitiva, imutável, foi o que conduziu à figura do “tecnocrata”. Diferente deste, o cientista do Direito e o jurista, ao receberem a informação da Ciência Econômica, vão submetê-las a valores jurídicos que coincidam com os reclamos realidade social e da vida dos indivíduos.”⁵⁰

Para Geraldo Vidigal, o Direito Econômico é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse

⁴⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. São Paulo: LTr, 2005. 6ª ed. p. 60.

⁵⁰ Idem. Ibidem. p. 121-122.

social, ressaltando que seu objeto, no entanto, não exaure as relações de mercado, inspiradas nas soluções da autonomia da vontade, que se desenvolvem no plano do Direito Comercial. O Direito Econômico, é orientado teleologicamente pelos ideais de desenvolvimento e bem-estar, nascidos na macro análise da evolução dos mercados, preocupado com a disciplina de variáveis comportamentais e instrumentais⁵¹.

Sob o prisma acadêmico, revela-se no exercício teórico de descrição e compreensão das normas jurídicas que organizam, regulam, induzem e planejam a vida econômica, sendo fortemente marcada pelo contexto histórico de seu surgimento – que perpassa as transformações do sistema capitalista do final do século XIX até a primeira grande guerra⁵². Vale aqui a lição de José Maria Arruda de Andrade:

“O direito econômico ajuda-nos a compreender a organização econômica das nações e a relação entre poder e técnicas jurídicas de política econômica e pode auxiliar na compreensão histórica de como as nações mais desenvolvidas se organizaram e de quais são os desafios e particularidades do caso brasileiro. Trata-se de complemento indispensável à formação jurídica, bem como reforço vacinal relevante contra negacionismos de toda sorte.”⁵³

E nesse espectro o Direito Econômico se impregna por diversos pontos de interseção com a Economia Política, entendida através de seu desenvolvimento durante os séculos XVIII e XIX, onde se buscava compreender as dinâmicas de circulação, troca e consumo de bens, sob um prisma das relações humanas inerentes a essas dinâmicas, não apenas num puro viés de observação histórica, mas tal como sintetizado por Joan Robison e John Eatwell, citados por Antonio José Avelãs Nunes: “tentar compreender como funciona a economia, fazer propostas para sua melhoria e justificar o critério pelos quais as melhorias são julgadas”⁵⁴.

⁵¹ VIDIGAL, Geraldo. Teoria geral do direito econômico. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977. p. 44.

⁵² “Do final do século XIX e, sobretudo, durante as Grandes Guerras Mundiais do século passado, grande será o trabalho de redefinição do papel do Estado (e as teorizações sobre Estado Intervencionista e de Bem-estar Social), da economia (e teorizações marxistas, neoclássicas, institucionalistas, nacionalistas, estruturais latino-americanas) e do direito (além de normas interventivas, com surgimento de teorizações como a do direito econômico, do direito contra a concorrência desleal e os cartéis, dos direitos sociais e trabalhistas e de proteção ao consumidor)”. ANDRADE, José Maria Arruda de. Economização do Direito Concorrencial. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 31-32.

⁵³ ANDRADE, José Maria Arruda de. Pandemia, Política Econômica e Mudanças na Ordem Jurídica. CLARK, Giovanni [et. al.]. Belo Horizonte: RTM, 2022. 2ª ed. A importância do discurso econômico e os excessos do discurso ultraliberal. p. 177.

⁵⁴ NUNES, António José Avelãs, Uma introdução à economia política, São Paulo, Quartier Latin, 2007. p. 49-50.

A Economia Política, enquanto ciência, trata postulados essencialmente econômicos que pressupõem a existência de uma atividade humana com fundo e natureza econômica. É que, como trata Gastaldi:

“O homem não é apenas um animal econômico, guiado por seus instintos e desejos, decorrentes de suas necessidades também naturais e fisiológicas. Ele é também um ser social, vivendo em agrupamentos a trabalharem unidos, em estreita cooperação, consciente ou não, para satisfação das necessidades da sociedade como um todo.

[...]

A Economia Política, no dizer de Porto Carreiro, é o estudo sistemático dos fenômenos econômicos, nas suas causas, na sua natureza e nos seus efeitos, relativos à satisfação das necessidades que exigem os bens naturais. Poderíamos acrescentar: serviços. (...) Vivendo o homem naturalmente em sociedade, a economia subentende uma ação conjunta e organizada para satisfação das necessidades também conjuntas. Esta cooperação, que tem a sua representação máxima no intercâmbio econômico, é o que caracteriza, no dizer de Cobos, o qualificativo de Política, a completar o conceito de ciência econômica.”⁵⁵

Não é a Economia Política uma mera técnica. Suas questões são problemas econômico-políticos, vez que tratam da realidade econômica, que não pode ser apreendida e compreendida senão em estreita conectividade com os elementos sociais, políticos e jurídicos.

Ora, a produção de bens e serviços e a oferta desses ao mercado é a força motriz da economia e, inexoravelmente, da própria sociedade, já que, como leciona J. Petrelli Gestaldi, o ser humano é movimentado por suas necessidades, da busca por coisas úteis que possam o satisfazer⁵⁶, o que nos leva aos movimentos de produção e oferta de bens e serviços. Esses movimentos de produção e oferta se inter-relacionam com emprego, inflação, abundância e escassez⁵⁷. Para alinhar a produção e oferta inúmeras variáveis são consideradas, notadamente aquelas relacionadas aos custos de produção. Uma dessas variáveis da composição de preços

⁵⁵ GASTALDI, J. Petrelli. Elementos de economia política. São Paulo: Saraiva. 15 ed. 1992. p. 3-5.

⁵⁶ GASTALDI, J. Petrelli. Ibidem. p. 83.

⁵⁷ As ciências econômicas têm por objeto de estudo e análise a atividade da sociedade composta pela produção, distribuição e acumulação de bens, identificando métodos que estimulem esses aspectos de forma a equilibrar a acumulação e a escassez. Nesse objeto de estudo, portanto, a identificação dos custos é parte fundamental e, sem dúvida, um desses custos é o tributário. A incidência da carga tributária afeta a composição de custos dos bens produzidos e, por conseguinte, em regra, afeta seu preço, o que pode determinar a decisão quanto a sua aquisição ou não. Inegável, portanto, que a carga tributária é um dos elementos chave do equilíbrio entre acumulação e escassez, entre oferta e demanda.

de bens e serviços é o custo fiscal, o impacto e a influência financeira dos tributos e demais despesas devidas aos governos sobre seus preços e o custo financeiro, que se revela em oportunidades mais ou menos acessíveis de natureza financeiras e creditícias – enquanto custo de capital.

Em outra perspectiva, o Direito Econômico acaba por iluminar o estudo do papel do Estado na implementação de políticas – de maior ou menor intervenção – com o objetivo de desenvolver a economia nacional, promover o desenvolvimento e um maior equilíbrio da renda produzida no país, seja com equilíbrio direto de renda, seja pelo equilíbrio indireto com a entrega de bens e serviços públicos aos mais demandantes. E é, nesse sentido, que não nos parece seja razoável a negativa da interação das normas de Direito Financeiro e Tributário sobre o domínio do Direito Econômico e a Economia – trata-se de um diálogo inevitável e tal negativa só produziria uma visão míope do comportamento do mercado. O manejo das estruturas de Direito Financeiro e Tributário desconsiderando seus impactos no mercado e frente aos objetivos do Direito Econômico tem grave potencial de ruir com a estabilidade desses mercados – afetando o objeto nodal de estudo das Ciências Econômicas.

É, como sustenta Alessandro Octavini e Gilberto Bercovivi:

“[...] o método mais profícuo para entender e direcionar as relações econômicas a partir do direito é o de compreender o direito econômico como um economia política da forma jurídica, ou seja, uma disciplina capaz de, simultaneamente, esclarecer a origem social e teórica dos textos normativos, sua sistematização para a decindibilidade por parte da doutrina e da atuação dos chamados operadores do direito, sua capacidade de diálogo e influência recíprocas em outro campos disciplinas ou sistemas sociais, e quais seriam as possibilidades abertas ou por se abrir de lutas sociais e as formas institucionais possíveis de serem adotadas por esses movimentos.”⁵⁸

Nesse cenário de diálogo entre as disciplinas, se inserem vários aspectos, valendo tomar um dos principais e sensivelmente mais caros: a outorga de benefícios fiscais.

Segundo as Instruções de Procedimentos Contábeis número 16 (IPC-16) editada em 2020 pela Secretaria do Tesouro Nacional, são conceituados como benefícios “as disposições

⁵⁸ OCTAVIANI, Alessandro. BERCOVICI, Gilberto. Direito e subdesenvolvimento. In: OCTAVIANI, Alessandro. Estudos, pareceres e votos de direito econômico. São Paulo: Singular, 2014. p. 76.

preferenciais da legislação que concedem benesses a certos agentes econômicos que não estão disponíveis aos demais”. Reconhece a publicação que existem três espécies de benefícios fiscais: financeiros, tributários e creditícios⁵⁹. Ou seja, o benefício fiscal é, em essência, um privilégio atribuído a um determinado grupo, indivíduo ou indivíduos que não é atribuído a todos; é uma exceção à regra geral de que, no limite de sua capacidade de geração de riqueza, todos devem contribuir para o custeio do Estado.

Obviamente essa exceção é conjugada com uma série de sistemas de controles derivados de princípios constitucionais e legais, todos residentes na seara do direito administrativo e outros, além do direito administrativo, submetidos ao sistema do Direito Financeiro e Tributário. E nesses sistemas de controle normativo da instituição e atribuição de incentivos, encontramos o signo da necessidade de adequada e devida motivação para a criação do privilégio; assim se justifica e se legitima a sua existência jurídica. Se determinado benefício é instituído sem a necessária contrapartida em prol do interesse público, certamente ele está eivado de vício *ab initio* que recomenda a sua imediata revisão.

Ocorre que, mesmo devidamente fundado e justificado, o benefício fiscal produz um desequilíbrio no mercado e na economia – ainda que compensado por vantagens outras – o que aponta para um manejo de extrema cautela, sob pena do Estado, através dele, inclusive desordenar a livre concorrência, por exemplo. Como bem pontua o professor Luis Eduardo Schoueri em prefácio à obra Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional de autoria de Lucas Bevilacqua,

“assim é que, se a redução de desigualdades regionais deve ser buscada, não se admite que se faça por qualquer meio e a qualquer custo. Dentre os diversos fatores a serem ponderados, importa em ter em mente a preservação do pacto federativo, de um lado e, de outro, a garantia do mercado enquanto patrimônio nacional (art. 219 da CRFB).”⁶⁰.

Vê-se, portanto, que a devida motivação da instituição de benefícios não pode ser uma verdadeira panaceia a justificar interferências intensas, brutas e odiosas no sistema.

⁵⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. Instruções de procedimentos contábeis. Brasília, DF. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO_ANEXO:10000. Acesso em: 15 de jan 2022. p. 6.

⁶⁰ SCHOUERI, Luis Eduardo. Prefácio. BEVILACQUA, Lucas. Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional. Série: Doutrina Tributária (IBDT). v. IX. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

O tema dos benefícios fiscais, por óbvio, voltará à luz no presente trabalho, sendo o mesmo enfrentando ao longo dos demais capítulos.

Por fim, não se pode olvidar que os diálogos que sustentamos aqui como necessários também laboram em prol da manutenção de uma isonomia de mercados altamente competitivos e, nesse sentido, a preservação da livre concorrência há de ser um ponto de relevante atenção para o Estado com o objetivo de que sua ação acabe por redundar nos menores desequilíbrios possíveis e, se inevitáveis, que o sejam em prol da consecução de objetivos econômicos, políticos e sociais que não poderia ser atingidos por outra via ou que outra via apresentasse custos muito mais elevados⁶¹.

A concorrência – enquanto noção de instrumento de política públicas – funda-se em visões gramaticais, sistemáticas e teleológicas de nossa ordem econômica como nos ensina Jose Maria de Arruda Andrade. Ela não pode ser vista como uma coisa única, ela é um dos instrumentos para alcançar os objetivos de reforço a livre iniciativa, a defesa do consumidor e do mercado interno e da valorização do trabalho humano, ela é um valioso instrumento sobre o qual se impõem a preservação e proteção⁶².

Ao nosso sentir, os aqui diálogos tratados, como antes dito, representam essencial ferramenta (mas não a única) para a preservação da ordem jurídica enquanto sistema⁶³. A

⁶¹ Não se insere no objetivo central da presente análise os impactos da concessão de benefícios nos mercados correlatos.

⁶² ANDRADE, Jose Maria Arruda de. Economização do direito concorrencial. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 176.

⁶³ Sistema, pode ser sintetizado, como o faz Jose Cretella Junior, como a combinação de elementos articulados para a consecução de um determinado fim. O mesmo autor, citando Castán Tobeñas, define: “Sistema jurídico, é o conjunto de regras e instituições de direito positivo pelas quais se regem determinadas coletividades, sendo seus elementos essenciais uma legislação que serve de vínculo à coletividade que rege e uma certa autonomia, quando menos legislativa”. CRETELLA JUNIOR, Jose. Curso de filosofia do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 215-217. Uma das grandes obras sobre o conceito de sistema e pensamento sistemático é a do professor alemão Claus Wilhelm Canaris. Para o citado professor, “o conceito de sistema jurídico deve-se desenvolver a partir da função do pensamento sistemático. Por isso, todos os conceitos de sistema que não sejam capazes de exprimir a adequação valorativa e a unidade interior da norma jurídica são inutilizáveis ou, pelo menos, de utilização limitada [...] Uma vez determinado o conceito de sistema com referência às ideias de adequação valorativa e unidade interior do Direito, deve-se definir o sistema jurídico como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais.” Canaris não professava um sistema fechado, pelo contrário, reconhecia o sistema jurídico como aberto e móvel. “a abertura do sistema jurídico não contradita a aplicabilidade do pensamento sistemático da Ciência do Direito. Ela partilha a abertura do sistema científico com todas as outras Ciências, pois enquanto no domínio respectivo ainda for possível um progresso de conhecimento, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um projecto transitório. A abertura do sistema objectivo é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objecto, designadamente, da essência do Direito como um fenómeno situado no processo da História e, por isso, mutável.” CANARIS, Claus

estabilidade do ordenamento jurídico depende, dentre outros fatores, da interrelação entre seus diversos ramos e ciências.

1.4. Direito Econômico – Constitucionalização

Inserir-se no núcleo central do campo de investigação do Direito Econômico o estudo do papel do Estado na intervenção da economia. Direito Econômico, na conceituação de um dos grandes contribuintes para sua formulação e evolução, Washington Peluso Albino de Souza, Direito Econômico é:

“[...] o ramo do Direito que tem por objeto a ‘juridicização’, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, se acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do princípio da economicidade.”⁶⁴

Rolf Stober, em sua obra *Direito Administrativo Econômico Geral*, chega mesmo a afirmar que, enquanto disciplina jurídica, o Direito Administrativo Econômico se mostra indispensável quando o Estado assume uma posição de orientação e intervenção nas ações dos sujeitos econômicos. *A contrario sensu*, se o Estado não assume esse papel, a disciplina torna-se totalmente obsoleta.⁶⁵

Não nos parece razoável presumir uma organização democrática sem a presença do Estado. A intervenção do Estado na economia é inevitável e flertar com qualquer argumento que defenda o contrário parece se contrapor a própria ideia de Estado, o que cunharia um anarquismo certamente impensável no mundo moderno. Ou seja, qualquer que seja a teoria, seja liberal ou social, em alguma medida a intervenção do Estado na economia é aceita – o que vai diferir as ordens e opções ideológicas será a forma de intervenção e sua intensidade. Como bem expressa Calixto Salomão Filho:

Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002. pp. 280-281.

⁶⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 6a. ed. São Paulo: LTR. 2005. p. 23.

⁶⁵ STOBER, Rolf. *Direito administrativo econômico geral*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 64.

“Ora o principal desses problemas é ao mesmo tempo óbvio e digno de destaque. A discussão regulação vs. desregulamentação é coisa do passado, dos 80 ou 90 do século passado. O direito do século XXI deve olhar por trás das nomenclaturas de ordem político-ideológica e identificar o que realmente está ocorrendo.

E aí observa-se que a regulamentação está sempre presente. O que diverge é o seu sentido. Ela pode ser no sentido do reforço contínuo das estruturas econômicas estabelecidas ou de sua diluição, ou seja, no sentido da concentração de poder e recursos ou de sua diluição.”⁶⁶

A própria Constituição Federal de 1988 é um texto que proclama como princípio básico do Estado brasileiro a livre iniciativa⁶⁷ e delimita o espaço de intervenção estatal no artigo 173⁶⁸. Mas não podemos nos vendar que, (a) o mesmo dispositivo que enaltece a livre iniciativa, o faz em conjunto com os valores sociais do trabalho; (b) mesmo o artigo 173 não veda a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, a posta em caráter supletivo, desde que presentes imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo; (c) trata-se de constituição que busca harmonizar a livre iniciativa e a liberdade econômica sem intervenção crítica estatal com direitos sociais considerados e construídos como cláusulas pétreas do Estado brasileiro.

E tal intervenção se justifica ante aos ambiciosos objetivos do Estado, principalmente, o desenvolvimento ou superação do subdesenvolvimento. Fabio Goulart Tomkowsi ressalta que:

“[...] o grande desafio para a superação do subdesenvolvimento seria a transformação das estruturas socioeconômicas e institucionais com o intuito de satisfazer as necessidades da sociedade. Além disso, quando se trata de desenvolvimento, faz-se necessário refletir sobre o papel do Estado, o qual poderá alterar as suas bases de sustentação e modificar a orientação do desenvolvimento excludente. É necessário, portanto, que se enfatize o papel de planejamento a ser desempenhado pelo Estado, bem como o papel que deve desempenhar a adoção de políticas

⁶⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica. Princípios e fundamentos jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 309.

⁶⁷ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

⁶⁸ “Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”. Idem. Ibidem.

específicas para o desenvolvimento. Deve, por conseguinte, promover as modificações estruturais fundamentais para que o subdesenvolvimento possa ser superado.”⁶⁹

Mostra-se sem dúvida um desafio, mas não se trata de um desafio novo ou desconhecido, já que essa temperança entre intervenção estatal e liberdade se mostrava sensível aos povos há séculos, valendo aqui cita a Encíclica *Mater et Magistra* do Papa João XXIII, de 1961, que trata do cristianismo e progresso social:

“54. O atual avanço do conhecimento científico e da tecnologia produtiva coloca-o claramente no poder da autoridade pública em muito maior grau do que nunca para reduzir os desequilíbrios que possam existir entre diferentes ramos da economia ou entre diferentes regiões dentro do mesmo país ou mesmo entre os diferentes povos do mundo. Também coloca nas mãos da autoridade pública um meio maior para limitar as flutuações da economia e para proporcionar medidas eficazes para evitar a recorrência do desemprego em massa. Daí as insistentes exigências aos responsáveis - uma vez que são responsáveis pelo bem comum - de aumentar o grau e o alcance das suas atividades na esfera econômica, e de conceber formas e meios e por em marcha a maquinaria necessária para a consecução deste fim.

55. Por mais extensa e abrangente que seja a influência do Estado na economia, ela nunca deve ser exercida ao ponto de privar o cidadão individual da sua liberdade de ação. Deve antes aumentar a sua liberdade, garantindo ao mesmo tempo a proteção efetiva dos seus direitos pessoais essenciais. Entre estes está o direito e o dever do homem de ser o principal responsável pela sua própria manutenção e pela da sua família. Assim, cada sistema económico deve permitir e facilitar o livre desenvolvimento da atividade produtiva.”⁷⁰

⁶⁹ TOMKOWSKI, Fábio Goulart. Constituição econômica e produtividade. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 222.

⁷⁰ Texto em língua inglesa: “54. *The present advance in scientific knowledge and productive technology clearly puts it within the power of the public authority to a much greater degree than ever before to reduce imbalances which may exist between different branches of the economy or between different regions within the same country or even between the different peoples of the world. It also puts into the hands of public authority a greater means for limiting fluctuations in the economy and for providing effective measures to prevent the recurrence of mass unemployment. Hence the insistent demands on those in authority—since they are responsible for the common good—to increase the degree and scope of their activities in the economic sphere, and to devise ways and means and set the necessary machinery in motion for the attainment of this end.* 55. *But however extensive and far-reaching the influence of the State on the economy may be, it must never be exerted to the extent of depriving the individual citizen of his freedom of action. It must rather augment his freedom while effectively guaranteeing the protection of his essential personal rights. Among these is a man's right and duty to be primarily responsible for his own upkeep and that of his family. Hence every economic system must permit and facilitate the free development of productive activity*”. Encíclica *Mater et Magistra*. Papa João XXIII. Maio de 1961. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html. Acesso em: 10 de dez. 2021.

A intervenção do estado, quanto aos seus objetivos, acaba por se definir pelas ações que visam (ou pretendem) a coordenação, regulação, controle, regulamentação, fiscalização, incentivo, planejamento, tudo com o foco no interesse geral da sociedade e assim tratado pela Constituição Federal de 1988, em especial no âmbito do seu artigo 174⁷¹ e ⁷².

A rigidez absoluta da intervenção estatal – ou total ausência dela – não encontra mais espaço na dinâmica economia atual. Como ressalta Mario Luiz Oliveira Costa,

“[...] os regimes extremos, quer do laissez-faire (pleno liberalismo), quer da total interferência do Estado (presença absoluta ou, em termos econômicos, planificação global), não mais se verificam, praticamente, em todo mundo.”⁷³

E qual seriam os limites da intervenção do Estado? Qual o critério de sua mensuração razoável?

Além do indesejável aniquilamento da livre iniciativa – ou mesmo sua excessiva compressão – uma outra grande medida aqui é o limite e a capacidade orçamentária. Sempre nos socorremos ao diagrama conceitual proposto por Aliomar Baleeiro a quem coube, nas primeiras cunhagens de uma teoria geral das Ciências das Finanças, expor que a atividade financeira do Estado se revelava nas ações de captação de recursos privados por meio das receitas originárias e derivadas, com o objetivo fundamental de custear a oferta de bens e

⁷¹ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

⁷² SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 6ª ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 327.

⁷³ COSTA, Mario Luiz Oliveira da. Regulação e autoregulação. NUSDEO, Fabio (coord.). O direito econômico na atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 170.

serviços públicos com o objetivo de atender às necessidades de mesma natureza^{74, 75 e 76}. Assim, parece claro que o tamanho da intervenção do Estado acaba por se pautar – não exclusivamente, mas de forma substancial – pela capacidade orçamentária dessa intervenção. Trata-se do limite orçamentário do possível.

Vendar-se ao fato de que qualquer ação positiva do Estado representa um custo a ser tratado do ponto de vista orçamentário – e por tratado leia-se a necessária correspondência da disponibilidade orçamentária para sua realização – não é, de forma alguma, violar direitos do cidadão ou tirar-lhes a sua real importância; pelo contrário, vendar-se aos limites orçamentários no momento do delineamento das políticas públicas (econômicas e sociais) para o nobre labor do respeito aos direitos do cidadão é negar-lhes efetividade, é destoar-se da realidade, proclamando direitos irrealizáveis⁷⁷. E tal conclusão se torna mais evidente quando se tem em conta que o domínio econômico não é formado de compartimentos estanques facilmente decotáveis, é um intrincado jogo de relações que se mostra contínuo, sendo marcada pelo dinamismo, pela fluidez e interpenetração de seus processos⁷⁸.

Mas há quem discorde do quanto colocado. Dentre muitos, pode-se citar a opinião de Oswaldo Canela Junior que, examinando a chamada teoria da reserva do possível, onde se reconhece a evidência de que o Estado necessita de recursos financeiros para a realização de direitos, conclui que a ausência desses recursos não pode ser a justificativa para a inação, devendo o Estado iniciar uma programação dos elementos de arrecadação e de otimização de

⁷⁴ Ricardo Lobo Torres conceitua atividade financeira como “o conjunto de ações do Estado para a obtenção da receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas. Os fins e objetivos políticos e econômicos do Estado só podem ser financiados pelos ingressos na receita pública. A arrecadação dos tributos – impostos, taxas e contribuições e empréstimos compulsórios – constitui o principal item da receita. Mas também são importantes os ingressos provenientes dos preços públicos, que constituem receita originária por que vinculada à exploração do patrimônio público. Compõem, ainda, a receita pública as multas, as participações nos lucros e dividendos das empresas estatais, em empréstimos etc...”. TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 3.

⁷⁵ Para um cuidadoso estudo da atividade financeira do estado Cf.: BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução a Ciência das Finanças. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 4-8.

⁷⁶ Soares Martinez assim define: “As exigências de satisfação das necessidades económicas de carácter público e de obtenção de meios indispensáveis à respectiva cobertura impõem ao Estado, e às outras entidades públicas, uma actividade económica com características próprias, a actividade financeira. As particularidades específicas desta actividade resultam fundamentalmente da circunstância de as necessidades públicas não implicam uma procura prévia individual e, consequentemente, ao do que acontece com as necessidades privadas, a coberl do seu custo não se situar no plano das livres opções individuais.”. MARTINEZ, Soares. Direito fiscal. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 3.

⁷⁷ GALDINO, Flavio. Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 346.

⁷⁸ FILHO, Alberto Venâncio. A intervenção do domínio econômico. O direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 54.

gastos, aplicando a proporcionalidade na distribuição dos recursos existentes. Conclui que, se o Poder Executivo e o Poder Legislativo não promovem as condutas de adequação, cabe ao Poder Judiciário intervir⁷⁹. Na mesma obra coletiva, no entanto, Cesar Augusto Alckmin Jacob, discordando do quanto postulado por seu colega, afirma que:

“a exceção da reserva do possível, assim, por representar defesa calcada nas reais possibilidades, quer fáticas, quer jurídicas das Administração Pública, desde que devidamente fundamentadas, erige-se como instrumento plenamente legítimo de limitação do controle judicial das políticas públicas.”⁸⁰.

Tem-se, sem dúvida, um desafio entre a implementação de direitos e os limites orçamentários que qualquer Estado, desenvolvido ou não, hoje vive. Vendar-se a esse conflito é, sem dúvida, romantizar a atuação do Estado na economia, flertar com um intervencionismo sem medidas ou limites ou, ainda, com uma completa retirada desse importante partícipe do fluxo da economia nacional.

Um dos mais significativos instrumentos para o enfrentamento que se apresenta é o Direito Econômico vez que é, na lição de Geraldo Vidigal:

“[...] a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social. Seu objeto não exaure as relações de mercado, que, enquanto prevalentemente inspiradas nas soluções da autonomia da vontade, desenvolvem-se no plano do Direito Comercial.

Orientado o Direito Econômico teleologicamente pelos ideais do Desenvolvimento e do Bem-Estar, marcado pelos métodos nascidos na macroanálise da evolução dos mercados, preocupado com a disciplina de variáveis comportamentais e instrumentais, seu objeto reclama consideração minuciosa.”⁸¹

Alessandro Octaviani e Gilberto Bercovici em trabalho elaborado para apresentação no seminário organizado pelo Centro Celso Furtado em 2012 afirmam que:

⁷⁹ CANELA NUNIOR, Oswaldo. O orçamento e a “reserva do possível”. GRINOVER, Ada Pelegrini. WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. São Paulo: Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 232-233.

⁸⁰ JACOB, Carlos Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pelegrini. WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. São Paulo: Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 279.

⁸¹ VIDIGAL, Geraldo. Teoria geral do direito econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 44.

“É evidente a relação entre tal ensinamento e a reflexão de Fábio Konder Comparato em seu influente ensaio “O Indispensável Direito Econômico”, no qual postula que o direito econômico visa a atingir as estruturas do sistema econômico, buscando seu aperfeiçoamento ou sua transformação, sendo que, no caso de países como o Brasil, a tarefa do direito econômico é transformar as estruturas econômicas e sociais, com o objetivo de superar o subdesenvolvimento.

A tarefa constitucionalmente determinada ao Estado brasileiro é (como depreende dos comandos dos artigos 3º, 170 e 219 da Constituição de 1988, ntre tantos outros), portanto, a superação do subdesenvolvimento, da sua condição periférica, ou seja, uma tarefa mais ampla, complexa e transformadora do que as que são geralmente atribuídas ao Estado Social tradicional, estruturado nos países centrais, inspirado no modelo de bem-estar europeu ou nas intervenções keynesianas que visam a manter o nível de emprego na economia.”⁸²

E, nesse cenário de desafios, a constitucionalização do Direito Econômico⁸³ mostra-se um imprescindível movimento para a consecução de objetivos científicos pretendidos e atendimento das demandas da sociedade. Como bem preceitua, mais uma vez, Washington Peluso Albino de Souza:

“O Direito Constitucional ocupa-se da “ordem jurídica” e da “ordem política” de uma nação. Estas, por sua vez, compondose das normas a serem seguidas pelos governos e pelos cidadãos, contêm os princípios básicos da atividade econômica considerada em termos de “direitos” e de “obrigações”. Assim, a “ordem econômica” estará juridicamente definida. As regras jurídicas referentes ao regime político, às formas de Estado, à origem e detenção do Poder, ao exercício e ao limite da liberdade, aos direitos fundamentais do cidadão, constituem objeto do Direito Constitucional.

Ora, em nosso conceito de Direito Econômico afirmamos que seu entendimento parte da “ideologia adotada constitucionalmente”. A partir das normas fundamentais definidas pela Constituição, que tratamos pela ótica do Direito Constitucional, identificamos os

⁸² OCTAVIANI, Alessandro. BERCOVICI, Gilberto. Direito e subdesenvolvimento. In: OCTAVIANI, Alessandro. Estudos, pareceres e votos de direito econômico. São Paulo: Singular, 2014. p. 81.

⁸³ Como bem assenta Luis Roberto Barroso, a constitucionalização expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo.: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010. 2ª ed. p. 393. Trata-se de uma respeitável visão a partir do prisma da Constituição que, ao nosso ver, pode ser compreendida dentro do contexto ressaltado por Fabio Nusdeo de que a incorporação da ordem econômica nas constituições teve como escopo básico assegurar a viabilidade jurídica de um novo sistema econômico que pretendeu e pretende realizar uma síntese entre a tese liberal individualista e a antítese coletivista centralizadora. NUSDEO, Fabio (coord.). Ibidem. p. 43-44.

princípios ideológicos nela inseridos, daí partindo para a elaboração das normas de Direito Econômico, especialmente na sua aplicação como Direito Positivo.

[...]

Temos, a partir daí, a normatização jurídica da política econômica, levando à concretização daqueles princípios.

De tal significado é essa relação que a presença da temática econômico nos textos constitucionais passou a ser tratada como “Constituição Econômica”⁸⁴.

A expressão “*ordem econômica*” – já há muito usada em nossas constituições⁸⁵ e repetida na Constituição de 1988 – passa a ser relevantemente adotada de forma jurídica com a Constituição de Weimar de 1919. Tal carta se mostrava como a juridicização de um pacto social com a salvaguarda de diversos direitos políticos sociais e econômicos, sendo uma carta tipicamente burguesa em contraponto à constituições monárquicas europeias características do século XIX⁸⁶. Tal expressão compreende o ser empírico de uma determinada economia concreta, o conjunto de normas sobre o comportamento de sujeitos econômicos e o conjunto de normas jurídicas da economia, podendo ser entendida como uma parcela da ordem jurídica⁸⁷. Eros Roberto Grau, tecendo importante lição quanto a ambiguidade da expressão – e alinhando a essa situação as expressões ordem pública, ordem privada e ordem social – reporta a concepção de Max Weber no sentido de que a ordem jurídica opera no plano do *dever-ser* e a

⁸⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Ibidem*. p. 61-62.

⁸⁵ A primeira constituição brasileira a fazer uso específico da expressão foi a de 1934 que trazia um título denominado “da ordem econômica e social”. O artigo 115 dispunha que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”. No regime constitucional que se seguiu, de 1937, encontramos o artigo 135 que assim dispõe: Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”. Em 1946, o artigo 145 estabelecia: “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.”. Já o texto de 1967 se amolda numa perspectiva de enumeração, em cinco incisos, dos princípios gerais da ordem econômica, quais sejam: livre iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico e repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado por domínios de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

⁸⁶ NAZAR, Nelson. *Direito Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 64.

⁸⁷ *Idem*. *Ibidem*. p. 65.

ordem econômica no plano dos acontecimentos reais (do *ser*)⁸⁸. Chega mesma a afirmar e ressaltar:

“Penso ter suficientemente demonstrado, nos itens 31 e 32, não apenas a inutilidade do(s) conceito(s) de ordem econômica, mas também a perniciosidade do uso da expressão “ordem econômica” no plano da metalinguagem que é a linguagem do Direito.

Ainda que assim seja, o uso da expressão é reiterado (isso devendo ser creditado a um misonéismo) e de tal sorte que, embora bem preciso o objeto da minha consideração neste ensaio, dela também lanço mão. Faço-o, contudo, sob as ressalvas apontadas anteriormente,

Por isso mesmo é que de imediato se impõe explicitarmos quais as matérias que se devem ter como reunidas – como as tenho reunidas – sob a alusão a uma ordem econômica (constitucional) material. No caso, sob alusão à ordem econômica na Constituição de 1988.”⁸⁹

Feitas tais considerações, é inegável que a ordem econômica (enquanto realidade – *ser*) penetrou de forma irrevogável no ordenamento jurídico e, principalmente, dada a sua relevância em razão de seus contornos e raízes históricas, no ordenamento constitucional, auxiliando e fundando a construção de um Direito Econômico e, com mais foco, um Direito Econômico Constitucional.

A questão fundamental, nos parece, a percepção sobre a compreensão do papel da Constituição Econômica no âmbito desse Direito Econômico Constitucional. Vital Moreira preceitua que: “a característica mais notável das constituições econômicas contemporâneas é o facto de incluírem em geral grande número de disposições destinadas a informarem a política econômica, isto é, conterem uma ordem económica programática”⁹⁰. Em sua obra discute e defende a posição que a constituição econômica diretiva, como ele mesmo cunha, não pode ser objeto de franca oposição que pretenda abolir completamente seus preceitos do texto constitucional; tampouco pode ser justificativa para a inserção de um verdadeiro arcabouço de amarras à política econômica. Há de haver uma calibragem que permita um equilíbrio ótimo, enxergando-se sua necessidade e reconhecendo seus limites com foco no ambiente econômico, como leciona:

⁸⁸ GRAU, Eros. *Ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2018. 19ª ed. pp. 58-64.

⁸⁹ *Idem*. *Ibidem*. p. 169.

⁹⁰ MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. Coimbra: Coimbra Editora. 2ª ed, 1979. p. 123.

“Entretanto, o precedente não pretende significar que não existem limites à constitucionalização do económico, que a constituição não tenha de abster-se de certas pretensões no domínio da constituição económica directiva. Mas não se trata já do mesmo problema. Já não é o problema dos limites à recepção da constituição económica pela constituição escrita, mas sim dos limites à própria constitucionalização material da economia. Trata-se pois de um problema anterior: á certas matérias que não podem dar entrada na constituição económica formal porque não podem fazer parte da constituição económica material; ao invés, tudo aquilo que integra esta pode ser traduzido daquela.

Os limites da constituição económica são de duas ordens: por um lado, limites materiais externos, por outro lado, limites internos à própria constituição económica.”⁹¹.

Pode-se reconhecer como limites materiais externos aqueles próprios da natureza das coisas na economia – tal como redefinir, por exemplo, a precificação máxima e/ou mínima de determinados ativos em mercado aberto. Os limites internos residem nos próprios princípios constitucionais, tais como a livre iniciativa, soberania e desenvolvimento.

A apreensão dos princípios e valores do Direito Económico perpassa, fundamentalmente, pela apreensão da abordagem do Direito Económico Constitucional, assim entendido como o enfrentamento das normas jurídicas inseridas no texto constitucional que tratam da política económica da nação⁹². Não se limita a ela, posto que não pode se vender a um rol de grande relevância de outros normativos infraconstitucionais, mas ali encontra seu fundamento primaz, notadamente na construção dos direcionamentos teóricos do texto constitucional.

Mais ainda, esses princípios e valores do Direito Económico Constitucional dialogam com outras tantas enumerações principiológicas de natureza constitucional – mais ou menos próximas – tais como soberania⁹³ e cidadania⁹⁴, a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária⁹⁵, garantir o desenvolvimento nacional⁹⁶, erradicar a pobreza com a diminuição de

⁹¹ MOREIRA, Vital. Economia e constituição. Coimbra: Coimbra Editora. 2ª ed, 1979. p. 125-126.

⁹² BAGNOLI, Vicente. Direito económico. São Paulo: Atlas, 2006. p. 32.

⁹³ Artigo 1º, inciso I da Constituição Federal. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

⁹⁴ Artigo 1º, inciso II da Constituição Federal. Idem. Ibidem.

⁹⁵ Artigo 3º, inciso I da Constituição Federal. Idem. Ibidem.

⁹⁶ Artigo 3º, inciso II da Constituição Federal. Idem. Ibidem.

desigualdades sociais e regionais⁹⁷ com a elaboração pela União de planos com tal escopo⁹⁸, podendo valer-se de articulação por complexos geoeconômicos e sociais⁹⁹, promover o bem de todos¹⁰⁰, estimular o desenvolvimento científico, a pesquisa, capacitação científica, tecnologia e inovação¹⁰¹.

Aqui se insere com relevante papel a interpretação da Constituição Econômica. Como antes dito, nenhum método de interpretação, isoladamente considerado, conduz a um resultado plenamente satisfatório e, portanto, é imperioso que o intérprete da Constituição Econômica tenha em mente que para o atingimento do melhor resultado, não pode se vendar a um manejo interrelacionado de princípios próprios desse microssistema, nem tampouco vendar-se a aspectos próprios do fato econômico, como bel ressalta Washington Peluso Albino de Souza:

“Essa preocupação com a interpretação sistêmica conduz ao reconhecimento da sua importância, ao tratarmos da Constituição Econômica.

Assim, segue-se a linha de que não se pode interpretar um dos dispositivos sem incluí-lo na visão do conjunto. Daí decorre o destaque que demos à sistemática seguida pelo legislador constituinte brasileiro de 1988, dedicando o Capítulo I “Dos Princípios da Atividade Econômica” (Tít. VII “Da Ordem Econômica e Financeira”), como introdutório referencial da interpretação dos demais dispositivos.

O que nos parece importante, no caso, é não cairmos num voluntarismo do tipo corrente, com ilimitado arbítrio dado ao juiz. Pelo contrário, os “fundamentos” que a Constituição Econômica apresenta não permitem que se extrapole o campo determinado da política econômica, que a interpretação deve ocupar.

Dessa forma, o intérprete penetrará o “conteúdo da norma”, para melhor e mais seguro entendimento, aplicando o “Método Analítico Substancial”. Este lhe oferece dados mais consistentes do que poderia encontrar nos métodos subjetivistas.

A afirmativa científica já é elaborada “valoradamente”, não permitindo tratar-se de recurso puramente objetivo, pois se prende a uma “realidade” explicada por uma ciência que trata do fato econômico, na sua própria natureza, e político-econômico, na versão em que se nos apresenta.

⁹⁷ Artigo 3º, inciso III da Constituição Federal. Idem. Ibidem.

⁹⁸ Artigo 21, inciso IX da Constituição Federal. Idem. Ibidem.

⁹⁹ Art. 43 da Constituição Federal. Idem. Ibidem.

¹⁰⁰ Art. 3º, inciso IV da Constituição Federal. Idem. Ibidem.

¹⁰¹ Art. 218 da Constituição Federal. Idem. Ibidem.

A partir dessa absorção, o intérprete aplicará o “princípio da economicidade” para enquadrá-lo na visão de conjunto, considerando os “fundamentos” e os “princípios”, e limitando-se aos parâmetros constitucionais.

Chegará, dessa forma, à correta interpretação do Direito que se configurou na ideologia constitucionalmente adotada.”¹⁰²

Assim, soberania e cidadania, a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, a busca da garantia do desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza com a diminuição de desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, estimular o desenvolvimento científico, a pesquisa, capacitação científica, tecnologia e inovação, são todos importantes vetores que precisam ser trabalhados, enfrentados e encarados um a um pelo bem maior da sociedade brasileira, o que, ao fim e ao cabo, é o que pretende a Constituição. No entanto, a tarefa não é simples, não apenas pela diversidade de interesses econômico-político-sociais aqui envolvidos, mas também pelos desafios fiscais do estado brasileiro no que diz respeito ao seu endividamento, suas contas públicas e sua estabilidade econômica, de certo também importantes nortes que apontam para um equilíbrio que é uma relevante variável para o atingimento do bem comum da sociedade.

Toda essa construção de princípios e o respeito ao seu conteúdo axiológico, no ordenamento como um todo, mas aqui em especial no âmbito da Constituição Econômica, labora em prol da construção de bases mais sólidas que permitem que a sociedade como um todo consiga extrair a pretendida segurança jurídica e econômica principalmente pela presença de importantes signos como o da calculabilidade e previsibilidade. De uma forma geral, calculabilidade e a previsibilidade são elementos de segurança jurídica, como leciona Eros Roberto Grau:

“Sem a calculabilidade e a previsibilidade instaladas pelo Direito Moderno o mercado não poderia existir.

São clássicas as considerações de Weber: as exigências de calculabilidade e confiança no funcionamento da ordem jurídica e na administração constituem exigência vital do capitalismo racional, o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve poder contar com estabilidade, segurança e objetividade no

¹⁰² SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 6ª ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 234-235.

funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e, em princípio, previsível das leis e da administração.”¹⁰³

Da lição acima podemos derivar duas dimensões importantes: (a) a dimensão da *ratio* privada, onde os conceitos de calculabilidade e previsibilidade são extraídos das relações jurídico-privadas (contratuais, societárias dentre outras), não só de suas regras normativas, mas também de sua aplicação; (b) a dimensão da *ratio* pública, onde os conceitos de calculabilidade e previsibilidade são extraídos das relações de direito público e dos atos de governo, notadamente o cumprimento das regras a ele aplicadas, a estabilidade econômica e social e a criação e condução harmônica de políticas públicas. As duas dimensões revelam inegável importância, vez que delas dependem a estabilidade dos mercados e a estabilidade social, elementos fundamentais para o desenvolvimento da sociedade, não só em termos econômico-financeiros, mas em termos de desenvolvimento humano como um todo (cultural, político, educacional, dentre outros espectros), facilitando o acesso do investimento do capital e do investimento do trabalho.

Mostra-se essencial que o ordenamento jurídico compreenda e apreenda os sistemas de calculabilidade e previsibilidade de políticas econômicas e sociais e como as características desses sistemas devem ser absorvidas num regime em que ao mesmo tempo que se busca a inovação e desenvolvimento de novas políticas públicas, tem-se como mandamento a proteção e estabilidade econômica do patrimônio público e o equilíbrio fiscal, tudo sem prejuízo do necessário estímulo ao desenvolvimento da Nação.

¹⁰³ GRAU, Eros Roberto. *Ibidem.* p. 29-30.

2. Regime Jurídico Brasileiro do Capital Estrangeiro

2.1. O histórico brasileiro e a construção do conceito de capital estrangeiro

Traçar um histórico do tratamento dado ao capital de origem estrangeira¹⁰⁴ pela legislação brasileira reclama a compreensão dos ciclos econômicos brasileiros e as necessidades e dores de cada época. As relações internacionais têm raízes na própria colônia e o papel do Brasil de provedor de produtos primários, o que sem dúvida sempre gerou imenso interesse de nações outras que não só Portugal.

Celso Furtado, em sua tradicional obra *Formação Econômica do Brasil*, assevera que há indícios de financiamento da instalação de engenhos de produção de açúcar pelos Países Baixos desde o período colonial, na segunda metade do século XVI¹⁰⁵. Estima que o capital investido naquele momento poderia chegar a um milhão e oitocentas mil libras esterlinas, sendo esse capital aplicado basicamente na importação de equipamentos¹⁰⁶.

Até mesmo no momento de ruptura com Portugal e a instalação efetiva do Brasil enquanto país independente contou com forte apoio do Reino Unido, movido pelos seus interesses políticos e econômicos¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Nas primeiras linhas desse histórico, estamos adotando a expressão “capital de origem estrangeira” de forma proposital para evidenciar um conceito genérico geográfico em contraposto ao conceito jurídico que será abordado mais adiante, principalmente quanto ao conceito de investimento estrangeiro direto.

¹⁰⁵ FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras. 34ª ed. 2007. p. 34.

¹⁰⁶ Idem. *Ibidem*. p.78.

¹⁰⁷ O primeiro país a reconhecer a independência do Brasil foi os Estados Unidos em grande medida pela influência e aplicação da chamada Doutrina Monroe (Presidente James Monroe – 1823) que professava a frase “A América para os americanos”, doutrina essa que, mesmo com um discurso de valorização dos continentes americanos, tinha por alvo a diminuição da influência inglesa no mundo. A Inglaterra já possuía, desde 1810, tratados com Portugal de livre comércio, livre navegação, cooperação política e econômica, os chamados Tratados de Aliança, Comércio e Amizade; assim, a posição da Inglaterra, desejosa de ter influência no novo mundo, mas sem ruir as relações com os europeus, passou a ser de mediação entre o novo Reino do Brasil e o Reino português. Em 1825, com grande papel desempenhado por George Canning, foi assinado por Portugal o acordo de reconhecimento da independência do Brasil. Para tanto, o Brasil assumiu uma dívida que Portugal possuía com a Inglaterra da ordem de 2 milhões de libras esterlinas – hoje algo em torno de trezentos milhões de dólares estadunidenses. Nascia um Brasil já endividado e com um papel de provedor de produtos primários, num mundo que, já há algumas décadas, experimentava os efeitos da revolução industrial (1760). Vale referência ao excelente artigo de Daniel Valle Ribeiro, publicado na *Revista de Estudos Ibero-Americanos*. VALLE RIBEIRO, Daniel. (1978). A mediação inglesa no reconhecimento da independência do Brasil. *Estudos Ibero-Americanos*, v. 4, n. 1, 1978. p. 09–80. Disponível em: <https://doi.org/10.15448/1980-864X.1978.1.30851>. Acesso em: 10 de jun. 2023.

Essa economia inicial de produtos primários e subsequente transformação demonstra um aspecto relevante para nosso exame: o fluxo de capitais de países estrangeiros para o Brasil e do Brasil para o estrangeiro.

Tanto numa economia de exportação quanto numa economia sedenta por progresso de consumo e produção¹⁰⁸, o ingresso de capitais originados em países estrangeiros se faz mais que presente. Ele se mostra necessário seja como elemento de financiamento da produção destinada à exportação, seja como investimento destinado à industrialização nacional – ou, em sentido mais amplo, para a produção nacional de bens e, também, para a oferta de serviços. E esse segundo aspecto se apresenta com mais intensidade no pós-crise de 1929, momento em que a demanda externa se retraiu de forma intensa, deslocando o centro de dinâmica econômica¹⁰⁹.

A participação do capital de origem estrangeira no processo de crescimento entre a década de trinta até o início da segunda metade da década de cinquenta ainda foi inferior à participação do capital nacional privado e a do capital estatal¹¹⁰, fato que justifica o tímido cenário de atenção regulatória quanto ao tema da influência e operacionalização dos capitais estrangeiros no Brasil – sem que esse tímido cenário de atenção possa ser interpretado como um cenário de negligência do tema, como se verá mais adiante. Essa preocupação normativa primeiro flertou apenas com a questão mais geral dos fluxos cambiais, preocupação essa que restou revelada na adoção de controles cambiais promovidos pelo Governo Vargas em 1931 com a publicação do Decreto 20.451¹¹¹, de setembro de 1931, que reservava ao Banco do Brasil a exclusividade de transações envolvendo compra de moeda estrangeira (ingresso de capitais externos), cabendo ao banco estatal a distribuição das reservas adquiridas para outros bancos, de forma a atender às necessidades do governo federal e à importação de mercadorias.

¹⁰⁸ Como relata Caio Prado Junior, “É por intermédio do sistema imperialista que o Brasil se integrará, de forma completa, ao mundo e ao ritmo de vida modernos. Esse foi, sem dúvida, o resultado máximo, no Brasil, da penetração do capital financeiro internacional e do imperialismo dela resultante. É nesse momento que se verificará plenamente a exiguidade da base econômica em que se assentava a vida brasileira. Tornara-se patente a incompatibilidade substancial entre no novo ritmo de existência e progresso material atingido pelo país, e sua modesta categoria de mero produtor de um punhado de matérias-primas destinadas ao comércio internacional. Sobre essa base estreita não era possível manter uma estrutura econômica e social imposta pelas novas condições do mundo de que o Brasil passara plenamente a participar.” PRADO JUNIOR, Caio. *Histórica econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense. 2008 (reimpressão). p. 287.

¹⁰⁹ FURTADO, Celso. *Ibidem*. p. 274-285.

¹¹⁰ CURADO, Marcelo; CRUZ, Marcio José Vargas da. Investimento direto externo e industrialização no Brasil. In: *Revista de Economia Contemporânea*. v. 12, n. 3, set./dez. 2008. p. 415-416.

¹¹¹ BRASIL. Decreto 20.451 de 28 de setembro de 1931. Estabelece normas para as vendas de letras de exportação ou de valores transferidos do estrangeiro. Rio de Janeiro, DF: Coleção de Leis do Brasil, 1931.

Em 1933, em razão de uma queda na cotação internacional do café, edita-se o Decreto 23.258¹¹², do mês de outubro daquele ano, que se apresenta como norma de regulação do mercado de fluxos de capitais estrangeiros para o Brasil e saída de divisas nacionais, estabelecendo regras de participação de instituições autorizadas a transações de compra e venda de moeda estrangeira, impede a exportação de ouro, prata e outros metais, fixa penalidade para o aumento artificial do preço de mercadorias importadas, e, principalmente, a imposição de necessidade de cobertura cambial para exportações, ou seja, a imposição da necessidade do fluxo efetivo para o exterior de divisas para o pagamento das mercadorias exportadas. Interessante notar que tal decreto fora revogado apenas em 1991 e, depois, teve essa revogação tornada sem efeito em 1998¹¹³, ainda possuindo dispositivos em vigor, tais como seus artigos 3º e do 5º ao 9º, em suas redações originais – como é o caso dos artigos 5º, 7º a 9º – e com outras alterações promovidas em 2006¹¹⁴, 2017¹¹⁵ e 2021¹¹⁶.

¹¹² Idem. Decreto 23.258 de 19 de outubro de 1933. Dispõe sobre as operações de câmbio, e dá outras providências. Rio de Janeiro, DF: Coleção de Leis do Brasil, 1933.

¹¹³ Idem. Decreto de 14 de maio de 1998. Reconhece a nulidade do ato que menciona. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1998.

¹¹⁴ Idem. Medida Provisória 315 de 3 de agosto de 2006. Lei (convertida) 11.371 de 28 de novembro de 2006. Dispõe sobre operações de câmbio, sobre registro de capitais estrangeiros, sobre o pagamento em lojas francas localizadas em zona primária de porto ou aeroporto, sobre a tributação do arrendamento mercantil de aeronaves, sobre a novação dos contratos celebrados nos termos do § 1º do art. 26 da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, altera o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, o Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, e revoga dispositivo da Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006.

¹¹⁵ Idem. Medida Provisória 784 de 7 de junho de 2017. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, altera a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, a Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, a Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, a Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, a Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, o Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946 e a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2017. Essa medida provisória teve sua vigência encerrada em 19 de outubro de 2017, reconhecida por ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional. BRASIL. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional 56 de 20 de outubro de 2017. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2017.

¹¹⁶ Idem. Lei 14.286 de 29 de dezembro de 2021. Dispõe sobre o mercado de câmbio brasileiro, o capital brasileiro no exterior, o capital estrangeiro no País e a prestação de informações ao Banco Central do Brasil; altera as Leis nºs 4.131, de 3 de setembro de 1962, 4.728, de 14 de julho de 1965, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, e 11.371, de 28 de novembro de 2006, e o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933; e revoga as Leis nºs 156, de 27 de novembro de 1947, 1.383, de 13 de junho de 1951, 1.807, de 7 de janeiro de 1953, 2.145, de 29 de dezembro de 1953, 2.698, de 27 de dezembro de 1955, 4.390, de 29 de agosto de 1964, 5.331, de 11 de outubro de 1967, 9.813, de 23 de agosto de 1999, e 13.017, de 21 de julho de 2014, os Decretos-Leis nºs 1.201, de 8 de abril de 1939, 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, 9.602, de 16 de agosto de 1946, 9.863, de 13 de setembro de 1946, e 857, de 11 de setembro de 1969, a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, e dispositivos das Leis nºs 4.182, de 13 de novembro de 1920, 3.244, de 14 de agosto de 1957, 4.595, de 31 de dezembro de 1964, 5.409, de 9 de abril de 1968, 6.099, de 12 de setembro de 1974, 7.738, de 9 de março de 1989, 8.021, de 12 de abril de 1990, 8.880, de 27 de maio de 1994, 9.069, de 29 de junho de 1995, 9.529, de 10 de dezembro de 1997, 11.803, de 5 de novembro de 2008, 12.865, de 9 de outubro de 2013, 13.292, de 31 de maio de 2016, e 13.506, de 13 de novembro de 2017, e dos Decretos-Leis nºs 2.440, de 23 de julho de 1940, 1.060, de

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e uma crença comum no sucesso da economia estadunidense, uma linha de condução liberal no tratamento do fluxo de capitais externos já era esperada. Nessa linha de condução, em 1945 foi criada a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC)¹¹⁷, órgão com competência para regular o mercado monetário, na condição de autoridade monetária, bem como organizar a futura criação de um banco central no Brasil, o que vem a acontecer somente em 1964 com a publicação da Lei 4.595¹¹⁸, de dezembro daquele ano. Numa leve toada mais liberal, foram editados decretos como o de número 9.025, de fevereiro de 1946, que assegurava a liberdade de transações cambiais e autorizava a redução da participação obrigatória do Banco do Brasil nas transações de exportação, participação obrigatória que é extinta em 1946¹¹⁹.

O Decreto 9.025/46, sem fazer qualquer distinção entre a natureza do capital estrangeiro – se destinado à investimento ou crédito – inaugura uma importante marca do regulamento de capitais estrangeiros que ingressam no país, qual seja, a obrigatoriedade do seu registro, imposição que, com sucessivas alterações (mormente quanto a métodos e forma), persiste até os dias presentes¹²⁰. Se por um lado trazia à luz elementos de informação e regulação dos ingressos de capital, por outro lado, impunha o registro como condição e parâmetro para a imposição de limites para o retorno desses capitais¹²¹, limites percentuais que permaneceram hígidos até quando passaram a poder ser (ainda no mesmo ano) excepcionados ou reduzidos pela SUMOC¹²², sendo que vêm a ser revogados em definitivo pela Lei 1.807 de

21 de outubro de 1969, 1.986, de 28 de dezembro de 1982, e 2.285, de 23 de julho de 1986. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021.

¹¹⁷ Idem. Decreto 7.293 de 2 de fevereiro de 1945. Cria a Superintendência da Moeda e do Crédito, e dá outras providências. Rio de Janeiro, DF: Coleção das Leis Brasileiras, 1945.

¹¹⁸ Idem. Lei 4.595 de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1965.

¹¹⁹ Idem. Instrução 17 da Superintendência da Moeda e do Crédito de 20 de julho de 1946. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/acessoinformacao/instrucoesumoc/SUMOCINST17-instrucao017.pdf>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

¹²⁰ Atualmente, a obrigatoriedade do registro do capital estrangeiro encontra assento normativo na Lei 14.286 de 29 de dezembro de 2021 e Resoluções do Banco Central do Brasil 277, 278 e 281, todas de 31 de dezembro de 2022.

¹²¹ Art. 6º É assegurado o direito de retorno ao capital estrangeiro previamente registrado na Carteira de Câmbio do Banco do Brasil S.A., desde que a parcela anual de transferência não exceda de 20% do capital registrado. Art. 7º Aplicar-se-ão as disposições deste Decreto-lei, observados os prazos e condições nele estabelecidos, ao capital estrangeiro já colocado no País, mas desde a data do respectivo registro. Art. 8º A remessa de juros, lucros e dividendos não ultrapassará de 8% (oito por cento) do valor do capital registrado, considerando-se transferência de capital o que exceder essa percentagem e vigorando para esse fim os prazos previstos neste Decreto-lei. Idem. Decreto 9.025 de 27 de fevereiro de 1946. Dispõe sobre as operações de câmbio, regulamenta o retorno de capitais estrangeiros e dá outras providências. Rio de Janeiro, DF: Diário Oficial da União, 1946.

¹²² Idem. Decreto-lei 9.602 de 16 de agosto de 1946. Dispõe sobre operações de câmbio e dá outras providências. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1946.

de 7 de janeiro de 1953, conhecida como Lei do Mercado Livre¹²³. O registro é uma importante ferramenta; se em épocas passadas mais voltados a um sistema de controle, atualmente está voltado à perspectiva estatística, avaliação permanente de seus estoques, portanto, um importante instrumento de gestão de política econômica e relacionamento do Brasil com o mercado internacional¹²⁴.

Aquele período, no entanto, se mostrou como um período de sinais complexos e confusos. Se por um lado havia se iniciado um movimento de certa liberação de amarras anteriores, por outro lado, em razão de diversos desafios da economia nacional e de gerenciamento das reservas monetárias, foram construídas medidas de controle tais como a criação da CEXIM¹²⁵ e posteriormente a CACEX¹²⁶, bem como a criação da CIFER¹²⁷, comissão essa última responsável pelo estudo de propostas para implantação de fábricas no Brasil, o que se mostrava em linha com a pretensão de identificação dos interesses nacionais quanto ao capital estrangeiro entrante no Brasil, em especial investimentos estrangeiros diretos, conceito que nos debruçaremos mais à frente.

Em janeiro de 1955 a SUMOC edita a Instrução 113 que em seu preâmbulo deixa claro que a norma parte da “necessidade de simplificar a regulação sobre o licenciamento de importações que independam de cobertura cambial, bem como as vantagens de criação de um clima favorável para os investimentos de capitais estrangeiros no País” regulando, em seu bojo, além da possibilidade de CACEX emitir licenças de importação de bens sem cobertura cambial, sem qualquer requisito de essencialidade e seletividade, a possibilidade de autorização de financiamentos no exterior para a importação de equipamentos. Essa disposição permitia que o pagamento da importação fosse feito com a conferência de quotas ou ações de empresas

¹²³ Idem. Lei .1807 de 7 de janeiro de 1953. Dispõe sobre operações de câmbio e dá outras providências. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1953.

¹²⁴ SIQUEIRA, Geral Magela. Cambio e capitais internacionais: o relacionamento financeiro do Brasil com o exterior. São Paulo: Aduaneiras, 2016. p. 287-288.

¹²⁵ Em maio de 1941 é criada no Banco do Brasil uma estrutura que apresenta certos contornos do que chamaríamos hoje de uma agência de regulação do comércio exterior, denominada Carteira de Exportação e Importação (CEXIM). BRASIL. Decreto 3.293 de 21 de maio de 1941. Rio de Janeiro, DF: Diário Oficial da União, 1941.

¹²⁶ Depois de diversos escândalos, a CEXIM é extinta e substituída pela Carteira de Comércio Exterior (CACEX). Idem. Lei 2.145 de 29 de dezembro de 1953. Cria a carteira de comércio exterior. Dispõe sobre o intercâmbio comercial com o exterior e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1953.

¹²⁷ A Comissão de Investimentos e Financiamentos Estrangeiros Registráveis – CIFER foi criada pelo Conselho da SUMOC para auxiliar na análise de investimentos e financiamentos estrangeiros, produzindo pareceres e análises técnicas que subsidiam as decisões da SUMOC.

brasileiras, tornando o fornecedor do maquinário importado um sócio do empreendimento nacional¹²⁸.

A instrução da SUMOC 113 vem à lume num período de industrialização crescente no Brasil e em muito posteriormente expandido pelo novo governo do Presidente Juscelino Kubitschek (1956-1961), governo caracterizado pelo avanço da indústria do aço, mecânica, elétrica, de comunicação e equipamentos de transporte¹²⁹ e ¹³⁰. Há, nesse cenário, críticas ao modelo de desenvolvimento industrial amparado no capital externo¹³¹, mas também há quem entenda que tais críticas são desarrazoadas, vez que é visível em números que, nesse período, o desenvolvimento com participação do capital nacional privado e com a participação do estado foi significativo, bem como houve uma certa concorrência de investimentos externos de diversas origens, não atrelando o Brasil a uma relação de essencial dependência de um único país tal como os Estados Unidos. Ricardo Begoso, em dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito Público Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico, sob orientação do Professor Gilberto Bercovici, afirma:

“Parece-nos, ao contrário, que a política econômica do governo JK se situa na mesma tradição nacional-desenvolvimentista de Getúlio Vargas. Essa leitura distinta pode ser vislumbrada pelos resultados do Plano de Metas no setor de bens de capital, pelo enfrentamento das condições geopolíticas e pela instrumentalização do arcabouço jurídico-institucional disponível à época para os fins da industrialização substitutiva.

Assim como o avanço na indústria de bens de capital era prioritário no projeto varguista, também o foi durante o Plano de Metas. O coeficiente de participação de equipamentos importados na oferta interna, que em

¹²⁸ Essas operações não eram livres críticas, vez que, com poucos ou nenhum critério de avaliação da importação e sem um conjunto regulatório de qualidade, acabavam por permitir que equipamentos obsoletos ou supervalorizados fossem importados, inflando artificialmente o lastro de participação estrangeira em empreendimentos nacionais. Cf.: CAMPOS, Fabio Antonio de. Internacionalização brasileira e Instrução 113 da Sumoc. *América Latina em la historia económica*. n. 24. Disponível em <https://doi.org/10.18232/alhe.802>. p. 117-118. Acesso em: 10 de jul. 2023.

¹²⁹ SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco, 1930-1964*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 204.

¹³⁰ A década de cinquenta e o início da década de sessenta foram marcadas pelos impactos negativos da crise do café, o que fez com que a disponibilidade orçamentária do Brasil estivesse bem comprometida para permitir altos investimentos públicos na industrialização e infraestrutura. Com isso, o recurso à atração de investimento estrangeiro direto foi um norte da política do Governo Kubitschek. Sobre a análise econômica desse período Cf.: MALAN, Pedro. *Relações econômicas internacionais do Brasil (1945-1964)*. In: FAUSTO, Boris (ed.). *História geral da civilização brasileira (HGCB)*. 3ª ed. tomo III, v. 4. São Paulo: Difel, 1986.

¹³¹ OLIVEIRA, Francisco de. *A economia da dependência imperfeita*. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 86-87.

1949 era de 54%, já em 1958 reduzira-se a 33%. O incremento da produção de máquinas e equipamentos, entre 1955 e 1960 foi maior que 100%, e o material elétrico de mais de 200%. Não há dúvidas que a dimensão mais moderna da indústria tenha sido internalizada na economia brasileira.

O esforço de transformação da economia nacional encontra evidência na elevação sem precedente da participação do Estado na formação bruta de capital fixo (FBCF), que era da ordem de 15,8% em 1947 e em 1958 alcançou 40,8%, voltada principalmente para os setores de energia elétrica, transportes, siderurgia e petróleo. Diante do crescimento da importância do Estado em diversos setores, não parece verossímil alegar que o capital estrangeiro encontrava no país as portas abertas sem qualquer tipo de condicionalidade.”¹³²

Nesse cenário, a Resolução 113 da SUMOC estava longe de desfrutar da simpatia dos atores econômicos nacionais e recebeu muitas críticas. Caio Prado Junior condensa e opina sobre o tema:

“Praticamente, isso dava aos inversores estrangeiros o direito de trazerem seus equipamentos sem nenhuma despesa cambial, enquanto os industriais nacionais eram obrigados a adquirir previamente, com pagamento à vista, as licenças de importação exigidas para trazerem do exterior os equipamentos de que necessitassem. Os interesses imperialistas eram tão poderosos junto às autoridades brasileiras, que logravam inclusive favores negados aos próprios nacionais.

Não é sem fundamento, por isso, que os industriais nacionais se rebelassem contra as medidas adotadas pela Instrução nº 113 da Sumoc, chegando inclusive a protestos formais levados ao governo brasileiro pelas suas associações de classe. Nada impediu contudo que as disposições Instrução nº 113 se mantivessem em vigor, tendo sido incorporadas mais tarde ao Decreto nº 42.820, de 16 de dezembro de 1951, que consolidou e regulamentou o conjunto de leis e outras disposições atinentes ao regime cambial, de exportação e importação, às inversões estrangeiras e matéria correlata.”¹³³

Em paralelo, a questão da remessa de lucros para o exterior – que já era um tema sensível – assumiu proporções muito mais delicadas na primeira metade da década de sessenta. Com o aumento do acervo possível a ser considerado como base para a remessa de lucros para o exterior, a atratividade para o investidor estrangeiro pelo Brasil era inegável, em contraponto

¹³² BEGOSSO, Roberto. Investimento estrangeiro direto no Brasil: Economia política e regime jurídico. Tese (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2020. p.108.

¹³³ PRADO JUNIOR. Caio. Ibidem. p. 314.

ao desequilíbrio de reservas cambiais no país. Na tentativa de alcançar um equilíbrio fiscal como um todo, várias medidas cambiais foram adotadas – tais como a edição das Instruções SUMOC 204, 205 e 208¹³⁴, todas de 1961– mas que se mostraram ineficazes, eis que a tendência inflacionária acabou por crescer gradativamente. Ainda em 1961, o Presidente da República Jânio Quadros envia, antes de sua renúncia, o que seria o projeto de uma nova lei de remessa de lucros para o exterior.

É nessa curva da história que, mesmo não sendo o recomendável pela melhor percepção da ciência do Direito, a Lei 4.131 de 3 de setembro de 1962, decide enfrentar a tarefa de firmar um conceito jurídico mais sólido de capital estrangeiro:

“Art. 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.”

Ainda que existissem dúvidas à época da edição de referido normativo¹³⁵, parece-nos razoável – e tal como apreendido nos anos seguintes pelo ordenamento jurídico – compreender que o conceito de capital não se limita à moeda e, em sendo constituído por bens, não se limita a bens corpóreos (alcançando, portanto, a propriedade intelectual). É digno de registro que o artigo supratranscrito só foi expressamente revogado há pouco menos de dois anos, com a edição da Lei 14.286, de 29 de dezembro de 2021; nesse novo normativo encontramos que é capital estrangeiro “os valores, os bens, os direitos e os ativos de qualquer natureza detidos no território nacional por não residentes”. Parece-nos possível, de pronto, aqui já afirmar que a nova lei revogadora não propriamente muda o conceito de capital estrangeiro, mas sim procura espancar qualquer dúvida, até por conta da evolução das relações econômico-sociais, mantendo aspectos fundamentais, como dito, (a) de que não pode se resumir o conceito à moeda, (b) que, em se tratando de bens, não se está com foco exclusivo em bens corpóreos, e (c) que se além a

¹³⁴ BRASIL. Superintendência da Moeda e do Crédito. Instrução SUMOC 204 de 13 de março de 1961; BRASIL. Superintendência da Moeda e do Crédito. BRASIL. Superintendência da Moeda e do Crédito. Instrução SUMOC 205 de 12 de maio de 1961; Instrução SUMOC 208 de 276 de junho de 1961. Disponíveis em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/instrucoessumoc?ano=1961>. Acesso em: 27 de ago. de 2023.

¹³⁵ LEÃO JUNIOR, Atila de Souza. O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 2-3.

definição ao conceito de residência estrangeira, ainda que a lei revogada – também claramente compromissada em evitar questionamentos, procurou inserir deliberadamente os conceitos de domicílio e sede¹³⁶ na delimitação geográfica da situação do titular do capital. Portanto, não nos parece uma mudança de raízes e destinos conceituais, mas uma evolução no conceito.

A edição da Lei 4.131/62 é cercada de grande complexidade no cenário político da época. De fato, além do conceito de capital estrangeiro, a lei trazia outras disposições que foram objeto de muito debate e descontentamento, ora da indústria exclusivamente nacional, ora de investidores estrangeiros. Parece certo afirmar que, ao seu tempo e nas circunstâncias que cercavam a época, a referida norma não encontrou um amplo contentamento¹³⁷ o que, de certa forma, pode ser compreendido com mais um contributo para a pavimentação de um contínuo desagrado das forças econômicas da época com o governo que ascendeu ao poder com a renúncia do presidente Jânio Quadros, parte de um quadro de situação político-social que culmina com o golpe havido em 1964.

¹³⁶ Como leciona, com profundidade, Caio Mario da Silva Pereira, “O Código Civil Brasileiro, assim como já havia feito o de 1916, encontrando esta tríplice caracterização doutrinária, propendeu na conceituação para a concepção suíça e formulou uma definição (o que, aliás, habitualmente não faz), dizendo no art. 70, que o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece sua residência com ânimo definitivo. Conjugou, portanto, dois elementos: um material, outro psíquico, e, para o direito brasileiro, o conceito de domicílio resulta da apuração das duas ordens de ideias: uma externa, a residência, e outra interna, a intenção de permanecer. Que é, então, residência? É o lugar de morada normal, o local em que a pessoa estabelece uma habitação. [...] É o domicílio que centraliza os interesses pecuniários da pessoa, fixando o lugar, portanto, da atuação relativa a esse complexus econômico. [...] A pessoa jurídica, como ente abstrato que é, não pode ter residência. Mas tem sede, que é o centro da sua atividade dirigente.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito civil*. v. 1. São Paulo: Renovar, 2001. p. 316, 318 e 319.

¹³⁷ Como bem reporta Ricardo Begosso, o projeto de lei que é enviado à Câmara dos Deputados pelo ainda presidente Jânio Quadros, que tem como um dos objetivos alterar a limitação à remessa de lucros para o exterior, redundando na aprovação de um texto rígido que limitava a remessa a apenas dez por cento do capital social das empresas e ainda excluía dos cálculos os reinvestimentos de lucros apurados. Trazia ainda uma proibição de aquisição de empresas nacionais por empresas estrangeiras. No Senado Federal o tema assume um contorno mais leve, mas ainda com seus preceitos que acabavam por trazer inquietudes aos investidores nacionais e estrangeiros. Se por um lado temas como o impedimento da aquisição de empresas nacionais acabaram por não constar do texto definitivo aprovado, esse ainda trouxe a obrigatoriedade do registro do reinvestimento em moeda nacional, o que importava em risco de desvalorização do reinvestimento (no que tange seu registro) em decorrência de eventual desvalorização da moeda nacional e a limitação de remessas de lucros ao percentual de dez por cento sobre o valor dos investimentos registrados, o que excedesse tal percentual acabava sendo interpretado como retorno de capital a ser deduzido do capital registrado no Brasil, o que afetaria as próximas remessas. BEGOSSO, Roberto. *Investimento estrangeiro direto no Brasil: Economia política e regime jurídico*. Tese (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2020. p. 119-121.

Um ponto de relevante importância é que a citada Lei 4.131/62 igualmente trata de um regime de registro do capital estrangeiro, como aqui dito já existente, mas até então embrionário¹³⁸ no ordenamento jurídico brasileiro:

“Art. 3º Fica instituído, na Superintendência da Moeda e do Crédito, um serviço especial de registro de capitais estrangeiros, qualquer que seja sua forma de ingresso no País, bem como de operações financeiras com o exterior, no qual serão registrado:

- a) os capitais estrangeiros que ingressarem no País sob a forma de investimento direto ou de empréstimo, quer em moeda, quer em bens;
- b) as remessas feitas para o exterior com o retorno de capitais ou como rendimentos desses capitais, lucros, dividendos, juros, amortizações, bem como as de "royalties", ou por qualquer outro título que implique transferência de rendimentos para fora do País;
- c) os reinvestimentos de lucros dos capitais estrangeiros;
- d) as alterações do valor monetário do capital das empresas procedidas de acordo com a legislação em vigor.

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

Como bem aponta Atila de Souza Leão Junior, as finalidades do registro do capital estrangeiro podem ser assim resumidas:

I – Propicia à autoridade governamental do país receptor de capital a controle efetivo sobre o ingresso e a saída de divisas do País.

II – O registro tem também a finalidade de atribuir ao investidor estrangeiro: o direito ao retorno do capital investido e o direito às remessas de lucros e dividendos. Destarte, o registro de capitais estrangeiros assiste interesses tanto do governo do país recipiente dos capitais como dos detentores desses capitais.

III – A terceira finalidade é estatística; através do registro de capitais o Governo poderá coletar dados estatísticos sobre o ingresso dos capitais

¹³⁸ Como dito anteriormente, um primeiro sistema de registro do capital de origem estrangeira foi concebido pelo Decreto 9.025/46 que estatuiu: “É assegurado o direito de retorno ao capital estrangeiro previamente registrado na Carteira de Câmbio do Banco do Brasil S.A., desde que a parcela anual de transferência não exceda de 20% do capital registrado.” (art. 6º). Não nos parece ser um sistema que possa ser sequer comparado em complexidade de premissas e de efeitos, com o sistema instituído em 1962.

estrangeiros, sua destinação aos diversos setores da economia nacional, evasão de divisas sob a forma de remessa de dividendos e amortização de empréstimos externos. Com base nesses dados estatísticos, poderá o Governo não somente formular políticas realistas sobre os investimentos estrangeiros, mas também avaliar o impacto destes no desenvolvimento socioeconômico do País.”¹³⁹

A exigência – frise-se, de extrema relevância – de registro do capital estrangeiro perante num primeiro momento à SUMOC e depois perante o Banco Central do Brasil permanece até os dias atuais.

Antes de analisarmos o momento pós aprovação da lei 4.131/62, parece-nos fazer sentido a referência ao estudo de Herculano Borges da Fonseca, em obra publicada em 1963, onde o citado autor faz uma análise dos fluxos de capitais no período de 1947 até 1961:

“No período em análise (1947-61), para o qual se dispõe de dados definitivos, podemos determinar, no movimento de capitais estrangeiros disparidade dos parâmetros que condicionaram o fluxo daqueles capitais e de suas rendas antes e depois de 1953. Até esse ano, as remessas de lucros superaram amplamente as entradas de capitais de risco, bem diminutas nesta fase. A partir de 1954, a tendência manifestada na primeira e inverteu-se totalmente, de vez que os investimentos passaram a afluir m escala considerável (as entradas sextuplicaram em relação a 1947-53), ao mesmo tempo que as remessas de lucros e dividendos reduziram-se substancialmente (caíram a duas tês partes das que se vinham mantendo até então). Nessa última fase, os ingressos a título de capitais de empréstimo – autônomos e compensatórios – aumentam significativamente. Tomando-se o mesmo período de sete anos correspondente à primeira fase (1947-53), verifica-se que no período de 1954-60 as entradas amortizações e pagamento de juros também experimentaram sensível incremento, o saldo situou-se ao nível do apurado nos sete anos precedentes. Contudo, estendendo-se a segunda fase até 1961 (último ano para qual se dispõe de dados estatísticos definitivos), observa-se que em 1954-61 a média anual correspondente ao saldo dos capitais de empréstimo 1954-61 a média anual correspondente ao saldo dos capitais apresenta-se bem superior à relativa ao período 1947-53.

[...]

Como se vê, a partir de 1953 operou-se radical transformação no movimento de capitais de não residentes e de seus rendimentos. Essa mudança de comportamento foi tanto mais expressiva quando se sabe

¹³⁹ LEÃO JUNIOR, Atila de Souza. O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 52.

que, do pós-guerra àquele ano, registrou-se acentuada “drenagem” de lucros para o exterior, estatisticamente comprovada, valendo notar que, nesse período, as remessas de rendimentos dos capitais de risco estavam limitadas à 10% dos capitais registrados. Não sabemos, mesmo, como tal fenômeno possa ser explicado pelos defensores incondicionais dos controles quantitativos das remessas de lucros, que sempre associam a ocorrência de “sangria” de divisas, provocada por essas remessas, com a inexistência de tais controles.

[...]

Em 1953, a política governamental com relação ao problema foi fundamentalmente reformulada. Posteriormente, a partir de 1955, a Instrução n.º 113 da SUMOC simplificou consideravelmente as normas para o ingresso no País de capitais estrangeiros, sob a forma de equipamentos sem cobertura cambial. Portanto, se problema havia com relação aos capitais estrangeiros, em termos de impacto de seus rendimentos sobre o Balanço de Pagamentos, foi êle solucionado pela instituição do mercado livre de câmbio, pela simplificação das normas para a sua admissão no País e pela abolição de controles quantitativos e de taxas de câmbio artificiais.”¹⁴⁰

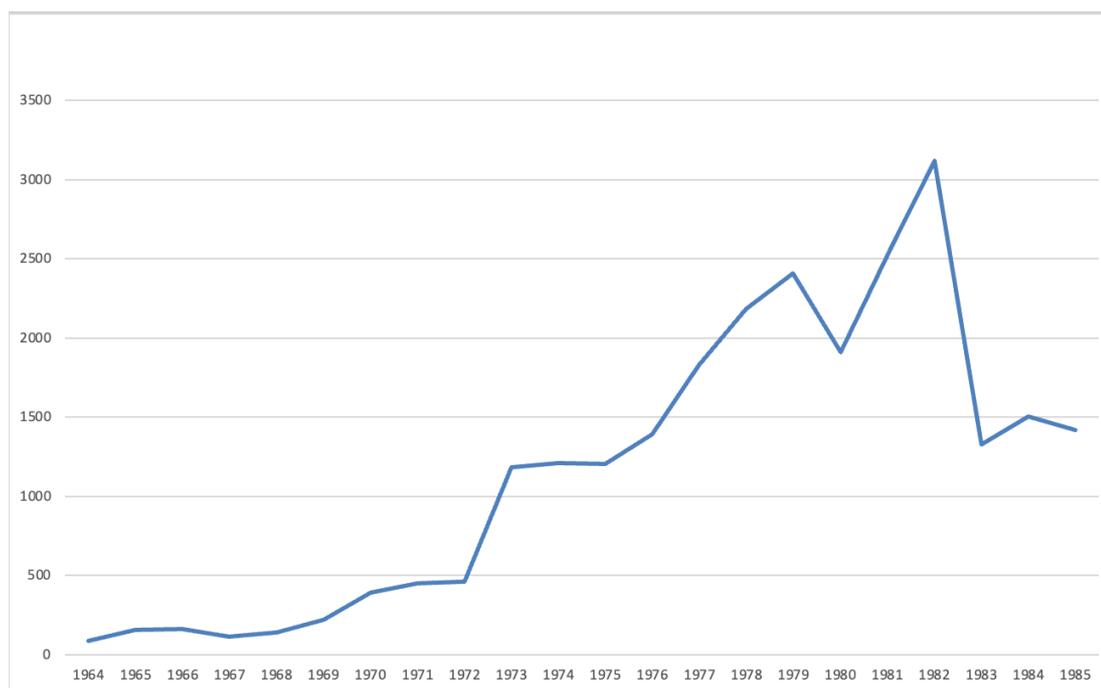
No momento histórico-político que se sucede logo à aprovação da Lei 4.131/62, e todas as celeumas da época, o ordenamento jurídico passa a conviver com a Lei 4.390, de 29 de agosto de 1964 e com o seu regulamento, Decreto 55.762, de 17 de fevereiro de 1965. No novo cenário normativo que se instala, as alterações no regime jurídico do capital estrangeiro são sensíveis, principalmente no que tange: (a) a ausência de barreiras para a remessa de lucros para o exterior¹⁴¹, (b) quanto à ampliação do conceito de reinvestimento, (c) à permissão de que seu registro fosse efetivado na moeda de origem do investimento e, mais ainda, (d) a sua reincorporação na base de cálculo dos limites de remessa. Na prática, com essas alterações, pode-se compreender que os limites até então impostos já não eram mais tão negativamente sensíveis para o investidor estrangeiro no Brasil. Ainda que o período de governo militar tenha apresentado algumas medidas de um viés nacionalista e com algumas estruturas jurídicas e

¹⁴⁰ FONSECA. Herculano Borges da. Regime jurídico do capital estrangeiro. Rio de Janeiro: Editora Letras e Artes, 1963. p. 35-37.

¹⁴¹ Como aqui já visto, a questão da remessa de lucros para o exterior sempre foi objeto de debate econômico pelo viés da preservação de reservas. Notícia Pinto Ferreira que o tema ganhou especial atenção política quando se constatou que duas companhias de seguro estadunidenses fizeram constantes remessas em valores considerados exorbitantes há época; por conta dessa constatação, a questão figurou em debates no Congresso Nacional. No Governo Dutra (em fevereiro de 1946) foi definido um teto de oito por cento do capital registrado para fins de remessa de lucros para o exterior, dispositivo que, na prática, nunca foi aplicado. Em agosto de 1946 aprova-se o decreto-lei 9.602 que autorizou a SUMOC a elevar, reduzir ou abolir os percentuais anteriormente definidos. Já no governo Vargas o decreto 30.363 de janeiro de 1952 limitou o retorno ao total do capital registrado. FERREIRA, Pinto. Capitais estrangeiros e dívida externa do Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1965. p. 227-228.

políticas comerciais de privilégio/proteção ao capital nacional¹⁴², seus anos mostram uma evolução sensível do investimento estrangeiro direto no Brasil, um momento de maior apego a uma liberdade de fluxo de capitais entre o país e o exterior, liberdade essa que se materializa também em mecanismos cambiais. Esse fluxo do investimento estrangeiro direto no período de 1964 a 1985 pode ser evidenciado no gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Ingresso de Investimento Estrangeiro Direto 1964-1985



Fonte: Banco Central do Brasil¹⁴³

Assim, como se pode constatar, a percepção do capital estrangeiro na economia brasileira ao longo da história – o que em alguma medida acabou por influenciar a construção do seu conceito – passa por momentos de preocupações econômicas com raízes na questão da manutenção e preservação das reservas monetárias nacionais, assim como passa, depois, por

¹⁴² Um dos exemplos mais comuns de reserva de mercado foi a Política Nacional de Informática criada em 1977 (abandonada em 1990). O tema sobre suas vantagens e desvantagens é polêmico. Para muitos representa, como relata Ivan da Costa Marques, um crime estúpido, sendo ela a responsável por anos de atraso, uma experiência fracassada. Para o Professor da Universidade Federal do Paraná, a referida política tinha seus méritos e alcançou resultados consideráveis para o momento, tendo sido abandonada muito mais pela visão míope de determinados órgãos do governo ditatorial – notadamente o Serviço Nacional de Informação (SNI) – que viam a política como um catalizador de interação entre o setor público, o privado e acadêmico focados em pesquisa e inovação, algo que parecia contrário aos princípios autoritários. MARQUES, Ivan da Costa. Reserva de mercado: Um mal-entendido caso político-tecnológico de sucesso democrático e fracasso autoritário. Revista de Economia da UFPR. n. 24. 2000. p. 89-114. Hoje, as chamadas reservas de mercado, encontram-se expressamente proibidas no artigo 4º, inciso I da lei 13.874 de 20 de setembro de 2019, a chamada Lei da Liberdade Econômica.

¹⁴³ O gráfico foi produzido com informações prestadas pelo Banco Central do Brasil através de consulta formulada com base na Lei de Acesso à Informação, Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011.

momentos em que às preocupações econômicas são adicionados elementos políticos que começam a introduzir elementos como dependência, soberania e nacionalismo em contraponto ao anseio de desenvolvimento industrial e progresso nacional.

2.2. O regime constitucional de 1988

Faz necessário compreender que os momentos que antecederam à elaboração do texto que inauguraria o regime constitucional atual foram historicamente marcados pela redemocratização do Brasil e pelo sentimento de libertação que nutria a sociedade. Em 1986 era eleita a Assembleia Nacional Constituinte que teria o imenso trabalho de produzir um texto magno de ruptura histórica; para tal trabalho, num primeiro momento, tentou-se uma pedra angular a ser elaborada por um grupo de notáveis formado pelo Poder Executivo que se denominava Comissão Provisória de Estudos Constitucionais¹⁴⁴, mas que acabou conhecida como Comissão Afonso Arinos. Esse anteprojeto não foi sequer enviado à Assembleia Nacional Constituinte diante da tensão de que ele seria mal-recebido – como uma tentativa interferência do Poder Executivo. Entretanto, não se pode dizer que ele de nada serviu, pois fora publicado no Diário Oficial da União em 26 de setembro de 1986¹⁴⁵ tornando-se público e passível de consulta por qualquer cidadão, inclusive os constituintes, sem que, contudo, tenha sido identificada evidência concreta de seu uso.

Sem sombra de dúvida o texto do que viria a ser a Constituição da República Federativa do Brasil foi objeto de inúmeros debates, reflexões e influências dos mais diversos grupos, bastando lembrar que o trabalho foi dividido entre vinte e quatro subcomissões, convergiu para oito comissões temáticas e depois para a Comissão de Sistematização que apresentou uma condensação de mais de quinhentos e cinquenta artigos. Parece razoável compreender que, com aquela marca histórica de ruptura, a ampla participação democrática – inclusive com muitos grupos de pressão – é natural que a Constituição nascesse com uma inclinação de regulação mais exaustiva e detalhada, por vezes prolixa e de ideologias de diversos matizes não congruentes.

¹⁴⁴ BRASIL. Decreto 91.450 de 18 de julho de 1985. Institui a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1985.

¹⁴⁵ Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 20 de ago. 2023.

Relevante registrar que o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, publicado em 25 de março de 1987¹⁴⁶, já trazia em seu artigo 15, inciso VI a preocupação com o tratamento a ser dado à ordem econômica:

“Art. 15. As Comissões e Subcomissões são as seguintes:

[...]

VI – Comissão da Ordem Econômica:

- a) Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime de Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica;
- b) Subcomissão da Questão Urbana e Transporte;
- c) Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária.

Os debates foram intensos e, afastados determinados radicalismos, é interessante notar a manifestação do então deputado Divaldo Suruagy, fazendo um resumo das posições naquele ambiente, manifestação proferida já com bom andamento dos trabalhos da Comissão:

“[...] todos concordam em que os investimentos externos, sob a forma de capital de risco, ainda são indispensáveis para o processo de desenvolvimentos do País. As discordâncias residem entre os que entendem que os investimentos devem ser seletivos, restritos a áreas a serem definidas pelo Estado, e regulados no que respeita à remessa de lucros, e aqueles que, em posição diametralmente oposta, não desejam qualquer forma de diferença em relação ao capital nacional. A solução adotada pelo texto constituinte é, em meu entender, uma solução de compromisso. O que o Plenário terminou decidindo é um meio termo entre as duas posições radicais. Aceitamos o capital de risco com garantias de repatriamento, como, aliás, o Brasil vem fazendo desde 1962, mas estabelecemos, por via constitucional, uma distinção tanto no que se refere a áreas excluídas de suas atividades, quanto no que respeita ao tratamento diferenciado que, em relação a esses capitais, devem merecer as empresas nacionais.”¹⁴⁷

¹⁴⁶ Idem. Resolução 2 de 25 de março de 1987. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, DF: Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 1987.

¹⁴⁷ MORAES, Filomeno. Constituição econômica brasileira. Histórica e política. Curitiba: Juruá, 2011. p. 195.

Já em sua redação final, encontramos o texto do artigo 170 da Constituição de 1988 que inaugura o título VII – da ordem econômica e financeira:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

Seguem-se artigos que tratam não só dos princípios gerais, dentre os quais o da soberania nacional, da propriedade privada e sua função social, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do meio ambiente, redução das desigualdades sociais e regionais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para empresas brasileiras de pequeno porte, mas também dispositivos que procuram normatizar o investimento estrangeiro, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, bem como sua função normativa e reguladora da atividade econômica em geral e de determinadas atividades econômicas (como transporte aéreo, aquático e terrestre), a exploração de recursos minerais, o desenvolvimento da política urbana, agrícola e fundiária, reforma agrária e o sistema financeiro nacional.

É de se registrar que, num primeiro momento, em sua redação inicial, a Constituição de 1988 adotou um sistema de diferenciação das empresas brasileiras e empresas brasileiras de capital nacional – o que por exclusão acabava por definir as estrangeiras:

“Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo 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, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.”

Mais ainda, especificamente sobre investimento estrangeiro, estatui:

“Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.”

O artigo 171 foi revogado integralmente pela Emenda Constitucional 6 de 1995 – portanto com sete anos da aprovação da Constituição – e o artigo 172 permanece inalterado. Uma nova lei de que trata o artigo 172 demorou a ser editada, tendo desempenhado esse papel, durante décadas, a Lei 4.131/62, aqui já amplamente citada. Mais recentemente, em 2021, com a edição da Lei 14.286/2021 entendemos que o arcabouço de regulação do capital estrangeiro no país está melhor consolidado em maior congruência com a Constituição de 1988 e evolução da economia nacional e internacional.

Houve, portanto, uma migração de uma percepção inicial – do texto constitucional original – para o que se tem hoje como comando constitucional. Essa constatação é feita por diversos autores, valendo citar evidência (para além da definição de empresa estrangeira) cunhadas por Cesar Augusto Silva da Silva, todos de 1995: (a) a Emenda Constitucional número 5 que flexibilizou o monopólio estatal do gás canalizado; (b) a Emenda Constitucional número 7 que cunhou o fim da reserva de mercado para empresas nacionais na navegação interior e de cabotagem e (c) a Emenda Constitucional número 8 que cria o ambiente de concessão dos

serviços de telecomunicações a empresas privadas.¹⁴⁸ Todos instrumentos que, embora tenham promovido uma abertura em sentido mais amplo ao capital privado como um todo, visavam também atrair o capital estrangeiro, como de fato ocorreu em setores como o de telecomunicações. Cesar Augusto Silva da Silva enxerga uma transformação de cento e oitenta graus, confessando uma posição pessimista quanto a tais reformas, ressaltando, no entanto, que apenas o tempo demonstraria onde tais reformas iriam aportar¹⁴⁹. Mais de vinte anos depois, parece que a abertura, seja no conceito constitucional da empresa nacional e estrangeira, seja quanto a alguns setores da economia, as mudanças trouxeram resultados positivos, sem prejuízo de ajustes que possam se mostrar necessários.

Melina Breckenfield Reck, fixa uma percepção da realidade dos anos noventa e pondera:

“Na década de 90, houve, no Brasil, tal como em outros países, uma redefinição o modelo de intervenção estatal com o aprofundamento dos mecanismos de intervenção indireta, tendo sido apresentadas, no bojo das emendas constitucionais que se fizeram necessárias, justificativas relativas (i) à tese da incapacidade financeira o Estado (esgotamento do padrão de financiamento do setor público) para intervir diretamente no domínio econômico e (ii) à necessidade seja de robustecimento de suas atividades reguladora, fiscalizadora e fomentadora, seja de desmonte do Estado prestador e produtor (agente econômico).

Todavia, essa redefinição do papel do Estado não elide, nem pode mitigar o papel necessário e indispensável do Estado como instrumento de efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (dentre eles o desenvolvimento nacional), bem como tal redefinição ensejou mera redução da intervenção direta do Estado no domínio econômico, mas não seu desaparecimento.

Vale dizer, ainda que tenha sido reduzida a atuação estatal como provedor de bem ou serviço (intervenção direta), isto é, como agente econômico, o Estado não só pode, como deve exercer integralmente a intervenção indireta por meio da regulação jurídica e do fomento.

A Carta de 1988 rejeita o absentismo estatal, isto é, o Estado Brasileiro não pode manter-se inerte diante das demandas econômico-sociais e dos desafios impostos pela soberania nacional. Afinal, a compressão da intervenção estatal direta no domínio econômico não implica a adoção do modelo do Estado *Gendarme*, significando antes mudança na

¹⁴⁸ SILVA, Cesar Augusto Silva da. O direito econômico na perspectiva da globalização. Análise das reformas constitucionais e da legislação pertinente. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 140.

¹⁴⁹ Idem. Ibidem. p. 151.

prioridade e ênfase interventiva, da passagem do Estado empresário para ampliação do papel estatal na regulação e fiscalização das atividades econômicas *lato sensu*.”¹⁵⁰

A temática do tratamento normativo do capital estrangeiro no atual regime e suas eventuais restrições não é estranha às discussões jurídicas nacionais, principalmente na nossa jurisprudência.

Muito recentemente, mais precisamente em sessão virtual encerrada em 30 de junho de 2023, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3565/2005, o Supremo Tribunal Federal analisou dispositivo da Constituição Estadual do Estado do Mato Grosso do Sul que estabelecia discriminação entre empresa de capital nacional e capital estrangeiro para a prestação de serviços financeiros e bancários ao estado, decidindo que “é inconstitucional dispositivo de Constituição estadual que veda a prestação de serviços de arrecadação e movimentação de recursos financeiros por instituições financeiras privadas constituídas no País sob controle estrangeiro.”. O relator do julgado, Ministro Luiz Roberto Barroso pontuou que com a revogação do artigo 171 da Constituição Federal de 1988, não há maior possibilidade dentro do ordenamento jurídico para a criação de tratamento diferenciado entre empresas em razão do seu capital ser nacional ou não, exceto em casos em que possa haver risco à soberania, à segurança nacional ou à ordem econômica, o que não se vislumbrava no caso concreto. Tal julgamento foi havido por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Nunes Marques e as Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber¹⁵¹.

Outro dispositivo digno de nota é o artigo 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que estabelece:

“Art. 52. Até que sejam fixadas as condições do art. 192, são vedados:

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

¹⁵⁰ RECK, Malina Breckenfield. Constituição, regulação e desenvolvimento econômico. In: CLEVE, Clemerson Merlin. Direito constitucional brasileiro. Constituições econômica e social. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 268-269.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo número 1101 de 12 de julho de 2023. Brasília, DF. Informativo eletrônico disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

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

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

A remissão ao artigo 192 da Constituição Federal é feita já que em tal dispositivo se prevê a edição de lei complementar que disporá, entre outros assuntos, da participação do capital estrangeiro nas instituições que integram o sistema financeiro nacional. Na pendência da aprovação da prevista lei complementar, na prática, a instituição financeira estrangeira desejosa de se instalar no Brasil deveria primeiro se submeter ao escrutínio técnico do Banco Central do Brasil para depois ser reconhecido (ou não) o interesse do governo brasileiro e editado decreto autorizativo para cada caso concreto. Essa dinâmica perdurou até a edição do Decreto 10.029 de 26 de setembro de 2019, que “autoriza o Banco Central do Brasil a reconhecer como de interesse do Governo brasileiro a instalação, no País, de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior e o aumento do percentual de participação, no capital de instituições financeiras com sede no País, de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior.”. Agora, o Banco Central do Brasil, após a análise técnica que já era efetuada, passará também a fazer uma avaliação do “interesse do Governo brasileiro” tal como disposto no artigo 52, parágrafo único do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ao nosso ver, hoje, com a conjugação do decreto de 2019 e os parâmetros estabelecidos pela Resolução do Conselho Monetário Nacional número 4.970 de 25 de novembro de 2021 que dão tratamento igualitário entre a participação do capital nacional e do capital estrangeiro em instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (exceto quanto a algumas exigências formais documentais e quanto ao eventual pronunciamento de autoridade regulatória do país de origem) a participação do ponto de vista macro, em termos de regulação jurídica (e não técnica financeira), não sofre maiores restrições.

Outras atividades, no entanto, ainda restam vedadas ou com restrições ao capital estrangeiro no regime Constitucional de 1988. Podemos exemplificar com a vedação de participação no desenvolvimento de atividade envolvendo energia nuclear¹⁵², vedação em

¹⁵² A pesquisa e lavra de minerais em geral pode ser explorada pelo setor privado (vide nota 133 adiante), desde que não estejamos diante de minérios e minerais de natureza ou potencial nuclear. Nesses casos, tais atividades se inserem em monopólio da União nos termos do artigo 177, inciso V da Constituição Federal. Em 2022 as restrições para o setor privado em geral foram flexibilizadas pela Medida Provisória 1.133 de 12 de agosto de 2022,

serviços de assistência à saúde¹⁵³, restrições na aquisição de terras rurais em área de fronteira¹⁵⁴, restrições no setor de mineração¹⁵⁵ e restrições quanto à propriedade e à administração de meios de comunicação¹⁵⁶.

Pode se inferir que com a redação imposta pela Emenda Constitucional 6 de 1995, o tratamento do capital estrangeiro no nosso regime constitucional passou a ser um tratamento de isonomia com o capital nacional, ressalvadas as vedações e restrições em setores onde se realizam atividades econômicas de relevante interesse estratégico, de segurança e soberania nacional, conceitos que, inevitavelmente, são objetos de enfrentamentos conforme a sociedade – nacional e internacional – se reposiciona, valendo, por exemplo, citar não só a mudança da redação constitucional promovida pela emenda constitucional, mas também, por exemplo, a flexibilização da participação do capital estrangeiro em instituições integrantes do sistema financeiro nacional e no setor de aviação¹⁵⁷.

posteriormente convertida em lei, Lei 14.514 de 29 de dezembro de 2022. A norma não faz qualquer ressalva quanto a origem do capital do ator do setor privado que passa a participar da atividade.

¹⁵³ Art. 199 parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei 5.709 de 7 de outubro de 1971. Regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no país ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1971. A referida lei cria várias restrições para a aquisição de imóvel rural por estrangeiros e por empresas brasileiras cujo capital seja majoritariamente detido por empresa estrangeira. O tema é cercado de polêmica, dada a questão da isonomia do capital nacional e estrangeiro hoje estabelecido na Constituição Federal, e é, portando, objeto de exame em atos administrativos como na Nota da Advocacia Geral da União AGU/GM 24/2007 que entendia pela não recepção do parágrafo 1º da lei 5.709/71, notadamente depois da edição da Emenda Constitucional 6/1995 e do posterior parecer da Advocacia Geral da União LA-01 de 22 de agosto de 2010, que divergia do entendimento da citada nota e pareceres anteriores. Tais restrições foram ratificadas na lei 8.629/93. Mais recentemente a lei 13.986 de 7 de abril de 2020 promoveu uma série de alterações na Lei 5.709/71 incluindo exceções ao regime de restrição – não mais se aplicam as restrições da lei, por exemplo, se a transferência do imóvel rural se der em regime de dação em pagamento para quitação de relação jurídica com a empresa estrangeira. Existem hoje, também, dois projetos de lei em tramitação conjunta (apensados) sobre o tema, ambos flexibilizando as restrições quanto à propriedade de terras rurais por estrangeiros, são eles os projetos 2963/2019 do Senado Federal e 2964/22 da Câmara dos Deputados.

¹⁵⁵ A restrição, no caso da mineração, deriva da redação do artigo 176 da Constituição Federal que limita a exploração mineral a brasileiros e empresas brasileiras (constituídas sob a lei brasileira); entretanto, a redação original da Constituição Federal era de cunho mais restrito, notadamente em seu parágrafo 1º, que estabelecia: “a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.” Tal parágrafo foi revogado pela Emenda Constitucional número 6/1995. Com tal revogação, a condição hoje existente se limita à reserva da exploração à empresa constituída sob as leis brasileiras, ainda que do capital dessa empresa participe pessoa estrangeira.

¹⁵⁶ Artigo 222 da Constituição Federal. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

¹⁵⁷ Idem. Lei 13.842 de 17 de junho de 2019. Altera o Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565 de 19 de dezembro de 1986. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2019. Os dispositivos alterados, foram posteriormente revogados pela lei 14.368 de 14 de junho de 2022 que mantém a possibilidade de exploração do transporte aéreo

Em resumo, pode-se dizer que no nascedouro do atual regime constitucional, a percepção era de que se mostrava recomendável uma diferenciação entre a empresa controlada pelo capital nacional, percepção essa que, com o passar dos anos vem se tornando mais distante, permitindo uma flexibilização do capital estrangeiro na economia brasileira. O Professor Heleno Taveira Torres, em análise que tem por foco a questão tributária, sintetiza o regime jurídico do capital estrangeiro no Brasil:

“O Brasil adota, para o capital estrangeiro, um regime de equiparação de tratamento nos termos do art. 2º da Lei 4.131/62, que foi recepcionado pelo art. 172, da Constituição vigente. Por existir um “tratamento equiparado”, legalmente reconhecido, e porque o art. 150, inciso II, da Constituição, não faz distinção entre residentes e não-residentes, que é o critério utilizado pela Lei no 4.131/62 (residência do investidor), aperfeiçoa-se, internamente, o requisito de vedação de discriminação dessa limitação ao exercício de competência tributária, qual seja, o tratamento menos favorável sobre “contribuintes” (residente e não residente) que se encontrem em “situação equivalente”¹⁵⁸.

2.3. Conceito de investimento estrangeiro direto

Há aqui que se considerar como fundamental para o prosseguimento de nossa investigação e pesquisa a definição do conceito de investimento estrangeiro direto. Até aqui tratamos do capital estrangeiro como um todo, a construção de sua percepção econômico-jurídica (regulatória) e seu conceito e tratamento histórico no Brasil; mas, para os fins aqui pretendidos, imperioso que dele derivemos o conceito de investimento estrangeiro direto.

Em obra publicada na década de sessenta, Pinto Ferreira, de forma mais genérica, assim expôs:

“Os investimentos diretos são chamados capitais de risco, segundo uma terminologia usual. Os capitais de risco são, por consequência, os investimentos diretos de particulares estrangeiros na economia de outra

por empresas estrangeiras. O procedimento administrativo de aprovação para o acesso de empresas estrangeiras ao mercado área brasileiro é previsto na Portaria 9.715 de 7 de novembro de 2022 da ANAC.

¹⁵⁸ TORRES, Heleno Taveira. Capital estrangeiro e princípio da não discriminação tributária no direito interno e nas convenções internacionais. In: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 87. p. 53.

nação. Dizem-se capitais de risco porque são capitais investidos pelo estrangeiro numa determinada economia nacional, mas sem nenhuma garantia de indenização, e assumindo destarte o risco da sua aventura ou do seu empreendimento.”¹⁵⁹

Octavio Bueno Magano leciona que “os capitais externos ingressam no país ou sob a forma de investimentos diretos ou sob a rubrica de empréstimos. O artigo 3º da Lei 4.131/62 reflete a apontada dicotomia, falando do empréstimo e do registro dos investimentos diretos.”¹⁶⁰ Temos aqui a derivação que se merece a devida atenção, valendo citar Octávio Bueno Magano:

“Quando os capitais externos ingressam no país como investimentos diretos, podem assumir três posições, no que concerne à balança de pagamentos: propiciadores de divisas por se tratar de investimento de bens de exportação (extração de minérios); poupadores de divisas por se tratar de investimento em área de importação (indústria automobilística) e neutros.

Nas duas primeiras hipóteses as vantagens do investimento estrangeiro são manifestas, uma vez que ou propiciam ou poupam divisas para o país. Mas, mesmo na terceira hipótese, de investimento neutro, este deve ser considerado vantajoso, na medida em que contribui para o aperfeiçoamento da procuração com novas técnicas e “know-how”; subtrai potencial monetário que se destina a compra de mercadorias importadas e libera outro tanto de capital nacional para outras aplicações.

Os investimentos diretos produzem ainda uma série de vantagens oblíquas entre as quais o aumento da oferta de empregos e o pagamento de impostos, que se traduziram em receita para os cofres públicos. Ademais não implicam em compromissos rígidos ao montante de lucros a serem anualmente remetidos nem quanto ao retorno do capital. Sob tais aspectos revelam-se, portanto, mais benéficos do que os empréstimos, cujos juros se amortizações são contratualmente devidos em quantias certas, transferidas após um ano, qualquer que seja a situação contratual e os ônus daí decorrentes para o país devedor. As remessas de lucro, na verdade só podem se fazer quando não haja interesse em reinversões e em função das taxas de câmbio, ficando retido quando estas não se mostrem favoráveis.

A objeção fundamental que se faz contra os investimentos diretos é a de que pesam na balança de pagamentos. Realmente, reside aí um

¹⁵⁹ FERREIRA, Pinto. Capitais estrangeiros e dívida externa do Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1965. pp. 201.

¹⁶⁰ MAGANO, Octavio Bueno. Introdução ao direito econômico. São Paulo: Juriscredi, 1970. p 144.

aspecto negativo dos investimentos diretos, em comparação com os empréstimos, que deixam de pesar, depois de resgatados.”¹⁶¹

Para o Fundo Monetário Internacional (FMI), investimento estrangeiro direto é uma categoria de investimento estrangeiro que reflete o objetivo de um residente de uma determinada economia (jurisdição) em obter um interesse duradouro num empreendimento situado em outra economia (jurisdição). Tal objetivo se afirma no estabelecimento de uma relação de longo prazo, não apenas quanto ao investimento inicial, mas a todas as transações subsequentes¹⁶².

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em sua publicação *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*¹⁶³ adota praticamente a mesma definição do FMI; em ambas as organizações o conceito de interesse duradouro se revela em participações de capital estrangeiro de ao menos 10% (dez por cento) do capital com poder de voto. Fundamentalmente – a despeito de discordarmos da precisão do percentual sugerido – a definição perpassa por uma ideia de interesse e certo poder de influência.

Entendemos que a adoção do conceito, sem uma vinculação necessária à capital votante, mas ao interesse no sucesso do negócio, como o fez o Banco Central do Brasil, parece mais adequada, valendo aqui citar: “investimento estrangeiro direto: participação direta de não residente no capital social de sociedade no País, ou outro direito econômico de não residente no País derivado de ato ou contrato sempre que o retorno desse investimento dependa dos resultados do negócio;”¹⁶⁴ exigindo-se fundamentação econômica, legalidade e compatibilidade com condições usuais dos mercados internacionais¹⁶⁵. A referida definição é encontrada na Resolução Banco Central do Brasil número 278 de 31 de dezembro de 2022, resolução essa que vem à lume na esteira da Lei 14.286/2021.

¹⁶¹ Idem. Ibidem. p. 144-145.

¹⁶² FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Balance of payments manual*, 2005. p.86. Disponível em: <https://doi.org/10.5089/9781557753397.071>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

¹⁶³ OCDE. *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. 4a ed. 2008. p. 17-18.

¹⁶⁴ Art. 2º inciso IV da Resolução BACEN número 278 de 31 de dezembro de 2022. BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução número 278 de 31 de dezembro de 2022. Regulamenta a Lei nº 14.286, de 29 de dezembro de 2021, em relação ao capital estrangeiro no País, nas operações de crédito externo e de investimento estrangeiro direto, bem como a prestação de informações ao Banco Central do Brasil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022.

¹⁶⁵ Artigo 4º da Resolução BACEN número 278 de 31 de dezembro de 2022. Idem. Banco Central do Brasil. Resolução número 278 de 31 de dezembro de 2022. Regulamenta a Lei nº 14.286, de 29 de dezembro de 2021, em relação ao capital estrangeiro no País, nas operações de crédito externo e de investimento estrangeiro direto, bem como a prestação de informações ao Banco Central do Brasil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022.

Assim, pode ser compreendido como investimento estrangeiro direto aquela riqueza originada em um país (em termos líquidos ou representada por ativos tangíveis ou intangíveis) aplicada diretamente no capital de empresas com empreendimentos produtivos situados em outro país, com interesse no desenvolvimento de atividades produtivas e o consequente retorno do investimento em razão do sucesso do negócio ou ainda o seu reinvestimento, compartilhando os riscos da atividade produtiva.

Diferencia-se do que poderia ser chamado de investimento estrangeiro indireto (ou em portfólio) vez que esse se caracteriza pela aplicação da riqueza em mercado aberto ou de bolsa, onde os interesses dos investidores estrangeiros não estão necessariamente vinculados à ideia de longo prazo e sem vinculação ao compartilhamento dos riscos especificamente da atividade investida – mas também aos riscos da economia de balcão.

O investimento estrangeiro indireto, como ressalta Bernadete de Figueiredo Dias:

“Os elementos que distinguem o investimento direto do indireto são (i) a durabilidade e (ii) a finalidade.

O investimento direto caracteriza-se pelo propósito de se estabelecer relação econômica durável com empresa (investimento). Essa relação durável é também de controle, pois o investidor adquire quotas suficientes para obter o controle da empresa (investimento)

Por outro lado, no investimento indireto ou especulativo, não é a característica de durabilidade e o investidor não tem como objetivo obter o controle da empresa (investimento), mas tão somente aferir os lucros decorrentes da valorização dessa empresa no mercado.”¹⁶⁶

No caso do investimento estrangeiro direto, não que o risco esteja somente vinculado à atividade do empreendimento investido – eis que qualquer ator econômico opera em regime de mercado e não de forma hermética – os interesses do investidor se revelam mais aderentes ao risco da atividade produtiva e com algum grau de posição relevante na relação do par investidor-investida. No investimento estrangeiro direto, a participação do investidor se vincula de forma mais presente, intensa e vinculada às atividades produtivas do empreendimento

¹⁶⁶ DIAS, Bernadete de Figueiredo. Investimento estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2010. p. 34

investido; no investimento indireto, essa presença encontra-se de forma mais distante, normalmente derivada do próprio canal de participação, no caso, o mercado de balcão.

Assim, comungamos da posição sustentada por Luiz Olavo Baptista, citado por Renata Auxiliadora Marquetti, no sentido de que o investimento estrangeiro direto é uma modalidade de investimento que tanto pode se manifestar pela assunção de controle de determinado empreendimento, quanto pela participação minoritária, mas em ambos os casos com uma intenção do investidor de uma participação mais próxima, em caráter mais permanente. Segue, assim, no raciocínio:

“A posição assumida neste estudo, como já mencionado, é a de que a noção de investimento internacional direto deve ter sentido mais amplo, como afirma Luiz Olavo Baptista, que exclui, do rol de investimentos internacionais diretos, os empréstimos externos, postura diferente da aqui defendida. Adotar um conceito de investimento estrangeiro direto, no sentido amplo, seria admitir como tal toda modalidade de aporte internacional com objetivo de ganho de qualquer natureza; ele deve demonstrar, ainda, que o investidor tem interesse duradouro de participação em uma empresa ou empreendimento, independentemente de exercer, ou não, influência ou controle na empresa ou no tomador dos recursos. Reconhece-se que tal posicionamento, apesar de afastar a problemática da conceituação do que seria controle, traz implícito o questionamento do que seria duradouro.

Para afastar a insegurança do conceito, o prazo de duração do interesse deveria ser o período mínimo de expectativa de retorno do investimento economicamente estabelecido.”¹⁶⁷

A despeito da necessidade de construção de um conceito, suas dificuldades são reconhecidas. Até mesmo para fins de compilação de dados, seja pelo FMI, seja pela OCDE ou, ainda, outros organismos, diferenças conceituais entre jurisdições – como por exemplo, acerca da inclusão de reinvestimentos – acabam por produzir um conjunto de dados por vezes não muito sólido. Basta ter-se em conta o seguinte: até 2009 o manual de referência seguido pelo Banco Central do Brasil para produção das estatísticas da balança de pagamentos e posição

¹⁶⁷ MARCHETTI, Renata Auxiliadora. Capital estrangeiro no Brasil: registro e intervenção do Estado nos contratos privados. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55.

internacional de investimentos era calcada na BPM5¹⁶⁸; em 2009 fora publicada a BPM6¹⁶⁹ que alterou vários conceitos, dentre eles, o registro do chamado investimento reverso, passando-se a ter maior clareza de apreensão e compilação das informações relativas a fluxos bidirecionais entre investidor e investida, por vezes caracterizadas por operações onde a investida (primária) investe de forma reversa em seu investidor – situação comum em operações envolvendo grandes grupos multinacionais.

Assim, reforçamos o nosso entendimento de que parece mais razoável a adoção de um conceito mais amplo tal como o faz agora o Banco Central do Brasil, na linha aqui já colocada no sentido de que é investimento estrangeiro direto a “participação direta de não residente no capital social de sociedade no País, ou outro direito econômico de não residente no País derivado de ato ou contrato sempre que o retorno desse investimento dependa dos resultados do negócio”. Interpretamos, frise-se, a noção de dependência de retorno ao resultado como um interesse em assumir os riscos do negócio, desfrutando, em contrapartida, do ganho correlato a tal risco. A adoção de tal conceito fica mais integrada e clara quando analisamos o texto da Resolução do Banco Central do Brasil 278/2022. A resolução, já em seu artigo 1º, afirma que, com o objetivo de regulamentar a lei 14.286, de 29 de dezembro de 2021, trata dos fluxos e estoques de capitais estrangeiros (gênero) em operações de crédito externo e investimento estrangeiro direto (espécies)¹⁷⁰.

Comparando-se o conceito regulatório de crédito externo e investimento estrangeiro direto, podemos extrair que aquele possui um retorno calcado em definições contratuais – de mútuos, emissões de títulos, financiamentos, antecipação de receita de exportação e arrendamento mercantil – enquanto o investimento estrangeiro direto tem seu retorno em vínculo com a matriz ganho-risco do negócio investido¹⁷¹.

¹⁶⁸ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. BPM5 – Balance of Payments Manual 5th Edition. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman5.htm>. Acesso em: 25 de ago. de 2023.

¹⁶⁹ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. BPM6 – Balance of Payments Manual 6th Edition. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf>. Acesso em 25 de ago. de 2023.

¹⁷⁰ Seu registro, inclusive, é feito em sistemas diversos. O investimento estrangeiro direto é registrado no Sistema de Prestação de Informações de Capital Estrangeiro de Investimento Estrangeiro Direto – SCE-IED. As operações de crédito são registradas no Sistema de Prestação de Informações de Capital Estrangeiro – Crédito Externo – SCE-Crédito.

¹⁷¹ Vale registrar que a referida resolução não alterou o regime de registro do chamado investimento estrangeiro em portfólio no país e portfólio em *depository receipts*, regulados pela Resolução do Conselho Monetário Nacional número 4373/2014, instrução CVM 560/2015 e Circular BACEN 3689/13. Podem ser conceituados como investimentos nos mercados financeiros e de capitais, fundos de investimentos e *depository receipts*.

2.4. A atratividade do Brasil para investidores estrangeiros diretos

Como vimos em tópico anterior, a questão do investimento estrangeiro no Brasil – em especial quanto ao investimento estrangeiro direto – foi em muito tratada no século XX até a redemocratização do país em conjunto com questões outras que conjugavam por vezes as preocupações de uma economia pouco desenvolvida, outras as preocupações com a acumulação de reservas e pressões inflacionárias. Nesse cenário, entendemos que se pode compreender que um dos primeiros movimentos efetivamente concretos que denota uma ação destinada a construção de um viés atrativo ao investimento estrangeiro é o início da implementação de medidas que visavam a retração das restrições quanto a remessa de lucros para o exterior, justamente num cenário de um país onde o mercado propiciava lucros em patamares extremamente interessantes ao capital estrangeiro face à concepção clara de que tal remessa é um dos fatores de fundamental importância para o investidor estrangeiro, devendo ter seu tratamento sopesado ante a variáveis econômicas, mas também políticas.

Luiz Olavo Baptista afirma que:

“A regulamentação do ingresso e saída de capitais estrangeiros e sua implementação são, assim, consequências diretas dos aspectos políticos e econômicos. Varia no curso do tempo, segundo objetivos, a longo e médio prazos, fixados pelo Estado, por via legislativa, e que são objeto de reajustes menores, a curto prazo, pelo órgão de controle ou fiscalizador.”¹⁷²

Vários são os fatores que impulsionam a presença do investimento estrangeiro, podendo ser citadas a estabilidade econômica e política, infraestrutura adequada, razoável burocracia para o estabelecimento e desenvolvimento de atividades produtivas, capacitação de mão de obra, política de mercado sem restrições significativas, ainda que não em áreas consideradas estratégicas, incentivos econômico-financeiros e fiscais, posição geográfica, relevância do mercado consumidor, dentre outros. Assim, parece-nos prudente reconhecer que nenhuma política pública de incentivo ao investimento estrangeiro direto se mostra como a única variável de estímulo, ao contrário, ela performa um importante papel na operação coordenada com diversos outros elementos, sendo ela um relevante, mas não único, aspecto de

¹⁷² BAPTISTA, Luiz Olavo. Os investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 17.

convicção para o investidor. Jaíne Lana, Stephanie Tonn Goulart Moura e Christian Daniel Falaster em artigo publicado na Revista Ibero-Americana de Estratégia apresentarem que resultados da análise de várias políticas indicaram que aquelas “[...] ligadas à estabilização da economia na década de noventa foram as mais importantes para os efeitos positivos sobre o IDE [investimento estrangeiro direto] [...]”.¹⁷³

Tal tema – convicção do investidor para o norte de sua decisão de investimento – fora objeto de estudo de intensa bibliografia, muito mais no campo dos estudos econômicos do que no campo dos estudos jurídicos. Dentre vários autores, relevante obra sobre o tema é o trabalho produzido por John H. Dunning, economista britânico reconhecido pelos seus estudos sobre o investimento estrangeiro direto, onde desenvolve o que acabou sendo cunhado como paradigma OLI, acrônimo que significa propriedade (*ownership*), localização (*location*) e internacionalização (*internalization*). Ressalta Dunning que

“O paradigma eclético procura oferecer um quadro geral para determinar a extensão e o padrão tanto da produção de propriedade estrangeira realizada pelas próprias empresas de um país, como da produção nacional detida ou controlada por empresas estrangeiras. Ao contrário da teoria da internalização, não pretende ser uma teoria das empresas multinacionais per se, mas sim um paradigma que engloba várias explicações sobre as atividades das empresas envolvidas em atividades transfronteiriças de criação de valor (Dunning, 2001a). Também não se trata de uma teoria do investimento direto estrangeiro no sentido lato do termo, uma vez que se preocupa com a produção das empresas detidas por estrangeiros e não com a forma como essa produção é financiada. Ao mesmo tempo, aceita que a propensão das empresas para possuir ativos geradores de rendimento no estrangeiro pode ser influenciada por variáveis financeiras e/ou cambiais. Por último, o paradigma eclético aborda sobretudo questões positivas e não normativas. Prescreve um quadro conceitual para explicar "o que é", e não "o que deveria ser", o nível e a estrutura das atividades de valor estrangeiro das empresas.”¹⁷⁴

¹⁷³ LANA, Jaíne. MOURA, Stephanie Tonn Goulart. FALASTER, Christian Daniel. Políticas públicas e o investimento estrangeiro direto no Brasil. Revista Ibero-Americana de Estratégia. v. 18. n. 2. abr./jun. 2019. p. 273.

¹⁷⁴ No original: “*The eclectic paradigm seeks to offer a general framework for determining the extent and pattern of both foreign-owned production undertaken by a country’s own enterprises, and that of domestic production owned or controlled by foreign enterprises. Unlike internalization theory, it does not purport to be a theory of the MNE per se, but rather a paradigm which encompasses various explanations of the activities of enterprises engaging in cross-border value-adding activities (Dunning, 2001a). Nor is it a theory of foreign direct investment in the Aliber sense of the word, as it is concerned with the foreign-owned output of firms rather than the way that output is financed. At the same time, it accepts that the propensity of firms to own foreign income-generating assets may be influenced by financial and/or exchange rate variables. Finally, the eclectic paradigm addresses itself primarily to positive rather than normative issues. It prescribes a conceptual framework for explaining ‘what is’, rather than ‘what should be’, the level and structure of the foreign value activities of enterprises.*” DUNNING,

Ou seja, o paradigma OLI é um arcabouço de observação da realidade das possíveis determinantes de convencimento do investidor no investimento estrangeiro direto, podendo ser assim desenhado:

Propriedade – a presença de vantagens protetivas dos direitos sobre ativos tangíveis e intangíveis do investidor estrangeiro;

Localização – a presença de vantagens locais e, portanto, próprias do país receptor, como o tamanho do seu mercado produtor (cadeia de fornecimento) e consumidor, os custos de produção (incluindo os relativos à mão de obra, infraestrutura, de natureza tributária e outros fatores de produção);

Internalização – a presença de vantagens para a internalização da empresa, como a possibilidade de reduzir custos provenientes das imperfeições dos mercados locais.

Com assento em tais elementos, Dunning elenca quatro estratégias do investidor estrangeiro direto: (a) exploração de recursos naturais (*natural resources seekers*); (b) exploração de mercados (*market seekers*); (c) exploração de eficiências (*efficiency seekers*); (d) exploração de ativos estratégicos (*strategic asset seekers*)^{175 e 176}. No entanto, como aqui já antes colocado, é inegável que, como também reconhecido por Dunning, é especialmente difícil conceber uma teoria abrangente do quanto é composta a carga de elementos determinantes para o investimento estrangeiro direto, podendo o estudioso do tema tentar identificar fatores mais ou menos determinantes¹⁷⁷, baseados na característica do país de residência do investidor, o setor em que ele atua naquele país, as características políticas e econômica em termos macro e microeconômicos do país receptor, seu mercado de fornecimento e de consumo, bem como vantagens locacionais (geográficas), custos de produção (inclusive financeiros e tributários) e sistema regulatório de direitos e obrigações.

John H. LUNDAN, Sarianna M. Multinational Enterprises and the Global Economy. 2nd ed. Edward Elgar Publishing, 2008. p. 95.

¹⁷⁵ Idem. Ibidem. p. 68-73.

¹⁷⁶ Importante aqui ressaltar que o conceito de “*exploração*” no trabalho de Dunning não pode ser tomado como um conceito negativo de apropriação à exaustão, mas sim no conceito de busca.

¹⁷⁷ Idem. Ibidem. p. 78.

Com esses pontos em mente, já é possível tratar da atratividade do Brasil enquanto país receptor de investimentos estrangeiros diretos e, para tanto, propomos aqui um recorte que tem início na estabilização da moeda brasileira e segue por vinte anos até 2014.

Já no final do século passado, depois de um novo texto constitucional de índole mais nacionalista, a edição da Emenda Constitucional 6/1996, que resulta na equiparação de tratamento da empresa de capital nacional com a empresa de capital estrangeiro, como aqui já tratada, contribuiu para um cenário de maior atratividade do investimento estrangeiro, movimento que há de ser compreendido em combinação com a própria política de privatizações do Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2003) que estimulou a entrada de atores privados – em muitos casos em conjunto direta ou indiretamente com atores estrangeiros – em setores considerados estratégicos e de relevante importância nacional, como o é o setor de mineração e o setor de telecomunicações.

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em trabalho publicado em 1999¹⁷⁸, identificou que a participação do capital estrangeiro nas privatizações brasileiras aumentaram de patamares baixos – 9% (nove por cento) a 4% (quatro por cento) nos anos de 1991 a 1995 – para patamares expressivos, como 20% (vinte por cento) em 1996, alcançando 28% (vinte e oito por cento) em 1997 e 42% (quarenta e dois por cento) em 1998, anos em que foram privatizadas, dentre outras, a Companhia Vale do Rio Doce e o sistema Telebras.

Um dado relevante que se extrai daquele momento é a participação do investidor estrangeiro direto, em vários casos em cooperação com investidores nacionais, na privatização do sistema Telebras, o que se pode perceber da figura abaixo.

¹⁷⁸ SIFFERT FILHO, Nelson Fontes; SILVA, Carla Souza e (Aut.). As grandes empresas nos anos 90: respostas estratégicas a um cenário de mudanças. In: GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Org). A economia brasileira nos anos 90. 1. ed. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999. p. 375-410. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/11335>. Acesso em: 10 de ago. 2023. p. 385.

Figura 1 – Desestatizações no Setor de Telecomunicações (1998)

| <i>Empresa</i> | <i>Valor (US\$ Bilhões)</i> | <i>Compradores (Participação %)</i> | <i>Países (Participação %)</i> |
|--|---------------------------------|---|--|
| Telesp | 4,97 | Telefónica S.A e Subsidiárias: 56,6 Telecom de Portugal: 23 Iberdrola Investimentos: 7 Banco Bilbao Vizcaya: 7 RBS Participações: 6,4 | Espanha: 70,6 Portugal: 23 Brasil: 6,4 |
| Tele Centro-Sul Participações S.A. | 1,77 | Timepart Part. Ltda: 62 Stet International: 19 Techold Part. S.A (Opportunity, Previ e Sistel): 19 | Brasil: 81 Itália: 19 |
| Tele Norte-Leste Participações S.A. | 2,94 | Construtura Andrade Gutierrez: 21,20 Inepar S.A Ind. e Const.: 20 Macal Inv. e Partic. S.A.: 20 Fiago Participações S.A (Funcef): 18,70 Brasileg: 10,05 Cia. de Seguros Aliança: 10,05 | Brasil: 100 |
| Embratel Participações S.A. | 2,27 | MCI International: 100 | Estados Unidos: 100 |
| Telesp Celular | 3,08 | Portelcom Participações (Portugal Telecom) | Portugal: 100 |
| Tele Sudeste Celular Participações S.A. | 1,16 | Telefónica Internacional: 92,98 Iberdrola Investimentos: 6,98 NTT Mobili Communications: 0,02 Itochu Corporation: 0,02 | Espanha: 99,96 Japão: 0,04 |
| Telemig Celular Participações S.A. | 0,65 | Telesystem International Wireless Inc.: 48 Opportunity: 21 Fundos de Pensão (Previ e Sistel): 18 Outros: 13 | Canadá: 48 Brasil: 52 |
| Tele Celular Sul Participações S.A. | 0,60 | UGB Participações (Globopar e Bradesco) Bitel Participações (Stet Mobile Holding N.V.) | Brasil: 50 Itália: 50 |
| Tele Nordeste Celular Participações S.A. | 0,57 | UGB Participações (Globopar/Bradesco) Bitel Participações (Stet Mobile Holding N.V.) | Brasil: 50 Itália: 50 |
| Tele Leste Celular Participações S.A. | 0,37 | Iberdrola Energin S.A. Telefónica Internacional S.A. (Tisa) | Espanha: 100 |
| Tele Centro-Oeste Participações S.A. | 0,38 | Splice | Brasil: 100 |
| Tele Norte Celular Participações S.A. | 0,16 | Telesystem International Wireless Inc.: 48 Opportunity: 21 Fundos de Pensão (Sistel e Previ): 18 Outros: 13 | Canadá: 48 Brasil: 52 |

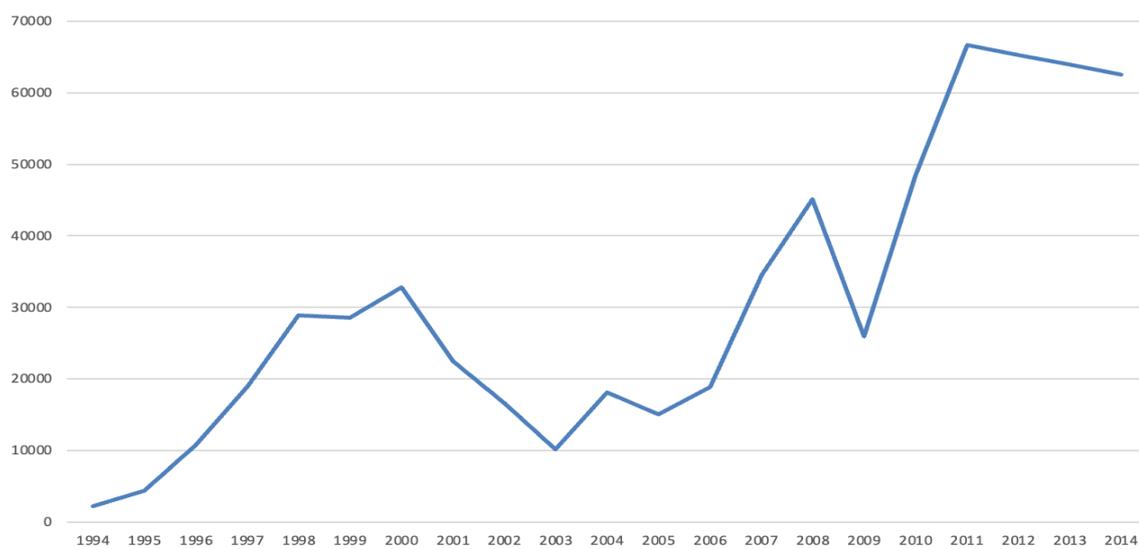
Fonte: SIFFERT FILHO, Nelson Fontes; SILVA, Carla Souza. ¹⁷⁹

Em 1994 o registro de investimento estrangeiro direto foi da ordem de US\$2,150 bilhões, subindo progressivamente ano a ano até os anos 2000, quando registrou a marca de US\$32,779 bilhões, para no ano seguinte iniciar uma série de retrações que vai até 2003, quando atinge o patamar de US\$10,144 bilhões. Em nova curva crescente, o investimento estrangeiro direto no Brasil aumenta significativamente até 2007-2008 quando é altamente afetado pela crise que se inicia nos Estados Unidos e atinge o mundo – entre 2008 e 2009 o investimento

¹⁷⁹ Idem. Ibidem. p. 392.

estrangeiro direto no Brasil chega a se retrair em mais de 40% (quarenta por cento) para depois, em 2009 evoluir em quase 100% (cem por cento), como se pode conferir no gráfico abaixo.

Gráfico 2 - Ingresso de Investimento Estrangeiro Direto 1994-2014



Fonte: Banco Central do Brasil¹⁸⁰

Os picos de desaceleração do investimento estrangeiro direto no gráfico acima coincidem com quatro grandes ciclos de crises mundiais: (a) 1997/1998 – crise dos gigantes asiáticos e do rublo; (b) 2000/2001/2002 – crise das empresas de tecnologia/internet que fora batizada de bolha da internet, ataques terroristas nos Estados Unidos e crise da Argentina que levou o governo daquele país à restrição de retirada de depósitos bancários e suspensão de pagamento da dívida, o que afetou a credibilidade (aumentando a percepção de risco) de países em desenvolvimento; (c) 2008-2009 – crise dos chamados *subprimes* nos Estados Unidos, situação que trouxe grande desconfiança e risco para os mercados mundiais; (d) 2011 – crise econômica na zona do Euro e desaceleração da economia chinesa.

Recentemente, em 2022, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) aponta que a redução de investimentos estrangeiros direto no Brasil a partir de 2017 foi resultado de uma percepção mais cautelosa do investidor estrangeiro sobre a economia brasileira, mas

¹⁸⁰ Dados obtidos com base em resposta à consulta feita com base na Lei de Acesso à Informação, Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011.

também por conta do cenário mundial que ainda se mostrava intranquilo por conta dos eventos da crise de 2008-2009 e 2011¹⁸¹. E é nesse momento que a ação governamental na contribuição para a atração de investimentos deve se revelar mais sensível e atenta.

Infelizmente, o relatório aponta para uma deficiência em ações e políticas públicas atuais para a atração de investimentos estrangeiros. Cita, por exemplo, que no campo das agência de monitoramento e orientação de investimentos – tal como existem nos Estados Unidos, Alemanha, Japão, Canada, dentre outros – o Brasil se mostra carente; o mais próximo que se pode chegar seria o Comitê Nacional de Investimentos (CONINV), que é um colegiado da Câmara de Comercio Exterior (CAMEX), e que possui atribuição – dentre outras – a elaboração de proposta de políticas públicas relacionadas ao investimento estrangeiro direto¹⁸².

As competências do referido comitê são relevantes, mas, de pragmático, muito pouco foi produzido de forma ativa nos últimos anos em termos de clareza quanto à elaboração de “propostas *políticas públicas, diretrizes e ações afetas aos investimentos estrangeiros diretos no País [...]*”, tal como define o Decreto 9.885, de 27 de junho de 2019. Assim, a atratividade do Brasil, hoje, reside muito mais nos demais elementos de decisão do investidor estrangeiro do que em resposta a uma efetiva política de atração de investimentos.

2.5. Breves observações sobre outros regimes

Parece relevante observar a regulação do capital estrangeiro em outros países que, em suas individuais necessidades, relativamente se assemelham mais ao caso brasileiro do que a outros países mais desenvolvidos. Oportuno também incluir os Estados Unidos e a China, seja pelo tamanho de suas economias, seja pela ordinária – nem tanto verdadeira – percepção de, um lado total liberdade com ausência de restrições ao investimento estrangeiro direto, de outro, o contrário.

¹⁸¹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Disponível em https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11503/1/TD_2798_Web.pdf. Consultado em 10 de set. 2023. p. 13.

¹⁸² O Comitê Nacional de Investimentos no âmbito da Câmara de Comércio Exterior é, como dito, um colegiado da CAMEX, essa vinculada ao chefe do Poder Executivo. Esse comitê é composto por Secretários-Executivos de diversos ministérios, se reunindo apenas semestralmente. Atualmente é regulado pelo decreto 9.885, de 27 de junho de 2019. BRASIL. Decreto 9.885, de 27 de junho de 2019. Dispõe sobre o Comitê Nacional de Investimentos no âmbito da Câmara de Comércio Exterior. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2019.

2.5.1. Estados Unidos

Tradicionalmente, os Estados Unidos são vistos como uma nação onde a doutrina liberal encontrou assento de forma consistente, notadamente quanto ao tratamento dos investimentos em geral, no mercado de capitais e produtivos, sejam eles domésticos, sejam eles estrangeiros. Uma burocracia razoavelmente leve, um ambiente de negócios estável e uma economia que, mesmo sujeita a fortes solavancos¹⁸³, mostra-se bem resistente e resiliente. Entretanto, no que tange ao foco na questão do investimento estrangeiro, algumas importantes notas se impõem.

O debate acerca da importância e relevância dos investimentos estrangeiros diretos nos Estados Unidos ganhou maior relevo no plano político¹⁸⁴ apenas na segunda metade dos anos oitenta¹⁸⁵. Esse debate, como ressalta Edward Graham, então professor da Universidade de Columbia e do Massachusetts Institute of Technology (MIT), acaba por opor dois planos conceituais igualmente relevantes:

“Os críticos do investimento estrangeiro direto nos Estados Unidos sustentam que uma grande presença estrangeira na economia americana resulta na perda de "soberania econômica" e representa uma ameaça significativa para a segurança nacional. Os defensores argumentam que o investimento estrangeiro direto cria novos e desejáveis empregos e traz para o país novas tecnologias que podem melhorar a competitividade global das indústrias nacionais. Os defensores também sustentam que, enquanto os Estados Unidos tiverem de financiar um grande déficit da balança de pagamentos em termos corrente, o investimento estrangeiro direto é um meio mais satisfatório de financiar o déficit do que outras alternativas.”¹⁸⁶

¹⁸³ As três principais grandes crises de fundamentos econômicos e mercados dos Estados Unidos da América são: a crise de 1929 que marcou o início da chamada grande depressão; a crise de 1987 que colocou em dúvida os sistemas da Bolsa de Nova Iorque e, por consequência, do mercado de ações americano; e a crise de 2008/2009, a crise dos *subprimes*.

¹⁸⁴ No plano acadêmico, como ressalta Jeffrey Arpan, Edward Flowers e David Ricks, esse interesse é deflagrado nos anos setenta com a publicação de vários artigos e estudos sobre o tema. Os professores da Universidade da Carolina do Norte e da Universidade Saint John analisaram mais de cem artigos publicados na década de setenta e consolidaram seus principais aspectos em artigo publicado no *Journal of International Business Studies*. ARPAN, Jeffrey S., FLOWERS, Edward B., RICKS, David A. Foreign direct investment in the United States: The state of knowledge in research. *Journal of International Business Studies*. v. 12, n. 1. Editado por Palgrave Macmillan Journals. Spring-summer 1981 p. 137-154. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/154423>. Acesso em: 1 de set. 2023.

¹⁸⁵ GRAHAM, Edward M. Foreign direct investment in the United States and U.S. Interests. *Science*, vol. 254. dez/1991. p. 1740.

¹⁸⁶ GRAHAM, Edward M. *Ibidem*. p. 1740. No original: “critics of FDI in the United States maintain that a large foreign presence in the U. S. economy results in loss of “economic sovereignty” and poses significant threats to national security. Proponents argue the FDI creates new and desirable jobs and brings into the nation new

Assim, embora desde o fim da segunda guerra mundial, a política econômica em termos amplos e, em especial, quanto aos investimentos estrangeiros nos e dos Estados Unidos, esteja calcada em princípios fundantes do chamado liberalismo econômico¹⁸⁷, primando pelo tratamento não discriminatório em razão da origem do investidor ou receptor e pelo direito de estabelecimento, o crescente volume de investimento estrangeiro acabou por criar um terreno propício para propostas normativas e de políticas públicas mais restritivas ou, pelo menos, mais arredias em relação ao investimento estrangeiro direto.

Em razão dos movimentos do século passado quanto ao crescimento do capital japonês na economia estadunidense¹⁸⁸ e, depois, das tensões geopolíticas e diplomáticas com a China e até por conta da crescente dimensão da participação chinesa na economia americana¹⁸⁹, o tema dos investimentos estrangeiros diretos nos Estados Unidos foi elevado ao grau de atenção e preocupação, vez que muitos desses investimentos também são, direta ou indiretamente, titularizados por fundos soberanos e empresas estatais de outros países¹⁹⁰. Atenções, portanto, à participação desses atores econômicos em setores como a indústria de defesa e setores críticos como o de energia, passaram a fazer parte fundamental da agenda governamental federal pautando, em especial, ações de cunho regulatório; uma delas, sem sombra de dúvida é a criação do Comitê sobre Investimentos Estrangeiros nos Estados Unidos (conhecido pelo acrônimo CFIUS – Committee on Foreign Investments in the Unites States)¹⁹¹.

Esse novo paradigma de comportamento da percepção política acaba por apontar para um novo comportamento regulatório, esmaecendo as cores do pensamento liberal clássico em

technologies that can improve the global competitiveness of domestic industries. Proponents also maintain that as long as the United States must finance a large balance of payments (BOP) deficit on current account, FDI is a more satisfactory means to finance the deficit than other alternatives.”

¹⁸⁷ Sobre liberalismo, Cf.: MERQUIOR, Jose Guilherme. O liberalismo – antigo e moderno. 3ª ed. São Paulo: É Realizações, 2014. PAIM, Antonio. História do liberalismo brasileiro. São Paulo: LVM Editora. 2018.

¹⁸⁸SILVA, Edna Aparecida da. A política de investimento estrangeiro nos Estados Unidos: Conflito de princípios da reforma do CFIUS. In: Revista tempo do mundo. V.3, n.1. abr/2011. p. 32.

¹⁸⁹ De acordo com tabela preparada pelo Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, Japão e China possuíam, em conjunto, em janeiro de 2023, vinte e cinco por cento dos títulos da dívida detidos por investidores estrangeiros. Disponível em: <https://ticdata.treasury.gov/Publish/mfh.txt>. Acesso em: 8 de set. 2023. Vale o registro que nesse ano de 2023 ambos os países passaram a diminuir gradativamente a posse desses títulos, movimento que no passado, em teoria, causava extremo pânico em alguns analistas.

¹⁹⁰ SILVA, Edna Aparecida da. Idem p. 32.

¹⁹¹ Segundo o próprio comitê, ele é um órgão interagências dos Estados Unidos autorizado a rever certas transações envolvendo investimentos estrangeiros de forma a determinar seus efeitos sobre a segurança nacional. O comitê foi criado em 1975 no governo do presidente Gerald Ford; as preocupações com o investimento estrangeiro direto se mostraram inicialmente mais gerais e de cunho mais consultivo, sendo que, ao longo dos anos oitenta essa preocupação assume uma maior proporção.

contraste com políticas que revelam uma preocupação com a segurança e economia nacional, numa sinalização mais protetiva ou, até mesmo, com certo grau de protecionismo se colocados sob as lentes do liberalismo do pós-guerra. Nesse sentido, tem-se o que pode ser cunhado como um “protecionismo de investimentos”¹⁹² que se assenta em tais preocupações internas que perpassam a questão fundamentalmente da segurança nacional e a eventual dependência de setores considerados estratégicos do investimento estrangeiro direto¹⁹³.

Ainda assim, esse “protecionismo de investimentos” não assume um papel de elemento de isolamento dos Estados Unidos como receptor de investimentos. Ele revela uma maior preocupação se comparado com o pensamento vigente em décadas anteriores aos anos setenta e oitenta, mas não refrata o pragmatismo voltando ao crescimento e maior fortalecimento da sua economia. Tal assertiva repousa em movimentos normativos recentes que, por exemplo, criaram a Lei de Investimento em Infraestrutura e Empregos (conhecida pelo acrônimo IIA – Investment in Infrastructure and Jobs Act), aprovada em novembro de 2021¹⁹⁴. Podem ser citadas, também, a Lei de Redução da Inflação (conhecida pelo acrônimo IRA – Inflation Reduction Act)¹⁹⁵ e a Lei de Incentivo para a Produção de Semicondutores (conhecida pelo acrônimo CHIPS – Creating Helpful Incentives to Produce Semiconductors)¹⁹⁶, através

¹⁹² SILVA, Edna Aparecida da. *Idem* p. 59.

¹⁹³ Como exemplos mais recentes, podemos citar três eventos: (a) em 2018, o Presidente Donald Trump impediu a aquisição de empresa dedicada a fabricação de processadores fundamentalmente usados pela indústria de telecomunicações, depois de a CIFUS se manifestar preocupada com a operação; (b) em 2019, determinação da CIFUS para que a empresa chinesa Beijing Kulun Tech vendesse o aplicativo Grindr, depois de tê-lo adquirido, no mesmo ano, sem que a CIFUS tivesse se pronunciado previamente; (c) em 2022, o Presidente Joe Biden determinou, por meio de ordem executiva, a que a CIFUS fosse rigorosa na análise de transações envolvendo empresas dedicadas, por exemplo, a segurança cibernética, biotecnologia, dentre outras áreas consideradas sensíveis.

¹⁹⁴ Referida norma autoriza o dispêndio de 1,2 trilhões de dólares estadunidenses em projetos de infraestrutura em geral e transportes. Prevê também um dispêndio de quinhentos e cinquenta bilhões de dólares estadunidenses em novos investimentos e programas. Além desses objetivos, a lei também traz importantes dispositivos que regulam a aquisição prioritária de bens e serviços fabricados e originados nos Estados Unidos, buscando estimular a produção local.

¹⁹⁵ O Inflation Reduction Act, aprovado em agosto de 2022, tem por objetivo catalisar investimentos no aumento da capacidade instalada da indústria dos Estados Unidos, focando em energias renováveis e redução de emissões de gases do efeito estufa. O ato também traz importantes medidas de redução do déficit governamental tal como a redefinição de lucros oferecidos à tributação pelas grandes companhias dos Estados Unidos – tais como Fedex, General Electric e Duke Energy – impondo-lhes um regime de taxa mínima de seus lucros contábeis auferidos ao redor do mundo.

¹⁹⁶ De acordo com o comunicado oficial da Casa Branca: “Hoje, o Presidente Biden assinará a lei bipartidária CHIPS and Science Act de 2022, que se baseará neste progresso, fazendo investimentos históricos que irão preparar os trabalhadores, comunidades e empresas dos EUA para vencer a corrida para o século XXI. Reforçará a indústria transformadora americana, as cadeias de abastecimento e a segurança nacional, e investirá em pesquisa e desenvolvimento, ciência e tecnologia e na força de trabalho do futuro para manter os Estados Unidos na liderança das indústrias do futuro, incluindo a nanotecnologia, a energia limpa, a computação quântica e a inteligência artificial. A Lei CHIPS e Ciência faz os investimentos inteligentes para que os americanos possam competir e vencer no futuro. (...) A CHIPS and Science Act impulsionará a investigação, o desenvolvimento e a

das quais pretende-se aumentar a capacidade da economia em setores estratégicos e que, pós pandemia, se mostraram ainda mais críticos.

Um primeiro resultado de tais medidas foi o fato de que anúncios de investidores estrangeiros interessados em disfrutar dos benefícios de tais atos dispararam, principalmente em setores como o de energia e tecnologias limpas e automobilístico^{197 e 198}.

Não que os incentivos governamentais sejam o único aspecto considerado na decisão de investimento, como já aqui dito, mas desempenham papel fundamental, ao lado de circunstâncias como o tamanho e saúde da economia estadunidense, o ambiente de negócios e a situação geopolítica americana. Nesse cenário, parece sim significativo o impacto das políticas governamentais e de incentivos na atração de investimentos estrangeiros diretos, impulsionando o crescimento de setores sensíveis e promovendo o desenvolvimento econômico e a criação de empregos em diversas regiões do país¹⁹⁹.

produção de semicondutores americanos, garantindo a liderança dos EUA na tecnologia que constitui a base de tudo, desde automóveis a eletrodomésticos e sistemas de defesa. Os Estados Unidos inventaram o semicondutor, mas atualmente produzem cerca de 10% da oferta mundial - e nenhum dos chips mais avançados. Em vez disso, dependemos do Leste Asiático para 75% da produção global. A CHIPS and Science Act irá desbloquear centenas de milhares de milhões de dólares adicionais em investimentos do sector privado em semicondutores em todo o país, incluindo a produção essencial para a defesa nacional e sectores críticos.” Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/08/09/fact-sheet-chips-and-science-act-will-lower-costs-create-jobs-strengthen-supply-chains-and-counter-china/>. Acesso em: 28 de ago. 2023.

¹⁹⁷ A sul-coreana Kia declarou que começará sua produção de veículos elétricos em 2024, qualificando-se para usufruir de créditos fiscais criados pela IRA, assim como a compatriota Hyundai que planeja investir mais de cinco bilhões de dólares estadunidenses na Georgia. A japonesa Panasonic, fornecedora de baterias para a Tesla, pretende implantar uma unidade fabril nos Estados Unidos com o investimento de, aproximadamente, quatro bilhões de dólares estadunidenses. Além desses, podem ser citados investimentos gregos já existentes no país e que serão objeto de expansão e da Samsung que, em parceria com empresa local, presente implantar uma fábrica de semicondutores no Texas, investimento estimado em dezessete bilhões de dólares estadunidenses. A taiwanesa TSMC, uma das principais fornecedoras da Apple, pretende investir doze bilhões em planta local, gerando mais de mil empregos diretos. SITE SELECTION MAGAZINE, nov. 2022. Disponível em: <https://siteselection.com/issues/2022/nov/why-foreign-investment-in-the-us-is-surging.cfm>. Acesso em: 4 de set. 2023.

¹⁹⁸ Em relatório produzido pela Reshoring Initiative – uma organização que tem por objetivo auxiliar companhias a concentrar seus investimentos em atividades produtivas locais e não em outras jurisdições – os incentivos governamentais são um fator de extrema relevância para o aquecimento de investimentos de empresas americanas (por vezes investindo no exterior), bem como pela atração de investimento estrangeiro direto. Duas afirmações constantes do referido relatório são importantes: os investimentos em si e o anúncio de novas posições de trabalho correlatas – sendo essas a taxa mais alta registrada. RESHORING INITIATIVE. Reshoring Initiative 2022 data report. Disponível em: https://reshorenw.org/content/pdf/2022_Data_Report.pdf. Acesso em: 4 de set 2023. p. 5, 7 e 12.

¹⁹⁹ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Blog. *United States is world's top destination for foreign direct investment*. Disponível em <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2022/12/07/united-states-is-worlds-top-destination-for-foreign-direct-investment>. Consultado em 4 de set. 2023.

2.5.2. China

Desde a fundação da República Popular da China em 1949, instalou-se uma reputação extremamente negativa relativa à percepção de investimentos estrangeiros naquele país. Chen Bian, Doutor em Direito pela Universidade Erasmus em Roterdã e pesquisador desta universidade com foco em investimentos estrangeiros e, em especial, regulação de investimentos estrangeiros na China, ressalta:

“Existem na literatura inúmeras explicações para este fenômeno, entre as quais se destacam a ideologia comunista, o desrespeito pela proteção da propriedade privada, a campanha anticapitalista a nível nacional e a exclusão do mercado internacional do comércio e do investimento. Consequentemente, quase não existiam empresas com investimento estrangeiro na China.”²⁰⁰

Esse cenário começa a mudar dramaticamente com o que o ocidente passou a chamar de política de portas abertas. Essa política, como descreve Guogang Huan encontrava raízes em importantes fatores:

“Em primeiro lugar, representa uma continuação dos esforços da China para se modernizar "aprendendo com o Ocidente". Estes esforços, iniciados quando a China sofreu crises internas e invasões das potências ocidentais, do Japão e da Rússia em meados do século XIX, visavam reduzir as diferenças de desenvolvimento económico, tecnologia e poder militar entre a China e as potências estrangeiras

[...]

Em segundo lugar, a Revolução Cultural (1966-1976) criou uma atmosfera política interna que tornou possível ao governo pós-Revolução Cultural adotar a política de portas abertas. A Revolução Cultural perturbou o processo de desenvolvimento político e económico da China. Prejudicou gravemente a forma e a autoridade das instituições políticas do país. Provocou uma depressão económica a longo prazo e reduziu o nível de vida da maioria da população. Intensificou também as tensões e os conflitos políticos entre a sociedade e o Estado e minou a ideologia e a legitimidade oficiais.

²⁰⁰ BIAN, Cheng. National security review of foreign investment – A comparative legal analysis of China, the United States and the European Union. London and New York: Routledge, 2020. p. 60. No original: “*Abundant explanations to this phenomenon exist in the literature, among which the prevalent ones are the communist ideology, the disregard of private property protection, the nationwide anti-capitalist campaign, and the exclusion from the international trade and investment market. As a result, there were hardly any foreign invested enterprises in China.*”

Consequentemente, os dirigentes chineses pós-Revolução Cultural sofreram uma forte pressão popular para melhorar o nível de vida e alargar as liberdades individuais.

O fracasso da Revolução Cultural também criou uma base sólida para a nova liderança. Esta liderança, composta em grande parte por aqueles que sobreviveram à Revolução Cultural, é menos ortodoxa e mais pragmática do que a liderança que se sucedeu.

Em terceiro lugar, a evolução política na China após o segundo semestre de 1978, especialmente após o Décimo Segundo Congresso Nacional do Partido Comunista Chinês, no outono de 1982. [...] No plano económico nacional, o governo começou a aprofundar a reforma dos sectores urbano, industrial e comercial, na sequência da bem sucedida reforma agrícola da China. O governo descentralizou o sistema de planeamento e promoveu fortemente o desenvolvimento dos sectores privados, tanto nas zonas urbanas como nas rurais.

A nível microeconómico, o Governo chinês reformou o sistema de gestão e concedeu às empresas maior autonomia para decidirem o que, como e quanto produzir, em resposta à situação do mercado. O governo minimizou o papel da organização partidária e dos quadros políticos nas empresas. Em vez disso, um grande número de técnicos e gestores bem formados foram promovidos a posições-chave.

[...]

Em quarto lugar, a dinâmica do ambiente internacional da China favoreceu a adoção da política de portas abertas. Desde 1971, quando Henry Kissinger fez a sua primeira viagem a Pequim, a estrutura política da região da Ásia-Pacífico tem sofrido mudanças graduais e fundamentais.

[...]

Em quinto e último lugar, a liderança pós-Mao, especialmente desde 1978, quando Deng consolidou o seu poder, adoptou uma abordagem mais racional e realista em relação a Hong Kong e a Taiwan.”²⁰¹

²⁰¹ HUAN, Guocang. China's open door policy, 1978-1984. *Jornal of International Affairs*, winter 1986. v. 39. n. 2. p. 1-18. No original: “First, it represents a continuation of China's efforts to modernize itself by “learning from the West.” These efforts, begun when China suffered internal crises and invasion by Western powers, Japan and Russia in the middle of the nineteenth century, were aimed at narrowing the gaps in economic development, technology and military power between China and foreign powers (...) Second, the Cultural Revolution (1966-1976) created a domestic political atmosphere that made it possible for the post-Cultural -Revolution government to adopt the open-door policy. The Cultural Revolution disrupted the process of China's political and economic development. It greatly damaged the shape and authority of the country's political institutions. It brought a long-term economic depression and reduced the living standard of the majority of the population. It also intensified political tensions and conflicts between society and the state and undermined official ideology and legitimacy. As a result, the post-Cultural-Revolution leadership in China was under strong popular pressure to raise living standards and expand individual freedoms. The failure of the Cultural Revolution also created a solid base for the new leadership. This leadership, largely composed of those who survived the Cultural Revolution, is less orthodox and more pragmatic than the leadership in succeeded. Third, the political development in China after the second

A terceira sessão plenária do décimo primeiro congresso do Partido Comunista Chinês em 1978 coloca a China num curso de reformas de âmbito nacional focada na reconstrução econômica através da política de portas abertas, reforma da economia e estabelecimento de zonas econômicas especiais.²⁰²

Em estudo elaborado em 1998 e publicado nos anos 2000, os professores Leonard K. Cheng e Yum K. Kaw, respectivamente professores do Departamento de Economia da Universidade de Ciência e Tecnologia de Hong Kong e do Departamento de Economia e Finanças da Universidade da Hong Kong, analisando a política de portas abertas da China, pontuam as seguintes determinantes de alocação de investimento estrangeiro direto naquele país: (a) acesso aos mercados regionais e nacional; (b) custo de mão de obra, condições gerais do mercado de trabalho e sindicalização; (c) políticas de estímulo do investimento estrangeiro direto, inclusive tributárias; (d) disponibilidade e qualidade de infraestrutura; (e) economias de escala²⁰³. Percebe-se, como aqui já sustentando, que o estímulo estatal ativo é uma das variáveis, mas não a única considerada.

Pouco à frente, já em 2020, encontramos mais um marco significativo para a China: a implementação da lei de investimento estrangeiro que passava a endereçar, com um viés muito menos hostil, o acesso ao mercado chinês com medidas de facilitação, promoção e proteção, tudo visando a criação de um ambiente ainda mais amigável aos investidores estrangeiros²⁰⁴, com a redução e um melhor gerenciamento das restrições de acesso ao investimento estrangeiro (identificadas em listas negativas), medidas de facilitação da apuração de tributos e seu

half of 1978, especially following the Twelfth National Congress of the Chinese Communist Party in the fall of 1982. (...) In the national economic arena, the government has begun to further its reform of the urban industrial and commercial sectors, following China's successful agricultural reform. The government has decentralized the planning system and strongly promoted the development of private sectors in both urban and rural areas. At the microeconomic level, the Chinese government has reformed the management system and granted enterprises greater autonomy in deciding what, how, and how much to produce in response to the market situation. The government has downplayed the role of party organization and political cadres in enterprises. Instead a large number technicians and well-educated managers have been promoted to key positions. (...) Forth, the dynamics of China's international environment have favored adoption of the open door policy. Since 1971, when Henry Kissinger made his first trip to Beijing, the political structure of the Asia-Pacific region has undergone gradual and fundamental changes. (...) Fifth and finally, the post-Mao leadership, especially since 1978 when Deng consolidated his power, has taken a more rational and realistic approach towards both Hong Kong and Taiwan."

²⁰² BIAN, Cheng. *Ibidem*. p. 61.

²⁰³ KWAN, Yum K. CHENG, Leonard K. *What are the determinants of the location of foreign direct investment? The Chinese experience*. *Journal of International Economics*. v. 51, 2000. p. 379-400. p. 385.

²⁰⁴ A nova lei de investimentos estrangeiros da China foi aprovada pela Segunda Sessão do 13º Congresso Nacional do Povo. Ela passou a substituir, em janeiro de 2020, três outros normativos que tratavam dos investimentos estrangeiros naquele país.

pagamento, facilitação dos mecanismos de entrada e eventual saída do mercado daquele país, expansão de setores sobre os quais havia incentivos para estrangeiros e melhoria dos serviços governamentais para estrangeiros. Mas, um dos grandes pontos é a implementação de um princípio de tratamento nacional para empresas estrangeiras, estabelecendo-se uma igualdade de condições, bem como a proteção da propriedade intelectual.

Muito recentemente, em agosto de 2023, o governo chinês, em mais um movimento de fortalecimento do investimento estrangeiro no país, através do Conselho de Estado, em seus *Pareceres*, divulgou o que pode ser traduzido do original como “Aviso do Conselho de Estado sobre a Otimização Adicional do Ambiente de Investimento Estrangeiro – Opiniões sobre o aumento dos esforços para atrair investimento estrangeiro.”. Nesse comunicado estabelece:

“Guiados pelo Pensamento de Xi Jinping sobre o Socialismo com Características Chinesas para uma Nova Era, implementaremos plenamente o espírito do 20º Congresso Nacional do Partido Comunista da China, aderiremos ao tom geral do trabalho de buscar o progresso, mantendo a estabilidade, plenamente, implementar de forma precisa e abrangente novos conceitos de desenvolvimento, construir um novo padrão de desenvolvimento e promover o desenvolvimento de alta qualidade, coordenar melhor as situações nacionais e internacionais, criar um ambiente de negócios de primeira classe orientado para o mercado, legalizado e internacional, dar pleno desempenho ao meu as vantagens de mercado supergrandes do país, atrair e utilizar o investimento estrangeiro de forma mais vigorosa e eficaz, e promover a abertura de alto nível ao mundo exterior, e contribuir para a construção abrangente de um país socialista moderno.”²⁰⁵

Basicamente o texto se funda nos seguintes alicerces: (a) melhorar a qualidade de utilização do capital estrangeiro através de esforços para introduzir o investimento em áreas-chave como pesquisa e desenvolvimento, biotecnologia, terapia celular, indústria de transformação, educação, economia digital, dentre outros, além da abertura do setor de serviços, redes privadas de internet (com restrição de participação de 50% do capital estrangeiro), serviços e informação e outros serviços de telecomunicações. (b) garantir tratamento nacional para empresas com investimento estrangeiro, notadamente em compras governamentais, permitindo, inclusive, a participação dessas empresa no processo de formulação de normas de regulação, contribuindo para os mesmos; (c) proteger o investimento estrangeiro, com melhora

²⁰⁵ Disponível em https://www.gov.cn/zhengce/content/202308/content_6898048.htm. Acesso em: 11 de set. 2023.

de mecanismos institucionais e, mais especificamente, reforço significativo à proteção da propriedade intelectual; (d) melhora da facilitação operacional do investimento estrangeiro, com medidas mais céleres e efetivas quanto à permanência de trabalhadores estrangeiros, entrada, permanência e saída de executivos estrangeiros, bem como otimizar fiscalizações em empreendimentos estrangeiros, em especial com a diminuição de fiscalizações aleatórias em empreendimentos de baixo risco; (e) aumentar o apoio fiscal e tributário, reforçando as garantias dos fundos de promoção de investimento estrangeiro, estimular o reinvestimento, incentivar o investimento em áreas incentivadas, como, por exemplo, com a aplicação de isenções para a importação de equipamentos para projetos incentivados; (f) melhorar os métodos de promoção do investimento estrangeiro, com a divulgação e promoção do país no exterior.

Um ponto relevante é que o documento também traz a diretriz de avaliação de eficácia de todas as iniciativas, o que demonstra uma preocupação em construir métodos de acompanhamento do sucesso das políticas públicas, possibilitando a sua continuidade, reconstrução ou abolição²⁰⁶.

2.5.3. África do Sul

Os estudos sobre o ambiente mais (ou menos) favorável ao investimento estrangeiro no continente africano partem, em sua grande maioria, de uma análise da África subsaariana enquanto região e, de forma mais focada, na situação da África do Sul enquanto maior economia do continente²⁰⁷.

Uma das análises mais completas foi elaborada por Emmanuel Cleeve em 2008²⁰⁸, conduzindo uma pesquisa envolvendo dezesseis nações do continente africano no período de

²⁰⁶ Otimizar a avaliação da promoção do investimento estrangeiro. Estabelecer e melhorar o sistema de avaliação da eficácia da promoção do investimento estrangeiro, centrar-se na contribuição real do investimento para o desenvolvimento económico e social, evitar a simples utilização de dados estatísticos sobre a escala do investimento e o montante real dos fundos como base para avaliação e recompensa e punir empresas e pessoal relevante e prevenir eficazmente a "injeção de água" na promoção do investimento estrangeiro.

²⁰⁷ Sobre a importância da economia sul-africana para a região, Cf.: RIBEIRO, Elton Jony Jesus; TIBURCIO, James Augusto Pires. A presença económica sul-africana na África: comércio e investimento. IPEA. Boletim de Economia e Política Internacional. n. 4. out./dez. 2010.

²⁰⁸ CLEEVE, Emmanuel. How effective are fiscal incentives to attract FDI to Sub-Saharan Africa?. The Journal of Developing Areas, 2008. p. 135-153. Podem ainda ser citados artigos como ABBAS, SM Ali. KLEMM, Alexander. A partial race to the bottom: corporate tax developments in emerging and developing economies.

1990 a 2000. No que tange especificamente à África do Sul, alguns dos estudos relevantes são aqueles elaborados por Dondashe e Phiri²⁰⁹ e Tuomi (2011)²¹⁰. Desses estudos pode se extrair um signo comum: a discussão sobre a importância da questão dos incentivos fiscais para a atratividade de investimento estrangeiro direto.

James Ike Ugwu, professor do Departamento de Contabilidade e Finanças da Universidade Godfrey Okoye da Nigéria, ao se propor a examinar a eventual relação entre incentivos de natureza fiscal e investimento estrangeiro na África do Sul, identificou elementos que sugerem uma relação positiva, seja pela via de redução de impostos para as empresas, seja pela via de construção de incentivos em caráter geral para atividades produtivas²¹¹, sem, contudo, se desviar para o fato de que tais incentivos de natureza fiscal importam em custos e redução de receitas públicas e que, nesse sentido, devem ser sopesados em termos de seus benefícios, estabelecendo-se um planejamento estratégico quanto a sua implementação.

Nessa linha, há críticas quanto ao manejo desses instrumentos, vez que se enxerga neles uma tônica de distorção do campo do investimento, sem um enfrentamento de fatores de atratividade das nações em desenvolvimento. Krista Tuomi da American University em Washington, DC, chega mesmo a afirmar que os incentivos de natureza fiscal têm influência limitada na decisão das empresas estrangeiras quanto à localização de seus investimentos na África do Sul²¹². Tanto Tuomi quanto outros críticos ao modelo de gasto fiscal para a atratividade de investimentos estrangeiros alertam para a influência de restrições no ambiente de investimento na atração de capital estrangeiro, tais como insegurança política e regulatória, baixa qualificação de mão de obra e infraestrutura precária²¹³.

International Tax and Public Finance, v. 20, n. 4, 2013. p. 596-617. KLEMM, Mr Alexander. Causes, benefits, and risks of business tax incentives. International Monetary Fund, 2009.

²⁰⁹ DONDASHE, N. PHIRI, A. Determinants of FDI in South Africa: do macroeconomic variables matter?. Munich Personal Repec Archive. Paper 83636, 2018. p. 1-27.

²¹⁰ TUOMI, Krista. The Role of the Investment Climate and Tax Incentives in the Foreign Direct Investment Decision: Evidence from South Africa, *Journal of African Business*, 12:1, 133-147, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/15228916.2011.555279>. Acesso em: 1 de set. 2023. p. 142-143.

²¹¹ UGWU, James Ike. Tax incentives and foreign direct investment (FDI): implication for export promotion in Nigeria, Ghana and South Africa, post IFRS adoption. In: *International Journal in Management and Social Science*. v. 6. ed. 9. set./2018. p. 32-36.

²¹² TUOMI, Krista. *Ibidem*. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1080/15228916.2011.555279>. Consultado em 1 de set. 2023. p. 142-143.

²¹³ *Idem*. *Ibidem*. p. 137.

Avaliando-se a competitividade do regime tributário sul-africano para entender sua possível contribuição à relativa escassez de investimento estrangeiro direto no país, os dados coletados na década passada apontam que a África do Sul, com os seus incentivos fiscais limitados e uma taxa nominal de imposto de renda das empresas relativamente elevada, acaba por ter uma política fiscal significativamente mais onerosa do que os demais países em desenvolvimento e, mesmo com incentivos oferecidos, eles mostram pouco convincentes para os investidores internacionais²¹⁴.

A África do Sul, em razão de sua preponderância regional e de características de uma das economias mais industrializadas do continente, depende do investimento estrangeiro direto para sustentar seu crescimento econômico, o que vem sendo um ponto negativo, já que o país vem enfrentando baixas taxas dessa forma de investimento em muito passível de ser atribuída a fatores outros que não apenas a qualidade do incentivo fiscal, tais como as disfunções políticas e a grave desigualdade econômica que acaba por levar a problemas de segurança, capacitação de mão de obra, dentre outros.

No contexto sul-africano, é possível enxergar que, no curto prazo, o uso de incentivos fiscais, desde que concedidos e gerenciados administrativamente de forma transparente e adequada, podem contribuir para a atração do investimento estrangeiro, mas no longo prazo a solução de problemas envolvendo a adequação da infraestrutura, garantias e segurança aos investimentos (seja quanto ao seu ingresso, aplicação e repatriação), incremento da estabilidade político-econômica, capacitação de mão de obra são os fatores que mais contribuirão para consolidar a estabilidade e, portanto, o interesse do investidor estrangeiro direto, sendo os nortes que deve capitanear as políticas públicas voltadas à melhoria do ambiente de investimento.

2.5.4. Índia

Embora o relatório de inverno de 2023 do Banco Mundial sobre a Índia aponte alguns riscos para a economia daquele país – em verdade muito mais riscos globais do que internos, à

²¹⁴ KRANSDORFF, Michael. Tax incentives and Foreign direct investment in South Africa. *Consilience: The Journal of Sustainable Development*. v. 3. ed. 1. 2010. p. 79.

exceção da pressão crescente inflacionária – os sinais de estabilidade e crescimento da economia indiana são, no geral, positivos. Não que o ano de 2023 esteja tão aquecido como os anos anteriores em termos de crescimento do produto interno bruto, mas o suficiente para a consolidação da posição do país como a quinta economia do mundo²¹⁵.

Nirupam Bajpai e Jeffrey D. Sachs, respectivamente Diretor do Programa Indiano e Diretor do Centro para Desenvolvimento Internacional, ambos da Universidade de Harvard, exploraram no início dos anos 2000 os desafios e obstáculos relativos ao investimento direto estrangeiro na Índia, justamente numa sociedade com características gerais normalmente não assemelhadas a países da Europa, China ou mesmo Estados Unidos, mas, como antes dito, com números de extrema relevância no plano de sua economia.

Seu exame identifica dificuldades e aponta variáveis que, ao seu ver, merecem consideração em políticas públicas relacionadas aos investimentos estrangeiros diretos naquele país. São elas: (a) continuidade do processo de liberação econômica, com a remoção de entraves regulatórios, bem como a identificação de setores da economia que são prioritários e que merecem a captação de investimento incentivado; (b) simplificação burocrática, com vistas a um ambiente de negócios mais favorável ao investidor estrangeiro; (c) desenvolvimento de uma política fiscal de incentivo para setores considerados prioritários, redução tarifária e isenções; (d) melhora da infraestrutura e logística, com ganho de eficiência e redução de custos de produção; (e) facilitação das políticas de propriedade de investidores estrangeiros; (f) proteção ao investidor estrangeiro, com garantia de repatriação de lucros, tratamento igualitário ao capital nacional e segurança jurídica; (g) desenvolvimento de parcerias estratégicas, facilitando acesso à cadeias de fornecimento e distribuição, bem como o acesso aos mercados interno e externo, notadamente com o desenvolvimento de políticas sólidas de comércio exterior; (h) investimento em educação e qualificação de mão de obra.

Como se vê, o estudo destaca que, embora as políticas de atração sejam relevantes, a Índia também deve abordar questões mais amplas, como infraestrutura, burocracia e regulamentações. De sua análise concluem:

²¹⁵ WORLD BANK. India Development Update. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099926004032338633/pdf/IDU05899cc410fae104e1708fed09a0345ca6f6c.pdf>. Acesso em: 10 de set. 2023.

“Em todo o mundo, o investimento estrangeiro direto é visto como uma importante fonte de fluxos que não se baseiam em endividamento e é cada vez mais procurado como um veículo para os fluxos de tecnologia e como um meio de criar ligações entre empresas num mundo em que as empresas multinacionais (MNC) operam principalmente com base numa rede de interconexões globais. No atual cenário mundial, é possível à Índia alcançar um crescimento muito dinâmico com base numa indústria transformadora de mão de obra intensiva, que combine a vasta oferta de mão de obra indiana, incluindo mão de obra qualificada de gestão e engenharia, com capital, tecnologia e mercados estrangeiros. Nesta base, as economias da Ásia Oriental atingiram taxas de crescimento consistentemente superiores a 6% ao ano e a China conseguiu um crescimento superior a 10% ao ano na década de 1990. A Malásia, para citar outro exemplo, deixou de ser um exportador de matérias-primas na década de 1970 (com os produtos de base a representarem 80% das exportações) para se tornar um exportador de produtos manufaturados (com os produtos manufaturados, principalmente electrónicos, a representarem 70% das exportações) e com um crescimento do PIB de 8% ao ano. As multinacionais oferecem o capital, o acesso ao mercado internacional e a tecnologia de que a Índia carece, pelo que são vitais para remodelar a Índia como uma economia forte e em rápido crescimento.”²¹⁶

Elton Jony Jesus Ribeiro identifica uma natureza universal na política de atração de investimentos estrangeiros da Índia – com tratamento isonômico entre os investidores estrangeiros, exceto quanto a alguns privilégios garantidos aos residentes no Nepal e no Butão.

A Índia, analisa o citado autor, com base em seu processo de gradual abertura econômica garantiu uma simplificação e flexibilização de regras e procedimentos para os investidores estrangeiros diretos, buscando reduzir as regras de investimentos em três grandes categorias: (a) investimento automático, que se perfaz sem qualquer prévia autorização, apenas registro junto ao banco central indiano (Reserve Bank of India), aplicável à grande maioria dos

²¹⁶ BAJPAI, Nirupam. SACHS, Jeffrey D. *Foreign direct investment in India: Issues and problems*. Harvard Institute for International Development. Harvard University. mar. 2020. p. 4. No original: “All over the world, FDI is seen as an important source of non-debt inflows, and is increasingly being sought as a vehicle for technology flows, and as a means of building inter-firm linkages in a world in which multinational corporations (MNCs) are primarily operating on the basis of a network of global interconnections. In the current global scenario, it is possible for India to achieve very dynamic growth based upon labor-intensive manufacturing, that combines the vast supply of Indian labor, including skilled managerial and engineering labor, with foreign capital, technology, and markets Bajpai and Sachs (1997). On this basis, the East Asian economies have achieved growth rates consistently above 6 percent per year, and China has managed growth in excess of 10 percent per year in the 1990s. Malaysia, to cite another example, has shifted from being a raw-material exporter in the 1970s (with commodities accounting for 80 percent of exports) to a manufacturing exporter (with manufactures, mainly electronics, accounting for 70 percent of exports), and with GDP growth of 8 percent per year. MNCs offer the capital, international market access, and technology that India lacks, and are therefore vital to remolding India as a strong and rapidly growing economy.”

setores da economia; (b) investimento dependente de autorização, hipótese aplicável a alguns setores considerados mais sensíveis onde se requer prévia permissão governamental; (c) setores restritos, aqueles altamente sensíveis e, no conceito indiano, mais aderentes à proteção da segurança e soberania nacional, ou sujeitos a normas culturais locais e regionais, onde o investimento estrangeiro é vedado²¹⁷. Além dessas medidas de agrupamento com objetivo de simplificar o investimento, também foram criadas zonas econômicas especiais, onde são vigentes isenções de impostos incidentes na importação e exportação.

Em resumo, ao longo das últimas duas décadas, o governo indiano tem buscado ampliar a participação de países vizinhos nos investimentos e no intercâmbio econômico, tanto através de privilégios especiais quanto através do fortalecimento das relações bilaterais.

2.5.5. Chile

A OCDE, em sua publicação *FDI Qualities Review of Chile*, de janeiro de 2023, afirma que o Chile registrou nas últimas décadas impressionantes progressos em termos de crescimento econômico e de nível de vida. Entretanto, ressalta que o país enfrenta novos e importantes desafios em matéria de desenvolvimento sustentável e que esses desafios incluem o estímulo do crescimento da produtividade para amparar a melhoria contínua do nível de vida de seus cidadãos, a redução das desigualdades sociais e o combate às alterações climáticas²¹⁸. E continua o referido documento:

“Os protestos sociais de 2019-20 e a pandemia de COVID-19 tornaram estes desafios ainda mais prementes e a sua resolução será crucial para que o Chile se torne uma economia mais próspera, equitativa e resiliente.

Sendo uma pequena economia aberta e rica em recursos naturais, o Chile depende fortemente do comércio e do investimento estrangeiro direto para sustentar o seu crescimento econômico. A importância do investimento estrangeiro direto para a economia chilena tem vindo a

²¹⁷ RIBEIRO, Elton Jony Jesus. As relações de investimento direto entre a Índia e o seu entorno. ALVES, Andre Gustavo de Miranda Pineli (org.). Os BRICS e seus vizinhos: investimento direto estrangeiro. Brasília: IPEA, 2014. p. 237-284.

²¹⁸ OCDE. *FDI qualities review of Chile: Boosting sustainable development and diversification*. jan. 2023. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/98bf1829-en/index.html?itemId=/content/publication/98bf1829-en>. Acesso em: 10 de set. 2023.

aumentar ao longo do tempo, como o demonstra a percentagem crescente da parcela de investimento estrangeiro direto no PIB, que atingirá quase 100% em 2020. No entanto, os fluxos de investimento estrangeiro direto para o Chile diminuíram desde 2012, em linha com a tendência global. Quase 30% do investimento estrangeiro direto está concentrado nas finanças, nas energias renováveis, no comércio e na indústria transformadora de média e baixa tecnologia. Geograficamente, o investimento estrangeiro direto está concentrado nas regiões mineiras de Antofagasta e Atacama e na capital Santiago. Os investidores da Europa (Países Baixos, Reino Unido, Espanha e Itália) e da América do Norte são as principais fontes de investimento estrangeiro direto no Chile. Nos últimos cinco anos, um montante significativo de fluxos de investimento estrangeiro direto veio também da China, embora o investimento estrangeiro direto chinês seja ainda marginal no panorama do investimento estrangeiro direto chileno.

As empresas estrangeiras estabelecidas localmente contribuem significativamente para o desenvolvimento sustentável no Chile. São responsáveis por mais de metade das exportações totais na maioria dos setores, incluindo os setores onde o conhecimento é de demanda intensiva. Além disso, participam amplamente nas cadeias de valor nacionais, uma vez que adquirem os seus fatores de produção principalmente no mercado nacional, em especial junto das pequenas e médias empresas chilenas, e vendem a sua produção principalmente no mercado nacional, em especial às outras pequenas e médias empresas chilenas. Os setores com uma elevada concentração de investimento estrangeiro direto (minas, energia, finanças) são mais produtivos e de capital intensivo, mas contribuem menos para a pesquisa e desenvolvimento e têm um potencial de criação de emprego inferior ao de outros setores. Na maioria dos setores, as empresas estrangeiras são, em média, mais produtivas e participam mais em atividades de pesquisa e desenvolvimento do que as empresas nacionais. Criam também empregos mais bem remunerados e mais qualificados, nomeadamente para as mulheres. As empresas estrangeiras também apoiam a transição do Chile para as energias limpas. São, em média, mais eficientes do ponto de vista energético do que as empresas chilenas e investem consideravelmente em energias renováveis (cerca de 90% do investimento estrangeiro direto no setor da energia destina-se a energias renováveis). A contribuição positiva do investimento estrangeiro direto para o desenvolvimento sustentável sugere que as empresas estrangeiras podem desempenhar um papel importante para ajudar o Chile a diversificar a sua economia e a tornar-se uma economia de conhecimento intensivo”²¹⁹.

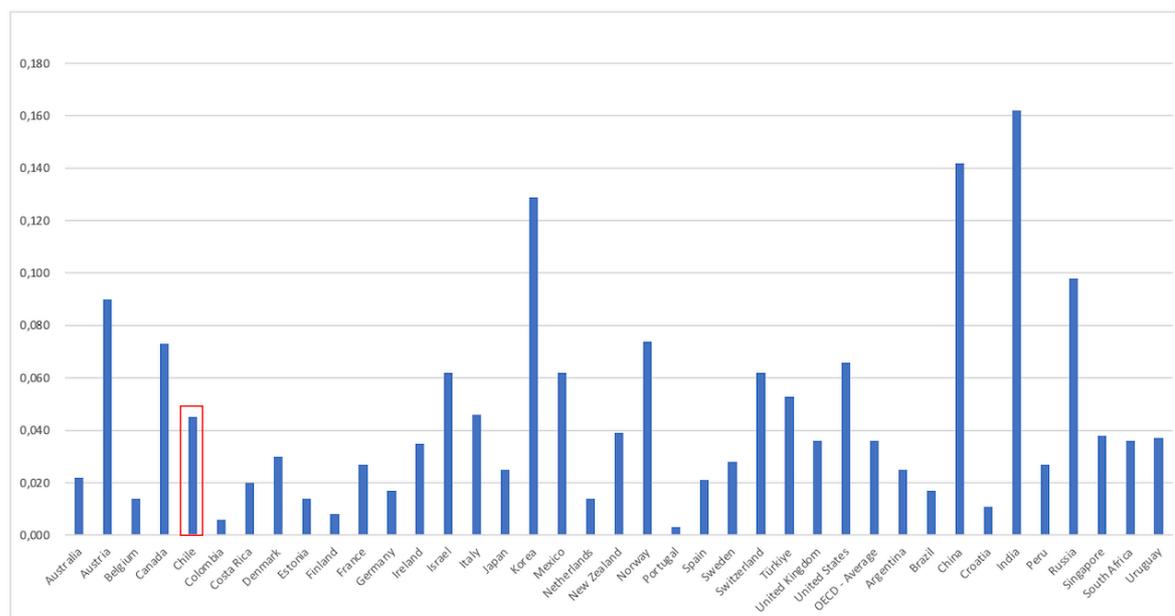
²¹⁹ Idem. Ibidem. p. 8 No original: “*The 2019-20 social protest and the COVID-19 pandemic have made these challenges yet more pressing and addressing them will be crucial for Chile to become a more prosperous, equitable and resilient economy. As a small, open economy rich in natural resources, Chile relies heavily on trade and FDI to sustain its economic growth. The importance of FDI for the Chilean economy has increased over time, as evidenced by the growing share of inward FDI stock in GDP, reaching almost 100% in 2020. However, FDI flows to Chile have decreased since 2012, in line with the global trend. Almost 30% of FDI stock is concentrated in finance, renewable energy, trade and medium- and low-tech manufacturing. Geographically, FDI is*

Com fundamentos macroeconômicos sólidos, a segurança jurídica e a estabilidade político-econômica das últimas décadas, o Chile se apresenta com um país receptor de investimento estrangeiro direto dos mais competitivos, muitas vezes apontado com um dos mais robustos na América Latina e Caribe²²⁰. Ainda existem algumas restrições normativas ao investimento estrangeiro direto, mas o país continua a figurar como interessante opção os investidores quando se compara esse arcabouço regulatório, setor a setor, como o de outros países, como por exemplo, aqueles integrantes da OCDE e outros não integrantes como pode-se ver do gráfico que se segue:

concentrated in the mining-rich regions of Antofagasta and Atacama and in the capital Santiago. Investors from Europe (the Netherlands, the United Kingdom, Spain and Italy) and North America are the main sources of FDI in Chile. Over the past five years, a significant amount of FDI flows have also come from China, although Chinese FDI is still marginal in the Chilean FDI landscape. Foreign firms established locally contribute significantly to sustainable development in Chile. They are responsible for more than half of total exports in most sectors, including knowledge-intensive sectors. Moreover, they participate extensively in domestic value chains, as they source their inputs mainly from the domestic market, especially from Chilean SMEs, and sell their production mainly in the domestic market, especially to Chilean SMEs. Sectors with a high concentration of FDI (mining, energy, finance) are more productive and capital-intensive, but contribute less to R&D and have lower job creation potential than other sectors. In most sectors, foreign firms are, on average, more productive and engage more in R&D activities than domestic firms. They also create better paid and higher skilled jobs, including for women. Foreign companies also support Chile's transition to clean energy. They are on average more energy-efficient than Chilean companies and invest considerably in renewable energy (around 90% of FDI in the energy sector goes to renewable energy). The positive contribution of FDI to sustainable development suggests that foreign firms can play an important role in helping Chile diversify its economy and become a knowledge-intensive economy."

²²⁰ Ressalta o relatório de 2023 da CEPAL: "Chile received the third largest amount of FDI in 2022, US\$ 20.865 billion, which was 31% higher than inflows in 2021 and the biggest amount received in the last seven years. Reinvested earnings were the largest component (52% of the total), reflecting a 138% increase. Equity income declined (by 19%) and accounted for 42% of the total, while intercompany loans also grew, but accounted for a small share (6%)". UNITED NATIONS. CEPAL. Foreign direct investment in Latin America and the Caribbean. 2023. P. 57. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/fd2ce029-2846-4900-a0e6-14818f6191b3/content>. Acesso em: 10 de set 2023.

Gráfico 3 – Índice de restrições ao investimento estrangeiro direto



Fonte: OCDE (2022)²²¹.

As políticas chilenas voltadas ao investimento estrangeiro direto são, de uma forma geral, não ou pouco discriminatórias²²², recebendo os investidores e seus projetos o mesmo tratamento destinado aos nacionais, não havendo, portanto, em regra, tratamento menos favorável ao investimento estrangeiro direto, exceto em setores considerados estratégicos como os de pesca e transporte, enquanto autorização específica é exigida para investir na exploração de hidrocarbonetos, mineração e produção de energia nuclear.

Para enfrentar os desafios antes citados e históricos, o Governo do Chile apresentou, em janeiro de 2023, o que chamou de Agenda de Produtividade, programa que tem como objetivo central um aumento anual de 1,5% de produtividade da economia chilena, não somente porque é fundamental para toda a economia funcionar da forma mais eficiente possível, mas também porque tal aumento constitui o caminho mais efetivo para impulsionar o crescimento

²²¹ Gráfico elaborado pelo autor com base em dados da OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/investment/fdiindex.htm>. Acesso em 10 de set de 2023.

²²² A Lei nº 20.848 cria um estatuto do investimento estrangeiro no Chile, fixando um regime de ampla liberdade para o investidor estrangeiro. O artigo 9º da referida lei estabelece o princípio de não discriminação arbitrária, afirmando que os investidores estrangeiros estão sujeitos estrangeiros ao mesmo regime jurídico aplicável aos nacionais. Ambos devem cumprir as disposições contidas na legislação chilena e as condições específicas estabelecidas para cada setor econômico. Portanto, não há restrições ou limitações gerais para o IED. CHILE. *Ley 20.848, de 25 de jun. 2015. Establece marco para la inversión extranjera directa em Chile y crea la institucionalidade respectiva.* Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1078789>. Acesso em: 10 de set. 2023.

econômico como um todo, o que nos últimos anos, conforme a proposta classifica, fora não menos que debilitado²²³. Sobre a questão da diversificação da economia chilena, o referido programa afirma:

“Os diagnósticos mais recentes a respeito dessa deterioração sistemática da produtividade no Chile assinalam a existência de uma base exportadora que não logrou êxito em se diversificar de uma forma eficiente e que permanece concentrada em recursos naturais. Também aponta para desafios regulatórios que dificultam novos investimentos e atrasos na adoção de novas tecnologias. Ao nível das empresas, esta deterioração manifesta-se especificamente em deficiências na destinação de recursos entre as empresas estabelecidas ou participantes, e não na presença de uma dinâmica não virtuosa de entrada e saída dessas empresas do mercado.”²²⁴

Para atingir tal objetivo, a Agenda de Produtividade propõe a adoção de mais de quarenta medidas focadas nos aspectos que, ao julgamento do atual governo, são identificados como causas da deterioração produtiva, fazendo uma análise crítica quanto a diversos pontos da economia chilena. Um dos pontos que ressalta, por exemplo, é a crítica à ausência de empresas estrangeiras na navegação de cabotagem o que, segundo o programa, tornou o mercado pouco competitivo, com alto índices de concentração, formado por processos logísticos ineficientes e, portanto, maiores custos ao consumidor final²²⁵.

Uma outra medida é a exploração das competências de uma agência de desenvolvimento econômico criada, em verdade, no final da década de trinta, pelo governo radical de Pedro Cerda, denominada *Corporación de Fomento de la Producción* (CORFO)²²⁶

²²³ CHILE. *Ministerio de Hacienda. Agenda de productividad – Enero 2023*. Disponível em: <https://cms.hacienda.cl/hacienda/assets/documento/descargar/8f483ec6b3d36/1674819313>. Acesso em: 12 de set. 2023. p.3.

²²⁴ “*Los diagnósticos más recientes respecto de este deterioro sistemático de la productividad en Chile señalan la existencia de una base exportadora que no ha logrado diversificarse en forma eficiente y que permanece altamente concentrada en recursos naturales. También se apunta a desafíos regulatorios que entaban el desarrollo de nuevas inversiones y rezagos en la adopción de nuevas tecnologías. A nivel de firmas, este deterioro se manifiesta específicamente en deficiencias en la asignación de recursos entre empresas incumbentes o partícipes, más que en la presencia de una dinámica no virtuosa de ingreso y salida de dichas firmas de los mercados*”. Idem. Ibidem. p. 3.

²²⁵ Idem. Ibidem. p. 6.

²²⁶ Em geral a CORFO teve como objetivos em sua criação a formulação de um plano geral de fomento da produção nacional destinado a elevar o nível de vida da população mediante o aproveitamento de recursos naturais do país e a diminuição dos custos de produção e melhores a situação da balança de pagamentos internacionais, buscando, ainda, proporcionalizar o desenvolvimento das atividades de mineração, agricultura, indústria e comércio. Ainda tem como objetivo a colaboração com as entidades de fomento fiscal, “quase fiscais” ou privadas. CHILE. Ley 6334 de 29 de abr. 1939. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25373&idParte=>. Acesso em: 10 de set. 2023.

– agência que tem por objetivo geral apoiar empreendimentos, a inovação e a competitividade, fortalecendo o capital humano e capacidades tecnológicas, com o foco em construir uma sociedade de mais e melhores oportunidades, contribuindo para o desenvolvimento econômico do país^{227 e 228}.

Recentemente, em agosto de 2023, a agência lançou um programa que permite que investidores estrangeiros participem de fundos de *venture capital* chilenos que operam com apoio estatal, fundos que a CORFO estimula desde finais dos anos noventa; como explica o novo programa, trata-se de uma nova iniciativa da CORFO para atrair capitais estrangeiros que potencializem a indústria chilena de capital de risco.

Roy C. Nelson, professor da Universidade Estadual do Arizona, em sua detalhada análise sobre a CORFO²²⁹ identifica que a agência experimentou no passado um grande insucesso em sua atuação que acabou redundando em uma virada na sua estratégia de ação²³⁰. Tal situação fez com que procedimentos e estratégias fossem revistos de forma que o revés se convertesse em aprendizado. Essa mudança de estratégia passa pelo desenvolvimento de parcerias com atores privados, com o meio acadêmico, sejam nacionais, sejam estrangeiros, fazendo com que, com essa abordagem mais moderna e o contexto de mercado livre chileno, se identifique com maior precisão as necessidades dos investidores estrangeiros – normalmente necessidades que se alteram de forma constante²³¹. A agência construiu uma rede estratégica transnacional que desempenhou um papel crucial na identificação de setores promissores e na atração de investimentos estrangeiros.

²²⁷ Disponível em <https://www.corfo.cl/sites/cpp/movil/quienessomos>. Consultado em 10 de set. 2023.

²²⁸ CHILE. Ley 6.640 de 28 de abr. de 1939. *Crea las corporaciones de reconstrucción y auxilio y fomento de la producción*. Disponível em <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25337&idVersion=1939-04-29>. Consultado em 10 de set. 2023.

²²⁹ NELSON, Roy C. *Competing for Foreign Direct Investment: Efforts to Promote Nontraditional FDI in Costa Rica, Brazil, and Chile. Studies in comparative international development* 40. 2005.p. 3-28. Disponível em <https://doi.org/10.1007/BF02686297>. Consultado em 10 de set. 2023.

²³⁰ Roy Nelson destaca que “depois que a decisão da Intel de investir na Costa Rica foi anunciada publicamente em 1996, muitas outras empresas de alta tecnologia começaram a investir na Costa Rica. Esse grande investimento de uma empresa de tão alto nível e prestígio serviu como um investimento âncora que colocou a Costa Rica no mapa como um local potencialmente atraente para outras empresas de alta tecnologia. Embora a CINDE [coalisão costarricense de iniciativas de investimentos] tenha continuado a se concentrar nas empresas de eletrônicos, sua equipe com experiência internacional, sintonizada com as tendências globais, também reconheceu que a Costa Rica tinha potencial para atrair investimento estrangeiro direto nas áreas não tradicionais de rápido crescimento de dispositivos médicos, serviços compartilhados e *call centers*.”. Idem. Ibidem. p. 14.

²³¹ Idem. *Transnational Strategic Networks and Policymaking in Chile: CORFO's High Technology Investment Promotion Program. Latin American Politics and Society* 49, no. 2, (2007). pp. 149–181. p. 169. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4490526>. Acesso em: 10 de set. 2023.

Em 2019, o Chile foi palco de fortes manifestações sociais em razão dos níveis de desigualdade que o país enfrenta, o que de certa forma contribuiu para um questionamento do sucesso na condução das políticas econômicas do país e, ainda, pode levar a um certo desconforto do investidor estrangeiro. Vale registro, no entanto, que mesmo a visão por vezes eivada de algum pré-conceito do Departamento de Estado do Governo dos Estados Unidos, enxerga-se a situação com certa cautela²³², principalmente quando aos desdobramentos pós-protestos de 2019, o anunciado plebiscito para a discussão e aprovação de uma nova Constituição, a eleição dos representantes populares para essa nova Assembleia Constituinte e, por fim, a aprovação do novo texto, mas sua rejeição em novo plebiscito pelo povo chileno²³³.

²³² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Department of State. 2022 Investment Climate Statements: Chile*. Disponível em: <https://www.state.gov/reports/2022-investment-climate-statements/chile/>. Consultado em: 10 de set. 2023.

²³³ Uma nova Constituição chilena – capaz de virar a página dessa certa instabilidade política pós-2019 – era esperada para dezembro de 2023. Entretanto, em 17 de dezembro de 2023, a população, convocada em plebiscito, mais uma vez rejeitou a nova constituição. Na prática, permanece o texto vigente desde a ditadura do General Augusto Pinochet.

3. A Atração de Investimentos Estrangeiros Diretos

Com os elementos até aqui enfrentados, é hora de direcionar o exame proposto para outro prisma: as questões jurídicas que envolvem as ações do Estado voltadas à consecução de determinados fins, em especial para o tema de estudo, a atração de investimentos estrangeiros diretos, mormente por meio de medidas de estímulo econômico-financeiro que são uma constante em diversos países²³⁴.

Mostra-se pertinente que sejam construídas fundações básicas para tal exame, tal como o conceito de políticas públicas, as ações/intervenções de Estado, bem como seus fundamentos jurídicos, notadamente constitucionais, seu arcabouço e limites.

3.1. Políticas públicas

Antes se aportar no exame específico da atração de investimentos estrangeiros diretos, investigar sua necessidade, conveniência e como e quais ações podem (se podem) se destinar a tanto, parece-nos fundamental compreender o conceito de política pública e sua natureza jurídico-política.

É fato, como aqui já colocado, que o Estado desempenha um papel relevante no contexto das relações econômicas, podendo aqui ser reconhecido como uma de suas funções²³⁵ o planejamento e execução de políticas públicas, bem como o seu viés de fomentador e garantidor de um ambiente de negócios favorável para todos os atores, inclusive e nomeadamente os atores privados, garantido a previsibilidade e segurança, elementos que

²³⁴ ELALI, Andre. Incentivos fiscais internacionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 41.

²³⁵ O professor português Jorge Miranda, em seu artigo “Funções do Estado”, ressalta que a expressão usada no título pode revelar dois sentidos possíveis: de tarefa ou incumbência, ou como atividade com características próprias, modo de o poder político se projetar em ação. Quanto ao segundo aspecto, ressalta que “entronca nos atos e atividades que o Estado constantemente, repetida e repetidamente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e o conformam; define-se através das estruturas e das formas desses atos e atividades; e revela-se indissociável da pluralidade de processos, de sujeitos e de resultado de toda a dinâmica jurídico-pública.” Tudo, na dimensão da função administrativa, onde repousam grande parte das políticas públicas, “atribuindo ao governo a execução das leis, a direção, a superintendência e a tutela, respectivamente, da administração direta, indireta e autônoma e a prática de todos os atos e tomada de todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento econômico-social e à satisfação das necessidades coletivas.” MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. Revista de Direito Administrativo. [s.l.], v. 189. pp. 85-99, 1992. pp. 85-86. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v189.1992.45284>. Acessado em: 28 set. 2023.

estimulam a atividade privada²³⁶. Vimos, em capítulo anterior, que o Direito Econômico se ocupa do estudo dessa intervenção, seja no que tange sua programação, seja no que tange sua execução²³⁷.

O ponto é que, para além da necessária dimensão normativa que se revela na elaboração de leis e normas que acabam por materializar tal intervenção, há uma dimensão material pragmática, que se revela na efetivação (implementação) de programas e ações de Estado voltada ao atendimento das necessidades públicas²³⁸. Decotando o quanto dito: enxerga-se, portanto, sob o prisma de fenomenologia jurídica, (a) uma dimensão normativa e (b) uma dimensão administrativa-pragmática; em qualquer dessas dimensões, há um foco estrito na consecução dos objetivos de Estado para o atendimento das necessidades públicas, como há em toda sua essência e justificação²³⁹. O Estado, portanto, atua como um pacificador, regulador e

²³⁶ PAIVA, Paulo. In: MENDES, Gilmar. PAIVA, Paulo. Políticas públicas no Brasil. Uma abordagem institucional. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 79-80.

²³⁷ Confira-se, sobre o tema, o capítulo 1.3. Diálogo entre Direito e Economia. Economia Política, Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário. e 1.4. Direito Econômico – Constitucionalização.

²³⁸ Como coloca Marcus Abraham, “Ao se pretender identificar quais gastos públicos são fundamentais a serem previstos e devidamente executados no orçamento público, conceito essencial a ser conhecido é das necessidades públicas. [...] Desta forma, quando uma sociedade toma para si o encargo de custear > determinada necessidade humana, às expensas dos recursos públicas, isto significa que aquela sociedade se compromete politicamente a, no todo ou em parte, suprir aquela necessidade de todos os cidadãos ou grupos determinados de cidadãos. A via para estabelecer e perenizar assunção de responsabilidades (e o nível em que se dará) é a norma que estatui de forma clara o compromisso daquela sociedade com o atendimento daquela necessidade humana concreta escolhida.” Em seu raciocínio, a necessidade pública é uma necessidade humana sobre a qual se apropria (pela via da escolha) o Estado na busca de sua satisfação, sendo antes um conceito político para posteriormente, com a assunção da responsabilidade, nortear as normas jurídicas que lhe darão tratamento. A escolha inegavelmente tem ínsita critérios de ordem ideológico-políticos, além de, obviamente, considerações de caráter econômico. ABRAHAM, Marcus. Teoria dos gastos fundamentais: orçamento público impositivo – da elaboração à execução. São Paulo: Almedina, 2021. p. 60-61.

²³⁹ “Desde quando os juristas passaram a tomar conta do problema Estado, o Estado tem sido definido através de três elementos constitutivos: o povo, o território e a soberania (conceito jurídico excelência, elaborado por legistas e universalmente aceito pelos escritores de direito público). Para citar uma definição corrente e autorizada, o Estado é “um ordenamento jurídico destinado a exercer o poder soberano sobre um dado território, ao qual estão necessariamente subordinados os sujeitos a ele pertencentes [Mortati, 1969, p. 23]. Na rigorosa redução que Kelsen do Estado a ordenamento jurídico, o poder soberano torna-se poder de criar e aplicar direito (ou seja, normas vinculatórias) num território e para um povo, poder que recebe sua validade da norma fundamental e da capacidade de se fazer valer recorrendo inclusive, em última instância, à força, e portanto do fato de ser não somente legítimo mas também eficaz (legitimidade e eficácia referenciam-se urna à outra); [...] Definições deste gênero prescindem completamente do fim ou dos fins do Estado. Para Weber, “não é possível definir um agrupamento ou associação política – nem sequer o ‘Estado’ – indicando os fins de sua ação como associação. Não há nenhum fim, do esforço para garantir o sustento à proteção da arte, que ocasionalmente não tenha sido perseguido pelas associações políticas; e não há nenhum fim, da garantia da segurança pessoal à determinação do direito, que tenha sido perseguido por todas elas” [1908-20, trad. it. I, p.53-540]. Com a terminologia de Kelsen, o Estado enquanto ordenamento coativo é uma técnica de organização social: enquanto tal, isto é, enquanto técnica, ou conjunto de meios objetivo, pode ser empregado para os fins mais diversos. [...] Definição formal e concepção instrumental do Estado alimentam-se reciprocamente. Do ponto de vista de uma definição formal e instrumental, condição necessária e suficiente para que exista um Estado é que sobre um determinado território se tenha formado um poder em condição de tomar decisões e emanar os comandos correspondentes, vinculatórios para todos aqueles que vivem naquele território e efetivamente cumpridos pela grande maioria dos destinatários na maior parte dos

indutor, atividades que se orientam pelo desejo de estabilidade social e desenvolvimento, valendo aqui a referência à apreensão do conceito de políticas públicas de Allan Gustavo Freire da Silva:

“As políticas públicas podem ser entendidas como a maneira pela qual o Estado atua para amenizar os conflitos e desigualdades sociais. Elas são desenhadas a partir do relacionamento e dos interesses existentes entre várias camadas da sociedade. Nesse processo, os atores políticos possuem importante participação para a focalização e destinação de recursos públicos para determinada política pública. Além disso, é importante salientar que a implementação das políticas públicas nas sociedades capitalistas também está sujeita a interferência de cenários macroeconômicos de crise ou estabilidade.”²⁴⁰

[...]

O termo Políticas Públicas pode ser expresso a partir da caracterização dada por Rodrigues (2010), ao afirmar é o processo em que diversos grupos, cujos interesses divergem, tomam decisões coletivas que direcionam a sociedade. Sobre isso, Souza (2006, p. 25) expressa que “as políticas públicas repercutem na economia e nas sociedades, daí por que qualquer teoria da política pública precisa também explicar as inter-relações entre Estado, política, economia e sociedade”²⁴¹.

Como ressalta a professora Maria Paula Dallari Bucci, o tema da conceituação e apreensão das políticas públicas no âmbito do Direito – em especial no direito administrativo – é complexo e relativamente novo, eis que vem sendo digno de maior atenção pela doutrina há pouco mais de quarenta anos. Essa complexidade, tal como ressalta, deriva fundamentalmente do fato de que o exame pelo Direito carece de maiores ferramentas adequadas a temas originários do universo de preocupações da teoria política²⁴².

As necessidades a serem atendidas pelas políticas públicas (assim entendidas como ações e programas) são aquelas delineadas ou fixadas constitucionalmente e na legislação infraconstitucional, tal como o faz a Constituição Federal de 1988 que, como constituição rígida

casos em que a obediência é requisitada.”. BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. Fragmentos de um dicionário político. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 2017. pp. 123-124.

²⁴⁰ SILVA, Gustavo Freire da. [et. al]. A relação entre Estado e políticas públicas: uma análise teórica sobre o caso brasileiro. Revista Debates. Porto Alegre, v. 11, n. 1. jan./abr. 2017. pp. 26-27.

²⁴¹ Idem. Ibidem. p. 32.

²⁴² BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. Revista de informação legislativa. Brasília, a. 34, n. 133, jan./mar., 1997. p. 89.

que é²⁴³, elege em seu texto fundamental necessidades básicas e ainda trabalha com o conceito de necessidade inegociável, o que no plano constitucional os autores mais abalizados identificam nas chamadas cláusulas pétreas²⁴⁴. Como bem ressalta Ana Paula de Barcellos:

“As atividades legislativa e jurisdicional envolvem, por natural, a aplicação da Constituição e o cumprimento de suas normas. O legislador cuida de disciplinar os temas mais variados de acordo com os princípios constitucionais. [...]

Nesse contexto compete à Administração Pública efetivar os comandos contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como ‘políticas públicas’. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelos qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos

Na realidade, o conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer. Dependendo das escolhas formuladas em concreto pelo Poder Público,

²⁴³ A classificação de uma constituição como rígida é refém de uma ideia da complexidade de seu processo de alteração. Um complexo processo de emenda à constituição em comparação com o processo de alteração da legislação infraconstitucional denota a rigidez da constituição. “Na célebre classificação de Lord Bryce as Constituições são rígidas ou flexíveis. Rígidas, as que não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias. Demandam um processo de reforma mais complicado e solene. Quase todos os Estados modernos aderem a essa forma de Constituição, nomeadamente os do espaço atlântico. Variável, porém, é o grau de rigidez apresentado. Certos autores chegam até a falar em Constituições rígidas e semi-rígidas. Constituições flexíveis são aquelas que não exigem nenhum requisito especial de reforma.”. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 65-66. Entretanto, sem prejuízo de, normativamente, a Constituição de 1988 apresentar um processo mais complexo de alteração se comparado ao da legislação infraconstitucional, é fato que, desde 1988 – ou seja, num curso de trinta e cinco anos de vida – a Constituição de 1988 já foi emendada 129 vezes, ou seja, uma média de quase quatro emendas por ano de vigência.

²⁴⁴ A ideia de cláusula pétrea de uma constituição está ligada ao estabelecimento de normas que, dada sua relevância, ficam protegidas até mesmo do processo de alteração (emenda) à constituição. Traduzem um núcleo imutável do texto, dada a natureza de sua importância para a higidez do sistema. JJ. Gomes Canotilho ensina que “existem, efectivamente, limites ao poder de revisão, pois algumas normas da constituição não podem ser objecto de revisão.”, entendendo que tais normas são o cerne da constituição e, por isso, não podem ser revistas. CANOTILHO, JJ Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3ª ed.. Coimbra: Almedina, 1999. p. 994.

a cada ano, esses fins poderão ser mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente, ou poderão mesmo o chegar sequer a avançar minimamente. A questão merece ainda três observações adicionais.

[...].

Nada obstante, quando a Constituição consagra cláusulas pétreas – que, na Carta de 1988, incluem os direitos fundamentais (CF, art. 60, § 4º, IV) –, nada há que o poder político ordinário possa fazer acerca de tais normas, salvo submeter-se. Com efeito, na visão substancialista referida acima, esse conjunto de normas constitucionais imodificáveis constitui justamente um núcleo mínimo de decisões que deve ser observado por qualquer grupo político no poder, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais. Mesmo sob a ótica procedimentalista, a promoção de tais direitos é condição prévia indispensável ao funcionamento do processo de deliberação democrático.

O que se acaba de afirmar-se – e essa é a segunda observação – não significa que não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis. Muito ao revés. Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral. A definição dos gastos públicos é, por certo um momento típico da deliberação político-majoritária: salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais.

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo. E com isto chega-se à última observação a fazer neste ponto.

[...]

Nesse sentido, a liberdade do titular de um mandato político simplesmente não justifica ou autoriza decisões idiossincráticas, comprovadamente ineficientes ou simplesmente sem sentido. Assim, além da vinculação específica aos fins prioritários contidos no texto constitucional, a definição das políticas públicas e, conseqüentemente,

do destino a ser dado aos recursos públicos, sofre uma limitação jurídica genérica que decorre do próprio Estado republicano.”²⁴⁵

Eros Roberto Grau, de forma bastante incisiva, manifesta sua percepção sobre a imperiosa integração das disposições constitucionais que, para alguns, acabam por funcionar como definidoras de um ponto cardeal a ser observado – quase que meras sugestões:

“A verdade é que, na atribuição de caráter meramente programático a determinadas disposições constitucionais, o que se pretende é transformá-las em estereótipos ou meros termos de efeito. Karl Loewenstein, entusiasta do Estado Novo Brasileiro, não deixou por menos e, com uma franqueza estarrecedora, afirmou que os direitos fundamentais não são “direitos no sentido jurídico”, visto que não podem ser exigidos judicialmente do Estado senão quando tenham sido institucionalizados por uma ação estatal. E, mais, que “nos Estados avançados tecnicamente, uma grande parte da filosofia dos direitos sociais e econômicos se tornou concreta na legislação positiva. De outra parte, estes direitos permanecem freqüentemente, em muitos países subdesenvolvidos. – e permanecem durante longo tempo – como meros planos nominais para o futuro, até que as condições sócio-econômicas da sociedade permitam sua aplicação. Mas ainda ali onde os direitos sociais têm que esperar até que ocorram os requisitos de sua realização, cumprem um objetivo: para os detentores do poder são o estímulo que os impelirá a sua realização e para os destinatários do poder significarão a esperança de que um dia vem a ser realizados.

[...]

A Constituição promete, mas as promessas são inócuas, na medida em que o seu cumprimento fica a depender da ação do legislador ordinário. O máximo que se consegue – o que é, contudo, quase nada – é tomar dos preceitos em que instituídas essas promessas para contrapô-los a atos ou normas que se tenha como com eles incompatíveis.

[...]

Sustento, nestas condições, que as normas constitucionais programáticas, sobretudo – repita-se – as atributivas de direitos e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.”^{246 e 247}

²⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 240, abr/jun. 2005. p. 90-91.

²⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. pp 125-127.

²⁴⁷ Sobre normas programáticas, confira-se a definição de Jorge Miranda: “[...] mais que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, aponta que o artigo 170 da Constituição Federal elege “os princípios fundamentais da atividade econômica que devem orientar a atuação do Estado enquanto entidade interventora nos processos de produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas do País.”, ressaltando que, certos ou equivocados, sob considerações políticas, econômicas ou apenas lógicas, esses princípios “[...] são expressados sob a forma de normas programáticas, de modo que sua aplicabilidade depende de normas definitórias de instituições que instrumentem a ação interventiva do Estado na economia.”²⁴⁸

Assim, podemos conceber que as políticas públicas além de encontrar um assento primeiro quanto aos seus objetivos nas normas constitucionais, são, enquanto ações de Estado, comungando da preocupação de Eros Roberto Grau acima colocada, meios de fundamental importância para a realização de direitos tão caros à sociedade. Como coloca Maria Paula Dallari Bucci:

“O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica seu surgimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentro o rol de direitos fundamentais do homem que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes, que “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.”²⁴⁹

ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.” MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 218. Há que se registrar, no entanto, que o fato de se traduzirem em comandos-valores, não pode ser motivo para que tais normas careçam de eficácia normativa, na pura expressão de Konrad Hesse; tais normas não podem ser enxergadas como desprovidas de normatividade, sob pena de esvaziamento do conjunto constitucional como um todo. Cf. sobre o tema, TOMKOSKI, Fabio Goulart. Constituição econômica e produtividade. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 226-227. BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 109 e seguintes. Ainda sobre o magistério de Konrad Hesse, temos que “[...] a Constituição jurídica está condicionada plena realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta e seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen).”. HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991. p. 24.

²⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988. Rio de Janeiro: APEC, 1989. p. 57 e 63.

²⁴⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Ibidem*. p. 90.

Há, sem dúvida algum, uma polissemia ínsita no conceito de políticas públicas. Existem diversos prismas que impactam na construção do conceito, prismas que refratam a questão das escolhas e da liberdade para tais escolhas, bem como os critérios de implementação e, por fim, os critérios de avaliação – que deságuam num espinhoso tema que são os critérios de eventuais controles de políticas públicas e atores legitimados a sua revisão, tema que voltará a exame um pouco mais a frente. Everaldo Santos Melazzo assim coloca as dificuldades da amplitude polissêmica do termo:

“Porém, o termo política pública ainda encerra um grande conteúdo polissêmico e não nos basta aqui uma conceituação simples tal como aquela que define política pública como programa de ação governamental. Na verdade, este conceito pode se referir ou expressar diferentes dimensões dos processos que envolvem a decisão e a intervenção do Estado sobre determinada realidade ou, ainda, incorporar mecanismos e estruturas de tomadas de decisão ou implementação de ações mais ou menos sujeitas a controles sociais e, somente isto, justificaria uma análise mais detida de seus conteúdos.

Assim, para além da questão semântica, que constitui uma rica porta de entrada nesta discussão, encontram-se elementos de mais difícil apreensão. Em primeiro lugar, porque, comumente, tal termo pode se referir tanto aos conteúdos particulares que se expressam em diferentes matérias ou campos de atuação governamental, como também pode fazer referência aos processos políticos próprios da ação e, ainda, às instituições políticas. Assim, essa tríplice possibilidade de compreensão do termo deve ser melhor elucidada.

Em segundo lugar, ressalte-se que este termo implica também que, enquanto curso de ação deliberada, as políticas públicas envolvem preferências, escolhas e decisões, o que remete sua discussão para os mecanismos individuais e coletivos que envolvem sua formação, desde a fase de planejamento, passando por sua execução e, mesmo, na fase de avaliação de seus resultados.

Por fim, em terceiro lugar, encontra-se a questão que diz respeito às políticas públicas, enquanto espaço de lutas e busca de construção de direitos, afirmando-se uma visão que politiza sua discussão, na medida em que obriga o analista a não mais apenas se referenciar no Estado, isto é, abrir-se para uma concepção que não coloque o Estado como único e inevitável centro possível do debate.”²⁵⁰

²⁵⁰ MELAZZO, Everaldo Santos. Problematizando o conceito de políticas públicas: desafios à análise e à prática do planejamento e da gestão. *Tópos*. V. 4, n. 2, 2010. p. 12-13.

Podemos, portanto, para os objetivos do presente trabalho, compreender, ainda que de forma reduzida, que as políticas públicas se consubstanciam em ações e programas de Estado voltadas à consecução dos seus fins, assim entendidas a satisfação das necessidades públicas insertas em tais fins, necessidades essas que derivam: (a) do texto constitucional, como princípios e regras fundantes do Estado Democrático de Direito e (b) da opção política feita pelos agentes públicos democraticamente eleitos pelo povo²⁵¹. Se conformam na coordenação – no planejamento²⁵² – dos meios à disposição do Estado de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados²⁵³.

Entretanto, parece-nos ainda necessário não confundir políticas públicas com os objetivos a serem alcançados por elas ou seus instrumentos normativos – as políticas públicas transcendem os seus instrumentos normativos ou aqueles inseridos em seu plano²⁵⁴; as políticas públicas encerram o veículo de atingimento dos objetivos de determinada Nação. Ainda que tenhamos, como dito, uma constituição rígida, existe um espaço de eleição de necessidades outras que não aquelas já insertas no texto magno e, ainda, existe um espaço administrativo-político para a concepção de programas e ações de governo que procurem lograr o atingimento da satisfação dessas necessidades²⁵⁵.

²⁵¹ Como não poderia deixar de ser, já que se trata de uma ação de Estado, a base jurídica de uma política pública é a norma jurídica; de pronto, a cargo do Poder Legislativo, mesmo que seja concebida originalmente pelo Poder Executivo enquanto gestor, já que, via de regra, será necessária a edição de lei que trate de determinada política pública, seus instrumentos e ações. Entretanto, não enxergamos a lei – ainda que assento por excelência – como a única fonte possível de uma política pública. Determinadas políticas públicas podem ser organizadas e implementadas com base em normas infralegais como os decretos que, de certo, dado o sistema do direito administrativo e constitucional, encontrará sua fonte de validade na lei em sentido amplo, que previu certa delegação ao Poder Executivo.

²⁵² A questão do planejamento de políticas públicas se apresenta, ao nosso ver, ínsita ao seu próprio conceito, vez que na definição de políticas públicas, busca-se, em regra, o tratamento de um processo de longo prazo, que normalmente – espera-se – ultrapasse os desejos de um único governo. A ideia que nos parece razoável defender é que no planejamento de tais políticas a ótica que se busca empreender é a de que tais ações e processos tenham pretensão – senão de perenidade – de estabilidade ao longo do tempo.

²⁵³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Ibidem*. p. 91.

²⁵⁴ *Idem*. *Ibidem*. p. 96.

²⁵⁵ Entendemos que esse espaço de eleição de necessidades outras que não aquelas do texto constitucional ou da legislação infraconstitucional, bem como, quanto às necessidades fixadas e a forma de agir para seu atingimento, deriva da própria dinâmica da democracia baseada em eleições livres, seja para a formação do poder legislativo (permitindo a eleição de atores que participarão da dimensão normativa do problema de definição de necessidades públicas), seja para a formação do poder executivo (permitindo a eleição de atores que, nos termos de seus programas de governo, manifestam seu entendimento sobre quais são as ações e programas a serem postos em prática). Soares Martinez indica que “as necessidades públicas, como tais definidas segundo critérios políticos mutáveis, em conformidade com os fins e funções que ao Estado e às outras entidades públicas se atribuem, não são satisfeitas em obediência às pressões dos mercados, na base de um equilíbrio entre o custo e a utilidade económica dos bens e serviços”. MARTINEZ, Soares. *Direito Fiscal*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 3.

E ao longo deste caminho as dificuldades vão se apresentando, eis que, como se pode inferir do quanto examinado até aqui neste tópico, mesmo construindo-se um conceito jurídico-constitucional-normativo de políticas públicas, é inviável, mesmo ao jurista, isolar-se das visões político-sociais. A professora Maria Paula Dallari Bucci, faz uma reflexão sobre o histórico da atenção que se passa a debruçar sobre o tema com a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização e reconstrução nacional e de toda a sociedade brasileira.

“No entanto, restava o desafio de elevar o patamar civilizatório da sociedade brasileira e com ele as questões econômicas, administrativas, e também jurídicas, necessárias para a tarefa de generalizar a provisão dos direitos sociais. Certamente não seria possível nos anos 1990, como não é hoje, compreender e enfrentar as injunções necessárias para oferecer educação pública ou saúde universais e de qualidade para milhões de brasileiros, sem considerar, de forma articulada, as variáveis jurídicas, da organização política, da configuração social em cada lugar, com sua história própria, a existência ou inexistência do corpo de funcionários públicos para realizar os ervíços implícitos naquela política, ou as alternativas de delegação a particulares, sob regulação do Poder Público, enfim, a multiplicidade de elementos associados à expressão política pública. Esses desafios governamentais, aliás, impunham uma nova visão não apenas às demandas sociais, mas a todas as formas e arranjos necessários para a produção e o desenvolvimento da economia, a participação de saberes e ações de múltiplas ordens.

No processo de reconstrução do Estado brasileiro, com a consolidação da democracia, que se segue a três décadas de vigência da Constituição de 1988, e a estabilização econômica, que restituiu ao país a possibilidade de planejamento, há uma demanda por instituições (que vai muito além de “regras do jogo que tornem previsíveis os comportamentos num ambiente de negócios”, defendidas pelo neoinstitucionalismo econômico). Não basta a existência regras claras, autoridades confiáveis, Poder Judiciário efetivamente atuante. A organização da vida democrática depende, entre outras coisas, do financiamento da infraestrutura e de todos os dispêndios necessários para as “tarefas civilizatórias” e, além dessas, da dinamização da atividade produtiva e criadora como um objetivo em si.”²⁵⁶

Em suma, as políticas públicas têm um especial assento na dinâmica de inclusão e justiça social almejada pelo Estado político e objeto de anseio do ordenamento jurídico como um todo, seja da Constituição Federal, normas infraconstitucionais, até mesmo simples regulamentos e atos administrativos. Todos, absolutamente todos, estão umbilicalmente

²⁵⁶ BURCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 39-40

vinculados ao ideário de consecução dos anseios sociais, sem que, mais uma vez, essa constatação seja corolário exclusivo de uma ou outra opção ideológica. E, diante de tal visão e conclusão, inevitável que se enfrente todo o chamado ciclo das políticas públicas²⁵⁷: a identificação de necessidades, demandas e as escolhas estatais²⁵⁸, a construção das ações de programas de Estado, a fase de implementação dessas ações e programas, sua constante avaliação e, por fim, sem dúvida o ponto mais sensível, o seu controle. Tudo aqui está envolto na ideia de eficiência, ideia essa convertida em princípio de assento constitucional impositivo

²⁵⁷ SILVA, Gustavo Freire da. [et. al]. Ibidem. p. 26.

²⁵⁸ Muitas das escolhas da administração pública se inserem no conceito de “escolhas trágicas”. Como frisa Onofre Alves Batista Junior: “É verdade que a ideia de eficiência só faz sentido se imaginar que os recursos são relativamente escassos, isto é, se existe uma escassez relativa de recursos. Quando existe abundância de recursos, não há que centrar as preocupações em problemas de distribuição ou de eficiência (*stricto sensu*). Por outro lado, perante a escassez extrema, as preocupações centrais extrapolam mesmo as eficientísticas, firmando as atenções em questões atinentes a critérios para uma “eleição trágica””. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 102. Ainda, importante citar o magistério do Professor Fernando Facury Scaff: “Reserva do possível” é um conceito econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais. Cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades, tem que levar em conta os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas. O mesmo vale para as escolhas políticas que devem ser realizadas no seio do Estado pelos órgãos competentes para fazê-lo. Neste sentido, o conceito de escolhas trágicas é aplicável tanto à impossibilidade econômica que cada um de nós tem para o atendimento de nossas necessidades particulares, como de toda a sociedade para atendimento de suas necessidades por parte dos cofres públicos — daí a utilização do conceito como escolhas políticas. Este conceito — “reserva do possível” — utilizado no âmbito do direito público nos insere no universo financeiro, da extensão das necessidades públicas em face da escassez de recursos. Serve em nosso cotidiano privado (quando ocorre o estouro do cartão de crédito ou quando o mês é maior que o salário) quanto no cotidiano público, nas escolhas trágico-políticas.” SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>. Acesso em: 10 set. 2023.

à administração pública, conforma prevê o artigo 37 da Constituição Federal de 1988²⁵⁹, ²⁶⁰ e 261.

Esse comportamento eficiente do Estado em todas as fases do ciclo das políticas públicas é de fundamental importância não só para seu destinatário final enquanto indivíduo na situação de se beneficiar delas, mas para todo o ambiente de estabilidade político-social e econômico de uma Nação. A percepção de todos, mesmo daqueles que não são os destinatários finais de uma determinada política pública, quanto à eficiência de resultados percebidos pragmaticamente ou, para além disso, a condução eficiente dos atos de Estado no ciclo das políticas públicas, contribui para a construção de uma percepção maior, coletiva e positiva, o que faz com que variáveis que vão do apoio institucional, passando por construção de parcerias público-privadas, chegando mesmo até à ideia de percepção de risco político-econômico se postem a favor daquele governo. Como bem ressalta a OCDE no que tange as políticas públicas em especial quanto ao ambiente de investimentos:

²⁵⁹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

²⁶⁰ Nesse sentido, a eficiência da atuação estatal é um predicado a ser perseguido, persecução esta que passa pela ideia fundamental de boas práticas de gestão fiscal, já que, como antes colocado, infelizmente as possibilidades orçamentárias para a implementação de políticas públicas são limitadas, não dispondo o Estado de recursos infinitos, o que justifica a fase de escolhas; entretanto, a observância da eficiência não pode excepcionar o respeito a outros princípios igualmente caros ao regramento constitucional, como, por exemplo, o da legalidade. Como coloca Alexandre Santos de Aragão: “A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos. [...] O dilema deve, ao nosso ver, ser resolvido, não pelo menosprezo da lei, mas pela valorização dos seus elementos finalísticos. É sob este prisma que as regras legais devem ser interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, *ex vi* do Princípio da Eficiência (art. 37, caput, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico. O Princípio da Eficiência de forma alguma visa mitigar ou ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material - dos resultados práticos alcançados -, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. [S. l.], v. 237, p. 1–6, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v237.2004.44361>. Acesso em: 30 set. 2023. p. 2-3.

²⁶¹ Flavio Garcia Cabral, em obra dedicada à eficiência administrativa, ressalta que muitas críticas são feitas ao viés político-ideológico do manejo do conceito de eficiência na Emenda Constitucional 19 de 1988. Entretanto, cita que, assim como entende Jesse Torres Pereira Junior, o fato de se elevar a eficiência como princípio com grande grau ideológico e ajurídico não desqualifica a sua inserção, apenas devendo o intérprete estar atento a tal fato. CABRAL, Flavio Garcia. O conteúdo jurídico da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 208.

“A governança pública é tão importante como as políticas para o ambiente de investimento. O Framework considera não só as políticas em si, mas também a forma como são desenvolvidas, coordenadas, implementadas, avaliadas e, finalmente, modificadas. O investimento envolve um julgamento sobre o futuro. O que importa para os investidores são todos os princípios consubstanciados na noção de Estado de direito: previsibilidade, transparência, credibilidade, responsabilidade e justiça. O Framework foi criado em resposta a esta complexidade, promovendo uma postura de governo flexível e *pangovernamental* que reconhece que a melhoria do ambiente de investimentos não exige apenas reforma políticas, mas também mudanças na forma como os governos tratam o seu papel.”²⁶²

Enfim, um enfrentamento e abordagem teoricamente sistematizada há de contribuir para a identificação e construção de métodos de organização das ações do Poder Público de forma a promover um incremento de efetividade, racionalidade e transparência, contribuindo para a inovação de ações e otimização de resultados, o que, ao fim e ao cabo, levará a uma aceleração do processo de modernização e progresso do Estado e da sociedade, trabalhando a favor da redução de desigualdades²⁶³.

3.2. Ações (intervenções) de Estado – Políticas públicas de incentivo

No contexto das políticas públicas, temos que as ações escolhidas, avaliadas previamente, implementadas e novamente avaliadas em seu curso de vigência, no campo dos objetivos aqui analisados – atração de investimentos estrangeiros diretos – apresentar-se-ão, em

²⁶² Texto original: “*Public governance matters as much as policies for the investment climate. The Framework considers not just policies themselves but also how they are developed, co-ordinated, implemented, evaluated and ultimately modified. Investment involves a judgement about the future. What matters for investors are all the principles embodied in the notion of the rule of law: predictability, transparency, credibility, accountability and fairness. The Framework was created in response to this complexity, fostering a flexible, whole-of-government approach which recognizes that investment climate improvements require not just policy reform but also changes in the way governments go about their business.*”. Conforme explicita a OCDE, “O objetivo do Quadro Político para o Investimento (QPI) é mobilizar o investimento privado que apoie um crescimento econômico estável e um desenvolvimento sustentável, contribuindo para o bem-estar econômico e social das pessoas em todo o mundo. Com base nas boas práticas internacionais, o QPI propõe orientações em domínios políticos extremamente importantes para melhorar a qualidade do ambiente propício ao investimento de um país. Incentiva os decisores políticos a colocarem questões adequadas sobre a sua economia, as suas instituições e os seus contextos políticos para identificar prioridades, desenvolver um conjunto eficaz de políticas e avaliar os progressos. Desenvolvido pela primeira vez em 2006, o QPI foi atualizado em 2015 para ter em conta as reações de numerosos utilizadores a nível nacional e regional, bem como as mudanças no panorama económico mundial.”. OCDE (2015). *Policy Framework for Investment 2015* Edition. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264208667-en>. Acesso em: 10 set. 2023.

²⁶³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Ibidem*. p. 37.

regra, como modalidades de intervenção; com relevante nota ao uso da expressão intervenção que é intercambiável com a expressão atuação (ou ação) estatal, não havendo nenhuma conotação pré-conceitual negativa em seu uso, como vemos no magistério de Eros Roberto Grau:

“Assim, inicialmente, quanto à referência a intervenção e não, meramente, a atuação estatal, desejo insistir em que vocábulo e expressão aparentar ser, à primeira vista, absolutamente intercambiáveis. Toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção; de outra banda, lembre-se que o debate a propósito da conveniência ou incorreção do uso dos vocábulos intervenção e intervencionismo é inútil, inócuo. Logo, se o significado a expressão é o mesmo, pouco importa se faça uso seja da expressão – atuação (ou ação) estatal – seja do vocábulo intervenção. Aludimos, então, a atuação do Estado além da esfera do público, ou seja, na esfera do privado (área de titularidade do setor privado). A intervenção, pois, na medida em que o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente atuação em área de outrem.

Daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público.

Por isso que vocábulo e expressão não são absolutamente, mas apenas relativamente, intercambiáveis. Intervenção indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo.”²⁶⁴

Assim, parece-nos que, no caso específico aqui sob exame – a atração de investimentos estrangeiros –, as ações pretendidas serão implementadas sob a forma de mecanismos de intervenção, já que, para que se dê o atingimento de seu objetivo final, as ações são/seriam promovidas sobre a atividade econômica em sentido estrito. A ideia de atividade econômica em

²⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 88-89.

sentido estrito deriva da concepção de que no gênero atividade econômica está nela inserta, como espécie, assim como os serviços públicos²⁶⁵.

Por um lado, conceituar serviços públicos não é tarefa simples. Hely Lopes Meirelles, em obra de referência para o direito administrativo brasileiro, afirma que o conceito não é uniforme na doutrina, não sendo adotado em regime de consenso. Opta citado professor por identificar serviço público como “todo aquele prestado pela administração e seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”²⁶⁶. Por vezes, opta-se por um conceito mais orgânico, que se revela pela identificação ou não do ente público na prestação do serviço; ou um conceito material, voltado à ideia de prestação destinada ao povo, ou seja, prestação de interesse coletivo; ou, ainda, um conceito formal, vinculada à caracterização como serviço público aquele que se encontra sujeito à regime jurídico de direito público²⁶⁷. Lucia Valle Figueiredo propõe conceito que perpassa por critérios e não apegado a um ou outro:

“Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente de Direito Público.”²⁶⁸

Por serviços públicos, compreende-se a entrega de utilidades pelo Estado, ou por particulares em regime de autorização, permissão ou concessão, aos cidadãos pela aplicação de recursos e bens públicos, regidas, portanto, por normas de direito público.

Já de outro lado, a atividade econômica em sentido estrito encerra, por sua vez, a seara própria das liberdades privadas, no âmbito do qual o Estado não participa de forma direta e primária, senão apenas como eventual regulador ou participante subsidiário, tal como previsto no artigo 173 da Constituição Federal²⁶⁹. Em suma, o serviço público está para o setor público

²⁶⁵ Idem. Ibidem. p. 97-98.

²⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 271-272.

²⁶⁷ CEZNE, Andrea Narriman. Conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 42, n. 167, jul./set., 2005. p. 318.

²⁶⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de direito administrativo. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 78-79.

²⁶⁹ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse

assim como a atividade econômica está para o setor privado²⁷⁰. Em obra de 1988, o professor Eros Roberto Grau coloca, propõe:

“Vale dizer: o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica.

No primeiro caso temos atividade econômica em sentido amplo; no segundo, atividade econômica em sentido estrito.

Ora, a natural ambigüidade da expressão “atividade econômica” presta-se a inúmeras confusões. Em razão disso, a fim de que possamos superá-la, a seguinte proposta pode ser formulada: de ora por diante, nesta exposição, por atividade econômica em sentido amplo (gênero) usarei a expressão atividade econômica; por atividade econômica em sentido estrito (espécie), a expressão iniciativa econômica.

Valendo-nos pois do expediente proposto e considerando que nitidamente, são diversas as significações da expressão “atividade econômica” no Dec.-lei 200/76 e na Emenda Constitucional 1/69 – sentido de gênero no primeiro; de espécie na segunda – e teremos que:

- nos termos do que define o Dec.-lei 200/67, empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas para exploração de atividade econômica;

- a expressão “atividade econômica”, nos textos do art. 17, §§ 1.º e 2.º, do vigente Texto Constitucional, deve ser lida como eles estivesse escrito “iniciativa econômica”;

- iniciativa econômica é atividade que compete preferencial mente ao setor privado e que o setor público desenvolve apenas em caráter suplementar (§ 1.º do art. 170) ou em regime de monopólio, quando verificados os pressupostos definidos pelo art. 163 do Texto Constitucional;

- a iniciativa econômica está para o setor privado assim como o serviço público está para o setor público.”²⁷¹

Então, seja sob o manto da expressão atividade econômica em sentido estrito, seja sob o manto da expressão iniciativa econômica, fato é que esse é o campo privado, onde, como dito, o Estado só atua diretamente em casos excepcionais, nomeadamente por predicados de segurança nacional²⁷² ou relevante interesse da coletividade. Assim, sendo, a atuação nesse

coletivo, conforme definidos em lei.”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

²⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 98.

²⁷¹ Idem. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 110.

²⁷² Sob o conceito de segurança nacional, vale registrar que nos filiamos à ideia de um conceito mais amplo; embora a expressão “segurança nacional” seja usualmente associada à proteção da Nação de ameaças internas e externas, entendemos que o conceito de segurança nacional deve ser compreendido em diversas dimensões, como a segurança jurídica, a segurança política, a segurança econômica e a segurança de saúde dos indivíduos.

campo, como aqui já dito, será implementada pela via de intervenção. E, nesse sentido, extremamente útil a classificação²⁷³ proposta pelo professor Eros Roberto Grau: (a) a intervenção por absorção ou participação; (b) intervenção por direção; e (c) intervenção por indução^{274 e 275}.

No primeiro caso, a intervenção opera por ação direta do Estado, tomando para si a prática de atividades econômicas que não se integram como aquelas a ele primariamente reservado, ou seja, são os casos excepcionais previstos na própria Constituição em que o Estado pode agir, desde que diante de necessidades de soberania nacional e de relevantes interesses da coletividade. A intervenção por direção é aquela implementada por meio de normas e regras jurídicas que o Estado impõe ao particular, como no caso das atividades econômicas reguladas, imposição que se justifica ante a necessidade de preservação de determinados interesses coletivos e de manutenção da harmonia em determinados setores. Por fim, a intervenção por indução que, ao contrário da intervenção por direção, não se perfaz em comandos impositivos destinados aos particulares; pelo contrário, nesse caso, a intervenção se apresenta através de normas que procuram o estímulo (ou desestímulo) do particular, mas não uma obrigação de conduta. Ainda que possa se identificar uma possível zona cinzenta entre a intervenção por direção e por indução, é fundamental ter-se em conta que no primeiro caso, como a norma é de observância impositiva, procura-se retirar do particular (ainda que parcialmente) a sua ampla liberdade de comportamento e, caso assim não aja, deflagra-se um mecanismo de sanção por conta do ilícito regulatório, ao passo que no caso da intervenção por indução, não se retira a liberdade de escolha e a consequência não é a sanção por um ilícito, mas uma posição mais ou menos custosa, mais ou menos atrativa para o particular.

Assim, políticas públicas que se perfaçam ou se utilizem de mecanismos de incentivos, créditos, subsídios, sejam eles de natureza financeira-fiscal ou tributária, em suma, incentivos de Estado, acabam por aportar mais no conceito de intervenção por indução, onde o Estado busca estimular determinado comportamento, atrair determinado agente para determinada

²⁷³ Diversos autores se ocupam das modalidades de intervenção no direito econômico. Washington Peluso Albino de Souza lista, além da proposta por Eros Roberto Grau, as classificações propostas por Spagnuolo Vigorita e Seabra Fagundes. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 6ª ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 329-330.

²⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 88.

²⁷⁵ Idem. Planejamento econômico e regra jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 23.

prática, como um investidor estrangeiro que busca investir diretamente em outra jurisdição que não a sua de origem.

Há aqui que se registrar que não se pode fundir o conceito de intervenção – ou intervencionismo – com o conceito de planejamento, em especial sob o prisma econômico, viés caro para o presente trabalho. Como ressalta Eros Roberto Grau:

“Considerado o papel cumprido pelo planejamento na ordem econômico-social, como método de intervenção, entende-se esteja ele vocacionado à ordenação do processo econômico para melhor funcionamento da ordem social.

Conceituo o planejamento econômico, assim, como a forma de ação estatal, caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, mediante a qual procura ordenar, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado.”²⁷⁶

Gilberto Bercovici pontua que o planejamento:

“coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística. O plano é a expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações.”²⁷⁷

O planejamento econômico não se confunde com a forma de intervenção em si; antes, em verdade, as qualifica. É verdadeira forma de ação estatal organizada, orientada por objetivos previamente definidos que obviamente se coadunam com os objetivos gerais do Estado, revelando-se, assim, em um método, uma ferramenta (dentre várias), seja principal ou complementar, de consecução de políticas públicas e de intervenções²⁷⁸, quaisquer que sejam

²⁷⁶ Idem. Ibidem. p. 65.

²⁷⁷ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico. p. 145.

²⁷⁸ Importante registrar que os conceitos de intervenção e planejamento não são incompatíveis com o capitalismo, supostamente sendo uma figura própria de uma forma socialista. “Inexiste qualquer incompatibilidade entre capitalismo e planejamento, tal como praticado este último nas economias de mercado. Para que possamos compreender a afirmação é necessário, inicialmente, observar a distinção que existe entre planejamento socialista e planejamento capitalista, visto que se distinguem ambos, na mesma forma que são diversas entre si as economias a que se aplicam – economia planificada e economia de mercado [...]”. O planejamento econômico socialista substitui o mercado, enquanto o planejamento econômico capitalista se perfaz sobre o mercado objetivando “não apenas a correção, mas a própria organização e ordenação dos mercados e do processo econômico e social. [...] A

seus matizes – por absorção, por direção ou indução. É um modo de ação, porém não neutro²⁷⁹, como bem ressalta Eros Roberto Grau:

“Ainda que o planejamento econômico seja modo de ação, deixa de ser neutro no momento que é dinamizado a serviço de determinados objetivos. Como a escolha de objetivos envolve sempre uma decisão entre alternativas, implicando a adoção de valores, o processo de planejamento, necessariamente, assimilará os valores em função dos quais foi o seu uso requerido. Note-se que o planejamento envolve um processo mental e a sua característica fundamental está em que este processo se desenvolve com base em dados coletados sistematicamente, através de técnicas altamente complexas e sofisticadas, tais como a econometria, a estatística, a psicossociometria, etc. De toda sorte, é o agente planejador que, entre as alternativas possíveis, delimita o campo da pesquisa a desenvolver, seus limites e objetivos. Lógico, no entanto, que as alternativas e soluções que não guardem coerência com a escala de valores aceitas pela sociedade em um determinado momento não sejam levadas em consideração, visto que os agentes que elaboram o planejamento estão impregnados de ideologia. Aceita a noção de que o planejamento envolve um processo mental, condicionado por determinados valores, concluiremos agregar-se a ele um conteúdo ideológico. No que se refere ao planejamento econômico, há valores sociais, políticos e econômicos que condicionam a criatividade do planejador, valores que, como visto linhas acima, são inerentes à ideologia do mercado.

A neutralidade do planejamento, assim, inexistente, mesmo porque o ato de conferir funcionalidade ao comportamento do processo econômico está arquitetado desde um quadro referencial que tem como objetivo a manutenção do sistema capitalista. O que define um pressuposto de não neutralidade no planejamento é justamente o compromisso prévio de preservação do mercado, instituição fundamental do sistema.

Não obstante não seja correta a afirmação da neutralidade do planejamento econômico, ainda que seja ele desenvolvido a partir de um prévio compromisso com a preservação do mercado, embora

propósito, cabe lembrar que Washington Peluso Albino de Souza (ob. Cit., vol. 2, págs. 266/7) afirma – ai utilizando a expressão planejamento como sinônima de intervencionismo – que o planejamento, no capitalismo, ao mesmo tempo em que pretende a preservação dos princípios fundamentais de economia de mercado, implica atuação sobre eles para que se “concretizem segundo uma direção predeterminada, para que levem a um resultado desejado de antemão, e não mais para que se manifestem mediante um automatismo que ofereça surpresas ou que esteja fora do controle da vontade dos indivíduos ou do Estado”. Assim, “o planejamento através do mercado preserva a idéia fundamental do próprio mecanismo deste, sem a plena concorrência livre, mas, ao contrário, procurando discipliná-la. Para isto, entre outros recursos, adotam-se os controles de preços, os incentivos constantes de benefícios fiscais, de financiamentos facilitados e outras medidas do gênero. Procede-se, por este último, à manipulação dos preços, influenciando na sua própria elaboração como se fosse a realidade do mercado, em lugar de detê-los artificialmente.”. Idem. Ibidem. p. 14-16.

²⁷⁹ O tema da ausência de neutralidade do planejamento econômico não é consensual. Principalmente economistas tendem a enxergar e defender tal neutralidade. Cf. NETTO, Antonio Delfim. Planejamento para o desenvolvimento econômico. São Paulo: Livraria Pioneira, 1966. p. 13.

exteriorize a perseguição ao ideal de eficiência — o que torna mais incisiva a atuação do setor público sobre o processo econômico — é incorreta a afirmação de que seria ele incompatível com a liberdade. Não é exato, inicialmente, que a busca a um ideal de eficiência, racionalmente perseguido, importe, necessariamente, em exacerbação da atuação intervencionista do setor público; pelo contrário, o exame sério e racional da situação econômica, como afirma Jean de Soto, pode liberar o mercado de um certo número de intervenções tornadas inúteis ou desvantajosas e pode encaminhar a supressão de medidas devidas à recessão ou à inflação, que sobrevivem às razões que as motivaram. De outra parte, a racionalidade não é um mal em si, servindo também como instrumento de proteção da liberdade, na medida em que não desconsidere a primazia dos interesses humanos. Cuide-se apenas, neste ponto, de enfatizar a necessidade de preservação de tais interesses, o que será logrado na medida em que se penetre o planejamento do espírito ético do Direito.”²⁸⁰

É dessa penetração do Direito onde o jurista, em temas que necessariamente têm uma elevada carga de interdisciplinaridade (e intertextualidade)²⁸¹, deve contribuir.

As políticas de incentivo que aqui nos ocupamos — aquelas que objetivem a atração de investimentos estrangeiros diretos — se inserem, portanto, em ações de Estado que se perfazem em intervenções no domínio econômico enquanto mecanismo de intervenção por indução, vez que buscam apresentar estruturas que, ao conceder maiores vantagens, procuram captar o comportamento do ator privado, sendo que tais ações, em nome da pretendida eficiência administrativa, devem, o tanto quanto possível, calcar-se em planejamento econômico. Tal arcabouço se mostra essencial, eis que, no mais das vezes, a concessão de vantagens acaba por passar pelo comprometimento e emprego de recursos públicos, revelando-se verdadeiros auxílios de Estado; enquanto auxílios de Estado, não de estar — além de politicamente definidos consoante os mecanismos próprios dessa ciência — juridicamente fundamentados, em essência, nos princípios constitucionalmente estabelecidos, bem como juridicamente aderentes aos limites do ordenamento jurídico, já que os limites do orçamento público não devem ser tomados como imateriais ou tentativos, mas sim, essencialmente pragmáticos.

Assim, parece-nos forçoso compreender que os fatores de legitimação jurídico-constitucional das intervenções para atração de investimento estrangeiro direto são aplicáveis

²⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. Planejamento econômico e regra jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. pp. 40-42.

²⁸¹ Sobre interdisciplinaridade e intertextualidade, reportamo-nos ao capítulo 1.2. Posicionamento interdisciplinar e intertextual do tema.

no espectro fiscal e não necessária e exclusivamente no espectro tributário, sem obviamente excluir esse último.

Há, aqui, num primeiro momento, que se deixar realçado o alcance do vocábulo fiscal. Não se pode confundir o que é fiscal com o que é tributário, como muitas vezes, naturalmente ocorre. Em verdade, no domínio do direito financeiro, resta claro que o conceito de fiscal guarda relação com aquilo que diz respeito ao fisco, ao tesouro público, inclusive, mas não exclusivamente, o que está inserto no campo tributário, que, por sua vez, deriva das relações jurídico-tributária; noutras palavras, o tributo – e, portanto, tributário – é o que deriva da prestação, da obrigação de dar numa relação jurídico tributária que envolve um credor (sujeito ativo) e um devedor (sujeito passivo). Desta forma, como o que se insere no conceito de tributário é de titularidade, pertence, ao tesouro público, o que é tributário é também fiscal, mas a recíproca não é verdadeira. Nem tudo o que é fiscal é necessariamente tributário, já que ao tesouro público pertencem outros ingressos e receitas²⁸² que não são derivados de uma relação obrigacional tributária, como, por exemplo, a outorga paga por um licitante que vence um certame para a exploração de determinada atividade sob o regime de permissão. Entretanto, é notório que o impacto das receitas tributárias no plano fiscal é o mais relevante – impacto quanto ao ingresso desta modalidade de receita e, por conseguinte, impacto da renúncia desta receita. Como leciona Ruy Barbosa Nogueira:

“As receitas públicas podem se compor de rendas não tributárias, também chamadas originárias, decorrentes de atividades econômico-privadas do Estado, de empréstimos etc., mas sobretudo elas se baseiam hoje nas chamadas rendas derivadas ou receitas tributárias. Por isso mesmo modernamente se fala em Estado tributário, porque predomina na atividade financeira do estado o fenômeno da tributação.”²⁸³

²⁸² Como bem ressalta Marcus Abraham, a doutrina tradicional faz uma distinção entre o conceito de ingresso público e receita pública de acordo com a transitoriedade no patrimônio do Estado. Ingresso público seriam as entradas que não possuem uma natureza de perenidade, ao contrário, estão desde sua origem fadadas ao compromisso de restituição por parte do Estado, tal como operações de crédito (empréstimos) ou cauções. Para registrar sua discordância com a relevância da distinção, o autor justifica que em nada lhe parece útil classificar a entrada em razão de sua definitividade ou transitoriedade no patrimônio público, já que, o objetivo da entrada é prover os recursos necessários para a consecução da atividade financeira do Estado, independentemente de, por determinação legal ou contratual, o Estado está compelido à restituição. A própria Lei 4.320/1964 que trata dos conceitos e espécies de receitas e despesas públicas não adota tal diferenciação. ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro brasileiro. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 102.

²⁸³ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Poder Tributário. Conceito de Direito Tributário. Autonomia. Relações com outros ramos do direito. MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo. Doutrinas essenciais de direito tributário. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 507.

Para os fins aqui analisados, não se deve limitar ao enfrentamento da questão da intervenção do Estado pelo manejo de estruturas e ações tributárias – ainda que entendamos que, sem sombra de dúvida, o campo tributário é um dos mais relevantes, seja para o Estado em termos de receita pública, seja para os particulares – notadamente os investidores estrangeiros – em razão do necessário dimensionamento de custos de produção, taxas internas de retorno do empreendimento e tempo de realização dos sucessos financeiros do investimento estrangeiro direto. Assim, ainda que não se limite ao campo tributário, as intervenções de Estado acabam por usar das desonerações tributárias em sentido amplo, sem, contudo, excluir outras ações de cunho fiscal não tributário.

3.2.1 Tipologia de incentivos

Pelo vocábulo incentivo denota um estímulo, ou seja, algo que estimula, motiva, encoraja uma determinada ação de uma pessoa ou de um grupo de pessoas. O incentivo, sob a ótica dos seus efeitos sobre as decisões, é objeto de estudo de vários ramos da ciência, da psicologia à economia²⁸⁴ e, também, pelo Direito²⁸⁵.

²⁸⁴ Logo após a crise de 2008 que atingiu primariamente o mercado estadunidense e depois se espalhou pelo mundo globalizado, os professores da Universidade de Chicago, Richard Thaler, e da Universidade de Harvard, Cass Sunstein, respectivamente profissionais laureados com o Nobel de Economia de 2017 e com o Holberg Prize, publicaram a obra *Nudge* – vocábulo que pode ser traduzido como empurrão. Basicamente a obra, na linha da economia comportamental, trabalha com a teoria do incentivo que busca oferecer alternativas, com a previsão de quais serão as escolhas efetivamente eleitas pelos indivíduos. Cf. THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge* – Final Edition. Nova Iorque: Penguin Books, 2021. No entanto, tal tema – incentivos – não tem um tratamento unânime nas ciências em geral. Como ressalta outro titular de um Nobel de Economia, Jean Tirole, “a economia insiste na necessidade de agir de que os objetivos individuais estejam alinhados com os objetivos coletivos. Trata-se de colocar os indivíduos em sintonia com a sociedade, em especial por meio de incentivos que desestimulem os comportamentos prejudiciais a esta última, como a poluição, e, ao contrário, estimulem os comportamentos virtuosos. As demais ciências sociais discordam em parte desse princípio; segundo elas, as motivações extrínsecas (os incentivos) podem excluir as motivações intrínsecas, revelando-se contraproducentes. Numa das epígrafes deste capítulo, Michael Sandel acusa o mercado, porém é mais genericamente os incentivos que ele ataca. Com efeito, uma política que vise pagar as crianças para elas lerem pode muito bem emanar de um Estado ou de um organismo multilateral: o mercado não cria senão um sistema específico de incentivos. [...] Pagar uma criança para ler um livro ou passar num exame pode efetivamente levar a criança aquele livro em particular ou se preparar bem para o exame em questão; mas esse efeito benéfico de muito curto prazo pode igualmente ser destruído logo seguida, com a vontade de aprender da criança diminuindo uma vez suprimida a recompensa. A política de incentivo revela-se então contraproducente. [...] Contrariando um princípio básico da economia, uma recompensa monetária pode reduzir a oferta do comportamento em questão. Vários estudos empíricos comprovaram essa hipótese.” TIROLE, Jean. *Economia do bem comum*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. p. 49.

²⁸⁵ No campo do Direito, em especial do Direito Tributário, uma das obras de maior referência no estudo em questão é a do Professor Luis Eduardo Schoueri. SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Em especial para o tema aqui objeto de estudo interessam os incentivos jurídico-políticos e os incentivos jurídico-econômicos. Chamamos de jurídico-políticos aqueles incentivos que se concretizam em ações ou posturas de Estado que se apresentam como garantias de estabilidade política interna e como garantia de respeito a regras internacionais consolidadas sobre a denominação de Direito Internacional do Investimento.

i. Incentivos jurídico-políticos

A estabilidade jurídico-política interna se conforma no próprio Estado Democrático de Direito, onde acima das instituições está o ordenamento jurídico. Um determinado país que tenha no Direito suas regras primazes de organização social, com instituições independentes e sólidas que não o deixem a desmandos de classes sociais isoladas que busquem capturar o poder sem o devido processo de escolha democrática ou que burlem o processo de escolha democrática com uso do poder econômico ou da manipulação de informações ou anseios e necessidades da população, é um país que apresenta mais credenciais no cenário de disputa internacional por capitais.

Ainda nesse contexto, um país em cumprimento de regras protetivas do capital estrangeiro, em especial para o objeto da presente análise, do investimento estrangeiro direto, igualmente se coloca em condições de competir pelo investimento, incentivando – ou não desestimulando – a decisão do investidor na escolha do destino de seu capital.

A discussão que se instaura com relevância é qual ou quais seriam os instrumentos jurídicos de concessão de maior proteção ao investimento estrangeiro direto? Muitos desses dispositivos de proteção são encontrados em acordos regionais, como o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA) e os protocolos do Mercosul, mas são também igualmente tratados em tratados bilaterais de investimentos (*Bilateral Investment Treaty* – BIT) ou Acordos de Promoção Recíproca de Investimentos (APPI), celebrados entre dois Estados específicos. Como observam Erika Capella Fernandes e Jete Jane Fiorati:

“Os tratados bilaterais de investimento tornaram-se a principal fonte de regulamentação dos investimentos estrangeiros, estabelecendo um conjunto de direitos dos investidores e assegurando-lhes um

mecanismo adjudicatório internacional para exigir o cumprimento desses direitos ou garantir indenização em caso de violações.”²⁸⁶

Esses acordos trazem, basicamente, padrões de proteção de investimentos estrangeiros e preveem mecanismos de solução de controvérsias. O Brasil, entre 1994 e 1999 assinou 14 BIT com os seguintes países: Bélgica e Luxemburgo, Chile, Cuba, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Itália, Coreia do Sul, Holanda, Portugal, Suíça, Reino Unido e Venezuela – desses apenas os BITs celebrados com a França, Alemanha, Suíça, Portugal, Chile e Grã-Bretanha chegaram a ser submetidos ao Congresso Nacional²⁸⁷ entre 1994 e 1998 e depois retirados de tramitação em 2002. Há que se registrar ainda um acordo assinado no âmbito do Mercosul encaminhado em 1995 e retirado de tramitação em 2004, todos resumidos na tabela abaixo.

Tabela 1 – Acordos Assinados e Tramitação

| Contraparte Contratante | Mensagem de Encaminhamento | Projeto de Decreto Legislativo | Relator na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania | Mensagem de Retirada de Tramitação |
|--------------------------------|-----------------------------------|---------------------------------------|--|---|
| França | 652/1997 | 395/2000 | Dep. Marcos Rolim | 1.084/2002 |
| Alemanha | 755/1998 | 396/2000 | Dep. Jose Dirceu | 1.079/2002 |
| Suíça | 10/1995 | 348/1996 | Dep. Nelson Gibson | 1.083/2002 |
| Portugal | 1.158/1994 | 365/1996 | Dep. Nelson Gibson | 1.080/2002 |
| Chile | 1.159/1994 | 366/1996 | Dep. Nelson Gibson | 1.081/2002 |
| Reino Unido da Grã-Bretanha | 8/1995 | 367/1996 | Dep. Nelson Gibson | 1.082/2002 |
| Mercosul | 749/1995 | 301/1999 | Dep. Jutahy Junior | 162/2004 |

As mensagens de encaminhamento pelo Poder Executivo compartilhavam a mesma tônica, valendo citar apenas como exemplo a Mensagem 652 de 9 de junho de 1997:

“O acordo foi concluído no contexto de negociações empreendidas desde 1993 pelo Governo Brasileiro para a assinatura de acordos congêneres com os principais investidores no Brasil e as nações da América Latina, com vistas a garantir a introdução no ordenamento

²⁸⁶ FERNANDES, Erika Capella. FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil. Uma análise comparada. RIL Brasília. a. 52. n. 208. out/dez. p. 248.

²⁸⁷ Submetidos a referendo do Congresso Nacional na forma do artigo 84, inciso VIII da Constituição Federal.

jurídico nacional de regras compatíveis com a política nacional de atração de investimentos estrangeiros.

O Acordo concluído com a França representa reconhecimento de importante papel que os investimentos franceses têm desempenhado na economia brasileira e sinalização da participação crescente que esses fluxos poderão adquirir nos próximos anos. Os investimentos provenientes da França representam cerca de 5% do total de investimentos estrangeiros registrados no País, assegurando-lhe posição entre os cinco maiores investidores no Brasil.

Dentre os principais pontos abordados pelo Acordo estão o tratamento nacional e de nação mais favorecida aos investimentos, a garantia de livre transferência dos capitais investidos, compensação em caso de desapropriação ou nacionalização do investimento, solução de controvérsias entre investidor e o país receptor do investimento e tratamento justo e equitativo.”²⁸⁸

No caso da Mensagem 755 de 22 de junho de 1998, encontra-se o seguinte argumento:

“O texto anexo figura na lista dos treze acordos de promoção e proteção de investimentos já assinados pelo Brasil, desde 1994, dos quais cinco já foram submetidos ao Congresso Nacional (os acordos com o Reino Unido, Portugal, Chile, Suíça, e o Protocolo de Buenos Aires, que regula os investimentos de Terceiros Estados nos Países do Mercosul). A legislação brasileira aplicável aos capitais estrangeiros, regida pelas mesmas normas básicas há mais de trinta anos, evoluiu recentemente em pontos fundamentais, como aqueles garantidos pelas reformas constitucionais da ordem econômica. Não obstante as auspiciosas cifras de investimentos externos registradas no País nos últimos anos, a concorrência resultante da inserção de novas economias dinâmicas no cenário internacional tem justificado a necessidade de também o Brasil conferir maior transparência e estabilidade à legislação nacional aplicável ao capital estrangeiro, mediante a celebração de acordos para a promoção e proteção de investimentos. Sem descuidar-se do fato de que esses instrumentos somam-se a avaliação mais ampla sobre o ambiente macroeconômico e jurídico-político dos países receptores de investimento na atração de novos fluxos de recursos, sabe-se que as garantias oferecidas pelos acordos podem ter importância significativa nas decisões sobre investimentos em cenário competitivo, sobretudo para os pequenos e médios investidores.”²⁸⁹

Todos os projetos de decreto legislativos foram, tão logo recebidos, encaminhados às comissões competentes nos termos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, sendo a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania aquela competente para, dentre outras

²⁸⁸ Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01JUL1997.pdf#page=6>. Acesso em: 19 de nov. 2023.

²⁸⁹ Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD27JUN1998.pdf#page=10>. Acesso em: 19 de nov. 2023.

atribuições, “avaliar os aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões”²⁹⁰. Em sua totalidade, os pareceres apresentados na referida comissão foram favoráveis, tendo os projetos tramitados pelas demais comissões temáticas e com igual aprovação (alguns com alguma proposta de emenda substitutiva). Mas não totalmente favoráveis.

Tomemos por exemplo os aspectos levantados pelo então Deputado Jose Dirceu quando da análise do projeto de decreto legislativo número 775/1998, relativo ao acordo assinado com a Alemanha; o relator da proposta de decreto legislativo opinou pela sua aprovação, mas com dispositivos substitutivos, mormente quanto a interpretação de dispositivos do acordo. Fundamentalmente, os pontos de preocupação assinalados são: (a) esvaziamento da competência normativa do Estado brasileiro quanto aos capitais estrangeiros, notadamente quanto aos aspectos previstos no artigo 172 da Constituição Federal, quando pelo acordo são garantidos direitos principalmente quanto ao fluxo de capitais (incluindo a remessa de lucros); (b) vagueza de conceitos que poderiam trazer riscos ao Brasil, tais como “intervenção do Estado” e “substância econômica”; (c) necessidade de harmonização do princípio de indenização em caso de expropriação e nacionalização com os dispositivos contidos no artigo 184, parágrafo 4º e artigo 184 da Constituição Federal; (d) nos casos em que cabível a arbitragem num conflito entre investidor e país receptor do investimento, a mesma deveria ser instaurada apenas com concordância expressa do país receptor²⁹¹.

Como vemos do quadro acima, em 2002 foram enviadas mensagens do Poder Executivo requerendo a retirada de tramitação dos projetos de decretos legislativos, tendo sido acatadas todas as mensagens e os projetos retirados de tramitação. As mensagens de retirada de tramitação seguem basicamente a mesma linha de fundamentação:

“A finalidade do Acordo com a Alemanha, assim como dos demais instrumentos sobre investimentos, de conteúdo semelhante, firmados naquele período, era contribuir para a moldura jurídica de proteção de

²⁹⁰ Artigo 31, inciso IV, letra “a” do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução 17 de 1989. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%202-2023.pdf>. Acesso em: 28 de dez. 2023.

²⁹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário Oficial da Câmara dos Deputados. pp. 37808-37809. 12 de ago. 2003. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12AGO2003.pdf#page=232>. Acesso em: 19 de nov. 2023.

investimentos estrangeiros e, portanto, reforçar o potencial do País para captar significativos aportes de recursos externos, sobretudo de pequenos e médios investidores. Além disso, procurava o Brasil acompanhar o movimento internacional que, à época, caminhava naquela direção. Foi decisiva, naquele momento, a avaliação de que, ao celebrarem acordos de promoção e proteção de investimentos, outros países mostrar-se-iam mais atraentes e seguros que o Brasil aos olhos do investidor estrangeiro. Reforçava essa percepção o fato de que, não somente países vizinhos haviam optado por negociar instrumentos do gênero, mas também países em desenvolvimento de grande porte, como a Índia e a China, também o faziam.

A partir de 1997 testemunhou-se crescente questionamento ao chamado Acordo Multilateral de Investimentos (Multilateral Agreement on Investments - MAI, na sigla em inglês), que vinha sendo negociado no âmbito da OCDE. Os dispositivos que aquele instrumento contemplava foram avaliados como um conjunto demasiado abrangente de direitos e prerrogativas que estariam sendo concedidos às empresas multinacionais, em detrimento da jurisdição do Estado e da própria sociedade. Dessa evolução resultou um declínio do apoio político àquelas negociações, particularmente por parte de alguns países europeus, movimento que culminou com o colapso do processo negociador. O Governo brasileiro participava como Observador das negociações da OCDE. Setores do Congresso Nacional passaram a ecoar fortemente as críticas formuladas àquele projeto e os APPIs assinados pelo Brasil começaram a ser vistos como uma espécie de versão bilateral do MAI e, como tal, não merecedores de endosso político.

Embora o Governo tenha oferecido argumentos para dirimir dúvidas e esclarecer questões levantadas no Congresso, é forçoso constatar que os acordos, por um lado, nunca encontraram o respaldo político necessário para sua aprovação e, por outro lado, deixaram de refletir as tendências que hoje prevalecem no cenário internacional.”²⁹²

Enfim, pode-se dizer que a redação dos instrumentos firmados pelo Brasil acabou trazendo preocupações de ordem jurídica interna e política – interna e externa – o que levou a uma dificuldade de alinhamento junto ao Poder Legislativo a quem, nos termos da Constituição, cabe referendar tais tratativas internacionais, anta ao já citado artigo 84, inciso VIII e, vez que tais acordos em alguma medida poderiam trazer comprometimentos patrimoniais para o Estado, também o artigo 49 inciso I.

²⁹² BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário Oficial da Câmara dos Deputados. pp. 54409-54410. 13 de dez. 2002. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13DEZ2002.pdf#page=21>. Acesso em: 19 de nov. 2023.

Tomando por base os seis acordos enviados ao Congresso Nacional, temos que todos trazem em sua introdução o seu objetivo principal: incentivar o fluxo de capitais entre os países, reconhecendo-se sua importância para o desenvolvimento econômico. Dos pontos mais relevantes podemos destacar:

- (a) o compromisso dos Estados em proteger os investimentos em seu território, sem a criação de obstáculos ou medidas discriminatórias quanto ao seu gerenciamento, manutenção, gozo, expansão, alienação ou liquidação;
- (b) tratamento justo nos termos do direito internacional, sem a criação de embaraços para o exercício de direitos;
- (c) tratamento equitativo com investidores nacionais ou investidores de outros países, considerando que estamos tratando de acordos bilaterais, sem que, contudo, haja compromisso de concessão de direitos que são garantidos a outros países em decorrência de tratados comerciais, de áreas de livre comércio ou de mercado comum ou, ainda, sem que redunde na garantia de reduções tributárias decorrente desses tratados citados;
- (d) liberdade de fluxo de divisas para o investimento inicial, para investimentos (aportes) adicionais, remessa de lucros, decorrentes da liquidação do investimento, pagamento de empréstimos, relacionadas aos salários de pessoal envolvido com o investimento, garantindo que tais fluxos devem ser concretizados sem atraso;
- (e) reconhecimento dos direitos de sub-rogação por parte de Estado ou entidade garantidora de riscos da operação de investimento;
- (f) garantia de justa compensação em casos em que haja expropriação, desde, também, que esta esteja fundada em preceito de interesse público do Estado receptor;
- (g) sistema de resolução de disputas entre Estados baseado em arbitragem com três árbitros, com compromisso de cumprimento da decisão que vier a ser tomada;
- (h) sistema de resolução de disputas entre Estado receptor e investidor baseado na escolha do investidor pelas cortes locais ou por arbitragem internacional nos termos do sistema de resolução de conflitos entre Estados, sendo que a mesma deverá ser conduzida pela ICSID ou tribunal ad hoc constituído nos termos das normas de arbitragem da UNICTRAL. A decisão será final e comprometerá as partes.

Como se pode ver os BITs assinados pelo Brasil e submetidos ao Congresso Nacional, ainda que tenham sido retirados de pauta, apresentam um sistema de proteção ao investidor que

credencia o país a sua apresentação como jurisdição não só estável politicamente, mas também madura institucionalmente.

Em 2015, houve, ainda, uma nova posição com a celebração de dois Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), um com Moçambique e outro com Angola²⁹³. Esses ACFIs trazem, além da questão do incentivo pela proteção do investimento estrangeiro, outros objetivos mais gerais, tais como a parceria entre os Estados, a busca da criação de condições favoráveis a um estreitamento entre setor privado e público, dentre outros. Eles se propõem a uma maior amplitude, criando estruturas adicionais como o Comitê Conjunto para promoção e facilitação de investimentos, como expresso no artigo 1 do ACFI assinado com Angola: “O presente Acordo tem por objeto a facilitação e o fomento dos investimentos recíprocos, com vistas à intensificação e o aumento das oportunidades e atividades de negócios entre as Partes.”²⁹⁴ O artigo 2º do mesmo ACFI indica que o mecanismo de efetivação será constituído por agendas temáticas de cooperação e facilitação de investimentos, bem como pelo desenvolvimento de mecanismos de redução de riscos e prevenção de controvérsias²⁹⁵. Como bem indicam Erika Capella Fernandes e Jete Jane Fiorati:

“Nos ACFIs, é possível identificar diversos dispositivos que não são tradicionalmente encontrados nos tratados bilaterais de investimentos. Entre as principais inovações trazidas pelo novo modelo brasileiro, pode ser citada a previsão de um Comitê Conjunto; o estabelecimento de Pontos Focais; a previsão de troca de informações entre as partes; o incentivo ao envolvimento do setor privado, além de disposições concernentes à responsabilidade social corporativa, transparência e desenvolvimento de agendas temáticas.

[...]

Em conjunto, todas essas inovações, assim como a previsão de troca de informações entre as partes, o incentivo ao envolvimento do setor privado e os dispositivos referentes à transparência, providenciam um regime jurídico caracterizado, sobretudo, pelo diálogo entre as partes envolvidas e pela busca de solução amigável de conflitos, motivo pelo

²⁹³ FERNANDES, Erika Capella. FIORATI, Jete Jane. Op. cit. pp. 247-276. p. 249.

²⁹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Legislativo número 77 de 25 de maio de 2017. Aprova o texto do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola, assinado em Luanda, em 1º de abril de 2015. Brasília: Diário Oficial da União. 26 de mai. 2017.

²⁹⁵ Artigo 2. Mecanismos de execução – O presente Acordo será operacionalizado pelas instituições nacionais das duas Partes e pelo Comitê Conjunto conforme estipulado neste Acordo, pelo estabelecimento de agendas temáticas de cooperação e facilitação dos investimentos e pelo desenvolvimento de mecanismos para redução de riscos e prevenção de disputas, entre outros instrumentos mutuamente acordados. Idem. Ibidem.

qual o ACFI pode ser compreendido como um “BIT light” (RITTNER, 2015).”²⁹⁶

Uma das principais e relevantes diferenças entre o BIT e o ACFI é a ausência, nesse último, de um mecanismo de solução de controvérsia entre Estado receptor e investidor – os ACFIs só preveem a possibilidade para controvérsias entre Estados.

Como já colocado, houve uma retração quanto a apresentação e tramitação da ratificação dos BITs ao Congresso Nacional, o que coloca o Brasil na peculiar situação de signatário desses instrumentos, sem que nenhum deles tenha sido ratificado. Sobre esse cenário, ponderam Michele Alessandra Hastreiter e Luis Alexandre Carta Winter:

“Essa análise pode ser útil para ponderar sobre a mudança de perspectiva brasileira quanto ao tema: apesar de ter assinado 14 acordos na década de 1990, o país optou por não ratificá-los em 2002. Hoje, porém, negocia acordos pautados em uma lógica distinta, mais equilibrados às necessidades dos países receptores e emissores de investimento do que os acordos tradicionais. Nota-se, assim, que, se em 2002, com a análise de custo-benefício realizada pelo governo brasileiro concluiu-se por uma desnecessidade desses instrumentos, há uma série de fatos novos a serem considerados atualmente e é preciso rediscutir o assunto

Em um primeiro momento, um novo cenário para os acordos está se formando e, paulatinamente, as grandes potências têm dado abertura para rediscutir os acordos de investimento, reformando seus modelos para incluir disposições mais equilibradas, com maiores considerações aos interesses dos Estados receptores. Além disso, a visão de que os acordos são irrelevantes para o Brasil - tomando-o por um país exclusivamente receptor de capital e com fatores de atração relevantes (tais como um grande mercado doméstico e uma legislação liberal para regular nacionalmente o investimento estrangeiro, o que justifica o recebimento de grande influxo de capital a despeito do não fornecimento das garantias internacionais de proteção) - não se sustenta diante da percepção de que o país se torna, cada vez mais, uma economia exportadora de capital.

Dentro desse contexto, entende-se que o país não pode mais manter-se alheio ao papel importante dos acordos de investimento na proteção das empresas nacionais contra riscos políticos e institucionais nos países em que investem. Essa maior proteção, porém, não necessariamente precisa ser pautada sob uma lógica egocêntrica do país investidor, mas

²⁹⁶ FERNANDES, Erika Capella. FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil. Uma análise comparada. RIL Brasília. a. 52. n. 208. out/dez. p. 271

sim com a devida atenção às necessidades também da economia receptora, posto que o Brasil está em uma posição em que compreende e possui interesses nos dois lados do jogo.”²⁹⁷

Destino diverso, no entanto, tiveram os ACFI. Confira-se a tabela abaixo:

Tabela 2 – Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos

| Contraparte Contratante | Mensagem de Encaminhamento | Projeto de Decreto Legislativo | Decreto Legislativo Aprovado |
|--------------------------------|-----------------------------------|---------------------------------------|-------------------------------------|
| Moçambique | 23/2016 | 437/2016 | 78/2017 |
| Angola | 25/2016 | 432/2016 | 77/2017 |

A aprovação dos decretos legislativos acima indicados sinaliza que há sim um espaço normativo para que internacionalmente o Brasil acene com medidas protetivas ao investimento estrangeiro direto, respeitadas as disposições soberanamente constantes do ordenamento jurídico nacional. Sem prejuízo, igualmente importante é a efetiva implementação das ações previstas nesses acordos, evitando que seus dispositivos virem letra morta.

Parece-nos, pois, que a assinatura e ratificação de acordos de natureza protetiva do investimento estrangeiro – negociado nas bases que sejam compreendidas como as mais adequadas ambos os Estados contratantes – desempenharia importante papel na concessão de maior transparência e segurança no processo de decisão e escolha do investidor estrangeiro quando de sua análise para a identificação dos potenciais países receptores de investimento; obviamente, não se pode vender ao fato de que não se trata de uma variável isolada, senão mais um elemento que comporá o processo de decisão juntamente com outras muitas variáveis. Assim, diante das legítimas preocupações quanto à harmonia entre os acordos e o direito interno, não nos parece que a solução seja o abandono desses instrumentos, mas a busca de negociações que garantam a proteção ao investimento, sem desrespeito ao ordenamento jurídico nacional.

²⁹⁷ HASTREITER, Michele Alessandra. WINTER, Luís Alexandre Carta. Racionalidade econômica e os acordos bilaterais de investimento. Revista de Direito Internacional. Brasília, v. 12, n. 2, 2015. pp. 283-302. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99511/racionalidade_economica_acordos_hastreiter.pdf. Acesso em: 10 de nov. 2023. p. 298

ii. Incentivos jurídico-econômicos

Como antes dito, nenhum elemento isoladamente considerado parece poder ser considerado como o elemento chave de decisão do investidor estrangeiro. Ao lado de incentivos jurídico-políticos temos aqueles de natureza jurídica-econômica que, para muitos, desempenham papel muito mais relevante no processo de decisão.

A Constituição Federal, na seção II do capítulo II do título que cuida da tributação e do orçamento (título VI), estabelece que a disciplina orçamentária será tratada, fundamental, mas não exclusivamente, na lei que estabelece o plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias e na lei do orçamento anual²⁹⁸, na forma dos incisos do artigo 165. Nesse mesmo artigo, seu parágrafo 6º estabelece:

“§ 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.”²⁹⁹

Da norma em questão, podemos extrair que na lei de que trata o artigo 165, inciso III, haverá de ser evidenciado o efeito que ações de intervenção do Estado na economia produz no sistema de receitas e despesas. Estas ações, aqui em questão, podem ser categorizadas tomando-se como ponto de partida o parágrafo 6º acima transcrito: (i) benefícios tributários; (ii) benefícios financeiros; (iii) benefícios creditícios.

José Maria Arruda de Andrade leciona que os benefícios tributários:

“[...] são favores tributários para categorias de contribuintes. Sob a perspectiva das renúncias, são tratados como gastos (tributários) indiretos.

²⁹⁸ O atual sistema de direito financeiro orçamentário brasileiro trabalha, para além da ótica de execução do orçamento público, com a ótica de planejamento de médio e longo prazo, como bem ensina Marcus Abraham: “A Constituição Federal de 1988 instituiu no sistema orçamentário brasileiro uma estrutura de leis orçamentárias que devem ser elaboradas, aprovadas e executadas de forma integrada e harmônica, permitindo o planejamento e a realização das atividades financeiras do Estado no curto, médio e longo prazos, para todos os Poderes, nos três níveis da federação. [...] Determina o art. 165 da Constituição que leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais. O primeiro seria um planejamento estratégico de longo prazo. O segundo, um planejamento operacional de curto prazo. E o terceiro, a concretização dos planejamentos em uma lei de realização.” ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro brasileiro. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 347-348.

²⁹⁹ Artigo 165, parágrafo 6º. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

[...]

Assim, em breves definições, teríamos:

Benefício Tributário: gastos indiretos do governo que configuram renúncia de receita e que se valem da legislação tributária para atender a objetivos econômicos e sociais. Há de se conjugar dois elementos: (i) uma norma jurídica que represente um desvio ao sistema tributário de referência e que possua (ii) um caráter semelhante ao do gasto público direto, mas que se vale da forma indireta, representativa da perda de arrecadação tributária potencial em favor de uma disponibilidade econômica dos contribuintes, que não foram obrigados a recolher o tributo alvo da medida.”³⁰⁰

A conceituação de gastos tributários – e, nesse sentido, gastos indiretos – não é livre de dificuldades. A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda conceitua gastos tributários como uma desoneração que configura um desvio ao que chama de sistema tributário de referência. E continua:

“Gastos tributários são gastos indiretos do governo realizados por intermédio do sistema tributário, visando a atender objetivos econômicos e sociais e constituem-se em uma exceção ao sistema tributário de referência, reduzindo a arrecadação potencial e, conseqüentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte.

Assim, pode-se dizer que os gastos tributários podem ter caráter compensatório, quando o governo não atende adequadamente a população quanto aos serviços de sua responsabilidade, ou caráter incentivador, quando o governo tem a intenção de desenvolver determinado setor ou região.”³⁰¹

Segundo a OCDE, citando Barry Anderson, gastos tributários são provisões legais, regulatórias que reduzem ou postergam receitas para um grupo reduzido de contribuintes em comparação com um sistema tributário de referência ³⁰². Ainda, citando Kraan, são

³⁰⁰ ANDRADE, José Maria Arruda de. Como entender os benefícios tributários, financeiros e creditícios. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-09/estado-economia-cono-entender-beneficios-tributarios-financeiros-crediticios/>. Acesso em: 10 de nov. 2023.

³⁰¹ BRASIL. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Ministério da Economia. Brasília, 2020. Disponível em <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/renuncia/gastos-tributarios-bases-efetivas/sistema-tributario-de-referencia-str-v1-02.pdf/@@download/file>. Consultado em 12 de nov. 2023. p. 6.

³⁰² No texto original: “[...] provisions of tax law, regulation or practices that reduce or postpone revenue for a comparatively narrow population of taxpayers relative to a benchmark tax”. OCDE. Tax Expenditures in OCDE Countries. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264076907-2-en>. Acesso em 10 de nov. 2023. p. 12

transferências de recursos públicos por meio da redução de obrigações tributárias de um sistema de referência, o invés da execução direta de uma despesa³⁰³.

José Maria Arruda de Andrade levanta algumas divergências quanto àquela definição adotada pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda, propondo uma definição mais completa com a qual aqui nos filiamos:

“a prescrição normativa de um regime jurídico diferenciado em relação à regra geral e anterior, por meio de alterações de seus aspectos estruturais da obrigação tributária considerados como de referência e que não seja representativa de um regime alternativo de natureza constitucional ou de uma regra de intributabilidade absoluta no âmbito das regras de competência, mas, ao contrário, configure uma redução do valor que poderia ser potencialmente, arrecadado no regime referencial e que, ao mesmo tempo, consista em uma alternativa ao que seria o gasto público direto de governo, mas que, em verdade, representa uma entrega indireta de disponibilidade econômica ao público alvo da política econômico-social”.³⁰⁴

Sem prejuízo da divergência conceitual acima apontada, reconhece o papel de atuação dos governos através dos gastos indiretos, seja com objetivos compensatórios (em virtude de dificuldades de prestar determinado serviço) ou para a desenvolvimento de setores ou regiões. “É uma forma indireta de os governos atuarem na economia, renunciando à parcela da arrecadação de tributos a partir de normas tributárias que criam desvios sobre a tributação padrão [...]”³⁰⁵ E esses fundamentos – objetivos compensatórios, de desenvolvimento ou redução de desigualdades regionais ou incentivo a determinados setores ou regiões – formam os fundamentos político orçamentários das renúncias em questão.^{306 e 307}

³⁰³ No texto original: “Tax expenditures – defined as transfer of public resources that is achieved by reducing tax obligations with respect to a benchmark tax, rather than by a direct expenditure [...]”. Idem. Ibidem. p.14.

³⁰⁴ ANDRADE, José Maria Arruda de. Parecer jurídico sobre a constitucionalidade da prorrogação da desoneração da folha de pagamento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6632. p. 18.

³⁰⁵ ANDRADE, José Maria Arruda de. A política econômica e a governança dos gastos tributários indiretos. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-ago-30/Estado-economia-politica-gastos-tributarios-indiretos/#_ftn2. Acesso em: 10 de nov. 2023.

³⁰⁶ Idem. Parecer jurídico sobre a constitucionalidade da prorrogação da desoneração da folha de pagamento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6632. p. 17.

³⁰⁷ É relevante trazer a conhecimento o fato de que a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda, no projeto de lei orçamentaria anual de 2023, estimou para este ano, o gasto aqui em questão em pouco mais de quatrocentos de cinquenta e seis bilhões de reais, o que representa 4,29% (quatro inteiros e nove décimos por cento) do Produto Interno Bruto e 21,72% (vinte e um inteiros e setenta e dois décimos por cento) de todas as receitas por ela administrada. A maior concentração desses gastos localiza-se nas regiões sudeste e norte, sendo que primeira concentra 47,73% e a segunda 15,91%. BRASIL. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda. Brasília, 2022. Disponível em <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/renuncia/gastos-tributarios-ploa/dgt-2023.pdf/@@download/file>.

Em sequência, podem ser conceituados como benefícios de natureza financeira aqueles que se formam por transferência correntes, sendo, portanto, desembolsos que são efetuados com focos sociais (subvenções sociais), econômica (subvenções econômicas) ou auxílios em sentido geral. A Lei 4.320 de 17 de março de 1964, define como transferência corrente “as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços”, incluídas aí as transferências destinadas à manutenção de entidades de direito público ou privado (sem fins lucrativos)³⁰⁸.

São ditas sociais aquelas subvenções que representam transferência correntes com o objetivo de fazer frente a despesas de instituições públicas ou privadas sem fins lucrativos³⁰⁹; as econômicas são aquelas que têm por objetivo fazer frente à déficits de empresas públicas, compensações entre preços de mercado e preços de revenda de bens específicos (normalmente alimentícios ou medicamentos) ou pagamento de bonificação aos produtores desses bens³¹⁰; por fim temos os auxílios que nada mais são que despesas de capital destinadas a investimentos

Consultado em 12 de nov. 2023. Digno de nota que são contabilizados nesses números os benefícios decorrentes do Simples Nacional e da Zona Franca de Manaus. Entretanto, cabe destacar que partilhamos do entendimento de que a Zona Franca de Manaus, por possuir assento constitucional direto com o estabelecimento de sua configuração (sua estrutura de incentivos) e o prazo de sua duração (atualmente até 2073) representa um regime alternativo de tributação, não podendo ser tratada como exceções ao sistema tributário de referência, uma vez que, dada sua natureza, sequer poderiam ser considerados como uma receita esperada e renunciada pelo Estado. Sobre o tema, confira-se o estudo publicado pela Fundação Getúlio Vargas. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Economia de São Paulo. Zona Franca de Manaus. Impactos, efetividade e oportunidade. Disponível em: https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/estudos_fgv_zonafranca_manau_abril_2019v2.pdf. Acesso em 10 de nov. 2023.

³⁰⁸ Artigo 12, parágrafo 2º. BRASIL. Lei 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 1964. 23 de mar. 1964.

³⁰⁹ Artigo 16, parágrafo 3º, inciso I: “Fundamentalmente e nos limites das possibilidades financeiras, a concessão de subvenções sociais visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica. Parágrafo único. O valor das subvenções, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados. Art. 17. Somente à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização serão concedidas subvenções.”. BRASIL. Lei 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 1964. 23 de mar. 1964.

³¹⁰ Artigo 18, parágrafo 3º, inciso II: “A cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não, far-se-á mediante subvenções econômicas expressamente incluídas nas despesas correntes do orçamento da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal. Parágrafo único. Consideram-se, igualmente, como subvenções econômicas: a) as dotações destinadas a cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros materiais; b) as dotações destinadas ao pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais. Art. 19. A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.”. BRASIL. Lei 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 1964. 23 de mar. 1964.

que pessoas de direito público ou privado, sem fins lucrativos, efetuam sem necessariamente uma contraprestação direta de bens e serviços³¹¹.

Benefícios creditícios são aqueles que decorrem da concessão de crédito oficial com juros remuneratórios inferiores ao custo que o governo assume para captação de recursos. Nessa operação, busca-se a disponibilização de linhas de crédito a custos menores que o normalmente praticado pelo mercado, sendo que essa diferença é assumida pelo orçamento público. Na prática, podem ser formatados como juros subsidiados, como dito, mas também como operações sem cobrança diretamente ao tomador de custos administrativos, corretagem, dentre outros, ou seja, sendo assumido pelo Estado.

Assim, todos esses benefícios, nos termos da Constituição, em seu artigo 165, parágrafo 6º e nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, artigo 5º, inciso II³¹², devem vir, como antes dito, evidenciados na lei orçamentária anual. Essa exigência constitucional plenamente se justifica ante ao fato que todos os três benefícios acima definidos impactam o orçamento público e, desta forma, não de ser claramente demonstrados sob pena de clara violação de preceitos constitucionais e legais e de princípios caros ao direito financeiro como da legalidade orçamentária, da universalidade, da programação, limitação, publicidade, discriminação e transparência.³¹³

A concessão de benefícios de natureza tributária e creditícios no âmbito da atração de investimentos estrangeiros direto representa uma ferramenta à disposição do Estado que, assim como os incentivos tratados no tópico anterior, não podem ser categoricamente apontados como determinantes para a decisão do investidor. Mas, assim como as demais variáveis e ferramentas, seu manejo adequado certamente apontará para um credenciamento daquele Estado como jurisdição favorável a realização do investimento. Obviamente, essas concessões, esses mecanismos de incentivo, dependem de fundamentos jurídicos adequados e devidamente calcados no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente na Constituição Federal, tema que

³¹¹ ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de. Uma abordagem estruturada da renúncia de receita pública federal. Revista do Tribunal de Contas da União. n. 84. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2000. p. 24.

³¹² Artigo 5º: O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar: [...] II - será acompanhado do documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado [...]. BRASIL. Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000. Brasília: Diário Oficial de União, 2000. 5 de maio 2000.

³¹³ ABRAHAM, Marcus. op. cit. p. 332-343.

passamos a tratar a seguir, além, como já antes dito, estarem também fundados em estudos econômicos, sociais e políticos, construindo-se uma base interdisciplinar de fundamentação.

3.3. Fundamentos constitucionais legitimadores e limitadores à atração de investimentos estrangeiros diretos

A esse ponto, mostra-se pertinente a identificação dos possíveis alicerces jurídico-constitucionais aptos a legitimar, mas também a limitar, dando contorno jurídico, às intervenções de Estado com vistas à atração de investimentos estrangeiros diretos.

Como já colocado e aqui defendido, enxergamos que as ações de Estado que configuram intervenções por indução para a atração de investimentos estrangeiros diretos devem estar calcadas em políticas públicas e como tais, dependem da necessária observância do arcabouço normativo do direito público como um todo, em especial, mas não exclusivamente, do Direito Econômico Constitucional, encontrando aí, nessa estrita observância, o seu fundamento de validade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A proposta aqui, nesse momento, é investigar esses fundamentos de forma a contribuir com o estabelecimento de contornos de validação jurídica de tais ações.

3.3.1. Fundamentos jurídico-constitucionais

Não se pode pretender que os fundamentos jurídico-constitucionais adiante enfrentados operem em sistema hermético, sem que haja qualquer entrelaçamento entre eles; na verdade, a proposta de enfrentamento em três dimensões – dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, da organização do Estado e da ordem econômica e inovação – é apenas uma forma de sistematização do estudo, não de uma compartimentalização desses aspectos. Pelo contrário, tais fundamentos se comunicam e operam em regime de alimentação mútua, de forma a que se construa um sistema ordenado e legitimador de qualquer ação de Estado voltada à atração de investimentos estrangeiros diretos.

3.3.1.1. Dimensão dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito

Em primeiro lugar, agrupamos aqueles princípios que são tidos como princípios básicos do Estado Democrático de Direito, ou seja, os alicerces, os cernes da construção do Estado brasileiro.

i. Soberania

Numa primeira incursão, parece-nos inevitável que se parta primeiro da ideia de soberania que, num espectro inconsciente, acaba por remeter à histórica definição de Jean Bodin: a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma república, aqui entendido o conceito de Bodin para república como um governo reto vinculado a um poder soberano, o que, ao fim, leva à ideia de Estado³¹⁴. Certo é que o conceito de soberania enfrentou e enfrenta diversas formulações e reformulações, encontrando características embrionárias desde o estado grego e que vêm evoluindo de forma constante. Toda essa construção revela, pelo menos diante de uma ótica política, que o conteúdo do conceito em questão tende a ser um conceito evolutivo, principalmente diante da evolução histórica dos povos e, conseqüentemente, do Estado.

No século XIX desloca-se o eixo de conceituação de soberania. Passa-se a tratar a soberania sob a ótica internacional, mais precisamente, sob a ótica das relações internacionais. Não se pode, no entanto, cogitar da ideia de estado global ou globalização tal como hoje conhecemos - as relações internacionais eram marcadas pela manifestação das soberanias dos estados nacionais. Surge, logo após, notadamente no período entre guerras, a expressão soberania absoluta, mais vinculada uma retórica política, do que presa à realidade das conformações sociais. Com o progresso tecnológico experimentado naquele século, principalmente no período que sucedeu a segunda grande guerra, as relações entre as comunidades foram se estreitando de forma paulatina. Importante exemplo é o contributo do desenvolvimento das novas tecnologias de telecomunicações e transferência de dados via satélite - servindo-se desses novos meios, os grandes centros, leia-se Estados, acabaram por aproximar suas economias, suas necessidades, suas relações e, por que não, suas competições econômicas e comerciais. Não obstante o estreitamento das relações entre Estados, a soberania

³¹⁴ COLOMBO, Silvana. A relativização do conceito de soberania no plano internacional. Revista Direito e Inovação. v. 2. n 2. Jul. 2014. p. 75.

conserva, ainda nesse período, suas características fundamentais: a unidade, a indivisibilidade, a imprescritibilidade, inalienabilidade, a originalidade, a exclusividade e coatividade³¹⁵.

Há, portanto e sem dúvida, um árduo trabalho de conceituação de soberania. Parece-nos que a enumeração de suas principais características não preenche a lacuna existente entre o mero conceito científico e a realidade que vem sendo observada no plano internacional. Como ressalta Ana Lucia Bernardes Martins:

“Soberania é um conceito elusivo, de difícil precisão por sua contingência e abrangência. Ensina o Professor Celso Mello que esta é um conceito jurídico indeterminado”, variando de acordo com a época histórica. Juridicamente, o termo indica uma estreita relação entre soberania e poder: poder público, império, autoridade. Denotando um “direito ao direito de comandar”, ela nos remete ao problema da legitimidade do poder – situando-se na interseção entre direito e política.

Soberania passou a ser identificada com um poder unificado, indivisível e supremo atribuído a um ente impessoal, o Estado – monopólio do direito positivo pelo Estado. Tal poder manifesta-se nas relações internas ou externas do estado. Soberania interna refere-se, então, a atos estatais unilaterais que exprimem uma relação de subordinação entre o estado e seus súditos. Soberania externa, por sua vez, diz respeito a atos bilaterais ou multilaterais consensuais entre entidades juridicamente iguais, os estados. De todo modo, soberania aparece, na disciplina de direito internacional, tanto como um projeto de liberação nacional, como um problema a ser solucionado.”³¹⁶

Celso Duvivier de Albuquerque Mello, depois de constatar que a soberania vem sofrendo lesões e limitações, chega mesmo a afirmar que a mesma tende a desaparecer com a

³¹⁵ A primeira referenciada pela doutrina é a unidade. Por ela entende-se a impossibilidade de coexistência de duas soberanias num mesmo espaço. É indivisível, ou seja, não permite que se proceda a uma fragmentação mesmo diante do modelo de divisão dos poderes estatais; na verdade a divisão ou repartição dos poderes importa numa divisão de funções necessária à consecução dos objetivos estatais. Tem-se ainda a imprescritibilidade e inalienabilidade; nesse sentido a soberania é insuscetível de lesão pela ação do tempo, bem como não coaduna com a possibilidade de disponibilidade por parte do seu titular, posto que, se fosse possível tal disposição, a mesma, bem como o Estado, estariam fadados ao falecimento. É ainda, o surgimento da soberania, inerente ao surgimento do Estado e sua titularidade só reside nestes. Por fim, diz-se coativa - apenas o poder que é soberano possui a prerrogativa de se fazer valer do emprego da força para vincular os indivíduos à ordem jurídica. REIS, Marcio Monteiro. O Estado contemporâneo e a noção de soberania. In: MELLO, Celso Albuquerque. Anuário Direito e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 283.

³¹⁶ MARTINS, Ana Lúcia Bernardes. Princípios constitucionais, soberania e constituição: o caso Pinochet. In: PEIXINHO, Manoel. GUERRA, Isabella Franco. NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). Os princípios na constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 219-220.

formação social denominada Estado³¹⁷. Apesar do grandioso valor e contributo do pensamento do professor Celso Mello, parece-nos mais acertado o entendimento de que não há uma tendência de esvaziamento do conceito de soberania, ao revés, há uma evolução conceitual, uma resignificação com o surgimento de novas necessidades e, conseqüentemente, de novas características. O que estamos hoje assistindo é uma cada vez mais crescente tendência dos estados se lançarem no cenário mundial, buscando a integração que se aponta como solução para diversos dilemas, sejam econômicos, sociais ou políticos. Hoje os Estados estão atados à ideia de cooperação e interconexão de interesses internacionais, deixando a autossuficiência de certa forma maculada por essa nova realidade global³¹⁸.

Desloca-se, portanto, o eixo de análise tradicional da soberania absoluta para um conceito mais próximo de soberania competência. Nas palavras do professor alemão Reinhold Zippelius:

“O poder estatal consolidado não é apenas um fenómeno de política de força, mas também um “poder político juridicamente organizado” consubstanciado num sistema de competências de regulação jurídica (Heller StL, 243). A plenitude dos poderes do Estado não se pode representar juridicamente como simples soma de competências paralelas. O poder do Estado não é um feixe de competências de regulação individuais, antes integra também o poder jurídico de ou limitar estas competências. Desta forma, pode-se, p. ex., criar ou abolir a obrigatoriedade geral do serviço militar, podendo-se por conseguinte fundar ou suprimir uma série de competências singulares. O poder do Estado integra, pois, também competência de decidir sobre a extensão das competências do Estado, ou seja, a soberania de competência ou competência das competências.”³¹⁹

Não podemos deixar de lado a seguinte constatação: certo é que existem potências no cenário mundial; no entanto, no processo histórico verificou-se a inafastável necessidade da integração, processo esse que não se concretiza senão com tratados e declarações de vontade política internacional dos Estados, notáveis manifestações naquele plano de sua soberania. Não há exagero, segundo essa linha de análise e raciocínio, em afirmar que, nos moldes históricos atuais, a própria soberania está menos ligada à capacidade de autossuficiência, mais à

³¹⁷ MELLO, Celso Albuquerque. A soberania através da história. MELLO, Celso Albuquerque. Anuário Direito e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 22.

³¹⁸ REIS, Marcio Monteiro. O Estado contemporâneo e a noção de soberania. In: MELLO, Celso Albuquerque. Anuário Direito e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 291.

³¹⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do estado. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. p. 77

autodeterminação (organização estatal), mas, principalmente, ao reconhecimento da soberania de um Estado por parte da sociedade internacional, característica que se aviva ao lado das características anteriormente citadas. No dizer de Marcelo Caetano:

“[...] um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outros na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos.”³²⁰

É importante aqui registrar o fato de que a Constituição de 1988 além de prever a soberania enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito no artigo 1º, inciso I, também a trata como princípio geral da ordem econômica, com assento no artigo 170, inciso I. Parece claro, portanto, a interação da soberania enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, bem como vetor de conformação da ordem econômica, valendo aqui citar o magistério de Ana Paula de Barcellos:

“A soberania nacional é mencionada ainda pela Constituição no contexto da ordem econômica (art. 170, I). Nesse sentido, o princípio indica para os agentes econômicos que, independentemente de sua origem, ao atuarem no Brasil estarão necessariamente submetidos às normas e exigências definidas como aplicáveis pelo País, a começar pelos princípios listados no próprio art. 170 da Constituição. A distinção geral existente na redação original da Constituição entre capital nacional e estrangeiro (art. 171) foi eliminada por emenda, não cabendo ao intérprete distinguir no particular. Nos termos constitucionais, porém, a lei poderá disciplinar com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivar os reinvestimentos e regular a remessa de lucros (art. 172). Além disso, caberá à lei autorizar investimentos estrangeiros na área de assistência à saúde (art. 199, §3º). A atuação de instituições financeiras estrangeiras no País conta com disciplina específica (art. 192 e ADCT – art. 52). Também caberá ao legislador estabelecer condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras (art. 178). Por fim, também a participação de capital estrangeiro em empresas jornalísticas e de radiodifusão conta com limites impostos pela Constituição (art. 222). Como regra geral, porém, e afora essas previsões específicas, a origem do capital já não é um elemento de *discrímen* constitucionalmente relevante. O que importa hoje, do ponto de vista constitucional é que

³²⁰ CAETANO, Marcelo. Direito constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1. p. 169.

as empresas sejam constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede administração no País.”³²¹

A soberania, que surge, como visto, tanto no artigo 1º, inciso I da Constituição Federal, como princípio básico do Estado, quanto no artigo 170, inciso I na ordem econômica, apresenta franca conexão com o desenvolvimento, a ser tratado mais adiante, já que, em conjunto com a igualdade e solidariedade, integra os chamados princípios fundamentais do Direito Internacional do desenvolvimento³²².

É, portanto, enquanto atributo e princípio básico do Estado, ao mesmo tempo em que legitima ações que objetivem a atração de investimentos estrangeiros diretos, dada a autonomia interna de organização estatal e externa de apresentação como ator da economia mundial, atua também como fundamento de legitimação de restrições a tal capital de sorte a proteger interesses estratégicos do Estado e da sociedade. Nesse diapasão, como vimos anteriormente, outros Estados – mesmo que de matizes ideológicos em geral assimétricos – igualmente se valem do conceito de soberania para a legitimação e contenção das medidas que visem atrair o investimento estrangeiro direto.

ii. Cidadania

Compreendido o conceito de soberania, há que se perquirir a questão do conceito de cidadania e seu papel como fundamento na atração de investimentos estrangeiros diretos. Já há muitas décadas tal conceito se desprende de uma visão essencial e exclusivamente geográfica ou apenas política.

Para uma melhor compreensão do conceito de cidadania, nos parece importante uma breve digressão sobre sua evolução, desde as primeiras concepções gregas³²³ e romanas, passando pelo liberalismo, até aportarmos nos dias atuais, onde é claro o fato de que a questão da cidadania passa a estar embebida pela democracia e, notadamente, a social-democracia.

³²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 138.

³²² CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. Introdução à ordem constitucional econômica. Revista de Direito Constitucional e Internacional. a. 16. n. 65. out./dez. 2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 219.

³²³ A primeira construção acerca da cidadania data de 431 a.C. e é atribuída ao filósofo ateniense Péricles. BARRETO, Vicente. O conceito moderno de cidadania. In: Revista de direito administrativo, São Paulo, n. 192. abr./jun., 1993. p. 31.

No plano greco-romano, como acentua Fabio Konder Comparato, cidadão é aquele homem que participa do funcionamento da cidade-Estado, ou seja, os titulares de direitos políticos³²⁴. Este conceito revela, em verdade, uma conclusão etimológica. O que ressalta aos olhos é o fato de que a relação entre o homem e a cidade era uma relação de sujeição onde a última coisa evidenciada, em essência, era a liberdade; os homens eram muito mais presos à legislação da cidade do que livres para uma participação efetiva na vida política. O grande “direito” que a cidadania concedia era a participação nas assembleias com liberdade de uso da palavra³²⁵. O filósofo Aristóteles afirma em sua obra que o melhor critério para entender o que é um cidadão, em sentido estrito, passa pelo entendimento da cidadania como a capacidade de participar na administração e governo das cidades, admitindo que esse conceito pode se diferenciar conforme o regime de governo³²⁶.

No Estado liberal observa-se um renascimento da vida política agora voltada não mais para a satisfação de interesses de uma nobreza – já deposta – mas sim de uma burguesia que ascendia ao poder³²⁷. Nesse momento é verificada o desenvolvimento de teorias e doutrinas que reconheciam o indivíduo como um complexo de direitos e obrigações, como nos ensina Fabio Konder Comparato:

“Os revolucionários ingleses e franceses, ao mesmo tempo em que procuraram restabelecer a cidadania política abolida pelo absolutismo monárquico, reconheceram em todo indivíduo, de qualquer sexo ou condição social, a titularidade de direitos naturais, que o Estado deve respeitar, em todo tempo e lugar. A afirmação da naturalidade dos direitos humanos implica, correlatamente, a de sua universalidade.”³²⁸

A universalidade de que trata o citado professor e que é abordada como característica da declaração resultante da revolução de 1789, resta denotada até pela adoção da expressão

³²⁴ COMPARATO, Fabio Konder. A nova cidadania. in: Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo. n. 289, 1993. p. 85. 1993.

³²⁵ Idem. Ibidem. p. 86-87. Fabio Konder Comparato reporta que cidades como Rodes proibiam que os homens se barbeassem, em Esparta haviam que retirar o bigode e, em Atenas, as mulheres quando em viagens, não podiam levar mais do que três vestidos.

³²⁶ ARISTÓTELES. Política. AMARAL, Antonio Campelo. GOMES, Carlos (trads.) s.l.: Veja. 1998. Livro III. p. 187-188. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/357991/mod_resource/content/1/Aristoteles_Pol%C3%ADtica%20%28VEGA%29.pdf. Acesso em: 22 out 2023.

³²⁷ Interessante notar que mesmo na Revolução Francesa havia a exclusão da participação política pelo critério censitário daqueles indivíduos que não possuísem determinado volume de renda. BARRETO, Vicente. O conceito moderno de cidadania. In: Revista de direito administrativo, São Paulo, n. 192. abr./jun., 1993. p. 32.

³²⁸ COMPARATO, Fabio Konder. Ibidem. p. 88.

homem ao invés de apenas cidadão. Aqui se aviva uma transmutação hoje inseparável do conceito de cidadania: a sua dimensão nacional e uma nova dimensão mais expandida, de contornos internacionais³²⁹. Não cabe mais o conceito de cidadania em comunhão única de significado com o conceito de nacionalidade como o fazem o jurista português Marcelo Caetano³³⁰ e Hans Kelsen³³¹.

Entretanto, a questão da cidadania como complexo do indivíduo – marca essencial do liberalismo – começa a perder o sentido quando do fenômeno universal do subdesenvolvimento e empobrecimento verificado até mesmo de nações ricas. Nasce necessidades que não têm rosto definido e direitos de uma coletividade impossível de ser nominada e individualmente apontada – crescem, por conseguinte, os reclamos para que o povo participe do desenvolvimento do Estado e na sua promoção social; Fabio Konder Comparato enumera cinco níveis desta participação popular: (a) na distribuição de bens materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna, (b) na proteção de direitos difusos ou transindividuais, (c) no controle do poder político, (d) na administração da coisa pública e (e) na proteção de interesses transnacionais³³². Mesmo no Brasil verifica-se que a cidadania liberal se limitava a regular diferenças políticas qualitativas e vendava-se diante de questões de índole quantitativas como as econômicas e sociais³³³.

Estes níveis, examinados um a um, demonstram a vinculação do conceito de cidadania, agora já sob a ótica do Estado Social, à questão da titularidade, fruição e garantia de direitos fundamentais. A questão da cidadania na democracia ou social-democracia acaba por impor ao seu conceito moderno plano que a cidadania liberal não possuía³³⁴. No caso brasileiro, experimentamos três óticas da cidadania: a liberal, nas constituições anteriores a de 1988 (excetuando-se as autoritárias de 1937 e 1967/69), a cidadania no regime autoritário das cartas já citadas, e a atual cidadania do estado democrático, consagrada no texto vigente, mais vinculada a um conceito moderno de cidadania.

³²⁹ Idem. Ibidem. p. 89.

³³⁰ CAETANO, Marcelo. Direito constitucional. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 160, onde se lê: “Como já ficou dito, o vínculo que liga os indivíduos a uma comunidade política e os integra em certo povo chama-se nacionalidade ou cidadania e a esta qualidade correspondem certos direitos, e certas obrigações com a coletividade e para com os outros cidadãos.”

³³¹ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 231. Onde se lê: “Cidadania ou nacionalidade é um status pessoal [...]”.

³³² COMPARATO, Fabio Konder. Ibidem. p. 92.

³³³ BARRETTO, Vicente. Ibidem. p. 30.

³³⁴ Idem. Ibidem. p. 29.

Para a compreensão de um conceito moderno de cidadania, serve-nos, inicialmente, o modelo concebido por T.H. Marshall. Tal esquema, no entanto, comporta a advertência de Vicente Barretto, no sentido de tratar-se de um elemento importante de análise, mas que oferece uma perspectiva essencialmente histórica da evolução do conceito de cidadania³³⁵. Marshall concebe a cidadania como um conjunto de direitos e obrigações que, em suma, se constitui de três grupos de direitos: os direitos civis do século XVIII, os direitos políticos do século XIX e os direitos sociais do século XX³³⁶. A questão da perspectiva essencialmente histórica se visualiza na separação estanque, em momentos históricos diferentes e bem delineados, de direitos que nem sempre evoluíram na dinâmica apontada e não foram excluindo-se sucessivamente ao longo dos séculos. O processo de evolução de direitos é antes um processo de incorporação de direitos à questão da cidadania do que um processo evolutivo que importa no abandono do que fora conquistado anteriormente em nome de um conjunto mais desenvolvido³³⁷ (registrando-se, por oportuno, a contraposição das expressões dimensões e gerações de direitos³³⁸).

A cidadania moderna é o resultado de um processo de evolução dos paradigmas de direitos – evolução dos direitos civis, dos direitos políticos e, nos últimos sessenta anos, dos direitos sociais e econômicos. Constata Vicente Barretto que a cidadania moderna – ou cidadania do estado democrático de direito – possui uma dupla face: uma, representativa da participação no poder político, outra, representativa da participação da fruição do poder e sistema econômico³³⁹.

E já que nossa investigação busca um conceito, servimo-nos do utilizado por Ricardo Lobo Torres: “o pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos

³³⁵ Idem. Ibidem. p. 33.

³³⁶ MARSHALL, T.H.. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar Editores. [s.a.]. cap. III. pp. 63-114. Disponível em <https://adm.ufersa.edu.br/wp-content/uploads/sites/18/2014/10/Marshall-Cidadania-Classe-Social-e-Status1.pdf>. Acesso em: 22 de out. 2023.

³³⁷ BARRETTO, Vicente. Ibidem. p. 35.

³³⁸ “Geração” traz de forma ínsita a ideia de sucessão, ou seja, de substituição do mais antigo – ou anterior – pelo mais novo. Enquanto isso, o termo “dimensão” não carrega essa ideia de fluxo temporal se substituição sucessiva, mas de diferentes camadas. Temos sobre o tema, obras como a de Paulo Bonavides que adota o termo geração e de Caçado Trindade que, juntamente com Ingo Sarlet, rejeitam o termo e adotam “dimensões”. Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55. TRINDADE, Antonio Augusto Caçado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1. p. 390.

³³⁹ BARRETTO, Vicente. Ibidem. p. 36.

e o seu quadro de deveres”³⁴⁰. Frisemos, há que se compreender toda ordem e esferas, inclusive, como dito, a econômica.

Ricardo Lobo Torres em sua análise, conclui que o conceito de cidadania é multidimensional³⁴¹. Sob sua ótica, o conceito de cidadania pode revestir-se e ser analisado diante de uma dimensão temporal – uma evolução dos direitos que compõe o seu conteúdo – uma dimensão espacial – a inserção da cidadania no plano – local, nacional, internacional e supranacional – uma dimensão bilateral que conjuga os direitos da cidadania com os deveres do indivíduo promovendo uma relação bilateral com o próprio Estado – e uma dimensão processual – conjunto de garantias que objetivam impor um o grau de efetividade aos direitos que se apresentam nas dimensões anteriormente citadas.

A cidadania, portanto, gera um espectro de direitos e deveres e, no que tange aos diretos, se conecta de forma direta, sendo um qualificador dos fundamentos que se seguem. É a cidadania que informa e impregna o reconhecimento do valor social do trabalho em regime de mútua cooperação com a livre iniciativa e torna exponencial a importância da busca do pleno emprego, todos temas que passamos a tratar.

iii. Valor Social do Trabalho, Livre Iniciativa e Busca do Pleno Emprego

Ao lado dos conceitos de soberania e cidadania, há três conceitos que, para os propósitos da presente pesquisa, enxergam-se como correlatos e auto informantes: os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa (dispostos esses dois no artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal) e a busca do pleno emprego (art. 170, inciso VIII da Constituição Federal), merecendo, pois, uma apreensão conjunta.

Deriva da própria ideia de cidadania, como antes dito, enquanto titularidade de direitos e obrigações na unidade de determinada nação que o cidadão tenha condições de se manter e progredir com o seu esforço próprio e, numa ótica mais reduzida, com o fruto de seu trabalho. Assim, o trabalho de cada indivíduo não deve ser apenas valorizado pela ordem jurídica enquanto essencial para aquele indivíduo (trabalhador), mas também como valor a ser

³⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. in: Teoria dos direitos fundamentais. TORRES, Ricardo Lobo (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 324.

³⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. op. cit. p. 252.

respeitado em nome de toda a organização social, de toda a sociedade. O trabalho, portanto, enquanto elemento que merece proteção pela da ordem jurídica, assim o merece não em razão apenas daquele trabalhador individualmente considerado, mas sim em nome de toda a sociedade. Essa proteção não se dá de forma dissociada – é protegendo o espectro individual do trabalho que se protege o espectro social do trabalho; sem proteger o trabalho individual não se protege suas perseguições sociais. É protegendo as perseguições sociais do trabalho que se protege o indivíduo isoladamente considerado. E é nesse sentido que Jailton Macena de Araújo examina dimensões do valor social do trabalho, a partir dos conceitos de Pérez Luño:

“No sentido jurídico, o valor social do trabalho conforma em seu bojo o conjunto de atribuições que são eminentemente principiológicas. Desta feita, as mesmas funções que Luño (2005) apresenta para os direitos fundamentais, ao descrever o papel hermenêutico das dimensões da igualdade, cumprem também ao valor social do trabalho, por este constituir-se também na tríplice dimensão (1) fundamentadora, (2) orientadora e (3) crítica.

A partir da base apresentada por Luño, pode-se afirmar que a dimensão fundamentadora do valor social do trabalho estabelece-se a partir do plano constitucional, meramente pela sua previsão, uma vez que o conjunto de disposições e instituições que decorrem da necessidade de realização dos direitos sociais (e também civis) a partir do trabalho, acaba por determinar nesses valores, os fundamentos da República, o primado da ordem social e a condução da ordem econômica (todos centrados no trabalho).

[...]

O valor social do trabalho atua de maneira decisiva sobre os sentidos do trabalho e sobre a dignidade humana, pois condiciona e orienta, de modo positivo, a construção de um ideal de cidadania que coloca a participação dos processos sociais como parte essencial do desenvolvimento. A cidadania representa, então, um meio que possibilita obter o fim social primordial do trabalho e das relações sociais que é promoção da dignidade.

As ações e posicionamentos do Poder Público devem ser reforçados pelo valor social do trabalho, de modo que a Administração Pública seja compelida a atuar no sentido de promover o trabalho em seus mais diversos sentidos, especialmente no que se refere à participação cidadã. O valor social do trabalho deve ser a matiz que instiga o legislador a produzir leis que protejam o trabalhador e, em contraponto, impeça-o de reduzir ou limitar os direitos trabalhistas, bem como, sirva ainda de

parâmetro para o Judiciário quando da sua atuação precípua de solver conflitos sociais que tenham o trabalho como objeto ou matriz.”³⁴²

Como bem ressalta o Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes:

“é através do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversa passagens, a liberdade, o respeito, e a dignidade do trabalhador (por exemplo: CF, arts. 5º, XIII; 6º; 7º; 8º; 194-204). Como salienta Paolo Barile, a garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado, mas também o autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país (*Diritti del'uomo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Molino, 1984. p.105).”³⁴³

Por outro lado, a ideia de livre iniciativa é tributária da concepção de liberdade de organização dos cidadãos na busca de satisfações pessoais ou do grupo em dimensões sociais e econômicas. Escapa da ideia de um planejamento impositivo aos particulares elaborado pelo Estado como em um regime socialista³⁴⁴. A livre iniciativa, no entanto, pode ser contida enquanto princípio constitucional por outros princípios, tanto assim o é que convive no atual texto com monopólios da União Federal, restrições a tal liberdade de atuação e organização e outras limitações que, aqui já tratados, revelam um sopesamento de interesses básicos feito pelo constituinte originário, sem, contudo, produzir-lhe um esvaziamento que a anule, como bem observa Ana Paula da Barcellos:

“Tudo o que se acaba de expor sobre as possibilidades de intervenção do Estado na ordem econômica e de limitação do princípio da livre-iniciativa não significa, porém, que ele possa ser restringido livremente. As exceções ao princípio da livre-iniciativa e os fins que podem restringi-lo haverão de constar do próprio texto constitucional. Não se admite que o legislador ordinário possa livremente limitar a livre-iniciativa, salvo se agir fundamentado em outra norma constitucional específica. Em segundo lugar, não se admite que, a título de realizar outros fins constitucionais, se possa esvaziar o princípio da livre-iniciativa ou desrespeitar seu conteúdo essencial. Conviver com os demais princípios não significa deixar de existir ou de ter qualquer relevância normativa ou constitucional.”³⁴⁵

³⁴² ARAUJO, Jailton Macena de. Valor social do trabalho na Constituição Federal de 1988: instrumento de promoção da cidadania e de resistência à precarização. Revista de Direito Brasileira. São Paulo. v. 16. n. 7. p. 115-134. jan./abr. 2017. pp. 120-121. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/210568023.pdf>. Acessado em 22 de out. 2023.

³⁴³ MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. Teoria geral. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 61.

³⁴⁴ Vide, sobre o tema, a nota 278.

³⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit.. p. 140.

Em outra perspectiva encontra-se o magistério de José Afonso da Silva:

“Essas considerações complementam algumas ideias já lançadas, segundo as quais a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica.”³⁴⁶

Na linha acima, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, as limitações à livre-iniciativa devem corresponder à justas exigências do poder público, sem aniquilamento das atividades que se pretende limitar³⁴⁷. Como se manifesta Celso Antonio Bandeira de Mello:

“O que se vem de dizer só é excepcionado nos casos em que a própria Constituição entendeu de atribuir um regime especial para determinadas e específicas atividades econômicas que, dessarte, foram isoladas do regime pertinente à generalidade delas, porque a Lei Magna considerou-as merecedoras de tratamento peculiar, excepcional. É o que foi especificamente feito para as atividades financeiras, de seguro e capitalização, como resulta do art. 192, incisos I e II e para os empreendimentos privados no setor de ensino, conforme determina o art. 209, II. São, pois exceções confirmatórias da regra.”³⁴⁸

Na mesma linha de raciocínio também não parece razoável enxergar a livre-iniciativa como um super princípio com capacidade de anular qualquer outro quando em ponderação. O próprio Supremo Tribunal Federal assim já decidiu:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 7.844/92, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Competência concorrente entre a União, Estados-Membros e o Distrito Federal para legislar sobre Direito Econômico. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica.

³⁴⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 813.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Especial número 29.299-6. Brasília: Diário da Justiça. 17 de set. 1994.

³⁴⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Liberdade de Iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Curitiba: Juruá, 1999. n.1. p. 178.

Mercado. Intervenção do Estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição do Brasil

1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais.

2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170.

3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.

4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.

5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes.

6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”³⁴⁹

Importante não se seduzir à ideia equivocada de que livre-iniciativa é um instituto contraposto aos valores sociais do trabalho. Por vezes – notadamente em discursos ideológicos descontextualizados, a ideia de livre-iniciativa equivocadamente se confunde com a detenção concentrada dos meios de produção na mão de grandes empresas. No Brasil existe uma grande concentração de microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte que, reconhecida e legitimamente, recebem tratamento diferenciado no ordenamento jurídico³⁵⁰. Em nossa visão, portanto, tais princípios não se antagonizam.

Mais recentemente, o Brasil passou a conviver com a Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, aqui já citada e comumente chamada de Lei da Liberdade Econômica. Logo em seu artigo 1º, referida norma institui “a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1950. Brasília: Diário da Justiça. 02 de fev. 2006.

³⁵⁰ Segundo levantamento feito pelo IBGE, em 2021, o Brasil possuía pouco mais de treze milhões de microempreendedores individuais, o que equivale a aproximadamente 70% (setenta por cento) do total de empresas e outras organizações; entretanto, apenas pouco mais de cento e quarenta mil microempreendedores individuais empregam com carteira assinada, o que representa um universo de pouco mais de 10% (dez por cento). BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatística dos Cadastros de Microempreendedores Individuais – 2021. Brasília. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/investigacoes-experimentais/estatisticas-experimentais/38014-estatisticas-dos-cadastros-de-microempreendedores-individuais.html?=&t=resultados>. Acesso em: 29 de out. 2023.

estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.”.

Em uma análise mais topográfica, a lei em questão se pretende construir sobre dois eixos fundamentais: a declaração de direitos da liberdade econômica e o afastamento de abusos do poder regulatório do Estado, tais como a criação de reservas de mercado, favorecimento de grupo econômico ou profissional, criar dificuldades para entrantes no mercado, sejam nacionais ou estrangeiros, criação de demandas artificiais, bem como cria a exigência de análise prévia de impacto regulatório de forma a verificar o impacto econômico de novas normas de intervenção, já que parte da premissa que a intervenção do Estado sobre o exercício de atividades econômicas, tal como disposta no inciso III do art. 2º da lei, dar-se-á sempre em caráter subsidiário e excepcional.

Nesse contexto, portanto, é possível afirmar, que o valor social do trabalho e a livre-iniciativa são, como dito, princípios que se autocomunicam, de sorte a que se completam orientando o Estado brasileiro sob a perspectiva de busca do devido respeito a interações harmônicas entre esses dois princípios o que, ao fim e ao cabo, operam em prol do princípio esculpido na ordem econômica da busca do pleno emprego. Ana Paula de Barcellos leciona que:

“Os princípios da livre-iniciativa e da valorização do trabalho devem conviver entre si e com os princípios setoriais da ordem econômica sobre os quais se passa a tratar, expostos nos incisos do art. 170: todos em conjunto conduzirão a ordem econômica. Assim, a livre-iniciativa, embora não possa ser esvaziada, sujeita-se à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento. Esse é um ponto importante.

A ponderação é a técnica utilizada para a neutralização ou atenuação da colisão de normas constitucionais. Destina-se a assegurar a convivência de princípios que, caso levados às últimas consequências, acabariam por se chocar. É evidente, entretanto, que a ponderação encontra limites no conteúdo próprio e típico de cada princípio. Não fosse assim, a interpretação constitucional seria um mero jogo de palavras sem conteúdo e sem valor. Bastaria afirmar que se está “ponderando” um

determinado princípio para, por essa expressão mágica, o intérprete encontrar-se autorizado a transgredir livremente o que o princípio determina. Isso é particularmente relevante acerca dos princípios fundamentais e setoriais da ordem econômica, que, frequentemente, entram em tensão e precisarão ser ponderados sem eliminação de qualquer deles.”³⁵¹

Não à toa o próprio *caput* do artigo 170 afirma que a ordem econômica é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, com o objetivo de assegurar uma existência digna a todos os cidadãos, observando uma série de outros primados ali esculpidos. Tal comando atesta que há um verdadeiro entrelaçamento de princípios fundantes do Estado brasileiro com aqueles orientadores da ordem econômica, vez que a soberania prevista no art. 1º, inciso I, se reapresenta no art. 170, inciso I; a livre-iniciativa prevista no art. 1º, inciso IV se reapresenta na proteção da propriedade privada prevista no art. 170, inciso II, acompanhada das limitações, aqui já tidas como válidas já que não aniquilantes, da função social da propriedade (inciso III), da livre concorrência (inciso IV), defesa do consumidor (inciso V), defesa do meio ambiente (inciso VI)³⁵²; a cidadania prevista no art. 1º, inciso II e os valores sociais do trabalho, inciso IV do mesmo artigo, informam a busca pelo pleno emprego, prevista também no art. 170, inciso VIII, todos dispositivos da Constituição Federal de 1988.

iv. Desenvolvimento e redução das desigualdades sociais e regionais

Forçoso inferir, ainda, que além da constatação de que a soberania, cidadania, valor social do trabalho e livre-iniciativa operam sobre os dispositivos próprios da ordem econômica acima indicados, também se fazem tais princípios fundantes de certa forma presentes no que diz respeito ao objetivo da República Federativa do Brasil de buscar o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II) – para o quanto aqui nos interessa em seu viés econômico – e de redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, inciso III e art. 170, inciso VII).

O desenvolvimento – principalmente no seu viés de desenvolvimento econômico –, enquanto objetivo, é de importância singular para o país. Ricardo Lobo Torres coloca que:

³⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 436.

³⁵² Idem. Ibidem. p. 139.

“Desenvolvimento econômico é conceito cultural e um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como proclama o art. 3º, II, da CF, pelo que transcende o campo da Constituição Financeira. Mas, do ponto de vista do direito financeiro, o desenvolvimento econômico influencia assim a receita como o orçamento. Os tributos devem ser cobrados de modo a não criarem obstáculos ao desenvolvimento econômico. Os incentivos fiscais têm na ideia de crescimento econômico a sua principal justificativa. O orçamento deve prever os investimentos estatais necessários para desenvolver o país. O princípio do desenvolvimento econômico volta a se vincular, nos dias atuais, à ideia de justiça financeira: autoriza um mínimo de intervencionismo estatal direto na economia (empresas públicas), redireciona os investimentos para as obras de infraestrutura, coloca sob suspeita de ilegitimidade a política de concessão de incentivos fiscais e se equilibra com outros princípios de justiça, como a redistribuição e rendas e a capacidade contributiva. Já não mais prevalece a visão utilitarista, tão ao gosto dos economistas, segundo a qual a política desenvolvimentista deveria conduzir ao intervencionismo do Estado e ao sacrifício da justiça financeira.”³⁵³

Quanto à redação do artigo 3º, o Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal destaca que tal não encontra dispositivo correlato em Constituições anteriores, e mesmo durante a discussão do atual texto a redação tal como a conhecemos hoje não estava presente nos primeiros projetos – tampouco no aqui já citado anteprojeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos³⁵⁴. A redação só vem a ser delineada com a substância que hoje temos no início do segundo turno de discussões na Assembleia Geral Constituinte com o chamado Projeto B, sendo aprimorada no chamado Projeto C³⁵⁵. E destaca:

“Apesar da redação impositiva, com claros mandamentos dirigidos ao Estado (construir, garantir, erradicar, promover), trata-se de dispositivo com baixa densidade normativa, em razão da sua abrangência e limitada concretude. Funciona, assim, como conjunto de princípios norteadores atuação estatal e não como regra de aplicação e sanção *tout court*. De todo modo, em matéria de hermenêutica constitucional, já destaquei que, “tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152). Sendo assim, é fundamental compreender que o dispositivo em comento se irradia por todo o Texto Constitucional por meio de

³⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 99-100.

³⁵⁴ Vide nota 144.

³⁵⁵ MENDES, Gilmar. LEAL, Adilson. *Comentários ao artigo 3º*. MORAES, Alexandre. [et. at.] *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense. p. 23.

diversos outros dispositivos que complementam as questões constitucionais postas e, em conjunto, conferem a elas maior densidade normativa e significados específicos, o que, em última análise, redundam em concretude e operacionalidade da norma. Para descortinar o conteúdo do art. 3º, portanto, é preciso identificar suas relações de interdependência.”³⁵⁶

E, por fim, conclui:

“A concretização desse dispositivo pressupõe atuação do próprio constituinte (originário ou derivado), do legislador ordinário e do governo na formulação e implementação de políticas públicas de diversas ordens.”³⁵⁷

E não se pode sustentar que o desenvolvimento enquanto objetivo é algo que reside apenas no campo das preocupações de uma ou outra nação. Como bem aponta Claudia Perrone-Moisés,

“Entendemos, assim, que um dos caminhos possíveis no labirinto econômico internacional, visando à busca de saída para o desenvolvimento, econômico e social, seria a afirmação dos direitos humanos, em especial do direito ao desenvolvimento. A evolução deste direito tem comprovado que a preocupação crescente com o tema pode levar as diversas nações ao consenso que é almejado por todos, e a uma cooperação mais efetiva.”³⁵⁸

Nessa linha, podemos inferir a repercussão do quanto contido no artigo 3º, inciso III no artigo 43 do mesmo texto constitucional³⁵⁹. Tal repercussão é, inclusive, enfrentada pelo

³⁵⁶ Idem. Ibidem. p. 24.

³⁵⁷ Idem. ibidem. p. 24.

³⁵⁸ PERRONE-MOISÉS, Claudia. Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 91

³⁵⁹ Artigo 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. § 1º Lei complementar disporá sobre: I - as condições para integração de regiões em desenvolvimento; II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes. § 2º Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei: I - igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público; II - juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; III - isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas; IV - prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas. § 3º Nas áreas a que se refere o § 2º, IV, a União incentivará a recuperação de terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 592.891/SP, recurso julgado sob a forma de recursos repetitivos e, portanto, representativo da controvérsia que restou firmada como tema 322³⁶⁰, onde se discutiu a questão da manutenção do creditamento, pelo adquirente, do Imposto sobre Produtos Industrializados oriundos da Zona Franca de Manaus onde assim restou lançado no voto da Ministra Rosa Weber:

“Todas estas considerações denotam que o tratamento tributário diferenciado para esta relevante área encontra suas razões na necessidade de desigualar juridicamente uma situação fática desigual para realizar, assim, a igualdade. Este é o sentido para a Constituição Federal de 1988 se ocupar, no ADCT, com a manutenção dos peculiares incentivos fiscais direcionados para sub-região de Manaus. Logo, esta isenção não recebe, por determinação constitucional, o mesmo tratamento das isenções em geral, não se enquadrando, por conseguinte, no julgamento do Supremo Tribunal Federal candidato a precedente para o presente caso, qual seja, o RE nº 353.657 de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Nessa linha, entendo que a isenção do IPI, tributo de competência da União, de determinado produto para todo o território nacional não recebe o mesmo tratamento da isenção do mesmo tributo direcionada para determinada região em especial: trata-se, além de um incentivo regional conforme o artigo 43, § 2º, III da Constituição, de um incentivo para o desenvolvimento do país como um todo ao ponto de receber “tratamento constitucional de exceção”, expressão utilizada por Ives Gandra Martins na obra citada.

[...]

Está entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme artigo 3º da Constituição. A República Federativa do Brasil, nas lições de Misabel Derzi,¹³ está a serviço de um Estado Democrático de Direito que contém, além dos seus fundamentos (artigo 2º) e seus objetivos (artigo 3º), “outros dados dela necessariamente integrantes, como a estrutura econômica e social, o desenvolvimento, a justiça e a igualdade, enfim, as metas a alcançar e os meios materiais utilizáveis. Enfim, Estado democrático é antes noção de sistema político – ou de regime político, como prefere referir-se Burdeau, o qual

³⁶⁰ Tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal: “Há direito ao creditamento de IPI na entrada de insumos, matéria-prima e material de embalagem adquiridos junto à Zona Franca de Manaus sob o regime de isenção, considerada a previsão de incentivos regionais constante do art. 43, § 2º, III, da Constituição Federal, combinada com o comando do art. 40 do ADCT.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário número 592.891. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico. 2021. Publicado em 20 de set. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341201046&ext=.pdf>. Acesso em: 10 de nov. 2023.

abrange não só instituições governamentais formalmente consideradas, como ainda valores e diretrizes adotadas pela Constituição.”

Ainda, encontram-se, entre os princípios constitucionais da ordem econômica, a soberania nacional, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais, conforme artigo 170 da Constituição e, como fundamento da ordem econômica, assegurar a todos uma existência digna. Para tentar combater essas desigualdades fáticas -regionais e sociais – a Constituição dispõe sobre os incentivos regionais no seu artigo 43 e prevê a importância de incentivos fiscais para promoção do equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País, conforme seu artigo 151, I.”³⁶¹

Num país com dimensões e diferenças regionais substanciais, é razoável que haja tratamento beneficiado em favor de regiões com menores índices de desenvolvimento, de forma a que se estimule um reequilíbrio em favor de toda a Nação. Como bem destacado pelo Supremo Tribunal Federal no julgado acima, tal benefício se perfaz em favor da região privilegiada, mas também em razão de todo o país, fortalecendo a sociedade e a economia como um todo. Essa preocupação se faz presente em outros pontos do texto constitucional como, por exemplo, no artigo 165, parágrafo 7º³⁶², artigo 23, parágrafo único³⁶³, artigo 163, inciso VII³⁶⁴ e artigo 170, inciso VII³⁶⁵, dentre outros³⁶⁶.

Essa percepção não é nova, já foi objeto de reflexão, debates e críticas em regimes constitucionais anteriores. O desenvolvimento regional é elemento de proteção e equilíbrio da nação e assim assume uma importância que vai além da concepção de garantia de cidadania, mas também de estabilidade da nação, afinal a planificação regional com objetivos de promoção do desenvolvimento é uma medida de ordenamento territorial³⁶⁷. E nesse sentido, o Brasil passou a adotar as superintendências de desenvolvimento como mecanismo de promoção de

³⁶¹ Idem. Ibidem. p. 658-659.

³⁶² “Art. 165. [...] §7º Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

³⁶³ “Art. 23. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”. Idem. Ibidem.

³⁶⁴ “Art. 163. Lei complementar disporá sobre: [...] VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.”. Idem. Ibidem.

³⁶⁵ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] redução das desigualdades regionais e sociais.”. Idem. Ibidem.

³⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 103.

³⁶⁷ LAUBADERE, Andre. Direito público econômico. Coimbra: Almedina, 1985. p. 312.

ações com esse objetivo; podem ser citadas aqui a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), a Fundação Brasil Central e a Comissão de Desenvolvimento do Centro-Oeste (CODECO); infelizmente essas iniciativas foram se desnaturando ao longo do tempo, afastando-se de seu propósito desenvolvimentista e aproximando-se de um espúrio propósito político, alinhando-se a lobbies e a desvios reiterados, o que acabou por levar ao seu abandono. Além das superintendências de desenvolvimento, mostra-se digno de nota a criação, pelo Decreto 288, de 28 de fevereiro de 1967, da zona franca de Manaus, caracterizada em seu artigo 1º como “uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos.”, posteriormente constitucionalizada pelo artigo 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias³⁶⁸.

Em 2019, o Governo Federal editou o Decreto 9.810 de 30 de maio, norma que atualizou a Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR)³⁶⁹. Nos termos do artigo 1º do referido decreto o PNDR tem por finalidade “reduzir as desigualdades econômicas e sociais, intra e inter-regionais, por meio da criação de oportunidades de desenvolvimento que resultem em crescimento econômico, geração de renda e melhoria da qualidade de vida da população.”³⁷⁰ Entre os princípios que norteiam referida política temos a solidariedade regional e cooperação federativa, planejamento integrado, desenvolvimento sustentável, competitividade e equidade no desenvolvimento produtivo e sustentabilidade dos processos produtivos.

³⁶⁸ Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição.

³⁶⁹ A Política Nacional de Desenvolvimento Regional foi inicialmente proposta em 2003 no Decreto 4.793 de 23 de julho de 2003, no contexto da criação da Câmara de Políticas de Integração Nacional e Desenvolvimento Regional, organismo inserto no Conselho de Governo, tendo sido posteriormente autonomamente institucionalizada em 2007 pelo Decreto 6.047 de 22 de fevereiro daquele ano. Mesmo antes, desde 1989, o Brasil conta com fundos especialmente dedicados ao financiamento do desenvolvimento regional, tais como o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte (FNO), o Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste (FCO) e o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE), dentre outros. RESENDE, Guilherme Mendes. MOREIRA, Paula Gomes. ALVES, Adriana Melo. ROCHA NETO, João Mendes. Brasil: dez anos da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR). Boletim Regional, Urbano e Ambiental. IPEA. n. 11. jan.-jun., 2015. p. 31-32. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4866/1/BRU_n11_brasil.pdf. Acesso em: 28 de out. 2023.

³⁷⁰ BRASIL. Decreto 9.810 de 30 de maio de 2019. Brasília: Diário Oficial da União, 2019.

A penetração informativa das normas constitucionais aqui tratadas no Decreto 9.810/2019 se revelam primariamente em seu artigo 3º que elenca seus macro objetivos, podendo ser destacada a busca por convergência em níveis de desenvolvimento e qualidade de vida bem prol das regiões que apresentam baixos indicadores socioeconômicos, estimular os ganhos de produtividade em regiões que apresentem declínio populacional de forma a buscar uma preservação da força de trabalho naquela região e fomentar e agregar valor e diversificação econômica.

Há, ainda, que se registrar o mérito normativo do PNDR³⁷¹: (a) definição de macro objetivos calcados em princípios gerais (capítulo 1), como vimos acima; (b) estrutura de governança (capítulo 2) com competências definidas; (c) fixação dos instrumentos de planejamento e financiamento. (capítulo 3); e (d) indicação dos mecanismos de monitoramento e avaliação (capítulo 4)³⁷².

Assim, o norte do desenvolvimento e redução das desigualdades é fundamento da atuação do Estado no domínio econômico, como bem pontua Lucas Bevilacqua, citando Gilberto Bercovici:

“A intervenção do Estado no domínio econômico, com vistas ao desenvolvimento regional, encontra fundamento na Constituição Econômica, que prescreve a função proeminente do Direito como implementador de políticas públicas de desenvolvimento.

[...]

A função de incentivo não prescinde do planejamento, justa mente o que confere coordenação às atividades do Estado para:

³⁷¹ Pela expressão mérito normativo entenda-se o mérito sob a ótica essencialmente jurídica quanto ordenação abstrata; não se está aqui enveredando para uma análise socioeconômica da gestão e/ou dos resultados da referida política, o que demandaria estudos que escapam ao objetivo do presente trabalho. O Tribunal de Contas da União, em reiteradas decisões, discute a eficácia da PNDR, apontando diversos problemas que apontam a ineficiência das ações. Na visão técnica do TCU, a publicação da nova PNDR precisa ser complementada por medidas que promovam a adequada integração dos mecanismos de desenvolvimento regional, citando como exemplos: ajustar as estratégias de desenvolvimento e de redistribuição de recursos federativos com foco na intensidade e no tempo necessários para o alcance dos resultados desejados; elaborar um planejamento integrado das múltiplas fontes de financiamento, que considere os gastos do governo federal de maneira regional; e acompanhar, monitorar e avaliar, de forma sistemática e consistente, a aplicação dos recursos e seus impactos. Cf. acórdãos 1.655/2017, 4.056/2020, 141/2021 e 2.872/2021, todos do plenário do tribunal. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Brasília. Disponível em https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/desenvolvimento_regional.html. Consultado em 28 de out. 2023.

³⁷² Não se pode dizer que eram ausentes os mecanismos de governança e de avaliação e monitoramento. Certamente, no entanto, a experiência com o trato das políticas de integração fez com que o decreto de 2019 trouxesse alterações consideradas relevantes pelo instituidor e gestor das referidas políticas públicas.

desenvolvimento econômico e social. Uma das razões do insucesso das iniciativas de desenvolvimento regional deve-se à ausência de coordenação entre elas.

A coordenação entre as políticas públicas é conferida por meio do planejamento. Este, por sua vez, não se limita a definir diretrizes metas, mas determina, também, os meios para realização estes objetivos.”³⁷³

A questão da busca do desenvolvimento acaba sendo também de nodal importância para conduzir o raciocínio e definição quanto às competências político-administrativas da União Federal, ponto que tratamos a seguir.

3.3.1.2. Dimensão das competências político-administrativas da União

No título III da Constituição Federal, que trata da organização do Estado, encontramos o capítulo II que cuida das competências da União e o capítulo VII que cuida da estrutura básica e fundamental da administração pública, sendo nesse capítulo a seção IV aquela a tratar das regiões. Nesses dois momentos encontramos dispositivos importantes:

“Art. 21. Compete à União:

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

[...]

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.”

O modelo constitucional brasileiro de atribuição de competência sempre foi, historicamente, afeto ao modelo estadunidense cunhado na Constituição de 1787 daquele país e depois integrado pela edição da Décima Emenda de 1791, onde resta indicado que os poderes da União são aqueles definidos pela Constituição, construindo-se uma atribuição remanescente aos Estados. Em 1988, a Constituição Federal, inspirada pela Constituição Alemã passa também

³⁷³ BEVILACQUA, Lucas. Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 44.

a adotar o esquema que congrega competências comuns e concorrentes³⁷⁴, sem deixar de concentrar expressiva lista de competências da União Federal, como bem ressalta o professor Raul Machado Horta:

“É amplíssima a competência geral da União, particularmente nos vinte e cinco incisos do art. 21, demonstrando este longo desdobramento a múltipla dimensão dos poderes federais-nacionais do Governo Federal e a diversidade da matéria que depende do impulso e da atividade da Federação, titular do ordenamento central.”³⁷⁵

As competências³⁷⁶ listadas no artigo 21 são chamadas competências político-administrativas. São aquelas que envolvem a promoção de determinados fins ou a realização de determinadas atividades por meio de ações administrativas em geral e da prestação de serviços à população em particular³⁷⁷, tal como a elaboração de planos nacionais e regionais.

É, portanto, de competência da União^{378 e 379} a elaboração e execução de planos nacionais e regionais que tenham por objetivo o desenvolvimento regional com, por consequência, a redução de desigualdades entre as diversas regiões do país. Trata-se de feição organizacional do Estado, notadamente, dentro do rateio de competências própria do pacto federativo, que estão informadas pelos princípios fundantes que acabamos de enfrentar, quais sejam os inscritos no artigo 3º incisos II (desenvolvimento nacional) e III (redução de desigualdades regionais). Frise-se que, mais uma vez, estamos em linha com o quanto adotado pela Ministra Rosa Weber em seu voto no julgamento do recurso paradigma que deu azo ao tema 322 já citado: o desenvolvimento regional não é um predicado de benefício exclusivo da

³⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. p. 224.

³⁷⁵ HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição de 1988. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. v. 33. n. 33. 1991. p. 259. p. 249-274.

³⁷⁶ Jose Afonso da Silva dita que “[...] competências são, assim, as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções. Competência, vimos antes, consiste na esfera delimitada de poder que se outorga a um órgão ou entidade estatal, mediante a especificação de matérias sobre as quais se exerce o poder de governo”. SILVA, Jose Afonso. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 496.

³⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. p. 232.

³⁷⁸ A doutrina de direito constitucional reconhece que a repartição de competência segue, em geral, o princípio da predominância do interesse, princípio segundo o qual “à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local [...]”. SILVA, Jose Afonso. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 478.

³⁷⁹ Ainda o professor Jose Afonso da Silva propõe a classificação das competências da União em: (a) competência internacional e política; (b) competência administrativa; (c) competência na área de prestação de serviços; (d) competência em matéria urbanística; (e) competência econômica; (f) competência social; (g) competência financeira e monetária; (h) competência material comum; (i) competência legislativa. Idem. Ibidem. p. 496-504.

região, mas enquanto república federativa, todo o país colhe os frutos do desenvolvimento regional que inegavelmente contribui de forma substancial para o desenvolvimento nacional.

A dimensão aqui tratada – da organização das competências do Estado – é consequência lógica da dimensão tratada no tópico anterior, espalhada na atribuição de funções federativas. As competências constitucionalmente atribuídas à União Federal são listadas em extenso dispositivo (artigo 21) e não deixam de ser um reflexo de certa virada constitucional vivenciada depois da Segunda Guerra Mundial que acaba por construir uma posição mais interventora do Estado³⁸⁰. E essa intervenção já fora reconhecida pela doutrina e jurisprudência em diversos sentidos e momentos, valendo, como exemplo, o voto do Ministro Jose Paulo de Sepúlveda Pertence ao apreciar a viabilidade do manejo do mecanismo da execução fiscal para cobrança de débito representado por cédula de crédito industrial emitida em favor do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul:

“Execução fiscal: débito representado por Cédula de Crédito Industrial em favor do BRDE - Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul: inidoneidade da via processual, resultante da solução negativa a questão constitucional da suposta natureza autárquica interestadual, que se arroga o credor exequente: RE provido. I. Atividade econômica do Estado: intervenção suplementar no domínio econômico ou exploração de serviço público. 1. Ainda que se devesse reduzir a participação suplementar do Estado na atividade econômica "stricto sensu" - objeto do art. 170 CF/69 - aquela que se faça mediante o apelo a técnica privatística das empresas estatais de forma mercantil não basta a descaracterização, em tese, da natureza autárquica de um banco de desenvolvimento criado pelo Poder Público. 2. Em tese, a assunção estatal, como serviço público, da atividade dos bancos de desenvolvimento e tanto mais viável quanto e certo que, desde a Constituição de 1967, a elaboração e a execução de planos regionais de desenvolvimento foram explicitamente incluídos no rol da competência da União: dispensa demonstração que, nosso regime de liberdade de iniciativa, a atividade de fomento dela, desenvolvida pelos bancos de desenvolvimento - mediante empréstimos com prazo ou condições favorecidas, prestação de garantias, intermediação de empréstimos externos ou tomada de participações acionárias -, são um dos instrumentos primaciais da tarefa estatal de execução do planejamento econômico. II. Autarquia interestadual de desenvolvimento: sua inviabilidade constitucional. 3. O dado diferencial da autarquia e a personalidade de direito público (Celso Antonio), de que a podem dotar não só a União, mas também as demais entidades políticas do Estado Federal, como técnicas de realização de sua função administrativa, em setor específico subtraído a administração direta. 4. Por isso mesmo, a

³⁸⁰ Idem. Comentários ao artigo 21. MORAES, Alexandre. [et. at.] Constituição Federal comentada. Rio de Janeiro: Forense. p. 480.

validade da criação de uma autarquia pressupõe que a sua destinação institucional se compreenda toda na função administrativa da entidade matriz: 5. O objetivo de fomento do desenvolvimento de região composta pelos territórios de três Estados Federados ultrapassa o raio da esfera administrativa de qualquer um deles, isoladamente considerado; só uma norma da Constituição Federal poderia emprestar a manifestação conjunta, mediante convenio, de vontades estatais incompetentes um poder que, individualmente, a todos eles falece. 6. As sucessivas Constituições da República - além de não abrirem explicitamente as unidades federadas a criação de entidades públicas de administração interestadual-, tem reservado a União, expressa e privativamente, as atividades de planejamento e promoção do desenvolvimento regional: análise da temática regional no constitucionalismo federal brasileiro.”³⁸¹

O ponto relevante do julgado para a nossa investigação é o atestado de que cabe à União Federal a estruturação de planejamento de desenvolvimento socioeconômico com atenção regional que, como aqui já dito e repetido, não elide o desenvolvimento nacional, pelo contrário, contribui para o mesmo.

A ausência de uma atuação efetiva da União Federal além de ir contra o próprio texto constitucional, ainda produz o pior dos efeitos: a ausência de presença do poder central, o que permite, no vácuo, tentativas de desenvolvimento de políticas locais que acabam entrando em conflito com a pretensão de unidade nacional e colocando em risco a estabilidade do país. O desenvolvimento regional é, como sintetiza Fabio Roberto Corrêa Castilho, pode se desenrolar em três frentes: (a) distribuição desigual de recursos do ente central aos subnacionais; (b) pela realização de investimentos públicos pelo ente central em entes subnacionais; ou (c) pela instituição de políticas de incentivos ao setor privado que desloquem investimentos privados para regiões menos desenvolvidas. Na última frente encontram-se, por exemplo, benefícios de ordem fiscal. Assim acentua:

“Nas federações, a desconcentração do investimento privado oriunda de benefícios fiscais pode ocorrer por iniciativa do poder al ou dos governos subnacionais, havendo, no primeiro caso, uma política central desenvolvimentista e, no segundo caso, competição fiscal. a forte linha de crítica aos incentivos como promotores de desenvolvimento regional vem fundada na ineficiência de tais políticas quando levadas a efeito por entes subnacionais, voltando-se, assim, a evidenciar aspectos negativos da competição fiscal tributária i comparação com as políticas

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário 120.932. Brasília: Diário da Justiça de 30 de abr. 1992.

centrais desenvolvimentistas. Para tal linha de pensamento, as renúncias tributárias dos entes subnacionais se sobreporiam e, ao mesmo tempo, não conseguiriam articular a um programa desenvolvimentista abrangente, visto o ente subnacional não teria competência legal ou recursos financeiros suficientes para criar a infraestrutura necessária ao sucesso de políticas de realocação de investimentos privados. O ente subnacional competidor renunciaria, pois, à receita tributária e, ao mesmo tempo, não seria capaz de adotar as ações estatais paralelas necessárias ao desenvolvimento local, tal como construir estradas, portos, treinar pessoal, entre outras. A renúncia, desacompanhada a criação de condições reais para o investimento, não produziria efeitos benéficos, alijando o ente subnacional, sobretudo o que já era mais pobre, dos recursos necessários à criação de infraestrutura atendimento à população local, de modo que, ao invés de atrair investimentos privados, os inviabilizaria para sempre. Ao mesmo o, agravaria as mazelas sociais locais pelo desatendimento do Estado empobrecido às necessidades básicas da população.

O caráter nocivo dos benefícios tributários localmente concedidos seria potencializado pelo problema da competição entre entes subnacionais, visto que as ações e reações competitivas majorariam as renúncias fiscais, a desarticulação financeira dos entes e acelerariam a degradação social, em razão da superveniente falta de recursos para a realização de políticas sociais locais (fator esse particularmente nocivo se considerarmos que o investimento privado, por atrair população, gera despesas públicas associadas, tal como investimentos em educação, saúde, transporte, entre outros).

Seriam assim, sempre preferíveis na federação as políticas centrais de promoção do desenvolvimento nacional, por melhor articuladas, mais abrangentes e menos ameaçadoras do equilíbrio financeiro do Estado.”³⁸²

O papel constitucional de promoção do desenvolvimento regional concentrado, enquanto política de equilíbrio da nação, concentrado exclusivamente na figura da União Federal se justifica, portanto, dada a necessidade de centralidade de tais políticas, seja em razão da visão da nação como um todo, seja como forma de elidir eventuais ações desordenadas que podem, ao contrário, levar ao desequilíbrio e à criação de obstáculos ao próprio desenvolvimento. Não que estejam imunes estados e municípios ao dever de buscar o desenvolvimento de seus habitantes, mas o fazem limitados ao quanto não colocar em risco o desenvolvimento de outros estados, colocando em risco o próprio sentido do pacto federativo.

³⁸² CASTILHO, Fabio Roberto Corrêa. Alterações constitucionais do ICMS, guerra fiscal, competição tributária e melhor do ambiente de negócios no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 46-47.

Tal dimensão fica muito clara quando a Constituição Federal, por exemplo, se preocupa com a concessão de benefícios fiscais relacionados ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, condicionando sua constitucionalidade à aprovação de convênio onde anuem os demais estados e não só aquele que pretende conceder o benefício, exatamente na esteira do artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, letra “g”³⁸³, combinado com as disposições da Lei Complementar 24/1975, recepcionadas pelo regime constitucional atual.

3.3.1.3. Dimensão da regulação do capital estrangeiro na ordem econômica nacional

Voltando agora nossa atenção para a terceira e última dimensão das aqui propostas, qual seja, aquela própria da regulação do capital estrangeiro na ordem econômica nacional. Neste caso temos fundamentalmente dois dispositivos:

Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

[...]

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Quanto ao tema tratado pelo artigo 172 acima transcrito, podemos aqui nos reportar ao quanto tratamos no item “2.2. O regime constitucional de 1988”, sem prejuízo de acréscimos importantes dentro do contexto até aqui explorado.

Notadamente, como já falado no citado capítulo anterior, o ponto de partida fundamental do hoje vigente texto constitucional é a não discriminação entre o capital

³⁸³ “Art. 155, §2º. [...] XII - cabe à lei complementar: [...] g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Por sua vez a Lei Complementar 24, de 7 de janeiro de 1975, estabelece em seu artigo 2º, parágrafo 2º, que a concessão de benefícios está condicionada à aprovação unânime dos estados da federação presentes na reunião convocada para a apreciação do tema. BRASIL. Lei Complementar 24. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1975.

estrangeiro – e aí inserido o conceito de investimento estrangeiro direto – e o capital nacional, sem prejuízo de necessárias restrições que estarão fundadas em imperativos do Estado, fundamentalmente, do exercício da sua soberania. Já aqui citados são exemplos as restrições nas atividades de comunicação (imprensa) e quanto à aquisição de porções de terras na região de fronteira, dentre outras. Assim, podemos afirmar que a Constituição Federal não repele o capital estrangeiro, apenas o insere num sistema de acompanhamento regulatório. O professor Eros Roberto Grau pondera:

“Diz o art. 172 que “a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”. A Constituição planta as raízes, neste preceito, de uma regulamentação de controle – e não de regulamentação de dissuasão – dos investimentos de capital estrangeiro. Não os hostiliza. Apenas impõe ao legislador ordinário o dever de privilegiar o interesse nacional ao discipliná-lo. Cuida-se aqui, pois, tão somente de submetê-los às limitações correntes que a ordem jurídica opõe ao exercício do poder econômico.”³⁸⁴

Aqui reside um ponto relevante e desafiador quanto à percepção do conceito de acompanhamento regulatório. Importante, para essa reflexão, a lição do Professor Washington Peluso Albino de Souza:

“Nos países hospedeiros, três formas especiais podem ser detectadas, além das que se mostram mistas: a regulamentação de estímulo ou de atração, a regulamentação de controle e a regulamentação de dissuasão. A primeira corresponde aos países subdesenvolvidos na luta pela atração de capitais, geralmente baseada na concorrência entre eles pelas vantagens oferecidas. A segunda é adotada pelos países que dispõem de recursos próprios para o seu crescimento, países desenvolvidos e que permitem a saída. A terceira é a daqueles que vêm nos capitais estrangeiros uma ameaça à sua própria soberania, o que se dá especialmente com as nações que mais recentemente conquistaram sua independência e temem a influência das antigas metrópoles, ou aqueles que por diversos motivos sentem ameaçada a sua soberania pelo caminho da dominação desses capitais.”³⁸⁵

Por tudo o que vimos em termos da regulação da presença do capital estrangeiro no Brasil, ousamos discordar de uma aceção de controle em sentido de autorização, pois parece-

³⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 273.

³⁸⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Capitais estrangeiros: regime jurídico. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. v. 28. n. 26-27. 1984. p. 133. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/955>. Acesso em: 2 de nov. 2023.

nos ser mais razoável afirmar que exista, de fato, um interesse regulatório que se não manifesta pela via do controle autorizativo do capital estrangeiro, senão um interesse que se manifesta pela via do acompanhamento, ou de monitoramento, do processo de aplicação do capital e dos resultados dessa aplicação.

Concordamos, como não poderia deixar de ser, que de fato não se trata de dissuasão, mas nos parece que não se possa falar em controle autorizativo. Em que pese, como dito, existirem restrições à ação do capital estrangeiro, o simples fato de podermos enumerar tais restrições nos parece contribuir para a conclusão de que elas representam exceções no regime atual, justificadas pela necessidade de proteção da segurança nacional e manifestação do Estado soberano. Nesse sentido, havendo (a) liberdade de atuação garantida ao capital estrangeiro, respeitadas as exceções aqui há tratadas; (b) garantia da Constituição Federal de tratamento não discriminatório frente ao capital nacional; (c) liberdade de repatriação do capital e de lucros produzidos; (d) sistema de autodeclaração de ingresso de capitais sem a necessidade, em regra, de autorização prévia do Banco Central do Brasil³⁸⁶; parece-nos possível concluir que esse legítimo interesse estatal pelo capital estrangeiro – em especial pelo investimento estrangeiro direto – se perfaz no âmbito da regulamentação de controle de acompanhamento ou monitoramento.

Mais ainda: para a proposta que aqui encontra-se sobre estudo, além da conclusão de que o sistema atual funciona sob o regime de regulamentação de controle (monitoramento), entendemos que o não é impeditivo, pelo contrário, é desejável, que tenhamos um sistema misto como aceito pelo professor Washington Albino Peluso de Souza, combinando a regulação de controle com a regulamentação de estímulo ou atração, até por conta da própria redação do artigo 174 antes transcrito, no sentido de que, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e

³⁸⁶ Confira-se a redação dos seguintes dispositivos da Resolução 278 de 31 de dezembro de 2022 do Banco Central do Brasil: “Art. 5º É livre a contratação e a renegociação de operações de crédito externo em qualquer moeda. [...] Art. 15. É livre a realização de operações de investimento estrangeiro direto no País, bem como suas transferências financeiras e as movimentações associadas, observadas as disposições de legislação específica e a fundamentação econômica da operação. [...] Art. 16. Devem ser prestadas ao Banco Central do Brasil informações relativas a operações de crédito externo e de investimento estrangeiro direto nos termos desta Resolução.”. Vê-se que o regime é um regime geral de liberdade sem a necessidade, como dito, de prévia autorização do Banco Central do Brasil para a efetivação das operações de crédito externo e investimento estrangeiro direto; no entanto, tal liberdade não exclui a obrigação de prestar informações ao regulador. BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução 278 de 31 de dezembro de 2022. Regulamenta a Lei nº 14.286, de 29 de dezembro de 2021, em relação ao capital estrangeiro no País, nas operações de crédito externo e de investimento estrangeiro direto, bem como a prestação de informações ao Banco Central do Brasil. Brasília: Diário Oficial da União, de 31 de dez. 2022.

planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”. O artigo 174 da Constituição Federal reflete no microssistema da Constituição Econômica aquilo que é entabulado de forma efetivamente mais ampla pelo artigo 21, inciso IX antes citado, no sentido de que compete à União a elaboração de planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social – não se trata aqui de dispositivos idênticos, mas de dispositivos que estão, em alguma medida, irmanados desde a macro organização espreada ao microssistema.

3.3.2. Responsabilidade fiscal, planejamento e gestão orçamentária

Inevitável que, quando se pensa em políticas públicas com o objetivo de atrair investimentos estrangeiros diretos, seja razoável inferir que essas ações importam em algum nível de despesa ou de renúncia de receita. Essa é a realidade, em verdade, das políticas públicas em geral, inseridas no planejamento público, como ressalta Jose Mauricio Conti:

“No entanto, não vemos como possível a viabilização do planejamento (no sentido dado pelos autores ora citados à expressão, que preferimos definir, repetimos, como planejamento econômico governamental) sem a redução deste, em algum momento, aos orçamentos públicos, compreendidos estes em seu sentido mais amplo, abrangendo não somente as leis orçamentárias anuais, mas também planos plurianuais e as leis de diretrizes orçamentárias (para exemplificar na hipótese brasileira) – ou seja, mediante a utilização de um sistema de Planejamento orçamentário da Administração Pública (que a professora portuguesa Nazaré Cabral prefere denominar “programação orçamental”, como se verá mais adiante).

Isto porque, ao planejar a ação do Estado, uma vez feitas as escolhas, há necessidade de concretizá-las, transformando-as em medidas efetivas que permitam conduzir a Administração Pública, caso em que o planejamento passa a assumir uma função de natureza mais técnica, reduzindo-se a discricionariedade do administrador, a quem competirá dar cumprimento ao que foi estabelecido. O sistema de planejamento orçamentário passa a ser um caminho institucional percorrido para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República brasileira e a consequente realização dos direitos sociais.

É nesse momento que identificamos o que já foi explicitado como Planejamento orçamentário da Administração Pública, quando as escolhas políticas que resultaram em definição concreta das ações governamentais a serem implementadas serão transformadas em

documentos – no caso brasileiro, essencialmente, nas leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA, como se verá a seguir).³⁸⁷

E, nessa medida, é fato incontestado que a gestão orçamentária no Brasil no século XX – notadamente no que diz respeito à consolidação orçamentária³⁸⁸ – sempre foi digna de muita crítica e preocupação, seja pelo excesso de gastos sem a devida contrapartida em receita, seja pelo mau planejamento de investimentos, ou, ainda – aqui uma constante do passado – pelas decisões quanto à política monetária, notadamente a emissão de moeda para fazer frente ao gasto público. Como bem ressalta Marcus Abraham:

“A má gestão do Erário e a aplicação desordenada dos recursos públicos sempre foram uma constante no Brasil. O descrédito com a gestão pública em nosso país era evidente e justificável diante de práticas perniciosas, constantemente implementadas em um passado não muito remoto por nossos governantes e seus administradores. O excessivo endividamento e o uso do “imposto inflacionário” para financiar os gastos públicos, o aumento ilimitado nas despesas de custeio, sobretudo as relacionadas com o funcionalismo em momentos eleitoreiros e em fins de mandatos, e a falta de racionalidade, de controle e de transparência na gestão do Erário demandavam uma mudança radical na Administração Pública no Brasil.”³⁸⁹

Mostrava-se necessário, portanto, que houvesse um amadurecimento normativo em torno da gestão orçamentária e política fiscal; não era mais possível que a sucessão de tentativas frustradas de promover uma boa gestão de política fiscal fosse ser uma marca constante na história brasileira. Nesse contexto que em abril de 1999, o então presidente Fernando Henrique Cardoso envia ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar 18 que veio a se converter na Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal. A lei é composta de dez capítulos que cuidam inicialmente de disposições gerais e preliminares e depois focam em cada aspecto relevante para a gestão fiscal, como o planejamento, a receita,

³⁸⁷ CONTI, José Mauricio. O planejamento orçamentário da administração pública no Brasil. São Paulo: Bucher Open Access, 2020. p. 42-43

³⁸⁸ Em tese publicada em Portugal e dedicada ao tema, o professor da Universidade de Lisboa Guilherme Waldemar d’Oliveira Martins, aponta que o conceito de consolidação orçamental, na percepção da OCDE, “é um conceito material que identifica o resultado das medidas de política financeira destinadas a reduzir o déficit e a dívida.”. Essa consolidação pode se dar de forma conjugada entre receita e despesa (consolidação stricto sensu); consolidação do lado da receita; consolidação do lado da despesa e consolidação com redução das receitas tributárias. O contraposto da consolidação é a deterioração que pode ser induzida pela receita (quando esta diminui sem diminuição da despesa) ou induzida pela despesa (quanto esta aumenta sem aumento da receita). MARTINS, Waldemar d’Oliveira. Consolidação orçamental e política financeira. Lisboa: Almedina, 2014. p. 49-51.

³⁸⁹ ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro brasileiro. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 403.

a despesa, as transferências voluntárias³⁹⁰, do endividamento do Estado, a gestão patrimonial e transparência, controle e fiscalização.

Os dispositivos e estrutura da Lei de Responsabilidade Fiscal foram, em sua elaboração, em muito informadas pelo Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal³⁹¹ do Fundo Monetário Internacional, o *Fiscal Responsibility Act* da Nova Zelândia de 1994³⁹² e o *Budget Enforcement Act* dos Estados Unidos de 1990³⁹³. Em especial quanto à legislação neozelandesa, registre-se que o Departamento do Tesouro daquele país faz o seguinte sumário da norma:

“Um resumo dos princípios da responsabilidade orçamental
responsabilidade fiscal

Para garantir a sustentabilidade orçamental, os governos devem:

Atingir e manter níveis prudentes de dívida pública;
Assegurar que, em média, as despesas operacionais da Coroa não excedam as receitas operacionais da Coroa;
Atingir e manter níveis de patrimônio líquido da Coroa para um amortecedor contra choques;
Gerir com prudência os riscos fiscais que a Coroa enfrenta;
Considerar o impacto provável da estratégia fiscal nas gerações atuais e futuras.

Para garantir a estabilidade económica, os governos devem:

Ter em conta a interação entre a política orçamentária e política monetária.

Para abordar a estrutura fiscal, os governos devem:

Ao formular a estratégia de receitas, ter em conta eficiência e equidade, incluindo a previsibilidade e estabilidade das taxas de imposto;

Assegurar que os recursos da Coroa são geridos eficaz e eficiente.”³⁹⁴

³⁹⁰ O artigo 25 da lei em questão conceitua transferência voluntária como “a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.”

³⁹¹ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Código de boas práticas para a transparência fiscal (2007). Washington. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/codep.pdf>. Acesso em: 2 de nov. 2023.

³⁹² NOVA ZELÂNDIA. Fiscal responsibility act (1994). Disponível em: http://www.nzlii.org/nz/legis/hist_act/fra19941994n17270/. Acesso em: 2 de nov. 2023.

³⁹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Budget enforcement act of 1990. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/HMAN-112/pdf/HMAN-112-pg1099.pdf>. Acesso em: 2 de nov. 2023.

³⁹⁴ No original: A summary of the principles of fiscal responsibility. To address fiscal sustainability, governments must: Achieve and maintain prudent public debt levels. Ensure that, on average, Crown operating expenses do not

Em apertada síntese, pode-se dizer a legislação neozelandesa considera o seguinte tripé: sustentabilidade das políticas no médio para longo prazo sem diferenças significantes, estrutura compatível de receitas e despesas para o atingimento dos fins pretendidos e estabilidade de ciclos econômicos.

Por outro lado, o *Budget Enforcement Act* de 1990³⁹⁵ acabou por inspirar dois importantes mecanismos da Lei de Responsabilidade Fiscal: o lá chamado *sequestration*, aqui traduzido no artigo 9º³⁹⁶ da Lei de Responsabilidade Fiscal e o chamado *pay as you go*, mecanismo que inspirou os dispositivos contidos nos artigos 14³⁹⁷ e 17³⁹⁸ da Lei de

exceed Crown operating revenues; Achieve and maintain levels of Crown net worth to provide a buffer against shocks; Manage fiscal risks facing the Crown prudently; Consider the likely impact of fiscal strategy on present and future generations. To address economic stability, governments must: Have regard to the interaction between fiscal policy and monetary policy. To address fiscal structure, governments must: When formulating revenue strategy, have regard to efficiency and equity, including the predictability and stability of tax rates. Ensure that the Crown's resources are managed effectively and efficiently. NOVA ZELÂNDIA. An introduction to New Zealand's fiscal policy framework. Disponível em: <https://www.treasury.govt.nz/sites/default/files/2015-03/nzfpf-A5.pdf>. Acesso em: 2 de nov. 2023.

³⁹⁵ Registre-se que depois de 1991 a 2022 o Congresso dos Estados Unidos da América limitou as despesas discricionárias em 22 anos de um total de 33 anos. Recentemente, em maio de 2023, foi aprovado do Fiscal Responsibility Act of 2023. Enquanto o Budget Enforcement Act (1990) atingia 40% dos desembolsos do governo federal, o atual Fiscal Responsibility Act (2023) afeta 29%. Em compensação, a meta de economia do segundo é muito mais audaciosa, mesmo se considerada a inflação medida na economia entre a 1990 e 2023: o atual ato pretende gerar uma economia de 130 bilhões de dólares por ano, enquanto o anterior previu 36 bilhões ao ano.

³⁹⁶ Artigo 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. BRASIL. Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União de 2 de maio de 2000.

³⁹⁷ Artigo 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. BRASIL. Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União de 2 de maio de 2000.

³⁹⁸ Artigo 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. § 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio. § 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. § 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 4º A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias. §

Responsabilidade Fiscal. Através desses mecanismos pretende-se conter a despesa de forma a não permitir o desequilíbrio, seja pela via da contenção de gastos discricionários por meio da limitação de empenhos, seja pela imposição de que renúncias de receitas ou novas despesas estejam calcadas em contrapartidas de receitas ou de redução de outras despesas, mais uma vez, tudo com foco no equilíbrio orçamentário fiscal.

Vê-se, portanto, que cotejada a nossa Lei de Responsabilidade Fiscal com os três textos alienígenas citados, inegável é o reconhecimento da inspiração aqui retratada, sem que se negue, no entanto, que outras tantas influências internas podem ser identificadas, tais como as Emendas Constitucionais que antecederam a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal – Emendas Constitucionais de números 10, 19 e 20, todas de 1998, textos que tratam do Fundo de Estabilização Fiscal, da reforma administrativa e da reforma de regimes especiais previdenciários, tanto no campo dos benefícios em si, quanto no do custeio.³⁹⁹

Assim, a Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira vem a lume com o objetivo de interromper e reorientar as práticas de gestão e responsabilidade dos gestores públicos quanto ao orçamento, como explicita Weder de Oliveira:

“A razão fundamental que levou à concepção da Lei de Responsabilidade Fiscal foi a necessidade premente e histórica de instituir processos estruturais de controle do endividamento público, direta e indiretamente.

[...]

O parágrafo décimo da exposição de motivos, os ministros explicam que o controle do endividamento público constituía preocupação central da política econômica do governo: o equilíbrio intertemporal das contas públicas é entendido “como bem coletivo, do interesse geral da sociedade brasileira, por ser condição necessária para a consolidação da estabilidade de peças e a retomada do desenvolvimento sustentável”. Os objetivos da Lei de Responsabilidade Fiscal qualificam-se como macroeconômicos, financeiros e orçamentários. Visam à prevenção de déficits “imoderados e recorrentes” (na expressão da mensagem ministerial) e ao controle da dívida pública. O propugnado equilíbrio

^{5º} A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar. § 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição. § 7º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado. BRASIL. Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União de 2 de maio de 2000.

³⁹⁹ ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro brasileiro. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 411.

intertemporal das finanças públicas encontra expressão normativa no §1º de seu art. 1º:

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.”⁴⁰⁰

Mais que uma norma dedicada à estabilidade das finanças públicas, a Lei de Responsabilidade Fiscal se pretende como norma de estabilidade intertemporal das finanças públicas, sem que tenha ab-rogado a Lei 4.320 de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro, texto que, sem dúvida, merece ser revisto e atualizado. São normas com objetivos distintos – elaboração e gestão orçamentária – e que convivem harmonicamente e, quando se tocam, há de prevalecer a norma posterior⁴⁰¹.

A Lei de Responsabilidade Fiscal é, portanto, enquanto regulação de medidas de política econômica estatal, objeto de interesse não só do direito financeiro, do direito tributário (em especial quanto à concessão de benefícios fiscais), mas também do direito econômico⁴⁰², revelando o seu alto caráter intertextual. E, nesse espectro, desempenha a referida lei relevante papel no conjunto das ações possíveis para a atração de investimentos estrangeiros diretos vez que, assim como são justificadas constitucionalmente tais ações pelos princípios fundantes antes tratados – soberania (art. 1º, inciso I e art. 170, inciso I) , cidadania (art. 1º, inciso II), valor social do trabalho e livre iniciativa (art. 1º, inciso IV e art. 170, *caput* e parágrafo único), busca do pleno emprego e do desenvolvimento regional e nacional (art. 170, incisos VII e VIII) por meio de planejamento da União (art. 21, inciso IX), desempenhando seu papel de regulador (art. 174), em especial, mas não exclusivamente, do capital estrangeiro (art. 172) – também hão de respeitar tais ações e políticas públicas a devida responsabilidade fiscal, sendo a sua devida

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Weder de. O equilíbrio das finanças públicas e a lei de responsabilidade fiscal. CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Lei de responsabilidade fiscal – Ensaios em comemoração aos 10 anos da lei complementar 101/00. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010. p. 407-447.

⁴⁰¹ ABRAHAM, Marcus. *Ibidem*. p. 407-408. Entre os exemplos de prevalência da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre a Lei 4.320/64 cita o autor o conceito de dívida fundada, empresa estatal dependente, operações de crédito e tratamento de restos a pagar.

⁴⁰² SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 6ª ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 245.

observância legitimadora das ações de Estado no sentido aqui tratado, tudo em conjunto com os demais princípios.

Assim, as ações de Estado no sentido de promover a atração de investimentos estrangeiros diretos deverá ser – se pautada em despesas ou renúncia de receitas – transparente e planejada, com a definição de metas de resultados, nos exatos termos do parágrafo primeiro do art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como deverá se pautar pelo devido equilíbrio entre despesas e receitas, no sentido de consolidação orçamentária abordado no início deste item, o que impõe o devido cuidado na execução das despesas *vis a vi* a realização da receita prevista, tal como previsto pelo art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal. A renúncia de receita possui especial contorno e atenção já que, na prática, como se induz, acabam por produzir o mesmo efeito orçamentário da execução de despesas, como se extrai da lição de Ricardo Lobo Torres:

“A expressão “renúncia de receita”, equivalente a “gasto tributário (*tax expenditure*), entrou na linguagem orçamentária americana s últimas décadas e adquiriu dimensão universal pelos trabalhos de Surrey (op. cit.). Gastos tributários ou renúncias de receita são os mecanismos financeiros empregados na vertente da receita pública isenção fiscal, redução de base de cálculo ou de alíquota de imposto, depreciações para efeito de imposto de renda etc.) que produzem os mesmos resultados econômicos da despesa pública (subvenções, subsídios, restituições de impostos etc.).”⁴⁰³

Ainda, acaso seja planejado qualquer mecanismo que importe em renúncia de receita, o impacto desta renúncia deverá ser estimado de forma a que fique comprovado que tal impacto foi considerado na lei orçamentária e que o mesmo não afeta as metas fiscais ou sejam apresentadas medidas de compensação (*pay as you go*) que garantam o equilíbrio fiscal, tudo na forma do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Referido artigo dispõe:

“Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

⁴⁰³ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p 194.
178

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.”⁴⁰⁴

Fundamentalmente o referido dispositivo cria um tripé de condições para a concessão de benefícios de natureza tributária, ou seja, benefícios fiscais de natureza tributária, frise-se; tal tripé é composto de demonstrativo dos impactos financeiros orçamentários por três anos, já que, num primeiro momento, tal medida representa um desequilíbrio dada a redução de receita, deve atender ao quanto dispõe a lei de diretrizes orçamentárias, e, ou tal redução já fora considerada de forma a que não impactará nas metas dos resultados fiscais, ou seja apresentada medida de compensação, por três anos, que podem ser concretizadas pelo aumento da receita tributária (seja por criação de novo tributo, por aumento de alíquota ou aplicação de base de cálculo). Resumindo, a pretensão de dito dispositivo é a construção de um mecanismo de preservação do equilíbrio orçamentário.

Entretanto, registre-se que, contra tal dispositivo, fora ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.357 pelo Presidente da República em 2020. Na base, o argumento central da referida medida era a inconstitucionalidade do artigo 14, dentre outros motivos, num cenário da pandemia de SARS-COVID-19. Num primeiro momento, a medida cautelar para imprimir interpretação conforme à Constituição fora deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes em 29 de março de 2020 no sentido de que “durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da pandemia, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação da SARS-COVID-19.”⁴⁰⁵. Naquele mesmo ano, o feito veio a julgamento, tendo sido referendada pelo Supremo Tribunal Federal a medida cautelar

⁴⁰⁴ BRASIL. Lei Complementar 101. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União. 5 de maio 2020.

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 6357. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico. 31 de mar. 2023.

concedida, mas, quanto à continuidade da ação, o tribunal entendeu que, com a promulgação da Emenda Constitucional 106/2020 pelo Congresso Nacional, a ação perdera o objeto.

A Emenda Constitucional 106/2020 criou um ambiente de excepcionalidade em razão da pandemia, criando um regime extraordinário fiscal, financeiro de contratações e, em especial quanto ao tema tratado pelo artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, dispondo:

Art. 3º Desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita.

Assim, vê-se claramente que a situação de calamidade normativamente reconhecida, justifica a criação de excepcionalidade que, como comumente se coloca, opera, inclusive, para referendar a regra geral.

Ainda no campo das exceções, o próprio artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu parágrafo terceiro⁴⁰⁶, apresenta duas hipóteses de exclusão de seus preceitos: (a) alteração em tributos de índole claramente extrafiscal: sobre a importação⁴⁰⁷ e exportação⁴⁰⁸, sobre produtos industrializados⁴⁰⁹ e sobre as operações de crédito, câmbio e seguro ou relativa à títulos e valores mobiliários⁴¹⁰ e (b) nos casos de cancelamento de débito quando a sua cobrança importa em custos mais elevados que o débito em si. Quanto ao primeiro rol de exceções, natural que assim seja, já que tributos de índole extrafiscal não têm, por essência, um interesse arrecadatório que componha o equilíbrio do orçamento fiscal. No que tange o segundo,

⁴⁰⁶ Artigo 14. § 3º O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º; II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança. BRASIL. Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União de 2 de maio de 2000.

⁴⁰⁷ Artigo 153, inciso I da Constituição Federal. Idem. Ibidem.

⁴⁰⁸ Artigo 153, inciso II da Constituição Federal. Idem. Ibidem.

⁴⁰⁹ Artigo 153, inciso IV da Constituição Federal. Idem. Ibidem.

⁴¹⁰ Artigo 153, inciso V da Constituição Federal. Idem. Ibidem

a exceção deriva inevitavelmente dos princípios da eficiência⁴¹¹ e da economicidade⁴¹², ambos previstos constitucionalmente.

Saindo do campo de benefícios fiscais e aportando no das despesas em geral, é de se registrar que é igualmente mandatório que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação de Governo que acarrete aumento de despesa seja acompanhada de estimativa de impacto orçamentário financeiro pelo período de três anos e declaração de adequação orçamentária – com compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias⁴¹³.

Enfim, como antes dito, a grande pretensão da Lei de Responsabilidade Fiscal, no quanto aqui examinado, é a preservação do equilíbrio. Como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal quanto do julgamento da já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade 6357:

“A Lei de Responsabilidade Fiscal instituiu um inovador modelo regulatório das finanças públicas, baseado em medidas gerais de transparência, de programação orçamentária, de controle e de acompanhamento da execução de despesas e de avaliação de resultados, destinadas, entre outros pontos, a incrementar a prudência na gestão fiscal e a sincronizar as decisões tomadas pelos Estados e pelos Municípios com os objetivos macroeconômicos estabelecidos nacionalmente pela União.”⁴¹⁴

De qualquer forma, em que pese o mérito da concreção normativa dos preceitos insertos na Lei de Responsabilidade Fiscal, não é, como adverte Weder de Oliveira, “a sustentação da responsabilidade fiscal não se firma sobre a concreção jurídico- normativa da LRF, mas no compromisso sério e duradouro dos que governam o país com o equilíbrio das finanças públicas e o controle da inflação e do endividamento.”⁴¹⁵. Assim, qualquer política que vise a atração de investimentos estrangeiros diretos, representando despesas ou renúncia de receitas pela concessão de benefícios fiscais, há de observar, enquanto limite normativo e legitimador de sua validade jurídica, os dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal,

⁴¹¹ Artigo 37 da Constituição Federal. Idem. Ibidem.

⁴¹² Artigo 70 da Constituição Federal. Idem. Ibidem

⁴¹³ Sobre a estrutura das normas orçamentárias, vide nota 298.

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 6357. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico. 31 de mar. 2023.

⁴¹⁵ OLIVEIRA, Weder. 15 anos de Lei de Responsabilidade Fiscal: um pouco de história e de essência. Responsabilidade fiscal. Análise da Lei Complementar 101/2000. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado. ALLEMAND, Luiz Claudio. ABRAHAM, Marcus. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016. p. 706.

notadamente, seus princípios basilares como a transparência e equilíbrio orçamentário financeiro.

O que parece estar claro no objetivo geral da Lei de Responsabilidade Fiscal é o fato de que à renúncia de receita impõem-se um tratamento de despesa. E, nesse contexto, é relevante uma importante observação. Um dos grandes debates do Direito Tributário nas últimas décadas tem sido a competição através das renúncias de receitas tributárias, principalmente entre estados da federação, envolvendo o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e Comunicações (ICMS), o que comumente se cunhou com a expressão “guerra fiscal”. Não que tal fenômeno não possa ser observado, por exemplo, no âmbito do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, mas sem dúvida no campo do ICMS os debates e os impactos são mais intensos.

Embora o constituinte originário tenha vinculado a autorização para a concessão de benefícios fiscais pelos estados federados ao procedimento previsto em lei complementar – sendo considerada recepcionada para tal fim, naquilo em que não colide com o texto constitucional de 1988, a Lei Complementar 24, de 7 de janeiro de 1975⁴¹⁶ – muitos estados procuraram burlar tal procedimento, qualificando os benefícios fiscais como diferentes *nomen iuris*. Enfim, tal conduta acabou por não passar a desapercibido do Supremo Tribunal Federal que foi objetivo e categórico contra benefícios maquiados com o intuito de burlar a Lei Complementar 24/75 e afrontar, diretamente, a Constituição Federal⁴¹⁷. Nesse campo, do ICMS, se avaliarmos a regra constitucional e o procedimento da Lei Complementar 24/75 em conjunto com o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal e, ainda, demais preceitos básicos do Direito Financeiro, forçosamente teríamos que concluir que seria impossível que estados

⁴¹⁶ “Não há nenhum conflito entre a Lei Complementar 24 de 07.01.1975, e a LRF. Esta versa matéria de Direito Financeiro; enquanto aquela, matéria de Direito Tributário. A Concessão de benefícios relativos ao ICM continua dependente de deliberação conjunta dos Estados, mediante Convênio. A forma de conceder continua a mesmas e a LC 24/75 trata somente da forma de concessão. O que muda, em decorrência da LRF, não é a forma de concessão, mas a possibilidade de os benefícios concedidos mediante convênio serem implementados imediatamente ou não pelos Estados, em razão de sua previsão ou não nas respectivas LDO e LOA.” BRASIL. Minas Gerais. Secretaria de Estado da Fazenda e Procuradoria Geral da Fazenda Estadual. Considerações acerca dos efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre a Administração Tributária Estadual (Versão preliminar). Belo Horizonte, 2000. p.10. apud FIGUEIREDO, Carlos Mauricio. et al. Comentários à lei de responsabilidade fiscal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 103. Acrescentamos, além da devida observância da LDO e LOA, o espectro de compensação com redução de outras despesas ou aumento de receita.

⁴¹⁷ Artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, letra g. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

federados conseguissem estabelecer tal competição com a concessão desenfreada de benefícios fiscais relativos ao ICMS. Mas essa, infelizmente, não foi a realidade das últimas décadas⁴¹⁸.

De qualquer forma, como antes dito, entendemos que, no que tange o manejo de benefícios para a atração de investimentos estrangeiros, o papel constitucional cabe exclusivamente à União Federal. Compreender que os estados federados possam partir nessa direção, certamente revelará grave risco de desequilíbrio de capacidade de atração em detrimento de estados menos desenvolvidos economicamente e, portanto, sem maior capacidade orçamentária, num primeiro momento, de renunciar à receitas com tal objetivo. Essa situação claramente agravará a situação de disparidade de solidez econômico-orçamentária entre os estados federados, o que se contradiz com os princípios aqui já tratados, notadamente da cidadania, eis que adensa a vulnerabilidade dos moradores dessas regiões menos desenvolvidas economicamente, e, por conta de tal fato, não é por menos que a constituição reserva à União o papel de desenvolvedora de planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social, articulando sua ação visando a diminuição das desigualdades regionais e desenvolvimento nacional, nos termos dos já citados artigos 3º, inciso II e III e artigo 170, inciso VII⁴¹⁹

⁴¹⁸ Justamente diante do posicionamento firme do STF, com reconhecimento de inconstitucionalidade e ilegalidade de diversos benefícios fiscais e financeiros concedidos por vários estados federados, houve grande movimentação das bancadas parlamentares no Congresso Nacional para que fosse editada a Lei Complementar 160/2017 (“LC 160/2017”) que autoriza o Conselho Nacional de Política Fazendária (órgão de deliberação coletiva dos estados federados) a, usando do mecanismo da remissão de créditos tributários, buscar uma solução para a questão. Ato contínuo, com a sanção da lei, veio a movimentação dos Secretários de Fazenda para que houvesse uma reunião do CONFAZ, visando definir de vez essa disputa fiscal entre os estados. Assim, foi aprovado o Convênio ICMS de nº 190/2017, que se mostrou como uma importante ferramenta para estabilizar a guerra fiscal estabelecida nas últimas décadas entre os estados. O Convênio ICMS de nº 190/17, publicado em 18 de dezembro de 2017, trata da remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos fiscais ou financeiro-fiscais, relativos ao ICMS, instituídos por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017 e que estão em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da CF/88 (necessidade de autorização do CONFAZ), bem como a reinstituição dessas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, observado o disposto na LC 160/2017 e no próprio convênio. Desta forma, cumpridas todas as obrigações previstas e, de acordo com a Cláusula Oitava, §1º, inciso I, deste mesmo convênio, ficarão remetidos e anistiados os créditos tributários do ICMS decorrentes dos benefícios fiscais desconstituídos judicialmente por não atender a alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da CF/88. Impende ressaltar que existe em trâmite no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade que questiona a referida lei complementar e referido convênio, já que, segundo ali se sustenta, tanto a lei quanto o convênio apenas se mostram como uma forma de legalizar benefícios concedidos de forma afrontosa à constituição. Referida ação teve liminar negada pelo relator, mas obteve parecer favorável o Ministério Público Federal. Atualmente encontra-se aguardando julgamento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro André Mendonça. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.902/AM. Brasília, 2018.

⁴¹⁹ Vide o capítulo 3.3.1.1. Dimensão dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito.

3.3.3. Isonomia com o capital nacional

Importante o enfrentamento da seguinte questão: é possível a concessão de incentivos para a atração de investimentos estrangeiros diretos para o Brasil, sem que os mesmos incentivos estejam disponíveis para os investidores locais? Ou seja, pode o Estado brasileiro em nome de cumprir com seu papel constitucional aqui já amplamente colocado, fundado em preceitos do texto magno e propriamente diante de sua função ordenadora no âmbito do Direito Econômico e da Economia Política, valer-se de instrumentos fiscais, discriminando o capital nacional e privilegiando o capital estrangeiro?

Objetivamente, parece-nos que não. Pelo contrário; mais um fundamento de validade de políticas públicas para a atração de investimentos estrangeiros reside propriamente na não exclusão do eventual investimento nacional que se credencie aos mesmos critérios institucionalizados em favor do capital estrangeiro, naquilo que lhe for aplicável. E nesse ponto é relevante a convicção de que naturalmente aplicar-se-á ao capital nacional aquilo que for, por natureza, a ele aplicável e não toda e qualquer estrutura que seja prevista como ferramenta da atração de investimento estrangeiro direto.

Algumas das possibilidades para a institucionalização de políticas públicas visando a atração de investimentos estrangeiros diretos reside em campos que operam exclusivamente na órbita de tais investimentos, como as questões próprias regulatórias de ingresso, registro inicial e manutenção de informações sobre o investimento estrangeiro direto, incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, notadamente naquilo que toca ao câmbio, eventuais operações de garantia contra flutuações cambiais para ingresso de investimento estrangeiro direto e remessa de lucros correlata, eventual adoção de meios alternativos de solução de controvérsias entre o Estado e o investidor, enfim, uma série de hipóteses que são próprias da relação com investidores estrangeiros e que, por natureza e pelo próprio conteúdo dos princípios da igualdade e isonomia, não teriam como ser aplicados ao capital nacional.

A igualdade pode se revelar como igualdade perante a lei ou igualdade na lei, distinção que, como bem acentua José Manuel Gallego Peragón, povoa a doutrina desde os escritos de Kelsen e Hart, e posteriormente em Perelman quando trata dos órgãos destinatários do princípio da igualdade. Ressalta que:

“A igualdade perante a lei tem como principais destinatários os órgãos (judiciais e administrativos) responsáveis pela aplicação das normas. Tem por objetivo definir as condições para o funcionamento imparcial da justiça e da administração, de modo a que estas actuem sempre de acordo com regras superiores e anteriores, evitando a arbitrariedade. É a igualdade formal que, tal como concebida pela ideologia da Revolução Francesa, implica tratar da mesma forma aqueles que se encontram em situação análoga ou, na expressão de Kelsen, requerer a lei de acordo com a lei.

A igualdade na lei tem, fundamentalmente, como principal destinatário o legislador, que é o depositário da função de ditar regras gerais. Esta segunda distinção está normalmente contida nos textos constitucionais, que tendem a enumerar as discriminações proibidas, aludindo assim ao conteúdo das leis e, em substância, ao grau de igualdade material do sistema.”⁴²⁰

A igualdade, no nosso regime constitucional⁴²¹, se revela, num aspecto formal, enquanto igualdade perante a lei, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”⁴²². Como leciona José Afonso da Silva, sob esse prisma, a igualdade enquanto princípio constitucional, encontra-se destinada tanto ao legislador que deve à ela observância na elaboração das normas, quanto ao aplicador da lei⁴²³, seja o gestor público, seja o estado-juiz. Ressalta o professor José Afonso da Silva que, para além deste plano formal, a Constituição Federal também cuidou de tratar de casos caros à igualdade, ou seja, igualdade em sua acepção material, tais como o artigo 7º, incisos XXX e XXI, o artigo 3º, incisos III e IV e os artigos 170, 193, 196 e 205⁴²⁴. Ainda sobre a questão dos destinatários do princípio da igualdade, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes assim se posiciona:

⁴²⁰ No original: “La igualdad ante la ley tiene como principales destinatarios a los órganos (jurisdiccionales y administrativos) encargados de aplicar las normas. Tiene por objeto definir las condiciones de funcionamiento imparcial de la justicia y la administración, para que siempre actúen conforme a normas superiores y previas, evitando la arbitrariedad. Es la igualdad formal que, tal y como fue concebida por la ideología de la Revolución francesa, supone tratar de la misma manera a los que están en análoga situación o, en expresión de Kelsen, solicitar la ley conforme a la ley. La igualdad en la ley tiene, fundamentalmente, como principales órganos receptores a los legislativos, depositarios de la función de dictar normas generales. Habitualmente, esta segunda distinción está contenida en los textos constitucionales, proclives a enumerar las discriminaciones prohibidas, aludiendo de esta forma al contenido de las leyes y, en sustancia, al grado de igualdad material del sistema.” PERAGÓN, José Manuel Gallego. Los principios materiales de justicia tributaria. Granada: Editora Comares, 2003. p. 133-134.

⁴²¹ Observa-se que o princípio da igualdade se encontra inscrito em todas as Cartas Constitucionais desde a de 1824, mesmo que, no caso desta, sua redação seja um pouco diversa: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Artigo 179, inciso XIII. BRASIL. Constituição do Império de 1824. Coleção Constituições brasileiras. 3ª. ed. Brasília: Senado Federal, 2018.

⁴²² Artigo 5º da Constituição Federal. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

⁴²³ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional Positivo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 215.

⁴²⁴ SILVA, José Afonso. *Ibidem*. p. 211-212.

“O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.”⁴²⁵

É a igualdade, ou isonomia⁴²⁶, material que tem como predicado a busca da promoção de uma igualdade real entre as pessoas – ou uma redução das desigualdades⁴²⁷. Na igualdade formal, reside a isonomia de tratamento pelo ordenamento jurídico, consagrando-se a compreensão de que isso não redunde em igualitarismo, vez que há que se tratar os iguais de forma igual, mas, como amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, sem prejuízo de tratamento desigual àqueles que se encontrem em situação de desigualdade. Assim, como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quanto:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por qual modo desequiparadas. É o que ocorre quando se pretende tomar o fator “tempo” - que não descansa no objeto – como critério diferencial;

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimén adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimén estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente;

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.”⁴²⁸

⁴²⁵ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 1999p. 62

⁴²⁶ SILVA, Jose Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 72.

⁴²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 150

⁴²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª. ed.. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 47-48.

Da leitura do quanto transcrito, observa-se que a desequiparação não é, já como aqui colocado, um impeditivo intransponível que, efetivada, redunde em afronta geral ao princípio da igualdade. Eventuais desequiparações são aceitas pelo texto constitucional na medida do quanto são diversas as situações reguladas e na medida em que se desigualem. Entram aí em questão princípios outros como razoabilidade e proporcionalidade que operam como vetores de legitimação da desigualdade; mais uma vez, citando o magistério do Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes:

“A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição al quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.”⁴²⁹

Afinal, voltando ao magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello, “não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja assumido o fato tido como desequilibrador”. Assim,

“Então, se a lei de propôs distinguir pessoas, situações, grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os discrimens. Contudo, se a distinção não procede diretamente da lei que instituiu o benefício ou exonerou de encargo, não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais.”⁴³⁰

A ideia de igualdade se conecta com a ideia de justiça, ainda que esse conceito não seja da fácil apreensão e delineamento⁴³¹, mas sem dúvida é um dos predicados mais relevantes de uma sociedade democrática, do Estado Democrático de Direito.

⁴²⁹ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 1999. p. 62.

⁴³⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Idem. p.45.

⁴³¹ Sobre teoria da justiça, cf. RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997. RAWLS, John. Justiça como Equidade. São Paulo: Martins Fontes, 2003. WALZER, Michael. Las esferas de la justicia. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo:

Lançados tais conceitos, voltamos ao questionamento inicial.

Seria possível a construção de políticas de estímulo ao investimento estrangeiro direto que não fossem aplicadas aos investimentos de capital nacional? Como antes dito, parece-nos que não. Isso por conta da seguinte lógica. A construção de políticas tem o seu fundamento, como já aqui já visto, em princípios fundantes do próprio Estado, em objetivos de desenvolvimento e redução das desigualdades nacionais e regionais, no próprio papel do Estado no seu viés de regulador do processo econômico, tudo com o objetivo da construção de uma sociedade mais justa e próspera, notadamente, ou ao menos primariamente, no campo econômico. Não nos parece aqui residir qualquer *discrímen* capaz de excluir o capital nacional, naquilo em que lhe for aplicável.

Se o capital nacional tem condições de contribuir para o atingimento dos objetivos que são legitimadores das políticas públicas destinadas a atração de investimento estrangeiro direto, não parece razoável e proporcional que ele seja excluído de qualquer programa desenvolvido pelo Estado com tal objetivo. Tratar-se-á tão somente de aplicar aquilo que for aplicável, pois é certo que para o capital nacional não existem determinadas situações que são próprias dos investimentos estrangeiros diretos, tal como, por exemplo, como já dito, riscos de natureza cambial ou a incidência de tributos específicos. E, como acima colocado, a equiparação nos casos possíveis, em respeito à igualdade, se conforma como mais um elemento de legitimação das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado.

Martins Fontes, 2002. DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Sobre a teoria da justiça de Rawls, é importante citar sua revisitação na obra Justiça como Equidade – Uma Reformulação. RAWLS, John. Justiça como equidade. Uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

4. Instituição e Avaliação Jurídica de Políticas de Atração de Investimentos Estrangeiros Diretos.

Como vimos no capítulo anterior, há fundamentos jurídicos que devem ser observados para a legitimação da instituição de intervenções de Estado que objetivem atrair investimentos estrangeiros diretos.

Não nos preocuparemos aqui, enquanto estudo de índole jurídica, com a abordagem sobre os mecanismos de gestão administrativa de projetos⁴³² relacionados ao nosso tema, eis que esse enfrentamento cabe a outras ciências que não o Direito, sem, claro, deixar de reconhecer de pronto a sua importância e a necessidade fundamental de diálogo com o Direito, circunstância aqui já defendida em capítulo anterior⁴³³.

Existe um grande desafio a ser enfrentado de forma clara e transparente: as possibilidades de inovar com políticas públicas que visem a atração de investimento estrangeiro direto, que, de forma ínsita, redundam em alguma assunção de risco de insucesso – o que acaba por, em alguma medida, principalmente com o manejo de políticas de atração através de gastos públicos, impor um risco ao patrimônio público. Como encarar a necessidade de inovar na busca de investimentos, lidando com o necessário zelo pelo equilíbrio orçamentário, a responsabilidade fiscal e a preservação do patrimônio público?

Sem sombra de dúvida inovar na construção de novas políticas públicas é um desafio, mormente no âmbito da administração pública; parece-nos razoável aceitar que há uma margem de risco de insucesso que deve ser gerida e aceita, sob pena de não se dar a chance ao desenvolvimento de políticas públicas que possam realmente redundar em novos benefícios para a sociedade, principalmente na geração de emprego e renda. Nesse campo, a avaliação, seja prévia à implementação, seja constante ao logo de toda a execução das políticas públicas

⁴³² No âmbito da Administração de Empresas, Gestão Pública e Engenharia de Projetos, o PMBOK Guide, publicado pelo Project Management Institute (PMI), hoje em sua sétima edição, encerra um guia de melhores práticas de gestão de projetos, padronizando a apreensão e manejo de princípios, ferramentas e técnicas de administração voltada ao domínio de desempenho. Essas práticas e técnicas são divulgadas no PMBOK Guide como elemento de orientação, mas não de imposição, para os gestores, vez que cada projeto a ser administrado tem suas peculiaridades e, assim sendo, reclama um uso dos elementos de orientação no mais das vezes com um viés de adaptação à realidade.

⁴³³ Vide capítulo 1.2. Posicionamento interdisciplinar e intertextual do tema.

que visem a atração de investimento estrangeiro direto encerram mais que uma fundamental ferramenta de ação, mas uma condição de validade jurídica das medidas concebidas.

Há múltiplas dimensões de avaliação de uma política pública e, portanto, no caso do presente estudo, múltiplas dimensões de avaliação de intervenções estatais na economia. Nosso foco aqui reside em algumas dessas dimensões, mais afetas ao Direito, seja de forma direta, seja de forma intertextual.

4.1. Inovação em políticas públicas e responsabilidade

Nesses ambientes de envolvimento do Estado, seja na prestação de serviços, seja na participação, direta ou indireta, no mercado, como ator ativo ou por ações com uma pretensão indutora de comportamentos e decisões privadas, é crescente a demanda por inovação, assim entendida não apenas como a produção de novos bens e serviços, mas sim em como conceber novas formas de geração de valor⁴³⁴. Inovação, em seu sentido modernamente percebido pela doutrina, como bem coloca o Professor Guilherme Ary Plonski da Faculdade de Economia Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo:

“...é a criação de novas realidades. Essa declaração singela realça características essenciais da inovação. Em primeiro lugar, ao ser criação ela é, ao mesmo tempo, o processo e o resultado de fazer existir algo que não havia e, por extensão, também de dar novo feitiço ou utilidade a algo que já existia. Ao ser também entendida como processo a inovação deixa de ser percebida como fruto exclusivo de lampejos de inventividade ou engenhosidade, que certamente são bem-vindos e importantes. Ela passa a ser compreendida como um conjunto estruturado de ações ou operações visando a um resultado e, portanto, a inovação é propensa a ser estimulada, promovida e gerida. É, por conseguinte, um campo pluridisciplinar fértil para aplicação de conhecimentos e práticas de administração, direito, economia, engenharia, medicina e psicologia, entre outras.”⁴³⁵

Ao se enfatizar como resultado do processo de criação a existência de *novas realidades* evidencia-se tanto a amplitude das possibilidades ensejadas pela percepção contemporânea da

⁴³⁴ SAWHNEY, Mohanbir. WOLCOTT, Robert C.. ARRONIZ, Inigo. *The 12 Different Ways for Companies to Innovate*. MIT Sloan Management Review. Spring 2006.

⁴³⁵ PLONSKI, Guilherme Ary. Inovação em transformação. *Estudos Avançados*, São Paulo: USP. v. 31, n. 90, 2017. p. 7.

inovação como a complexidade da sua efetivação. Há apenas duas décadas a inovação era associada de forma quase exclusiva ao setor secundário da economia, principalmente ao lançamento de produtos industrializados intensivos em tecnologia, assim como a mudanças nos processos de fabricação. Hoje a inovação é objeto de desejo de todos os setores da economia, assim como também de outros segmentos da sociedade e na criação e gestão de políticas públicas. Merecem destaque as diversas esferas e poderes dos governos, os quais estão em busca de inovações na gestão pública que lhes permitam atender aos anseios crescentes da cidadania, num contexto de constrição de recursos e retração acentuada da credibilidade dos governantes.⁴³⁶

Essa demanda social crescente pela inovação enquanto norteadora de uma busca, ao fim e ao cabo, pela melhor prestação de serviços públicos e melhor gestão dos recursos orçamentários foi de certa forma percebida pelo poder executivo, tendo sido a inovação incluída na Proposta de Emenda à Constituição (“PEC”) número 32/2020⁴³⁷, onde se pretendia dar nova redação ao rol de princípios norteadores da administração pública esculpidos no artigo 37 da Constituição Federal. Na exposição de motivos que acompanhava a PEC 32/2020 encaminhada ao Presidente da República se lê:

“Apesar de contar com uma força de trabalho profissional e altamente qualificada, a percepção do cidadão, corroborada por indicadores diversos, é a de que o Estado custa muito, mas entrega pouco. O país enfrenta, nesse sentido, o desafio de evitar um duplo colapso: na prestação de serviços para a população e no orçamento público. A estrutura complexa e pouco flexível da gestão de pessoas no serviço público brasileiro torna extremamente difícil a sua adaptação e a implantação de soluções rápidas, tão necessárias no mundo atual, caracterizado por um processo de constante e acelerada transformação. Torna-se imperativo, portanto, pensar em um novo modelo de serviço público, capaz de enfrentar os desafios do futuro e entregar serviços de qualidade para a população brasileira.”

Neste contexto, a proposta de Emenda à Constituição, que possuía como público-alvo não só a administração pública direta em menor escala, mas todo seu corpo de servidores, pretendia se inserir em um escopo maior de transformação do Estado, possuindo a declarada pretensão de trazer maior agilidade e eficiência aos serviços oferecidos pelo governo e a suas

⁴³⁶ Idem. Ibidem. p. 7.

⁴³⁷ A proposta de emenda à Constituição número 32/2020 ficou conhecida como proposta de reforma administrativa, que se propunha a imprimir maior eficiência à administração pública.

políticas públicas, sendo o primeiro passo com vistas a uma alteração maior do arcabouço legal brasileiro. A nova redação que se pretendia implementar seria baseada em quatro princípios: a) foco em servir: consciência de que a razão de existir do governo é servir aos brasileiros; b) valorização das pessoas: reconhecimento justo dos servidores, com foco no seu desenvolvimento efetivo; c) agilidade e inovação: gestão de pessoas adaptável e conectada com as melhores práticas mundiais; e d) eficiência e racionalidade: alcance de melhores resultados, em menos tempo e com menores custos.

A proposta de emenda ao texto constitucional, portanto, se apresentava como uma tentativa de viabilização de uma prestação de serviço público de qualidade para os cidadãos, especialmente para aqueles que mais precisam, a partir de três grandes orientações: (a) modernizar o Estado, conferindo maior dinamicidade, racionalidade e eficiência à sua atuação; (b) aproximar o serviço público brasileiro da realidade do país; e (c) garantir condições orçamentárias e financeiras para a existência do Estado e para a prestação de serviços públicos de qualidade.⁴³⁸

Se viesse a ser aprovada a referida proposta, a inovação passaria, ao lado de princípios tradicionalmente caros ao direito administrativo brasileiro, tais como a legalidade, moralidade e impessoalidade, a compor um rol de vetores para os gestores públicos e para a administração em geral.

Entretanto, registre-se que a proposta em questão, encaminhada pelo Poder Executivo em 3 de setembro de 2020, sofreu forte resistência no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados quanto à redação ampliativa dos princípios da administração pública, dentre eles, o da inovação. Tal rejeição fora colocada pelo relator em parecer final aprovado pela comissão, Deputado Darci de Matos:

“No que se refere aos NOVOS PRINCÍPIOS incluídos no caput do art. 37 da Constituição Federal (imparcialidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública e subsidiariedade), a inclusão de novos princípios no texto constitucional, embora seja boa a intenção, pode gerar interpretações múltiplas e completamente divergentes, o que consequentemente gerará

⁴³⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1928147&filename=PEC+32/2020. Acesso em: 6 de dezembro de 2020.

provoações ao Supremo Tribunal Federal para dispor sobre sua efetiva aplicabilidade em situações, por exemplo, de improbidade administrativa.

Ainda nesse sentido, é inegável a relevância que os princípios dispõem sobre o ordenamento jurídico, não apenas pelo norte que apontam ao legislador quanto ao intérprete. Contudo, os princípios devem possuir a densidade normativa que os caracteriza e os diferencia de meros objetivos ou propósitos.

Com efeito, a inclusão de expressões que não possuem a natureza de princípio ou a densidade normativa ínsita a essa categoria pode gerar um efeito colateral deletério para ordenamento jurídico, sobretudo em se tratando de expressões dotadas de vagueza conceitual. Um dos efeitos imediatos da inserção de tais expressões como princípios vem em prejuízo da segurança jurídica, que é um direito fundamental.

O princípio da segurança jurídica, reconhecido como garantia fundamental, representa o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, bem como da proteção da confiança. O conjunto dos servidores do Estado brasileiro, assim como todos os cidadãos, deve ter a confiança nos atos e decisões emanadas da Administração Pública.

A eventual admissão das expressões propostas como princípios da Administração Pública levaria a uma excessiva abertura normativa não apenas indesejável, mas prejudicial à estabilidade jurídica e à própria Administração Pública e incompatível com a garantia constitucional fundamental da segurança jurídica, que tem sede última no postulado do devido processo legal. É por essa razão que a ampliação do rol de princípios da Administração Pública tal como consta na Proposta de Emenda à Constituição não deve ser admitida.⁴³⁹

De fato, a inovação enquanto conceito apresenta abertura e indeterminação e, ainda, no campo prático, atrai, inevitavelmente, como antes dito, uma seara de risco ínsita à própria implementação de ações inovadoras. Tal risco pode levar à perda de recursos, comprometimento de pessoal, exploração ineficaz de bens públicos, dentre outras situações que, a uma primeira leitura, podem representar um eventual reclamo quanto à responsabilização dos gestores pelas decisões tomadas e os correlatos prejuízos ao patrimônio público.

⁴³⁹ A supressão da proposta de inserção como princípios da administração pública a imparcialidade, a transparência, a inovação, a responsabilidade, a unidade, a coordenação, a boa governança pública e subsidiariedade – dando nova redação proposta ao caput do artigo 37 da Constituição Federal – foi objeto da emenda número 1 apresentada, e aprovada, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2016367. Acesso em: 15 de nov. 2023.

Sob a ótica do presente estudo, a definição de intervenções de Estado por meio de políticas que comprometam a receita orçamentária com o objetivo de atrair investimentos estrangeiros diretos e inovem enquanto ações administrativas, precisam de ser encaradas com responsabilidade, procurando-se ter a dimensão mais razoável dessa responsabilidade. Explicamos.

A questão que merece análise é: quais os desafios para que se tenha em conta e em que medida e sob quais circunstâncias gestores públicos (da administração direta e indireta) podem ser responsabilizados patrimonialmente por decisões tomadas na busca de instrumentos inovadores, quando esse ambiente, como dito, é afeto à maior risco de insucesso? Mais ainda, como os órgãos de controle e autoridade, como os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário, devem ter em consideração as ações e decisões dos gestores frente a tais situações em que não há dolo⁴⁴⁰ presente, senão uma tentativa de impressão de maior desenvolvimento técnico na qualidade e oferta de serviços, economicidade e eficiência na atuação do Estado, mormente para a atração de investimentos estrangeiros diretos? E como se comportar tais órgãos de controle e autoridade quando tais políticas forem definidas em lei, por ação do poder legislativo, para o tema do nosso estudo, essencialmente por ato constitucional próprio do Congresso Nacional.

Assim como a inovação – enquanto reclamo atual e presente de uma sociedade moderna –, a discussão sobre os desafios de controle, dúvidas e a eventual responsabilização de gestores públicos é tema de grande importância para o ambiente jurídico nacional, sem que isso redunde em soluções já devidamente talhadas, tampouco sólidas.

O entrelaçamento entre os espaços público e privado, tal como aqui já sentido, acaba por tornar a tradicional classificação de bens públicos e privados⁴⁴¹ carente de uma nova

⁴⁴⁰ Para o presente trabalho, consideraremos apenas as hipóteses em que o risco assumido não deriva de ação dolosa com o intuito de lesar o patrimônio público em favor do próprio gestor e/ou em favor de terceiro, indivíduo ou grupo de indivíduos, empresas e associações, ou até mesmo sob o manto de deturpada concepção ideológica desejosa de eternização no poder.

⁴⁴¹ Se nos prendermos às concepções e divisões didáticas tradicionais teríamos apenas a classificação clássica: (a) bens de uso comum do povo; (b) bens de uso especiais; (c) bens dominicais. Tal classificação – adotada no Código Civil de 1916, artigo 66 – acabou sendo repetida pelo novo Código Civil de 2002, artigo 99, apenas com uma adaptação quanto aos bens dominicais, que antes eram vinculados a *União, Estados e Municípios* e passam a ser identificados como aqueles de propriedade das *peças jurídicas de direito público*. Vê-se, aí, ainda que tímida, uma evolução da classificação dos bens públicos. A Professora Maria Silvia di Pietro enxerga, quanto à destinação, um possível agrupamento em duas classificações apenas: (a) os bens integrantes do domínio público do Estado e

visitação de forma a permitir que o sistema de proteção e controle de sua gestão possa se amoldar à realidade, conferindo maior efetividade àquilo que, em última análise, é o interesse do conjunto normativo, qual seja, a proteção do interesse público subjacente^{442 e 443}.

Os professores Tiago Marrara e Luciano Ferraz asseveram com clareza que a simples designação de *bens públicos*, tal como está lançada nos compêndios tradicionais e na codificação normativa, necessita de uma reflexão, vez que hoje temos uma circunstância mais ampla, a dos bens estatais, que superam a classificação tradicional, vez que por vezes importam em bens estatais públicos, mas por vezes redundam em bens estatais privados, valendo citar:

“Em virtude dos fatores descritos, parece fundamental que se insista, aqui, na necessidade de se ampliar o escopo dos estudos gerais por meio da valorização de um vasto “direito administrativo dos bens”, o qual se divide em três partes menores: 1) o direito administrativo dos bens públicos; 2) o direito administrativo dos demais bens estatais (não públicos) e 3) o direito administrativo dos bens particulares vinculados a funções estatais (que serão enquadrados no “domínio público impróprio” ou no conceito de “bens públicos fáticos”).”⁴⁴⁴

Desta feita, parece-nos que, não com objetivo direto de uma ampliação da regulação e proteção dos bens públicos – onde aqui se inserem os recursos públicos –, mas sim devido a uma nova conformação da realidade das fronteiras que separam os espaços públicos e privados, há de se compreender que o estado atual das demandas sociais acabou estendendo os limites

(b) os bens de domínio privado do Estado. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2005. p. 579.

⁴⁴² FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. Tratado de direito administrativo, v. 3: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 4.

⁴⁴³ Há que se registrar aqui que não parece mais ter lugar uma defesa da supremacia incondicional do interesse público sobre o interesse privado. Como bem leciona o professor Humberto Ávila, “o esclarecimento dos fatos na fiscalização de tributos, a determinação dos meios empregados pela administração, a ponderação dos interesses envolvidos, pela administração ou pelo Poder Judiciário, a limitação da esfera privada dos cidadãos (ou cidadãos contribuintes), a preservação do sigilo, etc. são, todos esses casos, exemplos de atividades administrativas que não podem ser ponderadas em favor do interesse público e em detrimento dos interesses privados envolvidos. A ponderação deve, primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger, ao máximo, esses mesmos bens. Caminho bem diverso, portanto, do que direcionar, de antemão, a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que quer que isso possa vir a significar. Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular”. ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista diálogo jurídico. Salvador: Centro de Atualização Jurídica. ano 1, vol 1, n 7, 2001. p. 29.

⁴⁴⁴ FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. Tratado de direito administrativo, v. 3: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 4.

conceituais tradicionais, reclamando uma visão mais ampla e, por conseguinte, promovendo uma elasticidade do sistema de proteção e de coerção respectiva.

Tendo-se o Direito como um regime de coerção, tal como na visão de Hans Kelsen⁴⁴⁵, apreende-se que a eventual violação se apresenta como um pressuposto natural do Direito que deflagra o seu processo de imposição – de aplicação da sanção. E, nesse sentido, há que se conceber que a revisitação do sistema de bens estatais deve ser tida em conta em conjunto com a estruturação de um sistema de controle e proteção, seja a proteção por meio de tutelas administrativas e por ferramentas próprias das instituições (controle interno), seja por meio de tutelas judiciais por meio de ação civil pública, ação popular, mandado de segurança, ações possessórias e, até mesmo, ações criminais.

A ressignificação da separação entre o espaço público e o privado (e, conseqüentemente, entre bens públicos e privados) induz a uma necessidade de enfrentamento dos bens e recursos estatais em sua novel acepção social, investindo-se em sistemas de controle que ultrapassem as cercanias da ciência do Direito, em especial do direito administrativo⁴⁴⁶, valendo-se de primados de gestão pública e organizacional de forma a imprimir a máxima efetividade a esses sistemas e ao resultado final que é, sem dúvida, a preservação da estrutura do Estado erigida como necessária para a satisfação das necessidades públicas.

Em suma, com a ampliação da conceituação tradicional dos bens públicos, forçoso compreender que o sistema de proteção não só alcança um maior conjunto de relações, como também deve, até por conta dessa extensão, compreender ferramentas de controle e acompanhamento do melhor uso desses bens – do manejo desse patrimônio –, o que nos leva ao tema da avaliação para a implementação e das necessárias avaliações, suas dimensões e efeitos, tema a ser tratado a seguir.

⁴⁴⁵ “Se o Direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado. Atos de coerção são atos a executar”. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes. p. 76.

⁴⁴⁶ MARRARA, Tiago. Controle interno da administração pública: suas facetas e seus inimigos. In MARRARA, Tiago e GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Controle da judicialização e administração de políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2016. p. 65.

Enfim, não se trata apenas de punir o agente pelo eventual gasto de recursos públicos sem a contrapartida esperada – o que de fato, por várias circunstâncias alheias ao seu controle, pode ocorrer. Trata-se de apreender as justificativas jurídicas das políticas públicas para a atração de investimento estrangeiro direto, justificativas essas que não podem ser apenas um manifesto de fundamentação sem conexão com a realidade, o que certamente reclama um hercúleo e amplo exercício de avaliação não só para a construção e implementação de tais medidas, mas uma permanente avaliação de seus resultados.

4.2. Dimensões de avaliação – Avaliação jurídica

Infelizmente o tema da avaliação é, no Brasil, em termos mais amplos, rotineiramente negligenciado. “Termos mais amplos”, aqui, remete à necessária dinâmica de avaliação prévia e constante, o que, em termos de políticas públicas, parece-nos fundamental; ou seja, em sua concepção, sua implementação e execução, e, necessariamente, seus resultados. Segundo o Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Públicas (POLIS) são cinco as fases de uma política pública e, portanto, passíveis de avaliação: (a) identificação da questão a ser enfrentada – um diagnóstico do problema; (b) formulação do plano de ação para o enfrentamento do problema; (c) decisão e escolha de ações prioritárias; (d) implementação; e (e) identificação de resultados, sendo que:

“Durante todo esse processo, é necessário existir o monitoramento e a avaliação de sua efetividade, que podem ser realizados tanto pelo poder público quanto pelo poder privado e pela sociedade civil. Daí a importância de se garantir o acesso da população às informações sobre o desempenho, o que inclui a formulação de indicadores”⁴⁴⁷

Afinal, as políticas públicas acabam por reclamar recursos e esforços públicos e por isso devem atender da melhor forma aos anseios da população, sendo transparentes com seus usos, fins e resultados alcançados, até por conta do fato de que se mostram como políticas que tendem a uma maior permanência, o que denota sua aptidão de maior impacto orçamentário, seja quanto ao consumo de recursos, seja nos retornos que ela pode trazer – o que, no caso do

⁴⁴⁷ SIMÃO, Angelo Guimarães. [et. al.]. Indicadores, políticas públicas e a sustentabilidade. in: SILVA, Christian Luiz da. SOUZA-LIMA, José Edmilson (orgs.) Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45-46.

nosso ponto de atenção – investimento estrangeiro direto – revela-se, no que tange ao seu retorno específico (geração de emprego, renda e desenvolvimento), de nodal importância.

Os sistemas e procedimentos de avaliação serão mais precisos quando têm em conta todas essas fases – sendo tomados como ferramentas de teste em cada uma delas. E, nessa ótica, parece-nos que a análise deva ser decotada de forma a permitir o atingimento das melhores conclusões.

Toda análise fenomenológica pode ser engendrada sob diversas perspectivas ou dimensões; elas não se superam uma a uma, tampouco se excluem. São realidades que se integram e merecem a atenção do seu intérprete. Ao campo do Direito cabe um papel relevante e de fundamental importância, mas isso não significa exclusividade de visão, interpretação, crítica ou supremacia de julgamento e avaliação.

Daí que podemos, partindo do nosso prisma, indicar, primeiramente, uma dimensão jurídica, notadamente aquela que encerra uma visão crítica quanto à legalidade e constitucionalidade do mecanismo – ou mecanismos – de intervenção. Nesse campo, como aqui já tivemos a oportunidade de expor, a avaliação perpassa pela verificação da adequação e fundamento da política pública com os objetivos e competências constitucionalmente e legalmente traçados.

Há, ainda, a relevante dimensão econômica que modernamente vem, inclusive, influenciando alguns estudos de compreensão jurídica. Estudos envolvendo a Análise Econômica do Direito⁴⁴⁸ vêm advogando numa linha de argumentação que acaba por erigir tal disciplina – fundamental, sem dúvida – a um posto de proeminência em relação à análise política e jurídica.

⁴⁴⁸ A Análise Econômica do Direito, na visão de Cristiano Carvalho, se ampara em quatro conceitos principais: (a) escolha racional, ou seja, os indivíduos reagem a incentivos vez que buscam maximizar seus próprios interesses; (b) consequências, ou seja, as escolhas, positivas ou negativas, sempre redundam em consequências para o indivíduo; (c) equilíbrio, que deriva do fato de que mesmo que indivíduos se comportem na busca de seus auto interesses, a conjugação destes não produz um estado de permanente conflito, mas sim um equilíbrio lastreado em regras informais de convivência; (d) eficiência, talvez o mais polêmico dos conceitos, já que é algo tão desejado quanto subjetivo, mas que poderia ser sumarizado como realizar o máximo possível com recursos escassos. CARVALHO, Cristiano. Direito tributário e análise econômica: uma introdução atualizada. in YEUNG, Luciana. Análise econômica do direito. São Paulo: Actual, 2020. p. 114.

Não nos parece ser o meio mais adequado de percepção, sem que essa percepção possa ser suficiente para retirar a importância da Análise Econômica do Direito⁴⁴⁹. Não nos parece que a Análise Econômica do Direito possa fugir de seu papel enquanto elemento de uma teoria das provas (evidências) e ser utilizada como mais um elemento de decisão a integrar o processo de formação da decisão individual no caso concreto, sob pena de vulneração de diversos princípios, tais como a segurança jurídica, o devido processo legal e o princípio da separação entre poderes, fazendo, de forma indesejável para a harmonia do ordenamento, com que a norma individual, enquanto norma do caso concreto, ultrapasse o conteúdo possível da norma de direito positivo, tal como escrita.

Parece-nos, portanto, instrumentos da Ciência Econômica – dentre vários, a econometria por exemplo – que se mostram vetores de informação da chamada Análise Econômica do Direito têm uma importância significativa e devem ser tidos como elementos de achados para avaliações de políticas públicas, principalmente onde a intervenção estatal na economia se perfaz pela via de gastos indiretos⁴⁵⁰. Mas nos parece pouco adequado que sejam esses achados tomados com supremacia sobre outras óticas, fundamentalmente as óticas jurídica e política⁴⁵¹.

Neste sentido, uma avaliação sólida deve ser conduzida (a) com distância razoável da ideologia do analista; (b) com base em dados concretos; (c) tendo-se em conta não apenas um único conjunto de dados (como, por exemplo, apenas aumento de empregos, apenas a preservação ambiental ou apenas o aumento da exportação), mas sim um conjunto mais sistêmico de dados que se intercomunicam entre si; (d) sem qualquer flerte e protegido de

⁴⁴⁹ Como preceitua José Maria Arruda de Andrade: “O que defendemos, contudo, é que esse instrumental econômico na aplicação do direito ao caso concreto faz parte do campo da teoria das provas e não o da decisão (fundamentação) jurídica, ou seja, a econômica está ao lado da boa aplicação do direito vigente e não a serviço da construção de um novo sistema jurídico (*contra legem*, por exemplo). (...) O uso mais intensivo de economia significa, como o entendemos, o manejo transparente de como os modelos são calibrados, como as variáveis de interesse serão analisadas, quais serão os grupos de controle utilizados nas comparações de cunho estatístico e assim por diante.” ANDRADE, José Maria Arruda de. A importância da análise econômica do Direito. Consultor Jurídico. Disponível em www.conjur.com.br. Publicado em 31 de maio de 2020. Acessado em 20 de dezembro de 2020.

⁴⁵⁰ Sobre o conceito de gastos indiretos, vide o capítulo 3.2.1 Tipologia de incentivos, subitem ii. Incentivos Jurídico-Econômicos.

⁴⁵¹ Não se pode deixar de considerar que há também, dentre outras, como a sociológica, uma dimensão política em que se avalia a conveniência e oportunidade no *locus* político da atuação do poder executivo versus a expectativa da sociedade.

eventual comparações espúrias⁴⁵², afastando, portanto, de coincidências esporádicas; (e) com o correto manejo de ferramentas da economia, como a econometria, aqui já citada, mas sem qualquer apego a essas ferramentas como se fossem imunes à qualquer tipo de distorção ou necessidade de cotejo com outros elementos, até mesmo jurídicos e políticos (como, por exemplo, necessidade de consideração do adensamento populacional em determinadas regiões remotas).

Uma avaliação sólida de políticas públicas econômicas – não somente, mas mormente aquelas desenvolvidas por meio de gastos indiretos – com uso de ferramentas da economia, como sugere a Análise Econômica do Direito, se mostra válida e relevante, seja na dimensão da concepção de um programa ou plano/planejamento, seja na sua execução, ou, ainda, na avaliação de resultados com o objetivo de orientar eventuais alterações ou, até mesmo, sua supressão, caso primados constitucionais de eficiência e economicidade estejam sendo vulnerados ou caso princípios fundantes como a busca da promoção do desenvolvimento nacional e regional, e a busca do pleno emprego não estejam se concretizando. Entretanto, para ter-se como avaliação sólida, como antes dito, o exame não pode deixar-se seduzir por apenas um ou uns poucos aspectos de determinada ciência – tal como a Ciência Econômica – ou apenas por uma dimensão da vida social, privilegiando os aspectos econômicos sobre os políticos, sobre os sociais-ambientais, sobre os jurídicos ou qualquer outra sorte (ou azar) de conjugação de dimensões, todas igualmente caras ao ser humano e à sociedade.

Assim, uma avaliação através de um único prisma e no âmbito de uma única dimensão não pode se mostrar como o único elemento de mensuração da conveniência de determinada política econômica, vez que há dimensões jurídicas, políticas e sociais, dentre outras, que devem ser igualmente apreendidas.

Esse mecanismo de conjugação de dimensões diversas – para o quanto aqui nos interessa, jurídica, política, econômica e social – deve ser apreendido pelos formuladores teóricos de ações de intervenção e pelos gestores dessas ações com vinculação umbilical à concepção de que, em última instância, o que está em questão é o patrimônio público, recursos públicos que são, em essência, integrantes do que classificamos como bens públicos e, como

⁴⁵² Comparações ou relações espúrias redundam a percepção de dados que aparentemente se mostram correlacionados de alguma forma, mas que não possuem nenhuma conexão de causalidade, vulnerando a conclusão alcançada.

tais, merecem distinto cuidado e reverência. Inovar através de ações para a edificação e gestão de políticas públicas destinadas à atração de investimentos estrangeiros diretos reclama, sem a menor sombra de dúvida, imensa atenção, principalmente em momento em que a presença do Estado na economia é discutida com certo apego ideológico por muitas vezes com flertes radicais. Para evitar qualquer sedução por reprováveis radicalismos, importante que se construa uma consciência e fundamentação jurídica sólida, o que se pretende apontar com o presente estudo.

Como já visto, no regime constitucional brasileiro, forte é a presença da preocupação com a organização de um Estado baseado na busca do pleno bem estar dos cidadãos pela via da prestação de serviços públicos eficientes e de qualidade, mas também na garantia da livre iniciativa como motor fundamental do desenvolvimento, não sendo incomum, no entanto, que o Estado, além da prestação de serviços públicos *stricto sensu*⁴⁵³, se envolva em determinados mercados através de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os primados do Direito, baseados em compartimentalizações herméticas entre seus ramos e entre classificações doutrinárias passadas, vêm encontrando significativas mudanças com o desenvolvimento da sociedade e das relações. No que tange ao Direito Administrativo, é notório que as segmentações dos espaços públicos e privados nas relações jurídicas – e, por consequência, a percepção de funções e bens – vem cada vez mais se aproximando e, por que não dizer, se entrelaçando. Está claro que cada vez mais particulares vem se imiscuindo na prestação de serviços públicos assim tradicionalmente concebidos e o Estado vem, livre ou não de críticas, se mostrando presente em searas privadas, como é o caso da ação do Estado, por exemplo, na prestação de serviços financeiros (seja em serviços no varejo, seja em complexas operações de *project finance*).

Assim, uma avaliação jurídica prévia e constante de políticas públicas que visem a atração de investimentos estrangeiros diretos – obviamente, respeitado o caráter interdisciplinar do tema, em conjunto com outras searas do conhecimento científico – mostra-se como elemento de fundamental importância para legitimar tais políticas de forma a atestar se os fundamentos

⁴⁵³ Aqui tomamos o sentido de uma definição mais clássica que vincula os serviços públicos à satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público, tal como define o professor Marçal Justen Filho. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 478.

jurídico-constitucionais foram devidamente observados e prestigiados, bem como, no curso de sua execução, as evidências de fato demonstram que os resultados encontram-se dentro os objetivos pretendidos por aqueles fundamentos jurídico-constitucionais.

4.3. O direito de errar

Um dos pontos mais delicados do quanto enfrentado nesse capítulo é a falibilidade de resultados. Essa questão merece uma reflexão adequada, sob pena de que gestores públicos possam tomar decisões envolvendo novas políticas de atração de investimentos, sabendo que eventual insucesso não será tido como elemento de responsabilização e demonização de sua atuação, levando, em muitos casos, a uma responsabilização pessoal patrimonial e até mesmo, num viés totalmente equivocado, de responsabilidade por ato ímprobo.

A racionalidade – enquanto signo distintivo próprio da natureza humana – acaba por induzir ao comprometimento do indivíduo e, nesse sentido, traz como corolário a responsabilidade em seus amplos significados. Como bem preceitua João Franco do Carmo:

“Responsabilidade, na acepção que nos interessa, será, por conseguinte, a situação jurídica em que se encontra o sujeito que, tendo praticado um comportamento ilícito, vê formar-se na sua esfera jurídica a obrigação de suportar certas sanções ou consequências desfavoráveis.”⁴⁵⁴

Este o conteúdo de uma regra sancionatória, que prevê a violação de uma regra jurídica principal (de conduta). Naturalmente que a responsabilidade deriva de determinada qualidade ou posição jurídica assumida pelo sujeito (por exemplo, cidadão, contratante ou funcionário) que, conjugando-se com a antijuridicidade dos fatos a ele imputados (ou dito de outro modo, a natureza da norma jurídica violada), vai condicionar a aplicação da forma (ou formas, se se cumulem) de responsabilidade jurídica em que poderá o mesmo incorrer.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ CARMO, João Franco do. Contribuição ao estudo da Responsabilidade Financeira. Revista do Tribunal de Contas. n. 23. mar. 1995. Lisboa. p. 52.

⁴⁵⁵ Idem. Ibidem. p. 52

Interessa-nos aqui a responsabilidade do gestor público e, em especial, a esfera da responsabilidade financeira⁴⁵⁶, assim entendida como, na linha do texto normativo contido no artigo 70, *caput*, da Constituição Federal de 1988, a obrigação de repor recursos públicos (imputação de débito) ou de suportar as sanções previstas em lei, no âmbito do controle financeiro exercido pelos Tribunais de Contas, em razão da violação de normas pertinentes à gestão de bens, dinheiros e valores públicos ou dos recursos privados sujeitos à guarda e administração estatal⁴⁵⁷.

O prisma da responsabilidade importa, portanto, em elemento fundamental para a busca de uma máxima efetividade dos atos dos gestores públicos. Não nos parece seja um elemento isolado, vez que a responsabilidade faz sentido num ambiente em que a orientação também esteja presente. Parece-nos, em verdade, que muito da desconfortável deficiência de responsabilização no caso brasileiro é, dentre outros aspectos, tributária de uma falta da fixação de *standards* seguros que melhor orientem a tomada de decisão do gestor público. Esse é um problema – a melhor definição de *standards* quanto à tomada de decisões – que acaba por fazer com que o gestor público encontre dificuldades na escolha dos seus atos⁴⁵⁸ e faz com que o próprio sistema se mostre ineficiente quanto a um dos mais almejados efeitos da responsabilização: a prevenção, pela coerção, de novos atos ilícitos de gestores públicos. Essa faceta redundante numa ineficácia punitiva quanto aos gestores de má-fé e num afastamento de gestores qualificados que se mostram reticentes em aceitar o desafio de contribuir no setor público.

Críticas à parte, é de se reconhecer que a responsabilidade financeira encerra, em verdade, uma acepção sancionatória (mencionada acima) e outra reintegratória.

Na acepção reintegratória o foco de ação é a recomposição do patrimônio público que restou prejudicado pelas decisões do gestor. Por outro lado, na acepção sancionatória, cuida-se

⁴⁵⁶ Aqui entendida como modalidade autônoma à responsabilidade civil e criminal, face à feição própria da atividade financeira do estado e seus esquemas lógico-jurídicos peculiares que a diferenciam dos outros ramos do direito, sem, contudo, representar qualquer noção de hierarquia ou subordinação. Autonomia aqui não redundante em separação hermética.

⁴⁵⁷ GOMES, Emerson C. S. Responsabilidade financeira. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p.36.

⁴⁵⁸ Uma expressão que se tornou no vocabulário cotidiano do direito administrativo é “*apagão das canetas*” que reflete o receio das autoridades em decidir por conta da posterior responsabilização. Na falta de segurança, o receio da futura responsabilização acaba por produzir uma paralisia dos agentes públicos. Sobre o tema Cf.: SANTOS, Rodrigo Valga dos. Direito administrativo do medo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

da responsabilização em seu viés coercitivo, focando o sistema na penalização patrimonial do gestor que pratica o ilícito. Não raras são as vezes em que o ato do gestor não apresenta características de ilicitude dolosa, mas sim uma escolha que pode redundar em um prejuízo ao erário – como no caso da concessão de benefícios tributários (gastos indiretos) para a atração de um investimento fabril que acaba por não corresponder ao quanto se esperava quanto à geração de emprego e renda; nestes casos, a depender das vicissitudes do caso concreto, a aceção de recomposição poderia (em tese) se fazer presente, mas não parece razoável que haja, em nenhuma circunstância, uma sanção vez que ausentes elementos de perfeita caracterização do ato ilícito. Entretanto, qualquer que seja a aceção – seja sancionatória, seja reintegratória – a função precípua pretendida, em última análise, é a garantia dos preceitos fundamentais da gestão pública.⁴⁵⁹

Tais aspectos – o retributivo e coercitivo – não se confundem e operam em esferas distintas: um no campo da recomposição da lesão causada ao – no caso – patrimônio público; outro no campo da sanção inibitória, que busca ter função dúplice, qual seja, impedir que o sancionado reincida e desestimular atos ilegais de outros.

Recentemente assistimos a importantes alterações na antiga Lei de Introdução ao Código Civil e agora Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB)⁴⁶⁰, em especial na redação do artigo 28 que vale aqui citar: “*O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”. Não parece que caberia aqui maior digressão sobre o conceito de dolo e, até mesmo, como bem leciona o Professor Andre Castro Carvalho⁴⁶¹, parece que a primeira parte – tornar alguém responsável por agir com dolo – seria profundamente dispensável; entretanto, o conceito de erro grosseiro impõe algum desafio hermenêutico.

⁴⁵⁹ GOMES, Emerson C. S. Responsabilidade financeira. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 39.

⁴⁶⁰ Decreto-lei número 4.657/42 na redação que lhe deu as Leis 12.376/2010 e 13.655/2018. Segundo Carlos Ary Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques, o objetivo da alteração na LINDB foi o de “*melhorar a qualidade da atividade decisória pública no Brasil, exercida nos vários níveis da Federação (federal, estadual, distrital e municipal) e nos diferentes Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e órgãos autônomos de controle (Tribunais de Contas e Ministérios Públicos)*” SUNDVELD, Carlos Ary; MARQUES, Floriano de Azevedo. Segurança jurídica e eficiência na lei de introdução ao direito brasileiro. In: PEREIRA, Antonio Augusto Junho. Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 7.

⁴⁶¹ CARVALHO, André Castro. Pele em jogo: a LINDB e as assimetrias do ocultas no cotidiano do administrador público brasileiro. In: CUNHA FILHO; ISSA; SCHWIND (coords.). LINDB anotada. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 443.

É bem verdade que o parágrafo primeiro do referido artigo 28 da LINDB trazia uma definição por exclusão do que seria erro grosseiro, mas tal dispositivo acabou sendo vetado pelos motivos lançados pelo poder executivo:

“a busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica.”⁴⁶²

Permitimo-nos discordar das razões do veto – que acabou prestigiado pelo Congresso Nacional – tal como lançadas. A definição por exclusão era: “*Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.*”⁴⁶³. Assim como entendemos que as razões do veto não foram essencialmente bem fundadas, também temos que admitir que a redação da citada definição por exclusão também não é das melhores, principalmente quando acaba por encampar a exclusão da responsabilidade por interpretação razoável.

No campo das decisões de gestão voltadas à implementação de políticas públicas inovadoras, os aspectos que podem levar à conclusão por ter havido ou não erro grosseiro do gestor são tênues. Ainda que, como dito, a redação não prestigiada pelo veto confirmado pelo poder legislativo não seja das mais completas, dela podemos extrair que um dos elementos que elide o conceito de erro grosseiro é a decisão baseada em precedentes (ainda que não pacificados) e estudos e análises sobre o tema sob discussão.

Assim, uma das providências de redução de riscos é a pluralidade de análises, opiniões e pareceres a orientar a tomada de decisões. A realização de estudos detalhados – avaliações prévias – que analisem e confrontem cenários e modelos – por exemplo, macro e microeconômicos – nos parece ser uma essencial aliada ao gestor administrativo na tomada de decisões, demonstrando que, principalmente quando se trata de inovação na administração

⁴⁶² Razões do veto à lei 13.655/2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 7 de dez. 2020.

⁴⁶³ Razões do veto à lei 13.655/2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 7 de dez. 2020.

pública, a decisão foi tomada lastreada em elementos e simulações críveis que, ainda que sob a forma de modelos de análise, foram prudentemente enfrentados, deixando a ocorrência de eventual prejuízo na seara do risco da inovação. Da mesma forma, não se pode excluir a importância dos estudos e análises prévias para a o legislador, subsidiando a discussão e a elaboração de políticas consubstanciadas em leis.

Como já dito, todo e qualquer procedimento inovador acaba por trazer riscos intrínsecos e extrínsecos que vão desde a eventual não conformação da realidade com o quanto projetado, aceitação do destinatário (o cidadão) e, como um todo, a aderência de um novo modelo nas expectativas de mercado – fora, é claro, o risco de crises sistêmicas que escapam ao controle de qualquer agente. Tais situações, no mais das vezes, repousam na seara da dinâmica do mundo real e, portanto, não são absolutamente mensuráveis de forma concreta por meio de estudos, por mais detalhados que o sejam, sem que, contudo, esses estudos possam ser dispensados, pois cumprem um notável e essencial papel de trazer à lume elementos de análise e avaliação, seja avaliação prévia para fins de edificação de ações de atração de investimentos estrangeiros diretos, seja para uma avaliação constante para fins de modificações nas ações ou sua revogação.

Assim, além de estudos detalhados e pluralidade de opiniões, outra importante ferramenta é a estruturação de esferas de governança que sejam sólidas, responsivas e atuantes. Os princípios da governança corporativa, hoje amplamente praticados nos mercados privados enquanto sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas⁴⁶⁴, agregam determinado valor que passa, a cada dia, por se mostrar essencial aos corpos empresariais. No âmbito privado, a adoção de boas práticas de governança corporativa acaba por estimular investidores e o consumo de seus produtos; no âmbito público, a adoção de tais práticas induz um melhor diálogo entre as a população e o Estado, uma melhor prestação de serviços e uma melhor contribuição à sociedade com melhora a qualidade das ações a ela dedicadas.

⁴⁶⁴ Conforme definição do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em: 9 de novembro de 2020.

A adoção de programas de governança e de integridade no âmbito da administração pública certamente representará custos, mas, também, promoverá acréscimo de valor de forma a que o saldo mostrar-se-á positivo, como bem ressaltam Rafael Hamze Issa e Diego Jacome Valois Tafur para o caso das empresas estatais: “a adoção de regras e governança corporativa tende a aumentar o valor de mercado da estatal, circunstância que equaliza os custos de transação dispendidos, ao mesmo tempo em que sinaliza o comprometimento da sociedade com as razões que justificaram a sua criação. Busca-se, assim, superar as falhas que marcaram gestões recentes nas empresas estatais.”⁴⁶⁵

Enfim, a construção de políticas públicas que objetivem a atração de investimento estrangeiro direto – principalmente aquelas que reclamam algum gasto público – merece, seja em nome da devida observância da responsabilidade quanto ao patrimônio público e seus recursos (inclusive o engajamento de recursos humanos), seja em benefício da responsabilidade pessoal do próprio gestor quando do trato de medidas administrativas de concessão de benefícios, estar sempre submetida à medidas de avaliação prévia e constante para a sua edificação, como já dito, e medidas de avaliação contínua para a verificação do atingimento dos propósitos justificadores da criação das políticas de atração de investimentos estrangeiros diretos, como aqui já defendido, notadamente os objetivos de promoção do desenvolvimento nacional e regional, a busca do pleno emprego e renda, com reflexos claros na cidadania.

A avaliação prévia multidisciplinar mostra-se, assim, de fundamental importância para a correta construção e definição de políticas, ações e criação de benefícios para a atração de capital estrangeiro, cotejando, além de elementos e aspectos próprios de outras ciências – notadamente da economia – com a razoável apreensão jurídicas das possibilidades de atingimento dos objetivos legitimadores de tais políticas, tal como discutido no capítulo 3.3.1. Fundamentos jurídico-constitucionais.

Da mesma forma, a avaliação contínua, ou seja, depois de criadas e implementadas as políticas que visem atrair investimentos estrangeiros diretos é igualmente de fundamental importância para o controle de compromissos e objetivos assumidos pelo particular, já que, como antes colocado entendemos que a concessão de benefícios, no caso sob estudo, há de ser

⁴⁶⁵ ISSA, Rafael Hamze; TAFUR, Diego Jacome Valois. *Governança corporativa nas estatais*. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELI, Rodrigo; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (coords.). *Manual de compliance*. 2a. ed. São Paulo: GEN-Forense, 2020. p. 730.

com base na criação de metas e compromissos assumidos pelo investidor, bem como também é fundamental para avaliação dos resultados no médio e longo prazo quando aos reflexos concretos dos investimentos implantados. Com essa avaliação contínua, o Estado se permite, inclusive, a implementar eventuais alterações ou até mesmo a sua revogação.

5. Controle das Políticas Públicas de Atração de Investimentos Estrangeiros Diretos.

Falar em controle, para muitos, acaba por imprimir uma certa carga antipática ao discurso. Entretanto, a despeito do senso comum, o controle é forma essencial de manifestação do mais alto compromisso do Estado perante seus cidadãos. Seja aqui no Brasil ou em diversos outros países a importância dos sistemas de controle – aqui inseridos os controles de políticas públicas e do gasto público – é consagrada pela doutrina, assim como, entre muitos, o faz Antonio Carlos dos Santos, examinando o cenário do Estado português:

“No plano interno, o controlo dos auxílios públicos pode assumir fundamentalmente a forma de um controlo político, de um controlo de legalidade e de um controlo de eficácia. As instituições que exercem as funções de controlo são normalmente as entidades concessionárias, as instituições administrativas de hetero-controlo especializado (como, e nós, a Inspeção-Geral de Finanças), os Tribunais judiciais e os Tribunais de Contas, certas autoridades administrativas independentes e, no plano político, os Parlamentos.

O controlo político decorre essencialmente da actividade parlamentar, com especial relevo para a consagração legislativa dos diversos tipos de auxílios e para a discussão e aprovação anual do Orçamento de Estado, onde se fixam os parâmetros da despesa pública, incluindo da despesa fiscal.

O controlo de legalidade decorre da verificação dos pressupostos legais de concessão ou manutenção do auxílio (princípio da legalidade, princípio da igualdade, prossecução do interesse público ou de interesse institucionalmente relevante, compatibilidade com as regras da concorrência). Pode ser efectuado por via administrativa ou judicial. Em geral, é levado a cabo pelos tribunais e, no que respeita às regras de concorrência, por autoridades administrativas independentes. O impulso deste controlo provém normalmente da entidade concessionária ou de terceiros interessados.

O controlo de mérito na atribuição e utilização dos auxílios implica a existência de uma análise económica destinada a aquilatar da eficácia, eficiência e pertinência da gestão dos recursos financeiros envolvidos.”⁴⁶⁶

No campo externo, citado autor português aponta como ferramenta de controle, no cenário comunitário, os tratados multilaterais⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ SANTOS, António Carlos dos. Auxílios de estado e fiscalidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 129-130.

⁴⁶⁷ Idem. Ibidem. p. 132.

No campo da gestão de recursos públicos, uma das maiores inovações foi implementada há pouco menos de dez anos pela Lei das Estatais. Não é equivocado concluir que o sistema criado pela Lei das Estatais para o espectro da administração pública indireta está calcado numa maior flexibilidade em aspectos de gestão diária sopesado com maior influência e responsabilidade do conselho de administração e maior foco de acompanhamento e fiscalização pelos órgãos do Sistema U⁴⁶⁸. É um sistema de balanceamento e proteção que se mostra razoável, pois não engessa a administração pública indireta, mas impõe responsabilidade de gestão, administração e controle.

E esse balanceamento parece ser útil e oportuno também na administração direta.

É inegável – e não nos parece crível que se sustente o contrário – que a administração pública está e sempre estará sob controle. É da natureza das relações humanas o controle do andamento e da qualidade dessas relações, firmando-se tal qualidade com um dos principais alicerces sociais – o que, *per si*, justifica o interesse no controle. Não poderia ser diferente na esfera da administração pública e, mais precisamente, do administrador.

Sistemas de controle sempre foram concebidos com maior ou menor sucesso, mas, depois da redemocratização em 1988, o Brasil experimentou e vem experimentando uma profusão de sistemas, estruturas organizacionais e normativas em termos de controle da administração pública. O retorno da influência do cidadão na vida pública não se revelou apenas na retomada do sufrágio universal, mas se revelou – direta e indiretamente – em diversas camadas de acompanhamento da gestão pública.

Em especial, chama a atenção o papel desenvolvido pelo Poder Judiciário, que deixou o quase anonimato em que vivia antes da Constituição Federal de 1988, para passar aos holofotes da sociedade, desempenhando um papel, por vezes querido e por vezes odiado, de protagonista nas grandes – ou não tão grandes – questões sociais, políticas, financeiras, dentre outras. Passou-se a enxergar, por muitos, uma *supremocracia* como conceitua Oscar Vilhena

⁴⁶⁸ Como informam os autores: “O “Sistema U” foi uma alcunha criada pelo mercado para designar o conjunto de controles integrado pelas fiscalizações conduzidas no âmbito da União pelo Tribunal de Contas da União (TCU), Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (MTFCGU) e Ministério supervisor ao qual a empresa estatal esteja vinculada, por intermédio da Advocacia-Geral da União (AGU).”. CARVALHO, André Castro; VENTURINI, Otávio. Governança corporativa e controle do “Sistema U” sobre a gestão das estatais. Site JOTA. 2 fev 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/governanca-corporativa-e-controle-do-sistema-u-sobre-gestao-das-estatais-01022018>. Acesso em: 7 de dez. 2020.

Vieira⁴⁶⁹, expressão cunhada para caracterizar, na visão do autor, o atual sistema brasileiro onde o Supremo Tribunal Federal se coloca na posição de singular voz do Direito e de avaliação de políticas públicas. Por outro lado, o professor Carlos Ari Sundfeld discorda dessa *supremocracia* defendendo que o Supremo Tribunal Federal não faz mais que promover um ativismo verbal e retórico, e que a verdadeira delineadora das políticas públicas e provedora de meios de integração dos direitos sociais é a administração pública – por seus gestores – pelo que sugere em contrapartida a expressão *administrocracia*⁴⁷⁰.

Fato é que, em maior ou menor escala, com maior ou menor interferência, o poder judiciário será chamado a se manifestar, dado que a judicialização é um fenômeno das últimas décadas. E para essa intervenção precisará ter em conta a sua intensidade, concebendo métodos de identificação do quanto cabe ao exame do julgador e quanto escapa a esse exame.

Tradicionalmente, quanto aos atos da administração pública, a profissão tradicional se dá no sentido de que o conteúdo jurídico do ato administrativo é sindicável pelo judiciário, mas não as escolhas discricionárias, de onde deriva a concepção amplamente conhecida no sentido de que os atos discricionários não estariam sujeitos à controle judicial, mas somente os vinculados estariam. Essa concepção apresenta contornos simplórios e incompatíveis com a complexidade das relações desenvolvidas pela ação Estatal. Tal simplificação até pode trabalhar em favor de uma solução mais rápida, menos custosa e operacionalmente mais fluída. Mas perder-se-á, sem sombra de dúvida, o melhor amolde ao caso concreto. Trata-se de um sopesamento de simplicidade *versus* complexidade que, em verdade, traduz-se também como formalismo *versus* funcionalismo e deste dilema não consegue, com facilidade, escapar o judiciário, como bem nos ensina o professor Eduardo Jordão:

“Eis o dilema que informa a escolha do procedimento de determinação da intensidade do controle judicial: um incontornável conflito entre precisão e operacionalidade. Quanto maior for a precisão de um procedimento (quanto mais seja ele poroso à complexidade do caso concreto), maior será também a sua complexidade. Em alguns casos, a ambição de precisão pode acarretar um procedimento totalmente operacional (simples, facilmente compreensível e aplicável), mas

⁴⁶⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 514.

⁴⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Supremocracia ou administrocracia no novo direito público brasileiro. Belo Horizonte: Forum Administrativo. ano 14. n. 159. maio de 2014. p. 19.

bastante impreciso, abrindo pouco espaço para as potencialidades da ponderação envolvida na determinação da intensidade do controle.”⁴⁷¹

A determinação dessa intensidade ou (i) pode vir delineada originariamente pelo legislador, (ii) pela separação em categorias do ato – se discricionário ou não -, ou (iii) pela ponderação da complexidade do caso concreto.

No caso que aqui nos propusemos enfrentar – da inovação em processos de atração de investimentos estrangeiros diretos – poderíamos, num primeiro momento, apontar a terceira opção – da ponderação do caso concreto – como a única possível, dada as incertezas que, desde o início, sustentamos ser inerentes à inovação. Entretanto, não nos parece que essa exclusividade seja fundamental. De certo, a complexidade do exame das decisões administrativas tomadas no seio dos processos inovadores não pode configurar um salvo conduto como se a complexidade fosse uma garantia de ampla liberdade. Nessas situações as particularidades do caso concreto são de importância ímpar, mas nos parece possível construir alguns predicados que auxiliarão o examinador na sua conclusão se eventual prejuízo aos bens públicos foram causados pelo ato do gestor ou pelos riscos inerentes da inovação.

Parece-nos cabível que o binômio vinculação e discricionariedade poderia ser recomposto de forma a ser um trinômio: vinculação, discricionariedade e avaliações técnicas complexas, como relata o professor Eduardo Jordão fora adotado na Itália, ainda que por pouco tempo (entre 2001 e 2004)⁴⁷². No campo das avaliações técnicas complexas, os elementos e peculiaridades do caso concreto hão de ser compreendidos não apenas sob a égide da rigorosa proteção dos bens públicos, mas, também, não apenas sob o manto exclusivo da discricionariedade, muita das vezes confundida com total ausência de controle e aferição.

Como antes dito, o gestor e o legislador hão de se cercar de (a) estudos apropriados que comparem cenários e resultados possíveis e (b) manejo das ferramentas de governança que, por natureza, ampliam o número de envolvidos na gestão e conseqüentemente ampliam o debate. Com o adequado uso dessas providências, afastadas qualquer pecha de dolo ou culpa

⁴⁷¹ JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. Revista brasileira de direito público. Belo Horizonte: FGV, ano 14, n. 52, p. 10.

⁴⁷² Idem. Ibidem. p. 42.

calcada em imprudência e negligência⁴⁷³, entendemos que a responsabilidade do gestor estaria sensivelmente controlada ou até mesmo elidida.

Enfim, cabe ao julgador examinador (seja o juiz, seja o ministro do TCU ou outro integrante do sistema de controle) a compreensão da amplitude do seu poder de controle dos atos da ação Estatal, ora identificando que o legislador determinou claramente tal amplitude, ora pela aplicação do binômio tradicional discricionariedade e vinculação e ora agregando a ponderação das variabilidades do caso concreto. Assim, a real questão que se põe não é entre adotar um ou outro modelo extremo, mas o tanto de formalismo e de funcionalismo (operacionalidade) que pretendem – na exata medida da precisão que almejam. Há muito espaço para soluções intermediárias⁴⁷⁴.

E tal compreensão deve apresentar-se – ou pretende-se que se apresente – como coerente e harmônica entre as autoridades de controle, de forma a permitir maior segurança ao administrador com a produção de precedentes de análises.

A profusão de estruturas de controle⁴⁷⁵ – não só os aqui tratados diretamente, mas também outros como a Corregedoria Geral da União, o Ministério Público, as Corregedorias e Ouvidorias Internas e auditorias independentes – inevitavelmente produz uma pluralidade de concepções e, no mais das vezes, uma sobreposição de múltiplas atribuições das estruturas de controle o que, em grande medida, acaba por prejudicar o processo de tomada de decisão do administrador público e, de forma direta, acaba por afetar a capacidade: (a) da implementação de políticas públicas, (b) de produção de melhores serviços e (c) de projetos de inovação no âmbito do serviço público. O administrador acaba por se ver no meio de um cenário de pouca cooperação entre os órgãos com competência de controle, situação que coloca o administrador de boa-fé em posição de inegável insegurança quanto sua atuação, o que não é desejável, nem tampouco eficiente do ponto de vista dos resultados dos serviços prestados.

⁴⁷³ Aqui, registre-se, não consideramos a imperícia, vez que partimos do pressuposto que o gestor, para estar desenvolvendo a atividade de gestão pública, está devidamente habilitado a tanto, na forma da lei.

⁴⁷⁴ Idem. Ibidem. p. 42.

⁴⁷⁵ Maria Fernanda Colaço Alves e Paulo Carlos Du Pin Calmon tratam amplamente da superposição de autoridades e sistemas de controle apelidado de “modelo das múltiplas chibatas”. ALVES, Maria Fernanda Colaço; CALMON, Paulo Carlos Du Pin. Múltiplas chibatas? Governança da política de controle da gestão pública federal. Salvador: ANPAD, 2008. p. 3.

Como dito, são múltiplos os atores de controle e tal cenário se apresenta como um inibidor pois acaba por, em grande medida, produzir uma situação de insegurança vez que, invariavelmente, esses atores acabam por enveredar seus entendimentos sobre os mesmos temas. Por conta de tal situação, é razoável que se compreenda o campo e limite de ação, sendo relevante, nesse aspecto, concentrar-se no papel do Judiciário e do Tribunal de Contas da União.

5.1. Controle pelo Poder Judiciário

Não parece haver dúvida de que não se pode furtar do Poder Judiciário a possibilidade de controle formal de uma política pública, eis que tal seria a negativa do próprio comando constitucional que reside no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Mais ainda quando estamos falando de políticas que, por sua própria natureza, como já tratado, caminham numa linha de benefício de determinada situação em aparente desprestígio de outra; assim, a questão da instituição de políticas públicas com o objetivo de atrair investimentos estrangeiros diretos é passível de exame formal pelo judiciário, sob pena de se vedar a tal poder o exame do correto fundamento das medidas criadas e o cumprimento de requisitos legais orçamentários.

O ponto mais desafiador na ação do judiciário não nos parece residir no campo do exame formal, mas sim na questão da possibilidade do exame de mérito de determinada política pública, eis que tal exame perpassará pela avaliação da escolha político-econômica. Alinhamo-nos à percepção de Gilson Pacheco Bomfim:

“No Brasil, não obstante a crescente judicialização da política (e de importantes questões sociais e econômicas) ocorridas nos últimos anos, continua sendo possível afirmar que, em regra, a escolha de políticas públicas (assim como seus vetores) e a definição de seus conteúdos cabem (primordialmente) do Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Em primeiro lugar, em razão da própria lógica democrática adotada pela Constituição Federal de 1988 (art. 1º, caput, da CF/1988). Em segundo lugar, em virtude da divisão e separação das funções dos Poderes (art. 2º da CF/1988), que possuem atribuições definidas pela Carta Constitucional de 1988 (arts. 44/75 – do Poder Legislativo; art. 76/91 – do Poder Executivo; arts. 92/126 – do Poder Judiciário). Em outras palavras: como regra geral, deve ficar a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo a escolha de intervir ou não na ordem econômica (e através de que meio), como forma de corrigir as imperfeições do mercado ou buscar a concretização de objetivos e fins previstos pelo texto constitucional. [...]

Não deve o Judiciário, portanto, exceto em situações específicas, ignorar essas normas e estabelecer regulação diversa daquela que compõe o mérito da regulação estabelecida pelo Legislativo ou Executivo.”⁴⁷⁶

Assim, nos casos em que o ponto de análise do Poder Judiciário for além dos aspectos formais de instituição da medida sob análise, alcançando o eventual exame de seu mérito, entendemos que a regra geral a ser adotada é da impossibilidade de se imiscuir nas questões próprias das escolhas atreladas às políticas públicas. Há aqui, nos parece, a possibilidade de uma exceção que transita em ambiente intermédio ao aspecto formal e material, qual seja, a eventual ausência de avaliações prévias para o implemento da política de atração de investimento estrangeiro direto – ou seja, aqueles casos em que determinada medida, apresentada como pretensa forma de atração de investimento estrangeiro direto, fora concebida à revelia de avaliações e estudos preliminares com o enfrentamento de análises de modelos e simulações. Nesse caso, que, como dito, nos parece transitar entre o universo do aspecto formal e do material, o Poder Judiciário possui competência para a invalidação ou suspensão da medida, vez que não fora esgotada fase fundamental de avaliação preliminar que, como antes dito, é instrumento de essencial importância para o objeto de estudo, sendo elemento de legitimação e adequação.

Ressalte-se, no entanto, que a presença de tais avaliações prévias e estudos analíticos supre o requisito tal como aqui exposto e não poderá o judiciário, salvo casos extremos, promover um juízo de qualidade dos estudos e suas conclusões.

A matéria da incursão judicial sobre temas que envolvem escolhas públicas é tão conhecida quanto angustiante. Como dito, é assento incontestável – ao menos em termos gerais – que não se pode excluir o judiciário da apreciação de questões que possam redundar em lesão ou ameaça a direito, afinal, esse é o texto constitucional positivado. Fato é que com a Constituição de 1988 uma reunião de fatores trouxe bastante complexidade à questão; de um lado passamos a ter uma constituição cuja força e centralidade no ordenamento jurídico é reconhecida, defendida e enaltecida por todos, de outro, esse texto constitucional consagra uma série de direitos políticos e sociais através de normas de conteúdo axiológico e que se mostram abertas à interpretação. Por fim, apresenta-se o Poder Judiciário como o último intérprete da

⁴⁷⁶ BOMFIM, Gilson Pacheco. Da possibilidade de controle dos incentivos tributários pelo Poder Judiciário. Direito tributário atual. n. 37. p. 227-228.

norma de forma a que seu entendimento prevaleça de forma incontestada. O Poder judiciário passa a reunir em suas mãos a possibilidade de se manifestar e de decidir sobre questões políticas as mais relevantes para o corpo social sociedade, aí incluídas as políticas públicas e as escolhas nelas inseridas⁴⁷⁷, enxergando-se aí, como o faz Marcus Abraham, um espaço para que assuma considerável relevância a teoria das capacidades institucionais enquanto “ponto de partida para a avaliação das capacidades decisórias de qualquer instituição pública, que deve ser objeto de uma análise que dele em consideração todas suas feições e condições reais de decidibilidade”, fornecendo um “modelo hermenêutico que se propõe a fornecer critérios de comportamento judicial a partir da observação do arranjo institucional estabelecido pela própria Constituição, sobretudo em relação aos efeitos sistêmicos e às capacidades institucionais do responsável pela decisão.”⁴⁷⁸

Então, nos parece que sim, o judiciário em geral possui sim condições de avaliação de políticas públicas em seu aspecto formal – constatação que, como dito, não enfrenta maiores resistências – e também possui, em menor medida, capacidade de enfrentamento do mérito, limitado àquilo que programa a Constituição. Nessa linha, são inúmeros os exemplos de decisões judiciais noticiadas diariamente que interferem na área das políticas públicas da saúde, educação, dentre outras.

Entretanto, consideramos que esse alcance há de estar de alguma forma delimitado e, com esse escopo, há que se considerar a operação do princípio da deferência, consideração que não passou despercebida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, notadamente no campo da regulação administrativa. Não é, portanto, estranho ao Supremo Tribunal Federal questões onde são discutidas decisões regulatórias e, no campo desta temática, apresenta-se o princípio da deferência como importante elemento de posicionamento do judiciário.

Por princípio da deferência entende-se o devido respeito às decisões de organismos de competência técnica específica e que, nesse sentido, possuem maior ferramental técnico para o exame de determinadas matérias, ao menos mais do que o Poder Judiciário. Assim, o Poder Judiciário presta a devida deferência a essas decisões impregnadas de questões essencialmente não jurídicas ou em geral não jurídicas. Tal percepção encontra raízes no direito estadunidense,

⁴⁷⁷ ABRAHAM, Marcus. Teoria dos gastos fundamentais. Orçamento público impositivo – da elaboração à execução. São Paulo: Almedina, 2021. p. 289.

⁴⁷⁸ Idem. Ibidem. p. 290.

fundamentalmente no que foi cunhado como *chevron doctrine*⁴⁷⁹. O professor Alexandre Aragão leciona:

“O princípio da deferência impõe que só haverá sindicabilidade diante de opções ou interpretações desprovidas de razoabilidade, flagrantemente inconstitucionais ou ilegais. Entre as várias opções ou interpretações razoáveis, plausíveis, deverá ser respeitada a que foi adotada pela Administração, quinda que haja outras também plausíveis. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal – STF: “não me cabe como juiz dizer se errou na percentagem, mas apenas dizer se o órgão agiu dentro da faculdade que a lei lhe confere. Pode exemplo, presumo que agiu com vistas ao interesse público, salvo prova em contrário.”⁴⁸⁰

O ponto central do princípio da deferência é a existência de um organismo com conhecimento técnico específico sobre a matéria sobre exame, conhecimento técnico esse que acaba por não autorizar a interferência judicial em suas decisões, exceto, em casos excepcionais, tornando o espectro de ação do judiciário muito mais reduzido, como ressalta Gustavo Binenbojm:

“Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle.”⁴⁸¹

⁴⁷⁹ A doutrina Chevron cunhada na Suprema Corte dos Estados Unidos basicamente orienta que o julgador, no exame de determinada agência da administração pública, deve verificar se a lei é clara ou se apresenta certa vaguesa; sendo vaga a lei reguladora do âmbito de atuação daquela agência, deve o judiciário apenas se limitar à razoabilidade da decisão administrativa, mas nunca discutir o *deu mérito*, deferindo à administração o poder de interpretação da lei que regula atos e fatos de sua competência. Ao longo de décadas a Suprema Corte reafirmou a Doutrina Chevron, não sem alguns ajustes, como o caso da inclusão do chamado *step zero*, que nada mais é do que a inserção de um exame anterior à constatação de vagesa da lei: um exame da intenção do poder legislativo de realmente deferir à administração, às agências, o poder de integração de determinados aspectos menos detalhados da lei. Muitos autores acreditam que a Doutrina Chevron, que possui vários críticos nos Estados Unidos pode ser revista em breve de forma mais radical ante à nomeação em janeiro de 2017 do juiz Neil Gorsuch, conhecido jurista extremamente crítico da referida doutrina. Sobre o tema Cf. BINICHESKI, Paulo Roberto. A doutrina Chevron: O ocaso anunciado? Revista CEJ, a. 21, n. 73, set/dez. 2017. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2333>. p. 29-39.

⁴⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. apud RIBEIRO, Ricardo Lodi. Decisões do CARF – Reexame pelo Poder Judiciário – Limites e possibilidades. Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, ano 12, n. 70, abr. 2014. p. 10.

⁴⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. apud RIBEIRO, Ricardo Lodi. Decisões do CARF – Reexame pelo Poder Judiciário – Limites e possibilidades. Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, ano 12, n. 70, abr. 2014. p. 10.

O tema em questão não é desconhecido da doutrina, tampouco da jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal. São vários os julgados que enfrentaram a matéria, essencialmente seguindo a orientação acima indicada. Vale citar o acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4.874, onde já na sua ementa encontramos:

“Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council).”⁴⁸²

Do corpo dos votos proferidos no julgamento citado, vale destacar o seguinte trecho da Ministra Rosa Weber, relatora do caso:

“A doutrina da deferência administrativa, conhecida como Chevron deference porque sistematizada pela Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., de 1984, orienta que, uma vez claramente definidos, na lei de regência, as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos específicos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Sendo a lei ambígua com relação à questão específica, a questão a ser decidida pela Corte é se, ao acomodar interesses contrapostos, a solução a que chegou a agência foi devidamente fundamentada e se tem lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Esse é o ponto.”⁴⁸³

Por sua vez, no mesmo julgamento, o Ministro Luiz Fux, destacou:

⁴⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4874. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico. 1 de fev. 2019.

⁴⁸³ Idem. Ibidem. p. 66-67.

“Em arremate, cumpre destacar que o Poder Judiciário deve, como regra geral e em razão do que já exposto anteriormente, observar o princípio da deferência em relação aos atos das agências reguladoras. Os atos administrativos das agências, que resultam de escolhas técnicas tomadas por meio de uma deliberação colegiada e imparcial, devem ser respeitados pelos seus órgãos de controle, e nisso devemos incluir o Poder Judiciário. Contudo, em relação a “temas juridicamente sensíveis”, e aqui fazemos uso de expressão utilizada por Eduardo Jordão em sua obra Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa. A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. (São Paulo: Malheiros 2016), o parâmetro da não deferência se impõe como método de controle.”⁴⁸⁴

Em outro julgado – Agravo Interno em Mandado de Segurança número 36.253 – o Ministro Luiz Fux faz o cotejo entre a inafastabilidade do exame pelo Poder Judiciário com um poder geral e irrestrito de revisão de toda atividade administrativa:

“Por óbvio, o direito ao acesso à justiça e o dever de inafastabilidade deste Poder Judiciário são fundamentos constitucionais louváveis, resultantes do amplo processo de democratização da Justiça no país. Desse modo, não pretendo aqui lançar quaisquer considerações sobre tais institutos, a não ser a de ressaltar sua suma importância para o Estado Democrático de Direito.

De outra sorte, desde muito, venho ressaltando a relevância de não transformar este Supremo Tribunal Federal em revisor geral de toda atividade administrativa, regulatória e fiscalizadora dos órgãos técnico-especializados para tanto, sobretudo os com assento constitucional tais como o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Contas da União e o Conselho Nacional do Ministério Público. A deferência não é absoluta, cessa-se no momento em que há ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, porém é necessária, mercê de não ser correto desvirtuar o papel destinado ao Conselho pela própria Constituição, tampouco imiscuir esta Corte em função inadequada com sua capacidade institucional.

[...]

Em suma, trata-se da relevante questão de se considerar as capacidades institucionais e as funções constitucionais dos órgãos envolvidos na celeuma. A prudência e o respeito à Constituição, elementos que norteiam esta Corte, implicam em deferência aos órgãos autônomos especializados, salvo hipóteses de patentes ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.”⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ Idem. Ibidem. p. 161

⁴⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança 36.253. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico. 26 de maio 2020. p. 10-11

O princípio da deferência reside, portanto, em um pressuposto básico que é o próprio princípio da separação dos poderes que determina que os três poderes da república – legislativo, executivo e judiciário – operam em harmonia em espaços constitucionalmente definidos e, nesse sentido, não devem estabelecer relações de mútuo desafio de suas decisões, senão quando assim expressamente autorizado pela Constituição. É um claro caso de sopesamento da competência do poder judiciário e seu papel de guardião do ordenamento jurídico com a liberdade democrática constitucional atribuída ao legislativo e ao executivo, seja pela Constituição em si, seja por conta de que tais poderes não possuem o déficit democrático próprio do judiciário brasileiro. A questão da busca da medida perfeita de intervenção do poder judiciário em questões de conhecimento essencialmente técnico não jurídico é sempre digna de debates, até mesmo na Suprema Corte Americana, onde fora cunhado os primeiros assentos do princípio da deferência no caso Chevron, como ressaltou o Ministro daquela Corte Antonin Scalia:

“Chevron revelou-se uma decisão extremamente importante - talvez a mais importante no domínio do direito administrativo desde Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC. Nos primeiros três anos e meio após o seu anúncio - até ao início de 1988 - a Chevron foi citada pelos tribunais federais inferiores mais de 600 vezes. A Chevron tem sido uma fonte de vivo debate no meu próprio Tribunal, centrando-se em grande parte na questão de saber se se aplica com toda a força (como penso que se aplica) quando a controvérsia envolve uma "pura questão de construção estatutária". Num caso em que o Juiz Kennedy não participou na última legislatura, esta questão dividiu igualmente os restantes oito membros do Tribunal”⁴⁸⁶

Esse cenário possui ainda uma outra feição de relevância e, portanto, digna de nota. Em contraponto à percepção de contenção da ação do poder judiciário, temos o crescente protagonismo deste poder nas últimas décadas. A professora Maria Tereza Sadek em seu artigo Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política analisa que o modelo presidencialista associado a uma ampla constitucionalização de direitos – que são, em regra,

⁴⁸⁶ No original: “Chevron has proven a highly important decision – perhaps the most important in the field of administrative law since Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC. In the first three and a half years after its announcement – up to the beginning of 1988 – Chevron was cited by lower federal courts over 600 times. Chevron has been a source of lively debate on my own Court, centering largely on the question whether it applies with full force (as I believe it does) when the controversy involves a “pure question of statutory construction.” In a case in which Justice Kennedy did not participate last Term, this question equally divided the eight remaining member of the Court.” SCALIA, Antonin. (1989). Judicial deference to administrative interpretations of law. Durham: Duke Law Journal, 1989, n. 3. p. 511–521. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1372576>. Acesso em: 30 de nov. 2023. p. 512

atendidos ou passíveis de serem atendidos pela criação, implementação e execução de políticas públicas – aumenta exponencialmente a probabilidade de protagonismo do judiciário em tais críticas questões. Além dessa conjugação de circunstância, reações positivas e negativas, ausência de resistência de outros poderes e até mesmo vácuos de ação acabam por interferir no protagonismo judicial.⁴⁸⁷

Enfim, estamos diante de um momento de inegável protagonismo do judiciário e, nesse sentido, parece-nos ainda mais importante que tal poder tenha consciência da necessidade de autocontenção e proclamação, consideradas as peculiaridades do caso, do princípio da deferência, vez que tal princípio, no fundo, é um corolário da separação dos poderes constitucionalmente instituídos e da própria democracia; não se trata de um princípio desarrazoado ou injustificado, pelo contrário, seu fundamento primeiro é a própria concepção de que existem, fora das cercanias do Poder Judiciário, órgãos que encontram previsão constitucional e/ou legal e, nas atribuições que lhe são conferidas pelo ordenamento jurídico, repousa como fundamento o conhecimento técnico não jurídico ou até mesmo interdisciplinar que o qualifica como intérprete especializado da norma em subsunção à realidade política, social e econômica. Essa perspectiva, por óbvio, nem sempre encontra ampla aceitação, ao contrário, encontra desafios. Algumas vezes proclamam o protagonismo judicial em sua feição de ativismo judicial⁴⁸⁸ como uma solução e não como um problema a ser tratado, mas, mesmo

⁴⁸⁷ SADEK, Maria Tereza. Judiciários e arena pública: um olhar a partir da ciência política. in GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19. No referido artigo, a professora Maria Tereza Sadek cita resultado de pesquisa realizada pela Associação de Magistrados Brasileiros em que foram questionados qual seria a orientação preponderante de decisões judiciais, se exclusivamente parâmetros legais, ou se o compromisso com as consequências econômicas e com as consequências sociais. Na média total entre o primeiro e segundo grau de jurisdição, a afetação aos parâmetros legais possui larga aceitação. Entretanto, com muita pouca diferença vem, em sequência, a aceitação de compromisso com as consequências sociais e muito mais abaixo com as econômicas. Na mesma pesquisa, perguntado aos Ministros de tribunais superiores (STF, STJ, TST e TSE) se ao julgar o juiz deve levar em conta o impacto de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade, de um total de 75 entrevistados, 46 disseram que sim, 14 que não e 15 não responderam. Vale lembrar que o artigo 21 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro estabelece que: “a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.”. BRASIL. Decreto-lei 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas de direito brasileiro. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União. 9 de set. 1942.

⁴⁸⁸ O termo ativismo judicial tem raízes fora do mundo científico jurídico. Nasce no meio jornalístico no final da década de 40 quando Arthur Meier Schlesinger Jr usou a expressão para representar um conjunto de decisões judiciais onde, em sua análise, os juízes ultrapassavam os limites da lei, fundamentando suas sentenças muito mais em suas bases morais individuais e sua visão de justiça. REZENDE, Rodrigo Chaves. BENARROSH, Roberta Silva. Ativismo judicial: subversão da atividade interpretativa do judiciário e os impactos democráticos. Revista A Fortiori. [S. l.], v. 3, n. 1, 2023. Disponível em: <http://revistas.famp.edu.br/revistaafortiori/article/view/551>. Acesso em: 6 dez. 2023. p. 129

assim, sem perder a real dimensão do potencial de seus efeitos. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso já teve a oportunidade de defender:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade²², segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.⁴⁸⁹

Não se trata, contudo, de uma posição uníssona. Muitas são as críticas ao ativismo judicial, fundamentalmente quanto a sua violação do princípio da separação dos poderes da república, conferindo, como dito, um protagonismo ao judiciário que acaba por desequilibrar o sistema de freios e contrapesos.

Parece-nos que a solução perpassa por uma posição de equilíbrio. Inegavelmente a Constituição Federal consagrou e proclamou direitos fundamentais pela via de normas de alto conteúdo principiológico, deixando ao intérprete o papel de integrar tais direitos à realidade das pessoas pela via de políticas públicas. Nessa linha de ideias, portanto, parece-nos igualmente inegável que o Poder Judiciário deverá desempenhar o seu papel de intérprete de forma a garantir a materialização de tais direitos em casos de desvios de natureza formal e omissões da administração pública quanto ao cumprimento do quanto estabelecido pela Constituição Federal. Nesses casos, inafastável a ação do Poder Judiciário. Por outro lado, em verdadeiro

⁴⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista [Syn]Thesis. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7433/5388>. Acesso em: 6 de dez 2023. p. 31.

regime de contenção dessa atuação, deve o judiciário em casos em que estiver diante de escolhas políticas técnicas inseridas em políticas públicas, prestigiar a autoridade técnica em nome do princípio da deferência, de forma a que aquele agente que possui maior ferramental para tais escolhas seja reconhecido e sua decisão insindivável.

Paulo Gustavo Guedes Fontes, em profícuo exame sobre o chamado neoconstitucionalismo, o papel dos princípios e de sua ponderação, propõe o reconhecimento de limites à jurisdição constitucional, notadamente em casos que merece prestígio o debate parlamentar no âmbito do Poder Legislativo, descrevendo o cenário de grandes questões morais para a sociedade:

“Contudo, na jurisdição constitucional moderna, ao conjugar-se a supremacia jurídica da Constituição e a indeterminação dos princípios e direitos fundamentais, a liberdade de atuação dos juízes constitucionais praticamente não encontra limites que não os externos, derivados da opinião pública e do relacionamento com os demais poderes. Do ponto de vista da própria relação com o texto normativo, considerando sua frequente e profunda indeterminação, muitas vezes os constrangimentos deixam de ser consideráveis e a decisão judicial surge como norma jurídica “ex novo”, em matérias de grande relevância e repercussão social. É o que acontece em muitos dos temas já abordados, como o aborto e a eutanásia, que brotam da colisão entre direitos fundamentais e princípios constitucionais ou mesmo da já mencionada colisão intraprincípio, resultante de interpretações diversas do mesmo princípio, como é o caso das ações afirmativas.

[...]

Acreditamos que, em tais casos, a “última palavra” deve ser dos representantes eleitos, na linha do pensamento de Jeremy Waldron acima exposto (ver itens 3.1.1 e 3.1.3), ou do próprio povo, através de mecanismos de participação popular direta, como a iniciativa popular de projetos de lei, o plebiscito e o referendo. Como asseverado por Waldron, ainda que exista algo como a “única resposta correta” de Dworkin nos casos difíceis, não cabe à Corte Constitucional estabelecê-la, pela simples razão de que continuaríamos a dissentir a respeito.”⁴⁹⁰

No caso sob nossa atenção no presente estudo (ainda que não estejamos diante de debates de repercussão moral para o corpo social), em se tratando de políticas públicas voltadas à atração de investimentos estrangeiros diretos, no que tange o seu mérito e as qualidades dos achados de avaliação prévia e de avaliação constante, não elas de ser examinadas e analisadas

⁴⁹⁰ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Neoconstitucionalismo e verdade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 169

por quem detém maiores condições de exame para tanto, exigindo não apenas um olhar jurídico, mas também um olhar fundamentalmente econômico, político e social, pelo que parece razoável que a reunião desse ferramental de conhecimento escape ao conhecimento usual do magistrado, quem deve, portanto, deferir a interpretação e escolhas ao titular de tal ferramental. A tecnicidade interdisciplinar apresenta-se como fundamento de limitação, de autocontenção do posicionamento judicial que, como dito, deve se circunscrever aos aspectos formais das políticas instituídas e quanto ao cumprimento de seus requisitos constitucionais de legitimação.

Em especial quanto ao tema do nosso estudo, parece-nos, portanto, dada a natureza interdisciplinar das políticas públicas para a atração de investimento estrangeiro direto, que esse titular de conhecimento plural, interdisciplinar – portanto não exclusivamente jurídico – seja o Tribunal de Contas da União. Em que pese o princípio da deferência tenha sido, como aqui visto, cunhado quanto às competências das agências reguladoras, suas premissas também podem ser aplicadas aos casos em que estejam envolvidas questões próprias do conhecimento técnico não essencialmente jurídico do Tribunal de Contas da União, como o seguinte caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal:

“Descabe transformar este Supremo Tribunal Federal em constante revisor, geral e irrestrito, da atuação do TCU. A revisão judicial dos atos praticados pelo Tribunal de Contas da União, órgão técnico-especializado no controle da Administração Pública Federal e com previsão constitucional para tanto, deve ser exercida com parcimônia, em situações de patentes ilegalidade e/ou teratologia. Trata-se de respeitar a capacidade institucional da Corte de Contas no regular exercício de suas funções constitucionais.”⁴⁹¹ (...)

Assim, ainda que o princípio da deferência encontre raízes nos assuntos regulatórios, parece-nos que ele pode e deve estender sua aplicação e observância no campo próprio das cortes de contas, em especial para o objeto do presente estudo, ao Tribunal de Contas da União:

“(..) autorizar sua análise pelo Judiciário implicaria na quebra da lógica do sistema constitucional posto, pois estar-se-ia a admitir que tal Poder usurpasse competência outorgada pelo constituinte originário aos Tribunais de Contas (...) mesmo nas hipóteses em que se constate irregularidade na atuação do Tribunal de Contas, o provimento jurisdicional deve limitar-se a anular a decisão viciada e o

⁴⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundo Agravo Regimental em Mandado de Segurança 31677. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico 22 de maio 2020.

processo ser restituído à Corte de Contas para que seja proferida nova decisão.”⁴⁹²

5.2. Controle pelo Tribunal de Contas da União

Uma referência muito embrionária de controle de contas é encontrada na criação, em 1680, das Juntas das Fazendas das Capitanias e na Junta da Fazenda do Rio de Janeiro, ambas jurisdicionadas à Portugal. Dois séculos depois são instalados o Erário Régio e o Conselho da Fazenda com competência para acompanhar a execução da despesa pública; depois o Erário Régio é transformado em Tesouro no regime constitucional de 1824, carta que previu conceitos fundamentais de orçamentos e balanços gerais.

Só em 1826 que é apresentado um primeiro projeto de criação de um Tribunal de Contas; em 1890, Rui Barbosa, por meio do decreto 966-A cria o Tribunal de Contas da União, norteado pela qual incumbência do “[...] exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes á receita e despesa da República”⁴⁹³, sendo interessante registrar a redação dos artigos 2º e 3º do decreto de criação:

“Art. 2º Todos os decretos do Poder Executivo, ordens ou avisos dos diferentes Ministerios, susceptiveis de crear despeza, ou interessar as finanças da Republica, para poderem ter publicidade e execução, serão sujeitos primeiro ao Tribunal de Contas, que os registrará, pondo-lhes o seu «visto», quando reconheça que não violam disposição de lei, nem excedem os creditos votados pelo Poder Legislativo.

Art. 3º Si o Tribunal julgar que não póde registrar o acto do Governo, motivará a sua recusa, devolvendo-o ao Ministro que o houver expedido.

Este, sob sua responsabilidade, si julgar imprescindível a medida impugnada pelo Tribunal, poderá dar-lhe publicidade e execução.

Neste caso, porém, o Tribunal levará o facto, na primeira ocasião oportuna, ao conhecimento do Congresso, registrando o acto sob reserva, e expendendo os fundamentos desta ao Corpo Legislativo.”⁴⁹⁴

⁴⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária nº 2.068. Relator Min. Luiz Fux. Decisão monocrática. Brasília: Diário de Justiça Eletrônica de 02.06.2015.

⁴⁹³ BRASIL. Decreto 966-A. Cria o Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento de atos concernentes à receita e despesa da República. Rio de Janeiro: Consolidação das Leis do Brasil, 1890

⁴⁹⁴ Idem. ibidem.

Como se vê, desde sua concepção o Tribunal de Contas da União carrega prerrogativas de relevante importância quanto ao exame de atos administrativos com a capacidade de geração de despesa e/ou impacto na receita. Essa importância é mais sensível quanto, na leitura do artigo 6º, parágrafo 1º do decreto 966-A encontra-se a garantia de inamovibilidade aos membros do Tribunal, nos mesmos termos em que era garantido aos membros do Supremo Tribunal Federal, tudo de forma a reforçar a autonomia e independência do Tribunal de Contas da União. Trata-se de, desde sua criação, órgão autônomo que se relaciona com o Congresso Nacional não numa lógica de auxiliar subordinado, mas de organismo dotado de competência constitucionalmente fixada e que, por transitar suas atribuições em questões orçamentárias em sentido amplo, razoável e esperado que possua intensa relação e interação com o Poder Legislativo, no caso o Congresso Nacional, eis que é esse o poder que aprova as leis de natureza orçamentária. Assim, numa visão finalística, o Tribunal de Contas da União empreende o desenvolvimento de suas competências constitucionais com base em peça obra do Congresso Nacional, obviamente sempre em perfeita harmonia com o texto constitucional e demais leis gerais de natureza orçamentária vigentes, como hoje o são a Lei 4.320/64 e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Com a Constituição de 1988, o Tribunal de Contas da União teve a sua jurisdição e competência substancialmente ampliadas e consolidadas. Recebeu poderes para exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade e a fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. A redação constitucional hoje vigente, na forma da redação imposta pela Emenda Constitucional 19 de 1998, deixa claro que:

“prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.”⁴⁹⁵

Nessa linha, portanto, as funções do Tribunal de Contas da União podem ser assim sumarizadas:

⁴⁹⁵ Artigo 70, parágrafo único da Constituição Federal. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

- (a) fiscalização – atividade de auditoria, de ofício ou por solicitação do Poder Legislativo, abrangendo todo e qualquer ato administrativo – desde programas de governo até atos de aposentadoria, passando por renúncias de receita e contratos em geral;
- (b) consultiva – elaboração de pareceres e estudos técnicos sobre prestação e execução de contas;
- (c) judicante – julgamento das contas de administradores e de todos aqueles que, na forma do acima citado parágrafo único do artigo 74 da Constituição Federal, utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos;
- (d) sancionadora – aplicação das penalidades previstas no ordenamento jurídico, principalmente aquelas previstas na Lei 8.443/92;
- (e) correição – apurada irregularidade em ato administrativo, cabe ao Tribunal de Contas da União fixar prazo para correção pela administração que, caso não o faça, poderá experimentar a suspensão do ato impugnado;
- (f) normativa – poder concedido na forma da lei 8.443/92 para que o Tribunal edite instruções sobre seu funcionamento e atos sujeitos ao seu exame e competência;
- (g) ouvidoria – apuração de eventuais denúncias e representações⁴⁹⁶ que lhe podem ser encaminhadas por agentes públicos e políticos, mas também por qualquer cidadão, na forma do artigo 74, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Em suma, como se pode depreender da própria redação da Constituição Federal e do sumário de competências, “o Tribunal não é preposto do Legislativo. A função, que exerce,

⁴⁹⁶ O exame preliminar, que determinará o reconhecimento ou rejeição de uma denúncia é de caráter sigiloso, nos termos da Lei nº 8.443/1992/Lei Orgânica do TCU, no artigo 53, § 3º. Logo após o exame, o Tribunal ordena ou o acolhimento e a apuração da denúncia, ou caso contrário, por não preenchimento dos requisitos legais e regimentais, procede-se o seu arquivamento, decidindo outrossim, pela manutenção ou cancelamento do sigilo, em conformidade com o artigo 55, § 1º, do mesmo dispositivo legal, em qualquer hipótese tanto o denunciante e o denunciado são informados das decisões adotadas pelo Tribunal.

recebe-a diretamente da Constituição, que lhe define as atribuições”⁴⁹⁷. Ricardo Lobo Torres assim se posiciona:

“O Tribunal de Contas, a nosso ver, é órgão auxiliar dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da comunidade e de seus órgãos de participação política: auxilia o Legislativo no controle externo, fornecendo-lhe informações, pareceres e relatórios; auxilia a Administração e o Judiciário na autotutela da legalidade e no controle interno, orientando a sua ação e controlando os responsáveis por bens valores públicos; auxilia a própria comunidade, eis que a CF aumento a participação do povo no controle do patrimônio público e na defesa dos direitos difusos. O Tribunal de Contas, por conseguinte, no seu papel dilargado na democracia social e participativa e não se deixa aprisionar no esquema da rígida separação de poderes.”⁴⁹⁸

Certo é que a função judicante do Tribunal de Contas da União, ainda que limitada a sua competência constitucional, é tema que causa algum debate. A autores como Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, alinhando seu posicionamento ao de Jose Cretella Junior, sustentam que a compreensão de uma competência jurisdicional em sentido estrito cabe, exclusivamente, ao poder judiciário que detém o monopólio de aplicação do Direito em termos contenciosos. Entretanto, por outro lado, encontramos posição como a de Seabra Fagundes que claramente enxerga duas exceções constitucionais ao monopólio do poder judiciário: os julgamentos de impedimento do presidente da República, ministros de estado e do Supremo Tribunal Federal, cuja competência para admissão da instalação do processo é da Câmara dos Deputados e o julgamento é do Senado Federal; a segunda exceção é justamente os julgamentos de contas de competência do Tribunal de Contas da União. Entre autores que não enxergam a possibilidade de reconhecimento de competência judicante, Moises Maciel cita Odete Medauar e Maria Silvia Di Pietro⁴⁹⁹.

Moises Maciel aponta que desde o regime de 1946 que o próprio Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a competência jurisdicional do Tribunal de Contas da União. Ressalta que:

⁴⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 1.179. Relator Ministro Alfredo Buzaid. Revista de Direito Administrativo 158/196. p. 202.

⁴⁹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 208.

⁴⁹⁹ MACIEL, Moises. Tribunais de contas e o direito fundamental ao bom governo. Belo Horizonte: Forum., 2020. p. 149-150.

“No voto apresentado pelo Ministro Villas Boas, no julgamento do Mandado de Segurança de nº 5.490, o STF entendeu que “o Tribunal de Contas exerce a sua competência jurisdicional, livremente, à maneira de um órgão do Poder Judiciário, dizendo o direito como o interpreta” Com a promulgação da Constituição de 1988, o posicionamento o STF a respeito da questão não mudou. Pelo contrário, o Supremo passou a, inclusive, reconhecer uma ampliação da esfera de competência dos Tribunais de Contas, proferindo o seguinte relato ao julgar o MS nº 21.466:

Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, e ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta.”⁵⁰⁰

São hoje inúmeros os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Ainda que com respeitáveis opiniões dissidentes, não nos parece haver dúvida perante a própria suprema corte no sentido da existência de uma função judicante constitucionalmente reconhecida ao Tribunal de Contas. Ainda, mesmo que com ela não se confunda, a questão da operação do princípio da deferência tratado no tópico anterior, reforça o entendimento de que aos Tribunais de Contas há de ser prestigiada tal função judicante, eis que estamos diante de corte com atribuição técnica científica de relevância para o Estado Democrático de Direito e que merece ser assim reconhecida e prestigiada. Parece-nos que não se pode negar a função social e essencial dos Tribunais de Contas como um todo e do Tribunais de Contas da União, pois é através de sua atuação que se pode contribuir com especial distinção para a eficiência das políticas públicas que a Administração Pública eleja como caminhos para a solução de demandas nacionais. Com bem ressalta Ronaldo Chadid:

“A presença dos Tribunais de Contas possibilita o acompanhamento de todas as fases do ciclo das políticas públicas. Desde sua idealização, contribuindo com a discussão de sua construção com suas informações técnicas, passando pela própria execução junto à população, e mesmo na análise dos resultados obtidos. Portanto, os Tribunais de Contas devem atuar proativamente na busca pela concretização de sua função social.”⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Idem. Ibidem. p. 150-151.

⁵⁰¹ CHADID, Ronaldo. A função social do Tribunal de Contas no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2019. p 251.

No caso sob exame, fica evidente que o Tribunal de Contas da União possui a competência adequada e que lhe é constitucionalmente garantida para, como acima dito, participar de todo o ciclo da definição de políticas públicas voltadas à atração de investimentos estrangeiros direto. É com sua competência técnica que o agente público e o agente legislativo pode e deve contar tanto para a formulação, quanto para o acompanhamento constante de ações que visem o incremento do investimento estrangeiro direto com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento nacional e regional, com a geração de emprego e renda.

Não que a competência do Tribunal de Contas – no caso concreto da União – exclua a apreciação do Poder Judiciário, já que se assim fosse defendido, estaríamos diante de atentado à regra geral da Constituição Federal esculpida no artigo 5º, inciso XXXV; ao contrário, há que se preservar a competência dos órgãos do Poder Judiciário, mas sem se deixar de ter em mente que, além das questões formais, sua ação deve penetrar no mérito de políticas públicas que visem a atração de investimentos estrangeiros diretos apenas em casos de flagrante fraude ao ordenamento jurídico, não na avaliação de questões técnicas, principalmente, quanto à avaliação prévia e avaliação constante de resultados, manutenção da política pública tal como concebida, eventuais ajustes ou até mesmo sua revogação. Nesses últimos temas, o judiciário há de deferir o exame à corte de contas e seus componentes.

6. Atualidade e Possibilidades

De tudo ao quanto já colocado, parece-nos interessante uma, ainda que breve, digressão sob eventuais possibilidades de políticas que busquem estimular a atração de investimentos estrangeiros diretos de forma a buscar contribuir para o desenvolvimento nacional e regional com a geração de emprego e renda para o cidadão.

Atualmente – no que tange especificamente o investimento estrangeiro direto – encontramos pouca ou quase nenhuma ação que o tenha como objetivo, nem primário, nem secundário ou reflexo, limitando-se, fundamentalmente, ao aspecto do mercado de câmbio para ingresso ou remessa de divisas.

Mais uma vez registre-se que, como aqui defendido, as possibilidades de ação para a atração de investimento estrangeiro direto não estão circunscritas e limitadas ao processo científico do Direito Econômico ou Tributário; trata-se de um diálogo interdisciplinar e, para além de tal fato, um diálogo também intertextual, sendo imperioso o estreito relacionamento com outras competências científicas como a política, a sociologia e, principalmente, a Economia, bem como entre os diversos ramos do Direito. Sem essa interrelação – interdisciplinar e intertextual – não há política pública de atração que objetive o investimento estrangeiro direto que se sustente.

Nosso campo aqui se resume ao Direito, pelo que as possibilidades aqui apontadas só têm validade quando também submetidas a um exame, como dito, interdisciplinar e intertextual.

6.1. Atualidade

6.1.1. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguros ou relativas a valores mobiliários

Tributo cuja atribuição de competência para instituição e cobrança reside na Constituição Federal em seu artigo 153, inciso V, tendo sido instituído pela Lei 5.143/1966 recepcionada pelo texto magno atual e regulamentado atualmente pelo Decreto 6.306/2007, na

redação que lhe foi sendo conferida por diversos decretos posteriores, o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou Relativas a Valores Mobiliários, ou simplesmente como costumeiramente chamado IOF, é o primeiro tributo com que o investidor estrangeiro acaba tendo contato concreto quando decide investir no Brasil, vez que, como se pode depreender do seu aspecto material⁵⁰², é o tributo cuja hipótese de incidência compreende as operações de compra e venda de moeda estrangeira, dentre outras hipóteses previstas para esse tributo complexo⁵⁰³.

Por regra geral nenhum tributo é devido no ingresso dos capitais estrangeiros, salvo o IOF na sua modalidade câmbio, incidente sobre a compra e venda de moeda estrangeira que não possui curso forçado no Brasil e, portanto, precisa ser convertida em moeda nacional. Em tese, haverá a incidência do referido tributo, mas há que se observar que são várias as hipóteses em que o Poder Executivo, em observância ao caráter extrafiscal do tributo, fixa o regime de alíquota zero.

O Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, em seu artigo 15-B fixa a alíquota reduzida de IOF de 0,38% (trinta e oito centésimos por cento), listando vinte e três exceções, das quais, dezesseis são hipóteses de alíquota zero, tais como nas liquidações de operações de câmbio contratadas por investidor estrangeiro para ingresso de recursos no país para aplicação nos mercados financeiro e de capitais (portifólio), nas liquidações de operações de câmbio para remessa de juros sobre o capital próprio e dividendos recebidos por investidor estrangeiro, nas liquidações de operações de câmbio para ingresso de recursos no País, inclusive por meio de operações simultâneas, referente a empréstimo externo, sujeito a registro no Banco Central do Brasil, contratado de forma direta ou mediante emissão de títulos no mercado internacional com prazo médio mínimo de até 180 (cento e oitenta) dias, dentre outras.

⁵⁰² Aspecto material do fato gerador do tributo encerra, em essência, o núcleo central da hipótese de incidência, ou seja, o comando, ato ou fato, o qual se pretende tributar. Como leciona Ricardo Lobo Torres, “é a substância do ato, fato ou situação jurídica sobre a qual incide o tributo.” TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 248.

⁵⁰³ O IOF acaba por possuir diferentes aspectos materiais. Se faz incidir não apenas em operações de compra e venda de moeda estrangeira (câmbio), mas também sobre operações financeiras, de seguros, de crédito (ainda que não celebradas por instituições financeiras, segundo o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal) e determinadas operações envolvendo valores mobiliários e ouro enquanto ativo financeiro ou instrumento cambial.

Muito embora a alíquota limite do IOF para as operações de câmbio seja de 25% (vinte e cinco por cento)⁵⁰⁴ esse limite, historicamente, não chegou a ser aplicado, sendo as alíquotas atuais de zero, 0,38% (trinta e oito centésimos por cento), 1,1% (um inteiro e um décimo por cento), 6% (seis por cento) e 6,38% (seis inteiros e trinta e oito centésimos por cento).

A liquidação de contratos de câmbio, para fins de ingresso de investimento estrangeiro direto no Brasil sob a forma de capital em entidades investidas estará sujeita à alíquota de 0,38% (trinta e oito centésimos por cento). Sob determinada perspectiva, poder-se-ia enxergar aqui um benefício, vez que se trata de tributação distante da alíquota máxima permitida pelo ordenamento e, mesmo que essa seja um parâmetro pragmaticamente hipotético, o percentual de 0,38% (trinta e oito centésimos por cento) está abaixo de outras alíquotas de referência já citadas. Comparativamente à tais alíquotas, estamos diante de caso em que a alíquota aplicável ao ingresso do investimento estrangeiro direto é dois terços menor ou de até aproximadamente quinze ou dezesseis vezes menor.

Cabe, no entanto, o registro de uma aparente distorção que merece ser objeto de reflexão: enquanto no ingresso do investimento estrangeiro direto a celebração do contrato de câmbio é tributada à alíquota de 0,38% (trinta e oito centésimos por cento), a alíquota incidente sobre a compra e venda de moeda estrangeira para remessa de lucros é zero.

Aqui duas soluções mostram-se possíveis: (a) também tributar ao abrigo da alíquota zero o ingresso do investimento estrangeiro direto, excluindo o custo tributário da operação; ou (b) passar a tributar o contrato de câmbio para compra e remessa de moeda estrangeira em decorrência da remessa de lucros com a alíquota de 0,38% (trinta e oito centésimos por cento). Ou seja, dar um tratamento isonômico entre a tributação do contrato de câmbio de ingresso e o contrato de câmbio de remessa. Numa perspectiva de estímulo ao investimento estrangeiro direto, parece-nos mais razoável que tanto o ingresso do investimento estrangeiro direto, quanto a remessa de lucros, deveriam ser tributados com base em alíquota zero.

⁵⁰⁴ Artigo 14 do Decreto 6.306/2007. BRASIL. Decreto 6303. Regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF. Brasília: Diário Oficial da União. 8 de jan. 2008.

6.1.2. Importação de bens sem cobertura cambial

Trata-se aqui de operação em que se permite o ingresso de bens em território nacional sem o devido dispêndio de recursos para sua aquisição (pagamento pela aquisição). São várias as possibilidades de importação sem cobertura cambial como no caso de doações, regimes de admissão temporária onde se dá empréstimo de bens ou o envio para testes e demonstrações. No caso dos investimentos estrangeiros há a possibilidade da importação sem cobertura cambial quando se tem importação de bens sem a contrapartida de remessa ao exterior para fins de pagamento, mas fixando-se uma contrapartida sob a forma de investimento estrangeiro direto no desenvolvimento de atividades produtivas nacionais. Em suma, ao contrário do investidor estrangeiro enviar recursos financeiros para a atividade produtiva no Brasil, envia bens de sua titularidade, transferindo a mesma para o ente nacional, passando a ser um investidor direto naquela atividade⁵⁰⁵, na condição de sócio.

O Sistema de Capitais Estrangeiros do Banco Central do Brasil, no módulo que trata do investimento estrangeiro direto, regula a possibilidade de aumento de capital no ente nacional ou sua integralização inicial por meio da conferência de bens importados sem cobertura cambial, possibilidade essa que deve ser cabalmente informada ao Banco Central do Brasil, tal como previsto na Resolução do Banco Central do Brasil número 281, de 31 de dezembro de 2022, artigo 4º, inciso I, desde que o valor da operação seja superior a cem milhões de dólares estadunidenses, tal como previsto na mesma resolução e artigo, parágrafo primeiro.

Registre-se que tal importação pode ser de bens tangíveis ou intangíveis. Como o sistema hoje trabalha de forma integrada com as instituições financeiras que são autorizadas a celebrar os contratos de câmbio, as movimentações em recursos financeiros são captadas automaticamente na forma do artigo 35 da Resolução do Banco Central do Brasil número 278,

⁵⁰⁵ Art. 5º O investimento estrangeiro direto por meio de conferência de bem, tangível ou intangível, caracteriza-se pela capitalização do valor correspondente a bens de propriedade de não residentes, importados sem obrigatoriedade de pagamento, devendo ser informado o número da declaração de importação desembaraçada, quando for o caso, ou fatura ou documento equivalente que caracterize a importação de bem intangível. BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução 281, de 31 de dezembro de 2022. Regulamenta disposições transitórias a serem observadas em conjunto com a Resolução BCB nº 278, de 31 de dezembro de 2022, que regulamenta a Lei nº 14.286, de 29 de dezembro de 2021, em relação ao capital estrangeiro no País, nas operações de crédito externo e de investimento estrangeiro direto, bem como a prestação de informações ao Banco Central do Brasil. Brasília: Diário Oficial da União, 31 de dez 2022.

de 31 de dezembro de 2022⁵⁰⁶; como no caso da importação sem cobertura cambial (que aqui tratamos) não há contrato de câmbio, vez que não há remessa para fins de pagamento, é exigida a informação em até 30 (trinta) dias após a operação na forma do artigo 36 inciso I da mesma resolução⁵⁰⁷.

Por se tratar de uma verdadeira importação, o ingresso do bem no país, ainda mais com o viés de alteração de titularidade quanto à propriedade do mesmo, pressupõe, em regra, o pagamento pela aquisição do mesmo. A possibilidade, portanto, de evitar-se o descaixe de recursos financeiros para o pagamento da importação de tais bens, evitando-se eventualmente a necessidade de pagamento de IOF, importa em vantagem concedida à operação econômica, vez que os descaixes das aquisições em geral podem ser substituídos por disponibilização ao investidor estrangeiro de participação na atividade produtiva, o que permite uma negociação com parâmetros mais interessantes para o receptor do investimento e para o investidor estrangeiro, o que pode permitir uma participação mais elástica no empreendimento nacional.

6.2. Possibilidades

6.2.1. Cobertura da variação cambial

Em 2009 foi editada a Medida Provisória número 465 que, posteriormente veio a ser convertida na Lei número 12.096 de 24 de novembro de 2009, normativo que foi objeto de alteração até 2015. Na prática tal normativo autorizava a União Federal a conceder subvenção econômica ao Banco Nacional de Desenvolvimento Social – BNDES e à Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, sob a forma de equalização de juros, para serem aplicadas em operações financeiras específicas, quais sejam, àquelas destinadas: (a) à aquisição, produção e

⁵⁰⁶ Art. 35. As transferências financeiras decorrentes do investimento estrangeiro direto são capturadas automaticamente pelo sistema de prestação de informações, tendo por base as informações disponíveis no Sistema Câmbio, nos casos de: I - ingresso de moeda; e II - remessa ao exterior de lucros e dividendos, de juros sobre o capital próprio e de retorno de capital. BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução 278, de 31 de dezembro de 2022. Regulamenta a Lei nº 14.286, de 29 de dezembro de 2021, em relação ao capital estrangeiro no País, nas operações de crédito externo e de investimento estrangeiro direto, bem como a prestação de informações ao Banco Central do Brasil. Brasília: Diário Oficial da União, 31 de dez 2022.

⁵⁰⁷ Art. 36. A movimentação decorrente do investimento estrangeiro direto deve ser informada em até 30 (trinta) dias de sua ocorrência, nos casos de: I - capitalização por meio de ativos tangíveis ou intangíveis [...]. Idem. Ibidem.

arrendamento mercantil de bens de capital, incluídos componentes e serviços tecnológicos relacionados, e o capital de giro associado; à produção de bens de consumo para exportação; ao setor de energia elétrica, a estruturas para exportação de granéis líquidos; a projetos de engenharia; à inovação tecnológica; a projetos de investimento destinados à constituição de capacidade tecnológica e produtiva em setores de alta intensidade de conhecimento e engenharia; a projetos e equipamentos de reciclagem e tratamento ambientalmente adequados de resíduos; e a investimentos no setor de armazenagem nacional de grãos e açúcar; (b) a projetos de infraestrutura logística direcionados a obras de rodovias e ferrovias objeto de concessão pelo Governo federal; (c) exclusivamente para a modalidade de inovação tecnológica. O volume máximo de financiamentos subvencionados seria de quatrocentos e cinquenta e dois bilhões de reais.

Lembramos aqui que o conceito – adotado pela própria lei em questão – de equalização de juros é, na forma do parágrafo 2º do artigo 1º da lei, a diferença entre o encargo efetivamente cobrado do mutuário e os custos de captação dos recursos, acrescidos dos custos administrativos seja do BNDES e/ou de demais agentes credenciados, seja da FINEP.

A equalização de taxas de juros não é um instrumento recente de nossas operações oficiais; data, em verdade, do final da década de setenta, quando fora editada a Resolução número 509 do Conselho Monetário Nacional. Nessa resolução, o Conselho Monetário Nacional autorizou o uso de recursos do Fundo de Financiamento à Exportação na “[...] equalização de taxas de financiamentos à exportação, concedidos por bancos credenciados mediante a utilização de recursos próprios ou de linhas de crédito no exterior, com vistas ao seu ajustamento às condições vigentes para operações análogas nos mercados internacionais.”⁵⁰⁸. Autorizou, ainda, a inclusão no “[...] sistema objeto desta Resolução os financiamentos concedidos a exportações de bens e serviços, assim como aqueles destinados à cobertura de gastos locais, no exterior, vinculados a tais exportações, observadas, em quaisquer desses casos, as correspondentes normas estabelecidas pela Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S.A. (CACEX).”⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ Artigo 1º, inciso I. BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução número 509 de. Brasília: Diário Oficial da União. 24 jan. 1979.

⁵⁰⁹ Artigo 1º, inciso II. BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução número 509 de. Brasília: Diário Oficial da União. 24 jan. 1979.

O método de equalização de juros pode ser encontrado em diversas outras áreas, como por exemplo, o crédito rural⁵¹⁰, de financiamento destinados à reestruturação produtiva e exportações (programa “Revitaliza”)⁵¹¹, e de operações para o financiamento para a aquisição de bens e serviços de tecnologia assistida destinados a pessoas com deficiência (programa “Viver sem Limite – PCD”)⁵¹².

A subvenção econômica prevista para a equalização de juros prevista na lei 12.096 de 24 de novembro de 2009 e tantas outras normas, em si, não se inserem num sistema de políticas públicas para a atração de investimentos estrangeiros diretos. Mas elas possuem validade como

⁵¹⁰ BRASIL. Lei nº 4.829. Institucionaliza o crédito rural. Brasília: Diário Oficial da União. 9 de nov. 1965; BRASIL. Lei nº 8.171. Dispõe sobre a política agrícola. Brasília: Diário Oficial da União. 18 de jan. de 1991; BRASIL. Lei nº 8.427. Dispõe sobre a concessão de subvenção econômica nas operações de crédito rural. Brasília: Diário Oficial da União. 27 de maio 1992; BRASIL. Lei nº 9.848. Altera dispositivos das Leis nos 9.138, de 29 de novembro de 1995, 8.427, de 27 de maio de 1992, e 9.126, de 10 de novembro de 1995, que dispõem, respectivamente, sobre o crédito rural; sobre a concessão de subvenção econômica nas operações de crédito rural; autoriza o Poder Executivo a renegociar as obrigações financeiras relativas à liquidação de operações de Empréstimos do Governo Federal - EGF, vencidas e prorrogadas a partir de 1991; e a aplicação da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP sobre empréstimos concedidos com recursos dos Fundos Constitucionais e com recursos das Operações Oficiais de Crédito. Brasília: Diário Oficial da União. 26 de out. 1999.

⁵¹¹ BRASIL. Lei nº 12.712. Altera as Leis nºs 12.096, de 24 de novembro de 2009, 12.453, de 21 de julho de 2011, para conceder crédito ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, 9.529, de 10 de dezembro de 1997, 11.529, de 22 de outubro de 2007, para incluir no Programa Revitaliza do BNDES os setores que especifica, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 7.972, de 22 de dezembro de 1989, 12.666, de 14 de junho de 2012, 10.260, de 12 de julho de 2001, 12.087, de 11 de novembro de 2009, 7.827, de 27 de setembro de 1989, 10.849, de 23 de março de 2004, e 6.704, de 26 de outubro de 1979, as Medidas Provisórias nºs 2.156-5, de 24 de agosto de 2001, e 2.157-5, de 24 de agosto de 2001; dispõe sobre financiamento às exportações indiretas; autoriza a União a aumentar o capital social do Banco do Nordeste do Brasil S.A. e do Banco da Amazônia S.A.; autoriza o Poder Executivo a criar a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. - ABGF; autoriza a União a conceder subvenção econômica nas operações de crédito do Fundo de Desenvolvimento da Amazônia - FDA e do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste - FDNE; autoriza a União a participar de fundos dedicados a garantir operações de comércio exterior ou projetos de infraestrutura de grande vulto; revoga dispositivos das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 12.545, de 14 de dezembro de 2011; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União. 31 de ago. 2012; BRASIL. Lei nº 11.529. Dispõe sobre o desconto de créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, na aquisição no mercado interno ou importação de bens de capital destinados à produção dos bens relacionados nos Anexos I e II da Lei no 10.485, de 3 de julho de 2002, e de produtos classificados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto no 6.006, de 28 de dezembro de 2006; autoriza a concessão de subvenção econômica nas operações de empréstimo e financiamento destinadas às empresas dos setores de pedras ornamentais, beneficiamento de madeira, beneficiamento de couro, calçados e artefatos de couro, têxtil, de confecção e de móveis de madeira; altera as Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.865, de 30 de abril de 2004; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União. 22 de out 2007; BRASIL. Decreto nº 6.252. Dispõe sobre a concessão de subvenção econômica nas operações de empréstimo e financiamento destinadas às empresas dos setores de pedras ornamentais, beneficiamento de madeira, beneficiamento de couro, calçados e artefatos de couro, têxtil, de confecção, inclusive linha lar, e de móveis de madeira, com receita operacional bruta anual de até R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais), de que trata o art. 2º da Lei no 11.529, de 22 de outubro de 2007. Brasília: Diário Oficial da União. 14 de nov. 2007.

⁵¹² BRASIL. Lei nº 12.613. Altera a Lei nº 10.735, de 11 de setembro de 2003, que dispõe sobre o direcionamento de depósitos à vista captados pelas instituições financeiras para operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União. 19 de abr. 2012.

parâmetro de análise de forma de subvenção econômica por equalização que pode se apresentar como interessante ao investidor estrangeiro num cenário diverso. Explicamos.

Um dos riscos que se apresenta em qualquer operação envolvendo outras jurisdições é o risco cambial. Oscilações de taxas de câmbio são esperadas e precificadas pelos investidores estrangeiros; o que foge do esquadro são oscilações de forte desvalorização da moeda local frente, por exemplo, ao dólar estadunidense ou ao euro, moedas comuns nos negócios envolvendo investimento estrangeiro direto. Assim, é normal que o investidor estrangeiro considere, por exemplo, dentre sua estratégia de proteção contra tais variações, operações de *hedge*, que encerram, em abreviada consideração, uma operação de proteção contra justamente oscilações financeiras de mercado que podem afetar um ativo – uma ação ou um investimento, por exemplo⁵¹³. Em outras palavras, como define o International Bureau of Fiscal Documentation: “transações de hedge são aquelas nas quais uma pessoa tenta proteger-se contra flutuações de preços e de moedas, por exemplo, comprando ou vendendo commodities ou moedas no mercado futuro.”⁵¹⁴

A legislação brasileira trata esse instrumento muito mais em seus efeitos, qualificando-os como operações (ou contratos) de cobertura, tal como o faz a Lei 8.981/95 em seu artigo 77, inciso V parágrafo 1º que cuida de efeitos tributários.

Tais instrumentos trazem consigo custos de contratação da operação no mercado financeiro vinculados, dentre vários fatores, à percepção de risco da operação que se pretende ter por coberta (protegida) e, portanto, passíveis de subsídios por equalização desses custos, apresentando ao investidor estrangeiro a possibilidade de contratação a custos inferiores aos praticados pelo mercado, sensível, como dito, ao risco cambial de cada país, através de um regime de equalização que possa fazer com que os custos e taxas envolvidas se equiparem aos de uma operação de cobertura relacionada a um país com menor percepção de risco de desvalorização da moeda.

⁵¹³ O primeiro *hedge fund* que se tem notícia data do final da década de quarenta e foi criado por Alfred W. Jones, economista de Harvard que propunha o uso de ferramentas especulativas para fins conservadores. GABELLI, Mario J. The history of hedge funds. apud MOREIRA, André Mendes. PIS e COFINS. Incidência sobre operações do Swap/Hedge e variações cambiais. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 111. dez./2004. São Paulo: Dialética. p. 9

⁵¹⁴ BFD – International Bureau of Fiscal Documentation. International Tax Glossary. Amsterdam: IBFD, 1988, p. 136. Original: “Hedging transactions are transactions by way of which a person tries to protect himself against price or currency fluctuations, e.g. by buying or selling commodities or currencies forward. (...)”

6.2.3. Acordos de estabilidade tributária

Alguns países adotam uma política de atração de investimentos estrangeiros diretos que passa pela celebração de acordos de estabilidade tributária.

Tomemos como exemplo o Chile. Em 1974 o Chile aprovou o Decreto-Lei número 600, identificado como estatuto dos investimentos estrangeiros, norma cuja ideia central era prover a devida segurança ao investidor quanto aos parâmetros econômico-financeiros do custo da atividade produtiva investida, tal como declarado na exposição de motivos da norma:

"Considerando:

1º- Que o Conselho de Administração da H. considera necessário estabelecer sua posição sobre o investimento estrangeiro; definir o papel que lhe é atribuído dentro da economia nacional; oferecer ao investidor estrangeiro as correspondentes garantias do Estado do Chile;

2º- Para conseguir um desenvolvimento acelerado da atividade económica do país, é indispensável contar com o investimento estrangeiro como complemento do investimento nacional;

3º- Que a política económica do Governo da República do Chile tende a implementar um regime económico que impõe a obrigação de uma concorrência real, efetiva e sã entre as diferentes atividades produtivas, o que implica um tratamento não discriminatório entre o investimento nacional e o estrangeiro, garantindo aos titulares deste último o direito de transferir para o exterior o capital investido e os lucros ou benefícios gerados, e concedendo-lhes acesso oportuno ao mercado cambial;

4º- Que, de acordo com esta política económica, se afigura fundamental ditar um corpo orgânico de normas que signifique uma real promoção do investimento estrangeiro e que estimule o seu desenvolvimento e permanência no país;

5º- Que as características complementares do investimento estrangeiro, tais como a contribuição da tecnologia, a assistência técnica e os mercados externos, são elementos indispensáveis para alcançar o desenvolvimento económico do Chile e de outros países similares e, conseqüentemente, é necessário legislar, tendo em conta os benefícios desses aportes.”⁵¹⁵

⁵¹⁵ No original: “Considerando: 1º- Que la H. Junta de Gobierno estima necesario fijar su posición frente a la inversión extranjera; definir el papel que a ésta le asigne dentro de la economía nacional; ofrecer al inversionista extranjero las seguridades correspondientes del Estado de Chile; 2º- Que para lograr un acelerado desarrollo de la actividad económica del país resulta indispensable el concurso de la inversión extranjera como un complemento de la inversión nacional; 3º- Que la política económica del Gobierno de la República de Chile tiende a implantar

Várias foram as modificações ao longo do tempo no estatuto normativo do investimento estrangeiro no Chile, mas, sem dúvida, uma primeira grande alteração ocorreu em 1977 com a aprovação de novas regras para o investimento estrangeiro, como segue o relato de Arturo Yrarrázaval:

“Em 1977, foi publicado o Estatuto do Investimento Estrangeiro (DL 1748), com o número original de DL 600, que esteve em vigor, com as suas alterações, durante quase 40 anos. Existem diferenças fundamentais entre o Estatuto de 1977 e o Estatuto de 1974. Em primeiro lugar, o Estatuto de 1977 põe termo às limitações e restrições impostas ao investimento estrangeiro em consequência da aplicação da Decisão 24 do Acordo de Cartagena. A Decisão 24 tinha deixado de fazer parte do sistema jurídico por força do DL 1.642 de 1977. Uma segunda diferença é o facto de passar de um Estatuto em que se negociam condições especiais com o Estado, para um Estatuto fundamentalmente neutro. O Estatuto de 1977 concede um mínimo de garantias que são próprias de um investidor estrangeiro e não de um investidor nacional, tais como os direitos de remessa de lucros e de repatriamento de capitais em caso de venda total ou parcial do investimento estrangeiro. Uma terceira diferença diz respeito à invariabilidade fiscal. O Estatuto de 1974 estabelece a possibilidade de conceder aos investidores estrangeiros o direito de explorar recursos naturais e de garantir nos seus contratos que os regimes fiscais e os regimes especiais não serão alterados. No Estatuto de 1977, é garantida a todos os investidores estrangeiros que o desejem a invariabilidade da taxa do Imposto sobre o Rendimento e o regime de isenção do Imposto sobre o Valor Acrescentado na importação de máquinas e equipamentos. Uma quarta diferença diz respeito ao princípio da não-discriminação, que aparece claramente no Estatuto de 1977 e que era algo confuso no Estatuto de 1974. Uma quinta diferença é que o Estatuto de 1977 evita a discricionariedade, eliminando, como acontecia no Estatuto de 1974, uma verdadeira negociação entre o investidor estrangeiro e o Estado. Tanto assim é que, a partir do Estatuto de 1977, o Comité de Investimento Estrangeiro elaborou um contrato-tipo de investimento estrangeiro onde devem ser preenchidos os dados básicos do investidor estrangeiro e se este pretende beneficiar da invariabilidade da tributação. Em 1993, foi publicado o DFL 523 com

un régimen económico que impone la obligación de una real, efectiva y sana competencia entre las distintas actividades productivas, la cual implica un tratamiento no discriminatorio entre la inversión nacional y extranjera, garantizando a los titulares de esta última el derecho a transferir al exterior el capital invertido y las utilidades o beneficios generados y otorgándoles el oportuno acceso al mercado de divisas; 4º. Que conforme a dicha política económica ha parecido fundamental la dictación de un cuerpo orgánico de normas que signifique una real promoción a la inversión extranjera y que estimule su desarrollo y permanencia en el país; 5º. Que características complementarias a la inversión extranjera tales como los aportes de tecnología, asistencia técnica y mercados externos son elementos indispensables para lograr el desarrollo económico de Chile y otros países similares, debiendo, en consecuencia, legislar, contemplando el beneficio de dichos aportes; [...]”. CHILE. Ministerio de Economía, fomento y Reconstrucción. Decreto Ley 600 – Estatuto de La Inversión Extranjera. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=74454>. Acesso em: 2 de dez 2023.

o texto consolidado, coordenado e sistematizado do DL 600 de 1974, Estudo sobre o Investimento Estrangeiro.

O atual regime de investimento estrangeiro é regido pela Lei 20.848 de 2015, que estabelece o regime de investimento estrangeiro e cria o respectivo quadro institucional. Aqueles que se valem desta lei não celebrarão um contrato de investimento estrangeiro, mas receberão um certificado emitido pela Agência de Promoção do Investimento Estrangeiro (Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera). A Agência substituiu o Comité de Investimento Estrangeiro após 55 anos de funcionamento.”⁵¹⁶

Assim, em 1977, é criado um sistema de invariabilidade – ou estabilidade – tributária para o investimento estrangeiro direto, permitindo que os investidores estrangeiros firmem contratos por instrumento público com o governo central do Chile, garantindo que suas atividades produtivas não sofreriam com alterações que, porventura, viessem a aumentar a carga tributária.

⁵¹⁶ No original: “En 1977 se dicta el Estatuto de la Inversión Extranjera (DL 1748) bajo el número original del DL 600, que tuvo vigencia con sus modificaciones por casi 40 años. Existen diferencias fundamentales entre Estatuto de 1977 y el de 1974. Em primer término, el Estatuto de 1977 pone término a las limitaciones y restricciones que se imponían a la inversión extranjera como consecuencia de la aplicación de la Decisión 24 I Acuerdo de Cartagena. La Decisión 24 había dejado de formar parte del ordenamiento jurídico no em virtud del DL 1.642 de 1977. Una segunda diferencia es que cambia de un Estatuto donde se in negociar con el Estado condiciones especiales, a un Estatuto fundamentalmente neutro. El Estatuto del año 1977 otorga un mínimo de garantías que son propias de un inversionista extranjero y no de un inversionista interno, como son los derechos a remesar utilidades y a repatriar capitales em el caso de venta total o parcial de la inversión extranjera. Una tercera diferencia dice relación con la invariabilidad tributaria. El Estatuto de 1974 establece la posibilidad de otorgar a inversionistas extranjeros em la explotación de recursos naturales y que em sus contratos se garantice que no se modificarán los regímenes tributarios y los regímenes especiales. Em el Estatuto de 1977 se garantiza a todos los inversionistas extranjeros que así lo deseen la invariabilidad de la tasa de Impuesto a la Renta y del régimen de exención del Impuesto al Valor Agregado em la internación de máquinas y equipos. una cuarta diferencia dice relación con el principio de no discriminación, que aparece con claridad em el Estatuto de 1977 y estaba un tanto confuso em el Estatuto de 1974. La no discriminación queda planteada como el derecho del inversionista extranjero que se le trate de la misma forma que al inversionista nacional. una quinta diferencia es que el Estatuto de 1977 evita la discrecionalidad, eliminando como ocurría, bajo el Estatuto de 1974, una verdadera negociación entre el inversionista extranjero y el Estado. Tanto es así, que a partir del Estatuto de 1977, el Comité de Inversiones Extranjeras tiene preparado un contrato tipo de inversión extranjera donde deben llenarse los datos básicos del inversionista extranjero inversión que va a realizar y si desca acogerse a la invariabilidad tributaria. En 1993 se dictó el DFL 523 con el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 600 de 1974, Estudio de la Inversión Extranjera. El actual régimen de inversión extranjera está o por la Ley 20.848 de 2015, que establece el so para la inversión extranjera y crea la institucionalidad respectiva. Los que se acogen a esta y no celebrarán un contrato de inversión extranjera, sino que recibirán un certificado emitido por la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera. La Agencia vino a reemplazar al Comité de Inversiones Extranjeras después de 55 años de funcionamiento.”. YRARRÁZAVAL C., Arturo. Manual de derecho económico. 2ª. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2019. p. 470-471.

Importante registrar que com a aprovação do novo estatuto do investidor estrangeiro em 2015 - Lei 20.848 de 21 de janeiro de 2016⁵¹⁷ – a figura do contrato entre o investidor estrangeiro e o Chile foi encerrada, assim como fora encerrado o regime e estabilidade tributária. Muito se discute desde então naquele país sobre os impactos da nova legislação que garantia um regime de transição até 2019, o que acabou sendo impactado pela pandemia, tornando a percepção de dados sobre a mudança do regime aplicável ao investidor estrangeiro possivelmente traiçoeira. Em artigo publicado em 2018, o professor Martin Aylwin Fernandez, da Universidad del Desarrollo Santiago, sustenta que a nova legislação não trouxe prejuízo e aponta que o regime de estabilidade tributária previsto nas normas anteriores era, no fim, muito pouco utilizado vez que para ter direito à estabilidade, o investidor tinha que concordar com a sujeição a uma alíquota um pouco maior que a alíquota ordinária, o que acabou resultando em poucas adesões, sem prejuízo de reconhecer a grande importância do regime anterior, como um todo, para a atração de investimentos estrangeiros para o Chile:

“Não existe uma razão evidente para revogar o regime de investimento estabelecido pelo DL 600. De facto, tendo em conta o sucesso que o regime anterior teve em atrair investimento direto estrangeiro para o Chile durante os anos 1989 a 2010 (e o sucesso parcial nos anos seguintes), a reforma gerou fortes críticas. Estudiosos influentes afirmaram que não havia fundamentos económicos ou legais para mudar um regime que explicava um aumento de 18% do Produto Interno Bruto entre os anos 2010 e 2012.

Por outro lado, durante a apresentação ao Congresso do projeto da Lei 20.848, o Vice-Presidente anunciou que a Lei 20.848 se baseia em dois elementos: (a) a criação de uma nova instituição que promova o investimento direto estrangeiro no Chile, de acordo com as normas da OCDE, a Agência para a Promoção do Investimento Estrangeiro e (b) o reconhecimento de que o Chile assinou vários Acordos de Comércio Livre e Acordos de Proteção e Promoção do Investimento (IPPA) que criam um ambiente absolutamente diferente no qual o DL 600 foi ditado no passado.

Considerando ambas as posições, é pertinente perguntar: porquê alterar um regime de investimento que foi tão bem sucedido para o Chile na atração de investimento estrangeiro? Na nossa opinião, há três elementos que podem explicar a revogação do DL 600. Em primeiro lugar, o DL 600 foi criado em 1974 (e modificado em 1976), numa altura em que o Chile registava grandes níveis de instabilidade política. De facto, desde que a democracia e a estabilidade política foram

⁵¹⁷ CHILE. Ley 20848. Santiago. 25 de jun 2015. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1078789>. Acesso em: 6 de dez 2023.

impostas no Chile em 1990, o investimento direto estrangeiro aumentou exponencialmente nos anos seguintes. Em segundo lugar, desde a década de 1990, o Chile assinou vários instrumentos nacionais e internacionais que criaram condições perfeitas para os investidores internacionais investirem no Chile. E, em terceiro lugar, o DL 600, um instrumento que representava 78% do investimento direto estrangeiro em 2004, em 2011 e 2013 representava apenas 20% e 32%, respectivamente.”⁵¹⁸

Um ponto relevante de reflexão é se a proteção supostamente pretendida por tais acordos de estabilidade já não estariam cobertas por outras garantias já postas no ordenamento positivo tal como, no caso brasileiro, a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ⁵¹⁹ e ⁵²⁰. De certa forma, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato já possibilitaria uma revisão dos aspectos financeiros contratuais, caso haja um aumento da carga tributária em decorrência da alteração da legislação nacional.

⁵¹⁸ No original: “*There is no evident reason for repealing the investment regime established by DL 600. In fact, considering how successful the former regime was to attract foreign direct investment to Chile during the years 1989 to 2010 (the partially successful in the following years), the reform generated strong criticisms. Influential scholars stated that there were no economic or legal fundamentals to change a regime that explained an increase of 18 percent of the Gross Domestic Product between the years 2010 and 2012. On the other hand, during the presentation to Congress of the project of the Law 20.848, the Vice-President announced that Law 20.848 is based on two elements: (a) to create a new institution that promotes foreign direct investment to Chile in accordance with the standards of the OCDE, the Agency for the Promotion of Foreign Investment and (b) the recognition that Chile has signed multiple Free Trade Agreements and Investment Protection and Promotion Agreements (IPPA) that creates an absolutely different environment in which DL 600 was dictated in the past. Considering both positions, is pertinent to ask: Why change an investment regime that was so successful for Chile in attracting foreign investment? In our opinion, three elements can explain the repeal of DL 600. First, DL 600 was created in 1974 (and modified in 1976) when Chile had great levels of political instability. In fact, since democracy and political stability were imposed in Chile in 1990, foreign direct investment increase exponentially in the following years. Second, several national and international instruments were signed by Chile since the 1990s that created perfect conditions for international investors to invest in Chile. And third, DL 600, an instrument that accounted for 78 percent of the foreign direct investment in 2004, in 2011 and 2013 accounted for only 20 percent and 32 percent respectively.*” FERNÁNDEZ, Martín Aylwin. Regulating foreign direct investment in Chile: Is the new regime a step towards the right track? A comparative analysis after a year of application. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. v. 33, ed. 3, outono 2018, p. 702–722. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siy016>. Acesso em: 2 de dez 2023.

⁵¹⁹ “O equilíbrio econômico-financeiro significa a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do contrato; diz respeito às chamadas cláusulas contratuais, terminologia redundante, classicamente usada para designar as cláusulas referentes sobretudo à remuneração do contratado; além dessas, o contrato administrativo é dotado de cláusulas regulamentares, atinentes às regras de execução. O direito ao equilíbrio econômico-financeiro assegura ao particular contratado a manutenção daquela proporção durante a vigência do contrato.” MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 249.

⁵²⁰ Em julgado de 2018, o Supremo Tribunal Federal prestigiou o entendimento de que “[...] Conforme já reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, derivada do princípio da segurança jurídica, busca conferir estabilidade ao ajuste, garantindo à contratada viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes que motivaram a celebração do contrato (RE 571.969/DF, Relª. Minª. Cármen Lúcia). 3. Caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente de nova e imprevisível incidência tributária, é desnecessário perquirir acerca de sua onerosidade excessiva para justificar a reparação dos danos daí decorrentes. [...]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 9022910. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico. 19 de nov. 2018.

Entretanto, não nos parece ser o caso. Embora seja o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato uma figura razoavelmente próxima – em seus objetivos – dos acordos de estabilidade tributária. As diferenças parecem residir nos fatos de que, primeiro, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato redundava em figura ajustável entre as partes e muito presente, notadamente, em contratos de concessão, permissão ou autorização firmados com o poder público que envolvam algum tipo de pagamento por usuários ou pelo próprio poder público⁵²¹. Em relações essencialmente privadas (sem envolvimento, ainda que na figura de concedente, do poder público) a regra geral é a do *pacta sunt servanda*, ou seja, caso não exista uma cláusula contratual pré-ajustada entre as partes privadas, a possibilidade de um reequilíbrio se torna mais desafiadora. Outra diferença é que na possibilidade contratual de haver o reequilíbrio – entre partes privadas ou em relações com o poder público – essa acaba vindo atrelada ao ônus do requerente em provar que a alteração, no caso, da legislação tributária afetou negativamente a rentabilidade do empreendimento – ainda que possa parecer óbvio que um aumento de carga tributária diminua a rentabilidade, essa assunção não é totalmente verdadeira, vez que a rentabilidade é afetada, positiva e negativamente, por diversas outras variáveis como variação cambial, variação de preços de insumos, aumento de receita em decorrência de uma maior atuação, dentre outros. Assim, a quem reclama o reequilíbrio cabe a prova da redução de rentabilidade em razão da variável tributária, enquanto no caso dos acordos de estabilidade tributária, tal obrigação geralmente não existe.

Como aqui proposto, parece que não se pode prescindir de uma análise interdisciplinar e intertextual, envolvendo, repita-se, para além dos aspectos jurídicos, a política e a economia, almejando a possibilidade de construção de uma verdadeira garantia de estabilidade, sem prejuízo de que, no contexto dessa análise concluir-se para desimportância do instrumento sob seu aspecto econômico para fins de atração de investimento estrangeiro direto. Frise-se que o

⁵²¹ A Lei 8.666/ estabelece em seu artigo 65, inciso II letra d que é possível alterar contratos firmados com a administração pública “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.” BRASIL. Lei 8.666. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União. 22 de jun. 1993. Já na Lei 14.133 a previsão está contida em diversos dispositivos, mas em especial no artigo 124, inciso II, letra “d”. BRASIL. Lei 14.133. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Diário Oficial da União. 1 de abr. 2021.

Chile decidiu alterar o regime em 2016, garantindo uma transição até pouco antes do início da pandemia de SARS-COVID 19, tendo tido tal decisão, como aqui dito, fundamentos estruturais, não por conta de eventuais prejuízos fiscais ao país, mas por entender o Congresso que o conjunto político de estabilidade, baixo índice de corrupção, forma das instituições e os instrumentos internacionais assinados pelo Chile, acabavam por outorgar garantias aos investidores estrangeiros, pelo que o antigo regime poderia ser reformado sem significativo prejuízo na atração de investimentos.

6.2.4. Royalties

Uma questão sensível aos investidores estrangeiros é a propriedade de marcas, patentes e tecnologias e a remuneração pelo seu uso. A legislação brasileira que introduziu a figura do *royalty* no ordenamento jurídico nacional em 1958 adotou uma linha de definição de royalties como os pagamentos efetuados “pela exploração de marcas de indústria e de comércio e patentes de invenção, por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes [...]”⁵²², sendo tal figura, em regra, como bem acentua Elidie Palma Bifano, vista através de um prisma preconceituoso de que seu pagamento, em verdade, era uma distribuição de lucros travestida. Essa visão estava, sem sombra de dúvida, ligada à ideia do século passado de restrição da remessa de lucros ao exterior. No sentir da referida autora, com o qual nos alinhamos, essa percepção precisava ser enfrentada sob um novo olhar, vez que a questão da remessa de lucros para o exterior não é mais um drama – ou ao menos o grande drama – da balança de pagamentos e já há muito que o Brasil não tributa a distribuição de lucros⁵²³. Enfim, o tratamento dos pagamentos à título de royalties tinha um fundo de preocupação de política fiscal e cambial, situação presente na realidade brasileira das décadas de 50 e 60, fato que fora inclusive reconhecido pelo próprio poder executivo quanto do envio do texto da Medida Provisória 1152 ao Congresso Nacional, medida que fora convertida na Lei 14.596/23, norma

⁵²² Artigo 74. Para os fins da determinação do lucro real das pessoas jurídicas como o define a legislação do imposto de renda, somente poderão ser deduzidas do lucro bruto a soma das quantias devidas a título de “royalties” pela exploração de marcas de indústria e de comércio e patentes de invenção, por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes até o limite máximo de 5% (cinco por cento) da receita bruta do produto fabricado ou vendido. BRASIL. Lei 3470/58. Altera a legislação do Imposto de Renda e dá outras providências. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União. 28 de nov 1958

⁵²³ BIFANO, Elidie Palma. Desafios do novo ano: é urgente rever o tratamento tributário dos royalties. Consultor Jurídico Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-05/consultor-tributario-urgente-rever-tratamento-tributario-royalties/>. Acesso em 6 de dez 2023.

que realinha o sistema de controle de dedutibilidade de despesas derivadas de transações entre partes relacionadas (transações controladas) através dos mecanismos de preços de transferência:

“94. A proposta revoga as limitações hoje existentes para dedutibilidade dos pagamentos de royalties e serviços para beneficiários no exterior ou no País, que remonta à política fiscal brasileira traçada na década de 1950. As limitações introduzidas foram editadas num contexto de controle de capital da política cambial. Além disso, os limitadores relevantes de dedutibilidade foram estabelecidos pressupondo que as empresas se valiam da estruturação de contratos de transferência de tecnologia como forma de contornar a alta carga tributária incidente sobre a remessa de lucros e dividendos. À época que as limitações foram introduzidas, ainda vigia o regime de bitributação econômica dos lucros (tributação dos lucros/dividendos na PJ e nos sócios), enquanto, no caso dos royalties, a tributação recaía apenas quando do pagamento, mas com a possibilidade de sua dedução da base de cálculo apurada pela pessoa jurídica. Em alguns casos verificados, os royalties se apresentavam exageradamente elevados em função dos lucros declarados. A solução adotada naquele momento foi introduzir os limites de dedução baseados nos percentuais estabelecidos sobre a receita (1%-5%).”⁵²⁴

Assim, do ponto de vista essencialmente normativo, essa realidade está prestes a ser alterada com a entrada em vigor⁵²⁵ das novas regras de preços de transferência aprovadas pela Lei 14.596/2023. A aprovação da nova lei traz para o âmbito das regras de preço de transferência os royalties, como observa Thabitta Rocha no sentido de que:

“Se antes os royalties funcionavam de forma apartada das demais transações entre partes relacionadas, tendo seus requisitos e limites pré-definidos pela legislação (sem aplicação de métodos de cálculo de TP), a partir de agora os pagamentos realizados à título de royalties deverão obedecer o arm's length e o regramento de preço de transferência aplicado as demais operações entre partes relacionadas.”⁵²⁶

A nova lei revoga expressamente diversas limitações antes existentes na legislação brasileira, em especial aquela contida nas alíneas “d” e “e” do parágrafo único do artigo 71 da

⁵²⁴ Mensagem de encaminhamento da Medida Provisória 1.152 de 28 de dez 2022. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9235257&ts=1695162488477&disposition=inline>. Acesso em: 6 de dez 2023.

⁵²⁵ O sistema de regras inaugurado pela Lei 14.596 colocava-se como facultativo para o ano de 2023, mas passa a ser obrigatório em 2024.

⁵²⁶ ROCHA, Thabitta et all. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-03/opinio-regras-brasileiras-dedutibilidade-royalties/>. Acesso em: 06 de dez 2023.

Lei 4.506/71, condensada no artigo 363 do Regulamento de Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 9.580/2018, que vedava a dedutibilidade do pagamento a título de royalties efetuado a “sócios, pessoas físicas ou jurídicas, ou a dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes.”, limite que certamente trazia um viés negativo para os olhos do investidor estrangeiro direto que cedia o uso de marca, patente ou tecnologia para a receptora brasileira.

Assim, uma empresa no Brasil que deseje fazer uso de marca, patente ou tecnologia deverá pagar a remuneração ajustada e, com a produção dos efeitos da nova lei, a dedutibilidade estará atrelada à ideia do teste metodológico do preço de transferência e aplicação do princípio do *arm's length*,^{527 e 528} o que sem dúvida nos parece, frise-se, do ponto de vista normativo, um grande avanço da legislação brasileira, sem prejuízo de outros que ainda permanecem necessários. Entretanto, para além da questão da dedutibilidade do pagamento enquanto despesa, temos a questão da tributação sobre a receita percebida a título de pagamento relativo à royalties. Essas receitas sofrem significativa incidência tributária⁵²⁹ que certamente poderia ser objeto de avaliação para que, nos casos em que o pagamento seja feito ao investidor estrangeiro direto pela empresa onde investe, houvesse uma redução da carga tributária como

⁵²⁷ “O princípio *arm's length* consiste, sinteticamente, em tratar os membros de um grupo multinacional como se eles atuassem como entidades separadas, não como partes inseparáveis de um negócio único. Devendo-se tratá-los como entidades separadas (*separate entity approach*), a atenção volta-se à natureza dos negócios celebrados entre os membros daquele grupo. A ideia central que o mencionado princípio expressa é a de que empresas ligadas, em suas transações, devem agir como o fariam partes independentes. Ao fixar os preços de seus negócios, esperam-se das empresas ligadas as precauções e o desvelo que teriam em negociações semelhantes com terceiros independentes, fixando, daí, seus preços e condições comerciais de acordo com seus interesses comerciais.” SCHOUERI, Luis Eduardo. Considerações sobre o princípio *arm's length* e os *secret comparables*. Idem (coord.). Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p 835-836. Ainda o professor Luis Eduardo Schoueri: “Exige o princípio do *arm's length* que o aplicador da lei indague, a todo tempo, qual teria sido o preço praticado entre partes independentes, em circunstâncias semelhantes, mesmo que para isso tenha de promover operação não expressamente prevista na regulamentação”. SCHOUERI, Luis Eduardo. Margens predeterminadas, praticabilidade, e capacidade contributiva. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (coord.). Tributos e preços de transferência. 3º v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 120.

⁵²⁸ O chamado princípio do *arm's length* redundaria no tratamento de partes vinculadas como se independente fossem. É um corolário natural do princípio da igualdade que busca anular os efeitos das interferências nas transações entre partes relacionadas, apreendendo tais transações como se fossem feitas entre partes não relacionadas e, portanto, sem interferência e proeminência de qualquer das partes. Registre-se aqui a observação de Ramon Tomazela Santos, amparado no magistério de Luis Eduardo Schoueri, no sentido de que a melhor expressão seria padrão *arm's length* e não princípio, eis que não há propriamente um conteúdo axiológico próprio, senão uma derivação do princípio da igualdade. SANTOS, Ramon Tomazela. Estudos de direito tributário internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 125.

⁵²⁹ Além da incidência de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, retido na fonte, à alíquota de 15% ou 25% (jurisdições e regimes tributários favorecidos), o pagamento de royalties também sofre a incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) à alíquota de 10% (dez por cento) e, ainda, há a possibilidade de tributação pelo contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), acaso entenda a Receita Federal do Brasil que há, no conjunto do pagamento de royalty, uma prestação de serviço associada – situação que pode levar a uma tributação de 9,65%. Nessa linha, da interpretação de serviço associado, haveria ainda a possibilidade de incidência do Imposto sobre serviços.

forma de estímulo ao investimento associado, nos casos de patentes e tecnologias em geral, à transferência de conhecimento operacional (transferência de *know how*).

Em resumo, parece-nos que houve reconhecido avanço quando às disposições normativas à respeito da dedutibilidade dos royalties, o que faz com que o Brasil se aproxime dos padrões internacionais, abandonando travas e limites que eram, em grade verdade, reminiscências da metade do século passado. Entretanto, seria louvável um exercício no sentido de racionalização da carga tributária incidente sobre o pagamento de forma a que não haja impactos na origem que não possam ser deduzidos no destino, havendo ou não acordo para evitar a dupla tributação, como é o caso da CIDE.

7. Conclusões

Nosso trabalho de pesquisa vem apontado para um convencimento no sentido de que a atração de investimentos estrangeiros diretos é uma importante ferramenta de desenvolvimento, principalmente num mundo globalizado, onde países competem entre si para a instalação de fábricas e projetos de grande interesse econômico. Não é a única ferramenta, tampouco pode-se tê-la como uma ação que conduz, necessariamente, ao desenvolvimento, mas é uma ferramenta na busca do desenvolvimento.

Entretanto, essa ferramenta tem que encontrar guarida no sistema constitucional brasileiro. Para tanto, parece que a política de atração do investimento estrangeiro direto não deva apenas ser vitoriosa no seu resultado primeiro que é a entrada do capital; pelo contrário, essa entrada de capital é apenas o primeiro movimento derivado da política instituída. Há que se construir um sistema que acompanhe os resultados dessa política, fazendo ajustes ou até mesmo revogando-as, mas com a garantia que o insucesso não será, por si só, instrumento de sanção aos envolvidos.

De forma sistemática, podemos assim afirmar:

1. Temos no mundo moderno um claro ambiente de franca e intensa comunicação internacional, com alta tecnologia e ampla facilidade de trânsito de pessoas, bens e capitais. Nesse cenário, capitais estrangeiros fluem de jurisdição a jurisdição de forma a que não se pode pretender que determinado país adote uma postura imune à ação desses capitais e do comércio internacional;

2. No entanto, não basta que, no caso, o Brasil, simplesmente se apresente e se ofereça como hospedeiro de investimentos estrangeiros diretos, sem construir um arcabouço jurídico sólido, através de normas jurídicas e políticas públicas voltadas à atração desses investimentos;

3. Nessa construção do arcabouço jurídico, deve-se nortear pela busca da máxima segurança possível, ainda que não absoluta, de forma a conferir estabilidade ao sistema, permitindo a melhor concepção, mas também ajustes que se mostrem necessários para a maximização dos resultados pretendidos, já que a pretendida estabilidade não pode ser

interpretada como imutabilidade, sob pena de um engessamento da estrutura jurídica, impedindo que ela se informe por elementos outros como econômicos e sociais;

4. É nessas condições que a concepção de interdisciplinaridade e intertextualidade do Direito se fazem mais importantes. O Direito, ainda que autônomo enquanto ciência, não pode pretender isolar-se hermeticamente de outras ciências do conhecimento humano, tais como a economia e a sociologia. Nosso trabalho procura, dentre outros aspectos, pôr mais luz em evidências argumentativas quanto à importância da atração do investimento estrangeiro direto e no desenvolvimento de políticas públicas para a atração desse investimento, sempre com a ressalva que as conexões interdisciplinares e intertextuais são fundamentais para validar, em definitivo, a viabilidade de tais políticas;

5. No campo da ciência do Direito, o Direito Econômico desempenha papel de destaque nesse exercício dado que a ideia de construção de fundamentos jurídicos para que o Estado desenvolva políticas de atração de investimento estrangeiro direto se confunde com um dos mais nobres objetivos da disciplina, sendo a sua constitucionalização um movimento imprescindível para a consecução de seus objetivos científicos como um todo e o atendimento das demandas sociais. A devida observância das estruturas principiológicas do Direito Econômico Constitucional confere, além de legitimação constitucional, calculabilidade e previsibilidade, elementos que são de imprescindível importância para o mercado, seja ele interno ou internacional, conferindo cenários futuros seguros e estáveis;

6. Historicamente, a presença do capital estrangeiro no Brasil não é nova tampouco a sua regulação. Entretanto, analisando comparativamente, as motivações e preocupações regulatórias das décadas de cinquenta e sessenta estavam muito mais calcadas no equilíbrio da balança de pagamentos, fluxo de capitais e reservas cambiais nacionais, ou seja, preocupadas com uma possível intensa saída de capitais (por remessa de lucros) numa economia ainda sem grande expressão de exportações (e conseqüente ingresso de divisas). Depois, a essas preocupações são somadas outras de cunho político e geopolítico, como dependência, soberania e nacionalismo;

7. Nesse momento, 1962, temos a primeira norma a definir o conceito da capital estrangeiro, admitindo como tal não apenas moeda, mas também bens corpóreos e incorpóreos. Essa definição pode ter o seu mérito reconhecido, vez que só fora efetivamente substituída em

2021 e, ainda, assim, não por uma alteração substancial, mas focada em elidir qualquer controvérsia;

8. Em 1988, a Constituição Federal inaugura um novo regime para o capital estrangeiro – e, portanto, do investimento estrangeiro direto. Num primeiro momento, a redação constitucional adotou uma linha de maiores diferenciações entre o capital nacional e o estrangeiro, o que na prática importava em maiores restrições, sem que essas restrições pudessem, no entanto, serem vistas como aversão ao capital estrangeiro. Em 1995, com a aprovação da Emenda Constitucional número 6, revogando totalmente o antigo artigo 171 da Constituição Federal, e outros ajustes visando a maior participação do capital estrangeiro na economia nacional, o Brasil construiu o regime atualmente vigente onde, salvo exceções baseadas na soberania, alto interesse público e defesa nacional, o capital estrangeiro é tratado em igualdade com o capital nacional;

9. Do conceito de capital estrangeiro, mais amplo, derivamos o conceito de investimento estrangeiro direto como a riqueza originada em um determinado país (representada por moeda, bens, ativos tangíveis e intangíveis) aplicada diretamente no capital de empresas (empreendimentos) situados em outro país, com o interesse no desenvolvimento de atividades produtivas e o conseqüente retorno do investimento em razão do sucesso do negócio, compartilhando os riscos dessa atividade produtiva. Compreendemos, como o fazem a OCDE e o FMI, quando adotam definição semelhante, mas acrescentando uma participação mínima de 10%. Entretanto, preferimos nos filiar ao conceito adotado pelo Banco Central do Brasil, onde não se fixa um percentual mínimo, mas sim a percepção de assunção de riscos frente aos resultados e sucesso do empreendimento individualmente considerado;

10. Parece-nos que, hoje, a questão da regulação do capital estrangeiro e, portanto, do investimento estrangeiro direto não está mais presa a aspectos relacionados aos temores de desequilíbrio desordenado na balança de pagamentos e risco às reservas cambiais nacionais; tampouco enxergamos um grande espaço de discussão de fortes cores nacionalistas em relação à dependência (exceto, por óbvio, naqueles casos em que a própria Constituição reserva o poder de soberania nacional). Ela não pode, no entanto, ser abandonada, pois tem importante papel estatístico e de orientação para a política fiscal;

11. Reconhecido, portanto, o papel relevante e possível dos investimentos estrangeiros diretos, o Brasil não pode se vender a eles, sob pena de estar negligenciando uma

das formas possíveis de cumprir com o seu papel visando o desenvolvimento nacional. Para tanto, é obrigatório que se dedique ao enfrentamento das possibilidades de desenvolvimento de políticas públicas visando a atração de investimentos estrangeiros diretos, políticas essas que serão operacionalizadas por meio de intervenções por indução, vez que buscam apresentar estruturas que, ao conceder maiores vantagens, procuram captar o comportamento do ator privado;

12. Essas políticas devem compreender incentivos que operem em mais de uma ordem: (a) jurídico-políticos, que no caso dos investimentos estrangeiros diretos se consubstanciam seja na apresentação de um ordenamento jurídico interno sólido, claro e previsível, seja através da celebração de acordos internacionais de proteção ao investimento estrangeiro; (b) jurídico-econômicos, que se consubstanciam nos benefícios tributários e benefícios creditícios;

13. Essas políticas devem, no entanto, estar totalmente alinhadas aos fundamentos jurídicos constitucionais debatidos, fundamentos esses que legitimam e também funcionam como limitadores e critérios de avaliação jurídica dessas políticas, são eles: (a) soberania; (b) cidadania; (c) valor social do trabalho, livre iniciativa e pleno emprego; (d) desenvolvimento; (e) regulação do capital estrangeiro e seus limites. Além de tais predicados, é também elemento de importância ímpar o devido respeito à Lei da Responsabilidade Fiscal, notadamente às regras de aumento de despesa e renúncia de receita;

14. A estreita observância desses fundamentos há de ser um norte inegociável, tanto na concepção das referidas políticas, quanto no imperioso processo de avaliação constante das mesmas;

15. Certo é que algumas políticas, dado o seu grau de inovação, trazem consigo falibilidade de resultados – principalmente quanto a um determinado projeto de investimento estrangeiro que é atraído para o Brasil com a oferta de benefícios, mas acaba por não produzir os resultados almejados em termos de geração de emprego e renda. Nesses casos, há de se ter a segurança que o insucesso não pode ser tido, isoladamente, como elemento de sanção para os agentes envolvidos, sob pena de se inviabilizar novas políticas pela instauração de um receio coletivo na aprovação de quaisquer benefícios. Essa proteção, por certo, não pode ser absoluta, os agentes envolvidos não de ter observados os princípios constitucionais aqui já colocados, não de ter desenvolvidos estudos técnicos e avaliações preliminares, não de acompanhar o

desenvolvimento de projetos, enfim, tudo de forma a demonstrar que sobrevivendo o insucesso, ele deriva de alguma variável externa ou fora do controle do agente;

16. Como aqui abordamos, uma avaliação sólida de políticas públicas econômicas – não somente, mas mormente aquelas desenvolvidas por meio de gastos indiretos – se mostra válida e relevante, seja na dimensão da concepção de um programa ou plano/planejamento, seja na sua execução, seja, ainda, na avaliação de resultados com o objetivo de orientar eventuais alterações ou, até mesmo, sua supressão, caso primados constitucionais de eficiência e economicidade estejam sendo vulnerados – caso princípios fundantes como a busca da promoção do desenvolvimento nacional e regional, e a busca do pleno emprego não estejam se concretizando. Entretanto, para ter-se como avaliação sólida, como antes dito, o exame não pode deixar-se seduzir por apenas um ou uns poucos aspectos de determinada ciência – tal como a Ciência Econômica – ou apenas por uma dimensão da vida social, privilegiando os aspectos econômicos sobre os políticos, sobre os sociais-ambientais, sobre os jurídicos ou qualquer outra sorte (ou azar) de conjugação de dimensões, todas igualmente caras ao ser humano e à sociedade.

17. Assim, avaliações, prévias e constantes, através de vários prismas científicos contribuem diretamente seja para a máxima efetividade possível da política em questão, seja para demonstrar a plena ação do agente envolvido, elidindo a figura do erro grosseiro e, por conseguinte, elidindo sua responsabilização pessoal;

18. Implementadas as políticas públicas, eles devem e serão controladas. Num primeiro momento, como aqui já exaustivamente colocado, pela própria União Federal a quem cabe sua elaboração. Mas há que se considerar também o controle externo e, nesse tema, parece-nos que dois atores têm posição de destaque: (a) o Poder Judiciário; e (b) o Tribunal de Contas da União;

19. Ao Poder Judiciário não se pode impedir o exame, sob vulneração do nosso sistema constitucional. Entretanto, temos que compreender a extensão do exame. Parece-nos inegável que aspectos formais normativos de políticas públicas que visem à atração de investimentos estrangeiros diretos estão absolutamente amoldados a sua competência; quanto à questão do exame do mérito das escolhas, o ponto é mais desafiador. Como aqui sustentamos, quanto ao tema da atração de investimentos estrangeiros diretos, dada a sua natureza interdisciplinar, que esse titular de conhecimento plural, interdisciplinar – portanto não

exclusivamente jurídico – seja o Tribunal de Contas da União, aplicando-se, no caso, o chamado princípio da deferência que, como aqui visto, mesmo cunhado quanto às competências das agências reguladoras, suas premissas também podem ser aplicadas aos casos em que estejam envolvidas questões próprias do conhecimento técnico não essencialmente jurídico do Tribunal de Contas da União;

20. A função judicante do Tribunal de Contas da União é reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal desde o regime de 1946 e, repedindo, diante de questões interdisciplinares, deve o Poder Judiciário deferir ao seu exame tais casos;

21. Todos esses aspectos buscam contribuir para uma mudança de cenário. Hoje, o Brasil não possui uma política pública organizada e efetiva de atração de investimento estrangeiro direto; são incipientes as questões envolvendo as reduções de alíquota de IOF e a importação sem cobertura cambial. O Brasil precisa apropriar-se da responsabilidade de, em nome e guiado pelos princípios jurídicos aqui debatidos, discutir, analisar e construir políticas organizadas para a atração de investimentos estrangeiros direto, com foco em seus resultados, sempre as avaliando e as ajustando caso necessário, tudo orientado de forma a contribuir pela busca do desenvolvimento nacional, ainda que essa ferramenta não possa ser adotada como a única ou a mais importante para tal objetivo.

8. Bibliografia

ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro brasileiro. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ABRAHAM, Marcus. Teoria dos gastos fundamentais: orçamento público impositivo – da elaboração à execução. São Paulo: Almedina, 2021.

ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de. Uma abordagem estruturada da renúncia de receita pública federal. Revista do Tribunal de Contas da União. n. 84. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2000.

ALVES, Maria Fernanda Colaço; CALMON, Paulo Carlos Du Pin. Múltiplas chibatas? Governança da política de controle da gestão pública federal. Salvador: ANPAD, 2008. p. 3.

ANDRADE, José Maria Arruda de. A importância da análise econômica do Direito. Consultor Jurídico. Disponível em: www.conjur.com.br. Publicado em 31 de maio de 2020. Acesso em: 20 de dez. 2020.

ANDRADE, José Maria Arruda de. A política econômica e a governança dos gastos tributários indiretos. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-ago-30/Estado-economia-politica-gastos-tributarios-indiretos/#_ftn2. Acesso em: 10 de nov. 2023.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Como entender os benefícios tributários, financeiros e creditícios. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-09/estado-economia-cono-entender-beneficios-tributarios-financeiros-crediticios/>. Acesso em: 10 de nov. 2023.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Economização do Direito Concorrencial. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Interpretação e aplicação da lei tributária: da consideração econômica da norma tributária à análise econômica do direito. MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Interpretação e aplicação da lei tributária. São Paulo: Dialética. Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. 2010.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Não há avaliação séria da eficácia de políticas fiscais sem números confiáveis. *Revista Consultor Jurídico*. 23 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-23/estado-economia-avaliacao-seria-eficacia-politicas-fiscais-exige-numeros-confiaveis>. Acesso em: 1 de maio 2020.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Pandemia, Política Econômica e Mudanças na Ordem Jurídica. CLARK, Giovani [et. al.]. Belo Horizonte: RTM, 2022. 2ª ed. A importância do discurso econômico e os excessos do discurso ultraliberal. p. 174-178.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Parecer jurídico sobre a constitucionalidade da prorrogação da desoneração da folha de pagamento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6632.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. [S. l.], v. 237, p. 1–6, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v237.2004.44361>. Acesso em: 30 set. 2023.

ARAUJO, Jailton Macena de. Valor social do trabalho na Constituição Federal de 1988: instrumento de promoção da cidadania e de resistência à precarização. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo. v. 16. n. 7. p. 115-134. jan./abr. 2017. pp. 120-121. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/210568023.pdf>. Acesso em: 22 de out. 2023.

ARISTÓTELES. Política. AMARAL, Antonio Campelo. GOMES, Carlos (trads.) s.l.: Veja. 1998. Livro III. p. 187-188. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/357991/mod_resource/content/1/Aristoteles_Pol%C3%ADtica%20%28VEGA%29.pdf. Acesso em: 22 out 2023.

ARPAN, Jeffrey S., FLOWERS, Edward B., RICKS, David A. Foreign direct investment in the United States: The state of knowledge in research. *Journal of International Business Studies*. v. 12, n. 1. Editado por Palgrave Macmillan Journals. Spring-summer 1981 p. 137-154. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/154423>. Acesso em: 1 de set. 2023.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista diálogo jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica. ano 1, v. 1, n 7, 2001.

BAGNOLI, Vicente. Direito econômico. São Paulo: Atlas, 2006.

BAJPAI, Nirupam. SACHS, Jeffrey D. *Foreign direct investment in India: Issues and problems*. Harvard Institute for International Development. Harvard University. mar. 2020.

BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução a Ciência das Finanças. 15a edição. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Os investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, abr/jun. 2005. p. 83-103.

BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistemas jurídicos. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Construtivismo lógico-semântico*. vol. I. São Paulo: Noeses. 2014.

BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário – Limites normativos. São Paulo: Noeses, 2016.

BARRETO, Vicente. O conceito moderno de cidadania. In: *Revista de direito administrativo*, São Paulo, n. 192. p. 31. p. 29-37, abr./jun., 1993.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo.: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista [Syn]Thesis*. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7433/5388>. Acesso em 6 de dez 2023.

BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do Direito Tributário. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BEGOSSO, Roberto. Investimento estrangeiro direto no Brasil: Economia política e regime jurídico. Tese (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2020.

BEVILACQUA, Lucas. Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico. p. 143-161.

BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico. In: Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico. Ano 1, v. 1. Belo Horizonte: Fórum, mar./ago. 2012.

BIAN, Cheng. National security review of foreign investment – A comparative legal analysis of China, the United States and the European Union. London and New York: Routledge, 2020.

BIFANO, Elidie Palma. Desafios do novo ano: é urgente rever o tratamento tributário dos royalties. Consultor Jurídico Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-05/consultor-tributario-urgente-rever-tratamento-tributario-royalties/>. Acesso em: 6 de dez 2023.

BINICHESKI, Paulo Roberto. A doutrina Chevron: O ocaso anunciado? Revista CEJ, a. 21, n. 73, set/dez. 2017. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2333>. Acesso em: 4 de dez. 2023.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. Fragmentos de um dicionário político. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 2017.

BOMFIM, Gilson Pacheco. Da possibilidade de controle dos incentivos tributários pelo Poder Judiciário. Direito tributário atual. n. 37. 2017. p. 227-228.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional 56 de 20 de outubro de 2017. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2017.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução 278 de 31 de dezembro de 2022. Regulamenta a Lei nº 14.286, de 29 de dezembro de 2021, em relação ao capital estrangeiro no País, nas operações de crédito externo e de investimento estrangeiro direto, bem como a prestação de informações ao Banco Central do Brasil. Brasília: Diário Oficial da União, de 31 de dez. 2022.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução 281, de 31 de dezembro de 2022. Regulamenta disposições transitórias a serem observadas em conjunto com a Resolução BCB nº 278, de 31 de dezembro de 2022, que regulamenta a Lei nº 14.286, de 29 de dezembro de 2021, em relação ao capital estrangeiro no País, nas operações de crédito externo e de investimento estrangeiro direto, bem como a prestação de informações ao Banco Central do Brasil. Brasília: Diário Oficial da União, 31 de dez 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário Oficial da Câmara dos Deputados. pp. 37808-37809. 12 de ago. 2003. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12AGO2003.pdf#page=232>. Acesso em: 19 de nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário Oficial da Câmara dos Deputados. pp. 54409-54410. 13 de dez. 2002. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13DEZ2002.pdf#page=21>. Acesso em: 19 de nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução 17 de 1989. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%202-2023.pdf>.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1928147&filenome=PEC+32/2020. Acesso em: 6 de dez. de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2016367. Consultado em 15 de nov. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Legislativo número 77 de 25 de maio de 2017. Aprova o texto do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola, assinado em Luanda, em 1º de abril de 2015. Brasília: Diário Oficial da União. 26 de maio 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional número 106/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

BRASIL. Constituição do Império de 1824. Coleção Constituições brasileiras. 3ª. ed. Brasília: Senado Federal, 2018.

BRASIL. Decreto 20.451 de 28 de setembro de 1931. Estabelece normas para as vendas de letras de exportação ou de valores transferidos do estrangeiro. Rio de Janeiro, DF: Coleção de Leis do Brasil, 1931.

BRASIL. Decreto 23.258 de 19 de outubro de 1933. Dispõe sobre as operações de câmbio, e dá outras providências. Rio de Janeiro, DF: Coleção de Leis do Brasil, 1933.

BRASIL. Decreto 3.293 de 21 de maio de 1941. Rio de Janeiro, DF: Diário Oficial da União, 1941.

BRASIL. Decreto 6303. Regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF. Brasília: Diário Oficial da União. 8 de jan. 2008.

BRASIL. Decreto 7.293 de 2 de fevereiro de 1945. Cria a Superintendência da Moeda e do Crédito, e dá outras providências. Rio de Janeiro, DF: Coleção das Leis Brasileiras, 1945.

BRASIL. Decreto 9.025 de 27 de fevereiro de 1946. Dispõe sobre as operações de câmbio, regulamenta o retorno de capitais estrangeiros e dá outras providências. Rio de Janeiro, DF: Diário Oficial da União, 1946.

BRASIL. Decreto 91.450 de 18 de julho de 1985. Institui a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1985.

BRASIL. Decreto 966-A. Cria o Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento de atos concernentes à receita e despesa da República. Rio de Janeiro: Consolidação das Leis do Brasil, 1890.

BRASIL. Decreto de 14 de maio de 1998. Reconhece a nulidade do ato que menciona. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1998.

BRASIL. Decreto-lei 9.602 de 16 de agosto de 1946. Dispõe sobre operações de câmbio e dá outras providências. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1946.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11503/1/TD_2798_Web.pdf. Acesso em: 10 de set. 2023.

BRASIL. Instrução 17 da Superintendência da Moeda e do Crédito de 20 de julho de 1946. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/acesoinformacao/instrucoessumoc/SUMOCINST17-instrucao017.pdf>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

BRASIL. Lei 1807 de 7 de janeiro de 1953. Dispõe sobre operações de câmbio e dá outras providências. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1953.

BRASIL. Lei 13.842 de 17 de junho de 2019. Altera o Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565 de 19 de dezembro de 1986. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2019.

BRASIL. Lei 14.133. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Diário Oficial da União. 1 de abr. 2021.

BRASIL. Lei 14.286 de 29 de dezembro de 2021. Dispõe sobre o mercado de câmbio brasileiro, o capital brasileiro no exterior, o capital estrangeiro no País e a prestação de informações ao Banco Central do Brasil; altera as Leis nºs 4.131, de 3 de setembro de 1962, 4.728, de 14 de julho de 1965, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, e 11.371, de 28 de novembro de 2006, e o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933; e revoga as Leis nºs 156, de 27 de novembro de 1947, 1.383, de 13 de junho de 1951, 1.807, de 7 de janeiro de 1953, 2.145, de 29 de dezembro de 1953, 2.698, de 27 de dezembro de 1955, 4.390, de 29 de agosto de 1964, 5.331, de 11 de outubro de 1967, 9.813, de 23 de agosto de 1999, e 13.017, de 21 de julho de 2014, os Decretos-Leis nºs 1.201, de 8 de abril de 1939, 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, 9.602, de 16 de agosto de 1946, 9.863, de 13 de setembro de 1946, e 857, de 11 de setembro de 1969, a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, e dispositivos das Leis nºs 4.182, de 13 de novembro de 1920, 3.244, de 14 de agosto de 1957, 4.595, de 31 de dezembro de 1964, 5.409, de 9 de abril de 1968, 6.099, de 12 de setembro de 1974, 7.738, de 9 de março de 1989, 8.021, de 12 de abril de 1990, 8.880, de 27 de maio de 1994, 9.069, de 29 de junho de 1995, 9.529, de 10 de dezembro de 1997, 11.803, de 5 de novembro de 2008, 12.865, de 9 de outubro de 2013, 13.292, de 31 de maio de 2016, e 13.506, de 13 de novembro de 2017, e dos Decretos-Leis nºs 2.440, de 23 de julho de 1940, 1.060, de 21 de outubro de 1969, 1.986, de 28 de dezembro de 1982, e 2.285, de 23 de julho de 1986. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021.

BRASIL. Lei 2.145 de 29 de dezembro de 1953. Cria a carteira de comércio exterior. Dispõe sobre o intercâmbio comercial com o exterior e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1953.

BRASIL. Lei 3470 de 28 de novembro de 1958. Altera a legislação do Imposto de Renda e dá outras providências. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União. 28 de nov 1958

BRASIL. Lei 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 1964. 23 de mar. 1964.

BRASIL. Lei 4.595 de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1965.

BRASIL. Lei 5.709 de 7 de outubro de 1971. Regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no país ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1971.

BRASIL. Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000. Brasília: Diário Oficial de União, 2000. 5 de maio 2000.

BRASIL. Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União de 2 de maio de 2000.

BRASIL. Medida Provisória 315 de 3 de agosto de 2006. Lei (convertida) 11.371 de 28 de novembro de 2006. Dispõe sobre operações de câmbio, sobre registro de capitais estrangeiros, sobre o pagamento em lojas francas localizadas em zona primária de porto ou aeroporto, sobre a tributação do arrendamento mercantil de aeronaves, sobre a novação dos contratos celebrados nos termos do § 1º do art. 26 da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, altera o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, o Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, e revoga dispositivo da Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006.

BRASIL. Medida Provisória 784 de 7 de junho de 2017. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, altera a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, a Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, a Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, a Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, a Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de

1933, o Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946 e a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. Instruções de procedimentos contábeis. Brasília, DF. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::::9:P9_ID_PUBLICACAO_ANEXO:10000. Acesso em: 15 de jan 2022.

BRASIL. Resolução 2 de 25 de março de 1987. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, DF: Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 1987.

BRASIL. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/renuncia/gastos-tributarios-ploa/dgt-2023.pdf/@@download/file>. Acesso em: 12 de nov. 2023.

BRASIL. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Ministério da Economia. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/renuncia/gastos-tributarios-bases-efetivas/sistema-tributario-de-referencia-str-v1-02.pdf/@@download/file>. Acesso em: 12 de nov. 2023.

BRASIL. Superintendência da Moeda e do Crédito. BRASIL. Superintendência da Moeda e do Crédito. Instrução SUMOC 205 de 12 de maio de 1961; Instrução SUMOC 208 de 27 de junho de 1961. Disponíveis em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/instrucoessumoc?ano=1961>. Acesso em: 27 de ago. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária nº 2.068. Relator Min. Luiz Fux. Decisão monocrática. Brasília: Diário de Justiça Eletrônica de 02.06.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 6357. Publicado em 31 de mar. 2023. Diário de Justiça Eletrônico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4874. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico. 1 de fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança 36.253. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico. 26 de maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo número 1101 de 12 de julho de 2023. Brasília, DF. Informativo eletrônico disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Especial número 29.299-6. Brasília: Diário da Justiça. 17 de set. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário 120.932. Brasília: Diário da Justiça de 30 de abr. 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário número 592.891. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico. 2021. Publicado em 20 de set. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341201046&ext=.pdf>. Acesso em 10 de nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro André Mendonça. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.902/AM. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 1.179. Relator Ministro Alfredo Buzaid. Revista de Direito Administrativo 158/196.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundo Agravo Regimental em Mandado de Segurança 31677. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico 22 de maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1950. Brasília: Diário da Justiça. 02 de fev. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Brasília. Disponível em https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/desenvolvimento_regional.html. Consultado em 28 de out. 2023.

BURCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. Revista de informação legislativa. Brasília, ano 34, n. 133, jan./mar., 1997. p. 89-98.

CAETANO, Marcelo. Direito constitucional. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O direito na sociedade complexa. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Fabio Antonio de. Internacionalização brasileira e Instrução 113 da Sumoc. América Latina em la historia económica. n. 24. Disponível em: <https://doi.org/10.18232/alhe.802>. p. 117-118. Acesso em: 10 de julho de 2023.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

CANELA NUNIOR. Oswaldo. O orçamento e a “reserva do possível”. GRINOVER, Ada Pelegrini. WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. São Paulo: Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 232-233.

CANOTILHO, JJ Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3ª ed.. Coimbra: Almedina, 1999.

CARMO, João Franco do. Contribuição ao estudo da Responsabilidade Financeira. Revista do Tribunal de Contas, Lisboa, nº 23, mar 1995.

CARVALHO, André Castro; VENTURINI, Otávio. Governança corporativa e controle do “Sistema U” sobre a gestão das estatais. Site JOTA. 2 fev 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/governanca-corporativa-e-controle-do-sistema-u-sobre-gestao-das-estatais-01022018>. Acesso em: 7 de dez. 2020.

CARVALHO, André Castro. Pele em jogo: a LINDB e as assimetrias do ocultas no cotidiano do administrador público brasileiro. In: CUNHA FILHO; ISSA; SCHWIND (coords.). LINDB anotada. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CARVALHO, Cristiano. Direito tributário e análise econômica: uma introdução atualizada. in YEUNG, Luciana. Análise econômica do direito. São Paulo: Actual, 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 29ª ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 5ª ed. São Paulo: Noeses. 2013.

CASTILHO, Fabio Roberto Corrêa. Alterações constitucionais do ICMS, guerra fiscal, competição tributária e melhor do ambiente de negócios no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. Introdução à ordem constitucional econômica. Revista de Direito Constitucional e Internacional. a. 16. n. 65. out./dez. 2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 202-244

CEZNE, Andrea Narriman. Conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 42, n. 167, jul./set., 2005. p. 315-337.

CHADID, Ronaldo. A função social do Tribunal de Contas no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2019.

CHILE. *Ley 20.848, de 25 de jun. 2015. Estabelece marco para la inversión extranjera directa em Chile y crea la institucionalidade respectiva.* Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1078789>. Acesso em: 10 de set. 2023.

CHILE. *Ley 6.640 de 28 de abr. de 1939. Crea las corporaciones de reconstruccion y auxilio y fomento de la produccion.* Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25337&idVersion=1939-04-29>. Acesso em: 10 de set. 2023.

CHILE. *Ley 6334 de 29 de abr. 1939.* Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25373&idParte=>. Acesso em: 10 de set. 2023.

CHILE. *Ministerio de Economía, fomento y Reconstrucción. Decreto Ley 600 – Estatuto de La Inversión Extranjera.* Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=74454>. Acesso em: 2 de dez 2023.

CHILE. *Ministerio de Hacienda. Agenda de productividad – Enero 2023.* Disponível em: <https://cms.hacienda.cl/hacienda/assets/documento/descargar/8f483ec6b3d36/1674819313>. Acesso em: 12 de set. 2023.

CLEEVE, Emmanuel. How effective are fiscal incentives to attract FDI to Sub-Saharan Africa?. *The Journal of Developing Areas*, 2008. p. 135-153.

COMPARATO, Fabio Konder. A nova cidadania. in: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo. n. 289, 1993. p. 85. pp. 85-106, 1993.

CONTI, José Mauricio. *O planejamento orçamentário da administração pública no Brasil*. São Paulo: Bucher Open Access, 2020.

COSTA, Mario Luiz Oliveira da. *Regulação e autoregulação*. In: NUSDEO, Fabio (coord.). *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

CRETELLA JUNIOR, Jose. *Curso de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CURADO, Marcelo; CRUZ, Marcio José Vargas da. Investimento direto externo e industrialização no Brasil. in Revista de Economia Contemporânea. V. 12, n. 3, set./dez. 2008. p. 399-431

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Renascer do Direito. São Paulo: Jose Bushatsky Editor, 1976

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. Investimento estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2010. p

DONDASHE, N. PHIRI, A. Determinants of FDI in South Africa: do macroeconomic variables matter?. Munich Personal Repec Archive. Paper 83636, 2018. p. 1-27.

DUNNING, John H. LUNDAN, Sarianna M. Multinational Enterprises and the Global Economy. 2nd ed. Edward Elgar Publishing, 2008.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECLAC - ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. Foreign direct investment in latin america and the caribbean, 2022 (LC/PUB.2022/12-P), Santiago, 2022. p. 53. Disponível em http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/48521/S2200561_en.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 13 de ago. 2023.

ELALI, Andre. Incentivos fiscais internacionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Budget enforcement act of 1990. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/HMAN-112/pdf/HMAN-112-pg1099.pdf>. Acesso em 2 de nov. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Department of State. 2022 Investment Climate Statements: Chile*. Disponível em: <https://www.state.gov/reports/2022-investment-climate-statements/chile/>. Acesso em: 10 de set. 2023.

FARIA, Jose Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão (sic). In: *Estudos Avançados*. v. 11, n. 30. p.43-53. 1997.

FERNANDES, Erika Capella. FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil. Uma análise comparada. *RIL Brasília*. a. 52. n. 208. out/dez. p. 247-276.

FERNÁNDEZ, Martín Aylwin. Regulating foreign direct investment in Chile: Is the new regime a step towards the right track? A comparative analysis after a year of application." *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. v. 33, ed. 3, outono 2018, p. 702–722. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siy016>. Acesso em: 2 de dez 2023.

FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. *Tratado de direito administrativo*, v. 3: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

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

FIGUEIREDO, Carlos Mauricio. et al. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FONSECA, Herculano Borges da. *Regime jurídico do capital estrangeiro*. Rio de Janeiro: Editora Letras e Artes, 1963.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Economia de São Paulo. Zona Franca de Manaus. Impactos, efetividade e oportunidade. Disponível em: https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/estudos_fgv_zonafranca_manaus_abril_2019v2.pdf. Acesso em 10 de nov. 2023.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Balance of payments manual*, 2005. p.86. Disponível em: <https://doi.org/10.5089/9781557753397.071>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Balance of Payments Manual 6th Edition*. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf>. Acesso em 25 de ago. de 2023.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Blog. *United States is world's top destination for foreign direct investment*. Disponível em <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2022/12/07/united-states-is-worlds-top-destination-for-foreign-direct-investment>. Acesso em: 4 de set. 2023.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Código de boas práticas para a transparência fiscal (2007). Washington. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/codep.pdf>. Acesso em: 2 de nov. 2023.

FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras. 34ª ed. 2007.

GALDINO, Flavio. Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GASTALDI, J. Petrelli. Elementos de economia política. São Paulo: Saraiva. 15 ed. 1992.

GOMES, Emerson C. S. Responsabilidade financeira. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

Gráfico elaborado pelo autor com base em dados da OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/investment/fdiindex.htm>. Acesso em 10 de set de 2023. Acesso em: 10 de set. 2023.

GRAHAM, Edward M. Foreign direct investment in the United States and U.S. Interests. *Science*, vol. 254. dez/1991. p. 1740-1745.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HASTREITER, Michele Alessandra. WINTER, Luís Alexandre Carta. *Racionalidade econômica e os acordos bilaterais de investimento*. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 12, n. 2, 2015. pp. 283-302. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99511/racionalidade_economica_acordos_hastreiter.pdf. Acesso em: 10 de nov. 2023.

HORTA, Raul Machado. *Repartição de competências na Constituição de 1988*. *Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte*. v. 33. n. 33. 1991. p. 249-274.

HUAN, Guocang. *China's open door policy, 1978-1984*. *Jornal of International Affairs*, winter 1986. v. 39. n. 2. p. 1-18.

ISSA, Rafael Hamze; TAFUR, Diego Jacome Valois. *Governança corporativa nas estatais*. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (coords.). *Manual de compliance*. 2a. ed. São Paulo: GEN-Forense, 2020.

JACOB, Carlos Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pelegrini. WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. *Revista brasileira de direito público*. Belo Horizonte: FGV, ano 14, n. 52.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 478.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KRANSDORFF, Michael. Tax incentives and Foreign direct investment in South Africa. *Consilience: The Journal of Sustainable Development*. v. 3. ed. 1. 2010. p 68-84.

KWAN, Yum K. CHENG, Leonard K. *What are the determinants of the location of foreign direct investment? The Chinese experience*. *Journal of International Economics*. v. 51, 2000. p. 379-400.

LANA, Jaíne. MOURA, Stephanie Tonn Goulart. FALASTER, Christian Daniel. Políticas públicas e o investimento estrangeiro direto no Brasil. *Revista Ibero-Americana de Estratégia*. v. 18. n. 2. abr./jun. 2019. p. 264-276.

LEÃO JUNIOR, Atila de Souza. *O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MACIEL, Moises. *Tribunais de contas e o direito fundamental ao bom governo*. Belo Horizonte: Forum., 2020.

MAGANO, Octavio Bueno. Introdução ao direito econômico. São Paulo: Juriscredi, 1970.

MARCHETI, Renata Auxiliadora. Capital estrangeiro no Brasil: registro e intervenção do Estado nos contratos privados. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Ivan da Costa. Reserva de mercado: Um mal entendido caso político-tecnológico de sucesso democrático e fracasso autoritário. Revista de Economia da UFPR. n. 24. 2000.

MARRARA, Tiago. Controle interno da administração pública: suas facetas e seus inimigos. In MARRARA, Tiago e GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Controle da judicialização e administração de políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2016.

MARSHALL, T.H.. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar Editores. [s.a.]. cap. III. pp. 63-114. Disponível em: <https://adm.ufersa.edu.br/wp-content/uploads/sites/18/2014/10/Marshall-Cidadania-Classe-Social-e-Status1.pdf>. Acesso em: 22 de out. 2023.

MARTINEZ, Soares. Direito Fiscal. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MARTINS, Ana Lúcia Bernardes. Princípios constitucionais, soberania e constituição: o caso Pinochet. In: PEIXINHO, Manoel. GUERRA, Isabella Franco. NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). Os princípios na constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 219-220.

MARTINS, Waldemar d'Oliveira. Consolidação orçamental e política financeira. Lisboa: Almedina, 2014.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 249.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MELAZZO, Everaldo Santos. Problematizando o conceito de políticas públicas: desafios à análise e à prática do planejamento e da gestão. Tópos. V. 4, n. 2, p. 9-32, 2010.

MELLO, Celso Albuquerque. A soberania através da história. MELLO, Celso Albuquerque. Anuário Direito e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELLO, Celso Albuquerque. Anuário Direito e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª. ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Liberdade de Iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Curitiba: Juruá, 1999. n.1. p. 173-184.

MENDES, Gilmar. LEAL, Adilson. Comentários ao artigo 3º. MORAES, Alexandre. [et. at.] Constituição Federal comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MERQUIOR, Jose Guilherme. O liberalismo – antigo e moderno. 3ª ed. São Paulo: É Realizações, 2014. PAIM, Antonio. História do liberalismo brasileiro. São Paulo: LVM Editora. 2018.

MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. Revista de Direito Administrativo. [s.l.], v. 189. pp. 85-99, 1992. pp. 85-86. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v189.1992.45284>. Acesso em: 28 set. 2023.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. Teoria geral. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Filomeno. Constituição econômica brasileira. Histórica e política. Curitiba: Juruá, 2011.

MOREIRA, André Mendes. PIS e COFINS. Incidência sobre operações do Swap/Hedge e variações cambiais. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 111. dez./2004. São Paulo: Dialética. p. 9

MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. Coimbra: Coimbra Editora. 2ª ed, 1979.

NAZAR, Nelson. *Direito Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Edipro. 2014.

NELSON, Roy C. *Competing for Foreign Direct Investment: Efforts to Promote Nontraditional FDI in Costa Rica, Brazil, and Chile*. *Studies in comparative international development* 40. 2005.p. 3-28. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/BF02686297>. Acesso em: 10 de set. 2023.

NETTO, Antonio Delfim. *Planejamento para o desenvolvimento econômico*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1966.

NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. n. 1. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Poder Tributário. Conceito de Direito Tributário. Autonomia. Relações com outros ramos do direito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo. *Doutrinas essenciais de direito tributário*. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 507-520.

NOVA ZELÂNDIA. An introduction to New Zealand's fiscal policy framework. Disponível em: <https://www.treasury.govt.nz/sites/default/files/2015-03/nzfpf-A5.pdf>. Acesso em: 2 de nov. 2023.

NOVA ZELÂNDIA. Fiscal responsibility act (1994). Disponível em: http://www.nzlii.org/nz/legis/hist_act/fra19941994n17270/. Acesso em 2 de nov. 2023.

NUNES, António José Avelãs, *Uma introdução à economia política*, São Paulo, Quartier Latin, 2007.

OCDE. *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. 4a ed. 2008.

OCDE. *FDI qualities review of Chile: Boosting sustainable development and diversification*. jan. 2023. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/98bf1829-en/index.html?itemId=/content/publication/98bf1829-en>. Acesso em: 10 de set. 2023.

OCDE (2015). *Policy Framework for Investment 2015 Edition*. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264208667-en>. Acesso em: 10 set. 2023.

OLIVEIRA, Francisco de. *A economia da dependência imperfeita*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

OCDE. Tax Expenditures in OCDE Countries. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264076907-2-en>. Acesso em 10 de nov. 2023.

OCTAVIANI, Alessandro. BERCOVICI, Gilberto. Direito e subdesenvolvimento. In: OCTAVIANI, Alessandro. *Estudos, pareceres e votos de direito econômico*. São Paulo: Singular, 2014. p. 65-84.

OLIVEIRA, Weder de. O equilíbrio das finanças públicas e a lei de responsabilidade fiscal. In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Lei de responsabilidade fiscal – Ensaios em comemoração aos 10 anos da lei complementar 101/00*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010. p. 407-447.

OLIVEIRA, Weder. 15 anos de Lei de Responsabilidade Fiscal: um pouco de história e de essência. Responsabilidade fiscal. Análise da Lei Complementar 101/2000. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado. ALLEMAND, Luiz Claudio. ABRAHAM, Marcus. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016. p. 689-707

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO COMÉRCIO (WTO). *World Trade Statistical Review 2017*. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2017_e/wts17_toc_e.htm. Acesso em: 19 de maio 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito civil*. v. 1. São Paulo: Renovar, 2001.

PERAGÓN, José Manuel Gallego. *Los principios materiales de justicia tributaria*. Granada: Editora Comares, 2003.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

PLONSKI, Guilherme Ary. *Inovação em transformação*. Estudos Avançados, São Paulo: USP. v. 31, n. 90, 2017.

PRADO JUNIOR. Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense. 2008 (reimpressão).

RAWLS, John. *Justiça como Equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 64-68. 2002.

RECK, Malina Breckenfield. *Constituição, regulação e desenvolvimento econômico*. In: CLEVE, Clemerson Merlin. *Direito constitucional brasileiro. Constituições econômica e social*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 267-286.

REGO, Anna Lygia Costa. *Confiança e investimento estrangeiro: uma análise do ambiente jurídico brasileiro*. São Paulo: Singular, 2013

REIS, Marcio Monteiro. *O Estado contemporâneo e a noção de soberania*. MELLO, Celso Albuquerque. *Anuário Direito e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RESENDE, Guilherme Mendes. MOREIRA, Paula Gomes. ALVES, Adriana Melo. ROCHA NETO, João Mendes. *Brasil: dez anos da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR)*. Boletim Regional, Urbano e Ambiental. IPEA. n. 11. jan.-jun., 2015. p. 31-32. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4866/1/BRU_n11_brasil.pdf. Acesso em 28 de out. 2023.

RESHORING INITIATIVE. Reshoring Initiative 2022 data report. Disponível em: https://reshorenw.org/content/pdf/2022_Data_Report.pdf. Acesso em: 4 de set. 2023.

REZENDE, Rodrigo Chaves. BENARROSH, Roberta Silva. Ativismo judicial: subversão da atividade interpretativa do judiciário e os impactos democráticos. Revista A Fortiori. [S. l.], v. 3, n. 1, 2023. Disponível em: <http://revistas.famp.edu.br/revistaafortiori/article/view/551>. Acesso em: 6 dez. 2023.

RIBEIRO, Elton Jony Jesus; TIBURCIO, James Augusto Pires. A presença econômica sul-africana na África: comércio e investimento. IPEA. Boletim de Economia e Política Internacional. n. 4. out./dez. 2010.

RIBEIRO, Elton Jony Jesus. As relações de investimento direto entre a Índia e o seu entorno. ALVES, Andre Gustavo de Miranda Pineli (org.). Os BRICS e seus vizinhos: investimento direto estrangeiro. Brasília: IPEA, 2014. p. 237-284.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Decisões do CARF – Reexame pelo Poder Judiciário – Limites e possibilidades. Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, ano 12, n. 70, abr. 2014. p. 10.

ROCHA, Thabitta et all. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-03/opinio-regras-brasileiras-dedutibilidade-royalties/>. Acesso em: 06 de dez 2023.

RODRIGUES, Ricardo Schneider; ARAUJO, Lean Antônio Ferreira de. A uniformização da interpretação da LRF no âmbito dos tribunais de contas: a constitucionalidade da PEC 188/2019 à luz do princípio federativo. In: FIRMO FILHO, Alípio Reis; WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes, RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Responsabilidade na gestão fiscal. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SADEK, Maria Tereza. Judiciários e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19. p. 1-32.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica. Princípios e fundamentos jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SANTOS, Ramon Tomazela. Estudos de direito tributário internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SANTOS, Rodrigo Valga dos. Direito administrativo do medo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SANTOS, António Carlos dos. Auxílios de estado e fiscalidade. Coimbra: Almedina, 2003

SAWHNEY, Mohanbir. WOLCOTT, Robert C.. ARRONIZ, Inigo. *The 12 Different Ways for Companies to Innovate*. MIT Sloan Management Review. Spring 2006.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pressupoe-escolhas-tragicas>. Acesso em: 10 set. 2023.

SCALIA, Antonin. (1989). Judicial deference to administrative interpretations of law. Durham: Duke Law Journal, 1989, n. 3. pp. 511–521. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1372576>. Acesso em: 30 de nov. 2023.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Prefácio. BEVILACQUA, Lucas. Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional. Série: Doutrina Tributária (IBDT). v. IX. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Considerações sobre o princípio *arm's length* e os *secret comparables*. Idem (coord.). Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 832-845

SCHOUERI, Luis Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Margens predeterminadas, praticabilidade, e capacidade contributiva. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (coord.). Tributos e preços de transferência. 3º v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 119-130.

SIFFERT FILHO, Nelson Fontes; SILVA, Carla Souza e (Aut.). As grandes empresas nos anos 90: respostas estratégicas a um cenário de mudanças. In: GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Org). A economia brasileira nos anos 90. 1. ed. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999. p. 375-410. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/11335>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

SILVA, Edna Aparecida da. A política de investimento estrangeiro nos Estados Unidos: Conflito de princípios da reforma do CFIUS. In: Revista tempo do mundo. v.3. n.1. abr/2011. p. 31-68.

SILVA, Gustavo Freire da. [et. al]. A relação entre Estado e políticas públicas: uma análise teórica sobre o caso brasileiro. Revista Debates. Porto Alegre, v. 11, n. 1, pp 25-42, jan./abr. 2017.

SILVA, Jose Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Jose Afonso. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÃO, Angelo Guimarães. [et. al.]. Indicadores, políticas públicas e a sustentabilidade. In: SILVA, Christian Luiz da. SOUZA-LIMA, José Edmilson (orgs.) Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35-54.

SKIDMORE, Thomas E. Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco, 1930-1964. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Capitais estrangeiros: regime jurídico. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. v. 28. n. 26-27. 1984. p. 133. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/955>. Acesso em: 2 de nov. 2023.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 6ª ed. São Paulo: Ltr, 2005.

STOBER, Rolf. Direito administrativo econômico geral. São Paulo: Saraiva. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Supremocracia ou administrocracia no novo direito público brasileiro. Belo Horizonte: Forum Administrativo. ano 14. n. 159. maio de 2014.

SUNDVELD, Carlos Ary; MARQUES, Floriano de Azevedo. Segurança jurídica e eficiência na lei de introdução ao direito brasileiro. In: PEREIRA, Antonio Augusto Junho. Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas. Brasília: Senado Federal, 2015.

THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. Nudge – Final Edition. Nova Iorque: Penguin Books, 2021.

TIROLE, Jean. Economia do bem comum. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

TOMKOSKI, Fabio Goulart. Constituição econômica e produtividade. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

TORRES, Heleno Taveira. Capital estrangeiro e princípio da não discriminação tributária no direito interno e nas convenções internacionais. in: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 87.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. in: Teoria dos direitos fundamentais. TORRES, Ricardo Lobo (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TUOMI, Krista. *The Role of the Investment Climate and Tax Incentives in the Foreign Direct Investment Decision: Evidence from South Africa*. Journal of African Business, 12:1, 133-147, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/15228916.2011.555279>. Acesso em: 1 de set. 2023.

UGWU, James Ike. *Tax incentives and foreign direct investment (FDI): implication for export promotion in Nigeria, Ghana and South Africa, post IFRS adoption*. In: International Journal in Management and Social Science. v. 6. ed. 9. set./2018. p. 32-36

United Nations Conference on Trade and Development. *Investments trends monitor*. jan./2019. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeciainf2019d1_en.pdf. Acesso em: 19 de out. 2019.

UNITED NATIONS. CEPAL. *Foreign direct investment in Latin America and the Caribbean*. 2023. P. 57. Disponível em <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/fd2ce029-2846-4900-a0e6-14818f6191b3/content>. Acesso em: 10 de set 2023.

UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. *Global Cryptocurrency Benchmarking Study*. 2017. Disponível em: https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/centres/alternative-finance/downloads/2017-global-cryptocurrency-benchmarking-study.pdf. Acesso em: 19 de maio 2018.

VALLE RIBEIRO, Daniel. (1978). A mediação inglesa no reconhecimento da independência do Brasil. *Estudos Ibero-Americanos*, v. 4, n. 1, 1978. p. 09–80. Disponível em: <https://doi.org/10.15448/1980-864X.1978.1.30851>. Acesso em: 10 de jun. 2023.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do domínio econômico. O direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VIDIGAL, Geraldo. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2010.

VIGEVANI, Tullo. OLIVEIRA, Marcelo F. de. CINTRA, Rodrigo. Política externa no período FHC: a busca de autonomia pela integração. *Tempo Social – USP*, novembro de 2003, p. 31-61.

WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001.

WORLD BANK. *India Development Update*. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099926004032338633/pdf/IDU05899cc410fae104e1708fed09a0345ca6f6c.pdf>. Acesso em: 10 de set. 2023.

YRARRÁZVAL C., Arturo. *Manual de derecho económico*. 2ª. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2019.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.