

# Direito de acesso do capital estrangeiro

---

Denis Borges Barbosa

O tema deste estudo é o direito de acesso do investidor estrangeiro numa determinada economia. Objeto de análise realizada em 1995, por ocasião das mutações constitucionais que conduziram à revogação do art. 171 da Constituição de 1988, o presente texto recupera e em parte atualiza suas conclusões <sup>1</sup>.

## Discriminação e direito de acesso

Três coisas diversas são o *direito ao tratamento isonômico em face do capital nacional*, o *direito de tratamento isonômico em face de outros investidores estrangeiros*, e o *direito de acesso do capital estrangeiro*.

As duas primeiras noções têm muito trânsito no Direito Internacional Econômico, em especial no tocante ao direito de acesso no mercado nacional aos bens físicos de origem estrangeira, como “direito ao tratamento nacional” e “direito à igualdade com a nação mais favorecida”(MFN). Diz John Jackson:

"The national treatment, like the MFN obligation, is a rule of 'nondiscrimination'. In the case of MFN, however, the obligation prohibits discrimination between goods from different exporting countries. The national treatment clause, on the other hand, attempts to impose the principle of nondiscrimination as between goods which are domestically produced, and goods which are imported. It is, needless to say, a central feature of international trade rules and policy." <sup>2</sup>

Já o direito de acesso ao capital estrangeiro (por oposição aos bens físicos) de estabelecimento ou de investimento é produto mais recente da elaboração legal, mas já tem conceito plenamente fixado. Como nota Mary Footer, num contexto extremamente pertinente ao caso:

---

1 Para uma descrição do regime geral do capital estrangeiro no Brasil, vide o nosso BARBOSA, Denis Borges, Direito de Acesso do Capital Estrangeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. Para uma análise geral da questão, vide Krishnan, Arun, Legal Regulation of Foreign Direct Investment and its Role in the Growth of National Economies (December 30, 2008). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1521590> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1521590>. Chaisse, Julien, Chakraborty, Debashis and Guha, Arup, India's Multilayered Regulation of Foreign Direct Investment - Between Reluctance to Multilateral Negotiations and Unilateral Proactivism (May 22, 2009). ASIA EXPANSION OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT - STRATEGIC AND POLICY CHALLENGES, pp. 240-268, Julien Chaisse and Philippe Gugler, eds., Routledge, 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1092827>.

2 Legal Problems of International Economic Relations, West Publishing, 1986, p. 483.

“(…) market access (…) needs to be clearly distinguished from de application of national treatment. Market access is the policy instrument by which governments exercise their discretionary power as to how foreign services, or service suppliers, shall be granted access to their domestic markets. The principle of national treatment comes into play once access has been granted”<sup>3</sup>.

Fica claro que, mesmo após a entrada em vigor dos acordos da OMC se reconhece, como faz Footer, que a política de acesso de capital é intrínseca ao poder discricionário dos Estados segundo o Direito Internacional pertinente. Diz José Carlos de Magalhães:

“O fato é que todo Estado reclama para si competência exclusiva na admissão de pessoas e investimentos estrangeiros, como prerrogativa inderrogável de sua soberania. (...) Além do mais, mesmo admitido, o investimento estrangeiro deve se submeter a princípios impostos pelas autoridades, tendentes a garantir comportamento adequado do investidor estrangeiro”<sup>4</sup>.

O princípio ganhou consagração internacional, aliás, com a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas no. 3.281, de 12 de dezembro de 1974:

Article 2 (2) - Each State has the right: (a) To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment.

Não menos enfática é a disposição do Art. VI, seção 3 dos Estatutos do FMI, que assegura plenos poderes aos Estados para regular o fluxo de capitais, o que faz uma das mais clássicas e atualizadas obras jurídicas dizer que “o Direito Internacional Contemporâneo reafirma com grande vigor esta competência dos Estados para canalizar ou proibir os investimentos estrangeiros”<sup>5</sup>.

### Restrições do direito de acesso no Direito Comparado

Em verdade, os Estados continuam ativamente fazendo uso do seu poder de denegar entrada ao investimento estrangeiro, seja por restrições setoriais de caráter vinculado, seja pelo exercício de discricionariedade, levando em conta aspectos como segurança nacional, reciprocidade, ou simplesmente o interesse

---

3 The International Regulation of Trade in Services following Completion of the Uruguay Round, 29 The International Lawyer 453 (1995).

4 Op.cit., p. 199. Exemplo particularmente significativo da inexpugnabilidade perante o Direito Internacional Público das restrições de entrada de capitais é o estudo Brazilian Computer Import Restrictions: Technological Independence and commercial reality, 17 Law & Pol. 619 (1985), onde a Lei de Informática de 1984 recebe oa sua mais incisiva crítica, mas sem que se alegue qualquer infringência das normas internacionais relativas a investimentos. Alvitra-se, isso sim, a aplicação do Código de Subsídios do GATT.

5 Nguyen Quoc Dinh , Droit International Public, 5a. Ed. , LGDJ, 1995 (atualizado por Daillier e Pellet). Cabe aqui notar que, para muitos investidores, o tratamento nacional não é suficiente, exigindo-se, como parâmetro “aceitável” de Direito, o atendimento dos critérios mínimos nacionais; vide Carreau, Flory e Juillard, op.cit., p. 634, e Brownlie, op.cit., p. 524-528. Para o setor de investimentos, ao contrário do que ocorreu no setor de propriedade intelectual depois da OMC, não existe nenhum parâmetro multilateral de critérios mínimos.

público. Os quadros abaixo dão notícia da situação em 1995, em alguns países significativos <sup>6</sup>.

### Restrições à entrada de investimento estrangeiro em 1995 <sup>7</sup>

País	Controle discricionário	Restrições Vinculadas
Estados Unidos	Por razões de segurança nacional (Exon-Florio) <sup>8</sup>	Energia nuclear, Radio e TV, transporte terrestre e aéreo, navegação marítima. Bancos e seguros (legislação estadual)
Canadá <sup>9</sup>	Restrições em caso de aquisição de empresas canadenses já em operação, levando-se em conta o efeito global do investimento ( <i>net benefit</i> ) na economia, os efeitos na competição interna e externa, produção e tecnologia, compatibilidade com as políticas industrial, econômica e cultural do país.	Edição, distribuição ou venda de livros, revistas e jornais; produção, distribuição, venda o exibição de filmes, vídeos, ou discos. Transporte aéreo e terrestre, serviços marítimos, pesca, prospecção e exploração de petróleo e urânio, bancos e seguros.
Reino Unido <sup>10</sup>		Transporte aéreo, navegação

6 Ainda que não replicando a análise sectorial de Michael Geist, estudo da OECD de 2003, GOLUB, Stephen S., OECD Economic Studies No. 36, 2003/1 Measures Of Restrictions On Inward Foreign Direct Investment For Oecd Countries, encontrao em <http://www1.oecd.org/eco/growth/33638671.pdf>, visitado em 3 de junho de 2013, registra ainda persistência de limites ao investimento em grande número de países. A mais recente análise de restrições storieas está no documento da OECD de 2012, encontrado em <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/nationaltreatmentinstrument%20english.pdf>.

7 Fonte: Michael Geist, Toward a General Agreement on the Regulation of Foreign Direct Investment, 26 Law & Pol’y Int’l Bus. 653 (1995). Atualizado em parte.

8 Exon-Florio Amendment 50 U.S.C. app 2170. A atuação deste mecanismo continua ativa, por exemplo na recente análise dos riscos da aquisição de um frigorífico de carne suína por investidores chineses. Veja China’s Pork Deal May Hinge on the Risk for an Uproar, New York Times de 30 de maio de 2013, encontrado em <http://dealbook.nytimes.com/2013/05/30/running-the-national-security-gantlet-in-a-pork-deal/>, visitado em 3 de junho de 2013.

9 Para atualização, vide Vide Barry Leon, Andrew McDougall & John Siwec, “Canada and investment treaty arbitration: three prominent issues—ICSID ratification, constituent subdivisions, and health and environmental regulation” (2011) 8 S.C. J. Int’l L. & Bus. 63; Huan Qi, “The Definition of Investment and Its Development: For the Reference of the Future BIT between China and Canada” (2011) 45 Revue Juridique Themis 541; Bachand, Frédéric. “Overcoming Immunity-Based Objections to the Recognition and Enforcement in Canada of Investor-State Awards” (2009) 26:1 Journal of International Arbitration.

		marítima, TV e rádio.
Portugal <sup>11</sup>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. investimento dos países da Comunidade Europeia: ordem pública, segurança nacional, saúde, violação da lei.</li> <li>2. outros investimentos: efeito geral na economia, levando em conta criação de empregos, novas tecnologias e treinamento de pessoal, melhora dos recursos naturais ou dos produtos nacionais, ou redução da poluição.</li> </ol>	Cinema, navegação marítima, agências de viagens, bancos e seguros.
Polónia <sup>12</sup>	Sectores: Operação de portos e aeroportos, imóveis, defesa, bens de consumo por atacado, serviços jurídicos.	Transporte aéreo, marítimo e terrestre, música e cinema, bancos, seguros e setores da mineração.
Japão <sup>13</sup>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Segurança nacional, ordem pública, proteção do público em geral.</li> <li>2. Setores: Agricultura, exploração florestal, mineração, petróleo e couro.</li> <li>3. Avaliação de reciprocidade.</li> </ol>	TV e Rádio, transporte marítimo e aéreo, telecomunicações, bancos e seguros.
Coréia do Sul <sup>14</sup>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Segurança nacional, possibilidade de afetar acordos internacionais de paz ou segurança, saúde e meio ambiente, preço monopolístico ou comportamento anti-competitivo.</li> <li>2. Grande número de setores, inclusive comércio varejista,</li> </ol>	

10 Para atualização, vide Egger, Peter, Merlo, Valeria, Ruf, Martin and Wamser, Georg, Consequences of the New UK Tax Exemption System: Evidence from Micro-Level Data (September 28, 2012). CESifo Working Paper Series No. 3942. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2155602>.

11 Para atualização, vide Vieira, Luis Rocha, A FDI Case of Success: The Portuguese Automotive Cluster (August 2007). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1088205> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1088205>

12 Redžepagić, Srdjan and Richet, Xavier, Attractivity of the FDI in Western Balkans: Evidence from the Central and Eastern European Countries (CEEC) (April 2, 2009). Proceedings of 7th International Conference «Economic Integration, Competition and Cooperation», 2-3 April, 2009, Opatija, University of Rijeka – Faculty of Economics, CD with Full papers . Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2236699> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2236699>

13 Para atualização, vide Hamamoto, Shotaro and Nottage, Luke R., Foreign Investment In and Out of Japan: Economic Backdrop, Domestic Law, and International Treaty-Based Investor-State Dispute Resolution (December 26, 2010). Transnational Dispute Management, Forthcoming; Sydney Law School Research Paper No. 10/145. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1724999>. Kozuka, Souichirou, Foreign Direct Investment, Public Interest and Corporate Governance: Japan's Recent Experience (December 26, 2010). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1731425> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1731425>.

14 Para um atualização, vide Rajan, Ramkishan S. and Lee, Hyun-Hoon, Cross-Border Investment Linkages Among APEC Economies: The Case of Foreign Direct Investment (2011). Journal of Korea Trade, Vol. 15, No. 3, pp. 89-123, 2011; Lee Kuan Yew School of Public Policy Research Paper No. PP11-27. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1946118>. Youngshin Bac & Jai S. Mah, “The Post-Crisis Development of Foreign Direct Investment Policies of Korea” (2009) 9:6 Journal of World Investment & Trade..

	telecomunicações, seguros, saúde, imprensa e indústria editorial e mineração, avaliados segundo influência do investimento no setor doméstico e em face de política industrial ou política externa. .	
Tailândia <sup>15</sup>	<p>1. setores: transporte aéreo, terrestre e marítimo, hotéis, exploração florestal, imprensa e indústria editorial e grande número de setores industriais, avaliados segundo a necessidade de expansão do mercado interno, câmbio, e outros fatores relevantes.</p> <p>2. Todos os outros setores, condicionando-se a entrada à existência e aumento de participação de capital nacional no empreendimento.</p>	Imóveis, contabilidade, serviços jurídicos, publicidade e construção.
Argentina <sup>16</sup>		Mineração, petróleo, gás, pesca, exploração florestal, rádio e TV, bancos e seguros (dados de 1993).
México <sup>17</sup>	<p>1. Segurança nacional</p> <p>2. Aprovação para aquisição de controle nos setores de educação, serviços jurídicos, telefonia celular, perfuração de petróleo e gás natural, levando em conta o impacto no emprego, contribuição tecnológica, meio ambiente e competitividade nacional..</p>	<p>1. Monopólios estatais: petróleo, eletricidade, telecomunicações e energia nuclear.</p> <p>2. Capital 100 % nacional: transporte terrestre, Rádio e TV, bancos de desenvolvimento, e distribuição de gasolina no varejo.</p> <p>3. Capital majoritário nacional: transporte aéreo (75%), Bancos e mercados de capitais (70%), seguros, imprensa e indústria editorial, pesca, TV a cabo, telefonia básica, transporte marítimo.</p>

O mesmo autor desta pesquisa, concluía que, àquela data, na maioria dos Estados, existiam restrições à entrada de capital estrangeiro nos setores de

15 Para atualização, vide Tosompark, Chanikarn Teresa and Daly, Kevin , The Determinants of FDI Inflows – Recent Evidence from Thailand (June 25, 2010). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1630642> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1630642>

16 Para atualização, vide The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime, José E. Alvarez / Kathryn Khamisi NYU Institute for International Law and Justice Working Paper 2008/5 também Alvarez, Jose E., The Public International Law Regime Governing International Investment, , The Hague: Hague Academy of International Law, 2011, Pp. 502 (October 4, 2012)

17 Para uma atualização deste perfil, vide PRIDA, A e FOETH. M., Foreign Direct Investment, Restrictions and Privatization: The Mexican Regulatory Experience, encontrado em <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/MexicanLawReview/6/arc/arc4.pdf>, visitado em 3 de junho de 2013.

armamentos e defesa <sup>18</sup>, imprensa e indústria editorial, TV e Rádio, terras, transporte terrestre, aéreo e marítimo, telecomunicações, construção, educação, bancos, seguros e comércio varejista, além de toda a área de exploração de recursos naturais: agricultura, pesca, e mineração <sup>19</sup>.

Curiosa diferença entre o modelo indicado como o predominante em 1995, e o sistema tradicional brasileiro, é o do exame discricionário de entrada de capital. Mesmo num contexto em que incentivos fiscais, acessos a oportunidades e até contratos de tecnologia eram sujeitos ao exame de conveniência e oportunidade, nunca se teve um sistema comparável ao canadense ou americano, onde o interesse nacional pode vedar ingresso de investimento mesmo em setores econômicos sem quaisquer restrições vinculantes.

### Restrições ao investimento estrangeiro existentes

Segundo a revisão da OECD de 2012 <sup>20</sup>, haveria em vigor no Brasil a seguinte lista de restrições ao acesso de investimento:

1. Sistema bancário: o artigo 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 confere autoridade à União para emitir autorização para o estabelecimento de instituições financeiras estrangeiras ou para permitir que qualquer aumento da participação estrangeira no capital das instituições brasileiras, bem como a participação na privatização de Estado instituições financeiras estatais. (artigo 192 da Constituição Federal e artigo 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988)
2. Telecomunicações: É necessária licença para operar todos os serviços de telecomunicações (Lei N.º 9.472, de 16 de Julho de 1997)
3. Rádio, televisão e editoração: A participação estrangeira é limitada a brasileiros natos ou pessoas que tenham sido os cidadãos naturalizados há pelo menos dez anos. A assistência técnica de empresas estrangeiras ou entidades também é proibido. (artigo 222 da Constituição Federal e do Decreto lei 236/67).
4. Televisão por cabo: A concessão para explorar esse serviço somente é concedido a empresas brasileiras. Pelo menos 51 por cento do capital votante deve estar nas mãos de brasileiros natos ou pessoas que tenham sido os cidadãos naturalizados há pelo menos dez anos ou devem

---

18 Em particular quanto às restrições do comércio internacional relativos à defesa nacional, vide BARBOSA, Denis Borges, Inexigência de motivação para as exceções previstas no Artigo XXI Do Acordo Geral no âmbito da OMC. Importação de lítio <http://denisbarbosa.addr.com/litio.pdf>

19 Op.cit., p. 713.

20 Documento da OECD de 2012, citado, encontrado em <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/nationaltreatmentinstrument%20english.pdf>

- pertencer a empresas com sede no Brasil e cujo controle está sob brasileiros natos ou pessoas que têm os cidadãos naturalizados há pelo menos dez anos. (Lei N ° 8.977 de 06 de janeiro de 1995).
5. Transporte aéreo: Participação direta do capital estrangeiro no transporte aéreo é restrito. Algumas empresas estrangeiras não estabelecidas no território foram autorizadas a deter uma participação minoritária, de até 20 por cento em algumas empresas nacionais do ar. (artigo 21 da Constituição Federal, Código Brasileiro do Ar e da Lei N ° 7565 de 19 de Dezembro de 1986)
  6. Aeroportos e serviços de tráfego aéreo: as empresas estrangeiras não podem administrar ou operar aeroportos, nem oferecer uma navegação e serviços de tráfego aéreo (Código Aeronáutico Brasileiro)
  7. Transporte Rodoviário: A participação estrangeira é limitada a 20 por cento do capital votante no que diz respeito a empresas estabelecidas no Brasil depois de 7 de Novembro de 1990. Restrições também se aplicam a todas as empresas de controle estrangeiro com relação ao aumento do capital subscrito. (Lei 6.813 de 10 julho de 1980 atualizada pela Lei 7.092, de 19 de Abril de 1983 e regulamentada pela Lei 99.471, de 24 de Agosto de 1980).
  8. Pesca: Exploração de águas interiores, áreas dentro do mar territorial e algumas outras atividades são reservadas aos brasileiros natos ou pessoas que têm cidadãos naturalizados ou deve ser realizar por empresas registradas no Brasil. Embarcações estrangeiras precisam de autorização do Ministério da Agricultura para desenvolver atividades de pesca. (Decreto n ° 68,459 de 19 de abril de 1971)
  9. Propriedades Rurais: A pessoa jurídica estrangeira ou pessoa deve ser residente no território e na compra ou arrendamento de propriedade rural não deve ser maior do que um quarto da área total do município. Esta restrição é mais flexível quando o estrangeiro é casada com um cidadão brasileiro ou tem descendentes brasileiros. Autorizações específicas são necessárias de acordo com o tamanho do imóvel a ser comprado ou alugado por estrangeiros. (Lei 5.709, de 7 de outubro de 1971, regulamentada pelo Decreto 74.965 de 26 de novembro de 1974).
  10. Saúde: é proibido a participação direta e indireta de capital estrangeiro ou empresas do setor, salvo nos casos previstos em lei. (artigo 199 da Constituição Federal)
  11. Serviços e transportes de valores de segurança: A participação estrangeira é proibida. (Lei 7102/83).

## Direito de acesso na Constituição Brasileira

No âmbito do Direito Constitucional Brasileiro, diz Celso Ribeiro Bastos:

“Com efeito, nunca faltou poderes à União para disciplinar a entrada do capital estrangeiro. (...) Ao disciplinar a entrada desses capitais, a lei poderia direcioná-lo para aquelas áreas de maior interesse nacional. Até mesmo a vedação desses capitais em algumas áreas pode demonstrar-se como legítima <sup>21</sup>.

A Constituição da República, em consonância com este entendimento, assegura isonomia entre empresas brasileiras (ou, mais precisamente, pessoas jurídicas de fins econômicos) uma vez que tenha reconhecido o direito de acesso do capital estrangeiro <sup>22</sup>. Atente-se, porém, para o seguinte:

- a) A Constituição, através do seu Art. 172, permite à lei que denegue tal acesso, segundo as condições que a própria Constituição induza.
- b) De outro lado, a Constituição permite que, respeitado o princípio de isonomia em favor do brasileiro, se assegure direito de acesso ao investidor estrangeiro conforme disposto nos tratados internacionais <sup>23</sup>.

### Direito de acesso e direito após o acesso

Vale aqui precisar o que é o direito de entrada, cuja outorga é prerrogativa dos Estados, distinguindo-o da isonomia assegurada aos titulares do acesso <sup>24</sup>. A negativa de acesso, *total ou parcial*, de investimento estrangeiro, atinge diretamente o investidor estrangeiro, *antes do ingresso dos capitais na empresa nacional* <sup>25</sup>; o destinatário da norma (ou da negativa de autorização) não se acha assim na esfera de proteção da isonomia constitucional ou do *tratamento nacional* do direito convencional <sup>26</sup>.

Assim é que, no caso canadense, o investimento estrangeiro podia ver denegada sua pretensão de aquisição de ações de empresa local, sem nenhuma infração à

---

21 Op.cit.,p. 53.

22 O direito de isonomia entre investidores estrangeiros não residentes, porém, é matéria de Direito Internacional Público, recepcionável pela Constituição através do parágrafo único do art. 5o.

23 Este tema é suscetível de amplas divagações ao plano do Direito Constitucional Brasileiro. É frequente que os tratados concedam aos estrangeiros benesses negadas pela legislação nacional aos locais; a legislação brasileira tem-se mantido, em regra, silente quando se trata de contrapor-se a esta quebra de isonomia: apenas o Art. 4o. do Código de Propriedade Industrial de 1971 e de 1996 manda aplicar paritariamente tais benefícios aos nacionais que o invocarem.

24 Na definição do art. 27 do GATS: “each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers”.

25 Ou do ingresso dos capitais em estabelecimento, autorizado a funcionar no país, da própria pessoa jurídica estrangeira.

26 Ou, mais precisamente, atinge o investidor estrangeiro em conexão com seu investimento, na economia nacional pertinente. Salvo efeito do direito adquirido, na medida em que esta instituição constitucional se estenda ao estrangeiro não residente, a negativa de acesso não se limita à restrição a priori.



Constituição Canadense <sup>27</sup>; no caso mexicano, o capital estrangeiro não poderá investir em excesso a 30% em operadoras do mercado de capital, e assim por diante <sup>28</sup>.

Uma vez admitido o capital, na conformidade da lei própria, qualquer desigualdade injustificada entre a pessoa em que houve o investimento e outra, livre de capital estrangeiro, pode suscitar a questão da aplicação das normas de isonomia ou de tratamento nacional. Para assegurar a empresas de capital nacional a exclusividade de acesso a determinados componentes importados, ou para reservar a elas as compras do Estado, é preciso afirmar justificativas razoáveis de desigualdade de oportunidades, a ser corrigida pela ação estatal, ou qualquer motivo hábil a evitar discriminação ilegal.

Foi o que ocorreu na vigência da Lei de Informática de 1984: existiam restrições *a posteriori* de oportunidades de mercado; o Art. 171 da Constituição de 1988, agora revogado, zelou para que em tais casos não houvesse infração do Art. 5o. da Constituição, introduzindo uma exceção expressa à regra isonômica.

### **A noção de “empresa brasileira”.**

A Emenda no. 6. eliminou duas importantes normas introduzidas na Constituição de 1988:

- a) a que definia, *em sede constitucional*, a nacionalidade das pessoas jurídicas de fins empresariais.
- b) a que estabelecia uma exceção ao princípio da isonomia, fazendo desiguais as empresas brasileiras *de capital nacional* e *de capital estrangeiros*, em determinados contextos e para determinados fins, previstos no texto constitucional.

---

27 Peter Hoog, *Constitutional Law of Canada*, Carswell, 1992, p. 563.

28 A noção de direito de acesso é dada, com precisão, no Art. XVI.2 do GATS, ao dispor que, após garantido tal direito, ficam vedadas as seguintes práticas: “(a) limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test; (b) limitations on the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test; (c) limitations on the total number of service operations or on the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test; (d) limitations on the total number of natural persons that may be employed in a particular service sector or that a service supplier may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test; (e) measures which restrict or require specific types of legal entity or joint venture through which a service supplier may supply a service; and (f) limitations on the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding or the total value of individual or aggregate foreign investment”.

## A nacionalidade das pessoas jurídicas de fins econômicos

Até 1988, a nacionalidade de tais pessoas jurídicas era dada, em sede ordinária, pelo Art. 60 do Dec. Lei 2.627/40, mantido em vigor pela Lei. 6.404/76 e compatível com o Código Civil de 2002, artigo 1.126<sup>29</sup>:

“São nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração”.

O revogado Art. 171, I da Constituição de 1988 tinha redação compatível com o texto do Dec. Lei 2.627/40 (“...que tenha sua sede e administração no País”), o que milita pela recepção do dispositivo ordinário, e sua subsistência após a Emenda no. 6<sup>30</sup>. Assim, aparentemente, deu-se uma retrogradação do conceito jurídico de nacionalidade das pessoas jurídicas de fins econômicos, de sede constitucional para o nível de lei ordinária.

Uma questão se põe, desta maneira: esta regra geral não pode ser excepcionada por outros diplomas legais<sup>31</sup>?

Como nota Celso Ribeiro Bastos, à luz do regime anterior à Constituição de 1988, agora retomado:

“Não se excluía a possibilidade de conferir-se um tratamento especial, tanto do ponto de vista da ordem cambial e fiscal quanto creditícia, toda vez que as aludidas sociedades nacionais contassem com a participação relevante de capital estrangeiro”<sup>32</sup>.

Este “tratamento especial” resultaria seja de definições de nacionalidade das pessoas jurídicas para *fins determinados*, seja pela aplicação do conceito de isonomia

---

29 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, Palavras sobre a nacionalidade da pessoa jurídica no exterior, encontrado em [http://www.conjur.com.br/2007-set-17/palavras\\_nacionalidade\\_pessoa\\_juridica\\_exterior](http://www.conjur.com.br/2007-set-17/palavras_nacionalidade_pessoa_juridica_exterior), visitado em 3 de junho de 2013. Vide igualmente Alberto Xavier, A Distinção entre Sociedades Nacionais e Estrangeiras para Efeitos Societários, Fiscais e Cambiais, Boletim de Estudos Jurídicos do Investimento Internacional, v. 12 p.80; Problemas Jurídicos das Filiais de Sociedades Estrangeiras no Brasil e de Sociedades Brasileiras no Exterior, RDM, v. 39, p. 76. José Alexandre Tavares Guerreiro, Subsidiárias, filiais e representantes de sociedades estrangeiras, in Estudos Jurídicos sobre investimento Internacional, RT, p. 139. Aurélio Agostinho da Bôaviagem, A nacionalidade das pessoas jurídicas na Constituição, in A nova Constituição e o Direito Internacional, Freitas Bastos, 1987, p. 189. Celso Ribeiro Bastos, op.cit., p. 43. Barbosa Lima Sobrinho, A nacionalidade da Pessoa Jurídicas, Ed. Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1963. Jacob Dolinger, Direito Internacional Privado, Renovar, p. 405; A Sociedade Anônima Brasileira - Critério Determinador de sua Nacionalidade, RDM v.23, p.65. Luiz Mélega, Nacionalidade das Sociedades por Ações, RDM v.33, p. 127. Fábio Nusdeo, A Empresa Brasileira de Capital Nacional: Extensão e Implicações do art.171 da Constituição Federal, RDM v. 77, p. 15. Alfredo Ruy Barbosa, A Nacionalidade das Empresas, Revista Brasil Mineral, no. 76, p.13.

30 Note-se que Celso Ribeiro Bastos, no tocante ao conceito de empresa brasileira de capital nacional fixada pela Lei. 7.232/84, considerou a definição ordinária como revogada pelo texto do art. 171, eis que a ele se contrapunha. Não este é o caso do art. 60 do Dec. Lei 2.627/40. A diferença entre o texto constitucional, ora revogado, e o da lei ordinária, que temos por subsistente, é entre as expressões “sede da administração” (Dec.Lei 2627/40) e “sede e administração” (art. 171 CF/88), o que não parece senão constituir-se em variantes de expressão do mesmo conceito jurídico. Entende Fabio Nusdeo, op.cit.p. 16, que a redação da Constituição e do decreto lei era “virtualmente idêntica”.

31 A nacionalidade das pessoas jurídicas é fixada pelo Dec.lei 2627/40 em termos genéricos, valendo para as demais sociedades civis e comerciais.Vide Haroldo Valladão, Direito Internacional Privado, Freitas Bastos, 1980, p. 448, Jacob Dolinger, op.cit., p. 421. Definições são ainda encontradas no Código Bustamante, art. 18 e 19, e no art. 11 da LICC.

32 Op.cit., p. 43.

levando em conta as desigualdades entre as sociedades com e sem participação de capital estrangeiro <sup>33</sup>.

### A possibilidade de nacionalidade funcional

Perante o Direito Internacional, ao contrário do que se fez ecoar junto aos legisladores constitucionais quando da apreciação da Emenda no. 6, é perfeitamente razoável a definição da nacionalidade de uma pessoa jurídica através do controle de seu capital. Com efeito, já dizia Haroldo Valladão:

“criou-se muito antes da 1a. Guerra Mundial, desde o Império e princípios da República e permaneceu no direito pátrio, uma orientação bem caracterizada, pelo critério de “controle” (...). Esse critério se caracteriza pela verificação da nacionalidade das pessoas naturais que têm o comando da pessoa jurídica, podendo assumir as formas de *controle da administração* ou *do capital* ou de ambos e podendo ir mais longe, abrangendo o *peçoal* da sociedade” <sup>34</sup>.

Não se imagine que a evolução do Direito Internacional tenha superado a admissibilidade de tal parâmetro. Diz Parry:

“The conclusion to be drawn might thus appear to be that in the sphere of the right of protection the test of nationality is control. Or, if it be not control, is substantial interest” <sup>35</sup>.

Tal entendimento, específico no que toca ao direito à proteção diplomática das pessoas jurídicas, compatibiliza-se perfeitamente com a regra básica em matéria de nacionalidade, expressa no caso *Nottenbohn*, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 1955 <sup>36</sup>, que vem a ser o de *contacto funcional* e não o de ligação formal, especialmente no caso em que esta vem a apresentar-se como instrumento de fraude à lei ou desatendimento ao interesse público.

Diz Brownlie:

---

33 “... Quando a Assembléia Nacional Constituinte se reuniu para elaborar a nova Constituição, o conceito de empresa brasileira ensejou calorosos debates, principalmente na Comissão Afonso Arinos. Àquela época, tramitava um Anteprojeto, proposto por Barbosa Lima Sobrinho, o qual conceituava empresa brasileira como sendo aquela cujo controle de capital pertencesse a brasileiros, devendo ser sediada no território nacional, que seria o centro de suas decisões. As correntes divergentes chegaram a um consenso. Admitiram, no revogado art. 171 da Constituição, a existência de: a) empresas brasileiras; b) empresas brasileiras de capital nacional e; c) empresas estrangeiras. Somavam-se, às últimas, as multinacionais e as transnacionais...” (BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 1176).

34 Op.cit., p. 449. Note-se que, pelo Código de Bustamante, art. 9, cabe a cada país definir a nacionalidade de suas pessoas jurídicas.

35 Nationality and Citizenship Laws, p. 141, apud Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Clarendon Press, Oxford, 1990.

36 ICJ Reports (1955), 4. Não nos escapa a atenção de que, no caso *Barcelona Traction*, o acórdão da CIJ recusou expressamente a aplicação do princípio *Nottenbohn* num contexto em que se discutia a proteção diplomática das pessoas jurídicas. Mas vide Brownlie, op.cit, 488, que além de apontar a preponderância no estado do Direito Internacional Público pela solução *Nottenbohn*, ainda diz: “However, the *Nottenbohn* principle is essentially the assertion that in referring to institutions of municipal law, international law has a reserve power to guard against giving effect to ephemeral, abusive and simulated creations”. Quanto ao *Barcelona Traction*, vide Sainer e Vagts, *Transnational Legal Problems*, Foundation Press 1989, p. 262-282.

“First, the nationality must be derived either from the fact of incorporation, i.e., creation as a legal person, within the given system of domestic law, or from various links including the centre of administration (*siège social*) and the national basis of ownership and control. Secondly, the content of the nationality tends to depend on the context of the particular rule of law involved: nationality appears more a functional attribution or tracing and less as a formal and general status of the kind relating to individuals”<sup>37</sup>.

Como concluiu recentíssimo estudo comparativo sobre o regime de investimento estrangeiro, *virtualmente todas as leis nacionais que regulam o capital estrangeiro* definem o investimento estrangeiro com base no controle de voto, controle da administração, ou controle por qualquer outro meio, direto ou indireto. A simples definição da empresa com base em sua nacionalidade formal é, para o direito comparado, uma anomalia<sup>38</sup>.

Entre nós, o magistério de Fábio Konder Comparato chegou a idêntica conclusão, após rejeitar o critério de controle como parâmetro geral de atribuição de nacionalidade:

“Fora do terreno do sobredito, no entanto, quando se trata, por exemplo, de saber se determinadas franquias são atribuíveis a estrangeiros, segundo a lei nacional, o fato do controle é de utilização mais prestadia”<sup>39</sup>.

Não é possível igualmente esquecer que, com base em interesses nacionais de várias espécies, desde a proteção aos investidores até a segurança nacional, o controle tem sido reiteradamente utilizado como elemento de conexão nacional, *para determinadas funções*<sup>40</sup>. Como narra José Carlos de Magalhães:

“Os Estados Unidos, tradicionalmente adeptos do critério da nacionalidade da pessoa jurídica segundo o local de sua constituição, considerou preponderante a nacionalidade dos acionistas, quando o México expropriou as empresas de petróleo controladas por norte-americanos<sup>41</sup>.

---

37 Op.cit., p. 422.

38 Michael Geist, Toward a General Agreement on the Regulation of Foreign Direct Investment, 26 Law & Pol’y Int’l Bus. 653 (1995), op.cit., p. 708. Carreau, Flory e Juillard, op.cit., p. 583, avaliando a complexa decisão da Corte Internacional de Justiça no caso Barcelona Traction: “elle amène à se demander si (...) la Cour internationale de justice, volontairement ou involontairement, n’aboutit pas à mettre en évidence le caractère irremplaçable, que joue le critère du controle”.

39 O poder de controle na sociedade anônima, RT, 1976, p. 387.

40 Não se pode deixar de lembrar, neste passo, o famoso caso Fruehauf, in Juris-Classeur Périodique Vol. II, 14.274-bis; RTDC, 1965, pag. 631, no qual os administradores da subsidiária francesa do grupo solicitaram - e obtiveram - intervenção judicial em sua própria empresa, para deixar de cumprir determinação do Governo Americano, proibindo exportação dos produtos da fábrica francesa para a China Continental. Vide, a respeito do caso, Fábio Konder Comparato, O poder de Controle na Sociedade Anônima, 2a. Ed., pg. 287 e, especialmente, Lebedoff e Raievski, A French Perspective on the United States Ban on the Soviet Gas Pipeline Equipment, 18 Texas International Law Journal, 483 . Na questão do gasoduto soviético, na qual se celebrou em particular o chamado caso Dresser, um tribunal holandês chegou a declarar especificamente a interferência americana junto a pessoas jurídicas estrangeiras, alegando o interesse de regulação econômica ou de segurança nacional, como contrária ao Direito Internacional Público. Vide Small, Managing Extraterritorial Jurisdiction Problems: the United States Government Approach, 50 Law & Contemp.Probs., 283, 286 (1987). James R. Atwood, The Export Administration Act and the Dresser Industries Case, 15 Law & Pol’y Int’l Bus. 1157 (1983); Daniel Marcus, Soviet Pipeline Sanctions, 15 Law & Pol’y Int’l Bus. 1163; Jerome J. Zaucha, The Soviet Pipeline Sanctions, 15 Law & Pol’y Int’l Bus. 1169.

41 Op.cit., p.192.

Em importantíssima norma internacional, em vigor no Brasil, a noção de controle e de propriedade sobre o capital é elemento de conexão para efeitos de atribuição de proteção legal. Com efeito, o GATS (acordo sobre serviços no âmbito da Organização Mundial de Comércio, em vigor a partir de 1/1/95)<sup>42</sup> considera como sujeito à proteção internacional, **em favor do país dos proprietários ou controladores**, os serviços prestados em outro país por empresa “de capital estrangeiro”, seja ou não *nacional* do país onde o serviço é prestado.

É o que resulta do Art. 28 do GATS:

Art.28 - Para fins do presente Acordo:

(...)

m) "pessoa jurídica de outro Membro" significa qualquer pessoa que:

i) esteja constituída ou organizada de outro modo segundo a legislação daquele outro Membro e desenvolva operações comerciais substantivas no território daquele Membro ou de qualquer outro Membro;

ou

ii) no caso da prestação de um serviço via presença comercial, seja propriedade ou esteja sob controle de:

1 - pessoas físicas daquele outro Membro; ou

2 - pessoas jurídicas daquele outro Membro identificado na alínea "i" anterior.

n) uma pessoa jurídica é:

i) "propriedade" de pessoas de um Membro se mais de 50 por cento de seu capital social pertence de pleno direito a pessoas deste Membro;

ii) "controlada" por pessoas de um Membro se estas pessoas tiverem a capacidade de nomear a maioria de seus diretores ou dirigir de outra forma suas operações;

iii) "coligada" ("affiliated") de uma outra pessoa se controlar esta outra pessoa ou for por ela controlada; ou quando ambas são controladas por uma mesma pessoa.

*Para efeitos da aplicação do GATS, assim, a empresa sob a forma de pessoa jurídica - independente da sua nacionalidade segundo a lei do país onde o serviço é prestado - passa a ser considerada *pessoa jurídica de outro Estado Contratante* para os exclusivos fins do acordo<sup>43</sup>.*

---

42 Dec. 1.355/94. Quanto ao GATS, vide Thomas Brewer, *International Investment Dispute Settlement Procedures*, 26 *Law&Pol'y* 633 (1995); Mary Footer, *The International Regulation of Trade in Services Following Completion of the Uruguay Round*, 29 *The International Lawyer* 453 (1995). Note-se que no art. 25,II,b) da Convenção de Washington de 18 de março de 1965 sobre Solução de Divergências Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Países, o controle é igualmente parâmetro para definir o escopo de proteção convencional. Vide Jacob Dolinger, *op.cit.*, p. 416.

43 A consequência da equiparação entre a pessoa jurídica estrangeira e de capital estrangeiro é que esta, embora nacional, passa a ser objeto de tratamento nacional e MFN, na proporção em que o respectivo serviço tenha integrado a pauta consolidada. Assim, uma vez que o serviço seja incluído na pauta, o controle ou propriedade estrangeira do capital passa a ser uma garantia de isonomia, por força de ato internacional (CF/88, art. 5o. Parágrafo único). Além da fronteira da doutrina Nottenbohn (aplicável quando a nacionalidade seja resultado de procedimento legal de efeitos efêmeros, abusivos ou simulados, na fórmula de Brownlie) o GATS supõe uma nacionalidade funcional como regra normal.

Vê-se, assim, que em matéria de nacionalidade das pessoas jurídicas estão intimamente ligados os conceitos de *nacionalidade funcional* e de controle ou interesse substancial. A ideia de que uma situação jurídica pode ser sobredeterminada por sua função, especialmente na questão da fruição de direitos, é de outro lado pacífica no contexto constitucional brasileiro. Não o fosse, aliás, o Art. 28 do GATS teria sua admissão vedada no sistema jurídico nacional.

Sem prejuízo do princípio da isonomia constitucional, e sempre que justificável à luz do Art. 172, parece-nos assim perfeitamente possível, no contexto direito constitucional vigente, a atribuição de nacionalidade funcional às pessoas jurídicas em função da *disciplina do capital estrangeiro*, à par da definição genérica do Art. 60 do Dec. Lei 2627/40. Estava presente, aliás, tal fato ao legislador constitucional ao votar a Emenda no. 6<sup>44</sup>.

### **A questão da isonomia**

Como já se enfatizou anteriormente, a regra fundamental sob a Constituição é da igualdade jurídica dos agentes econômicos colocados em situações idênticas, uma vez tenham sido admitidos ao espaço econômico nacional<sup>45</sup>.

O acesso de todos às oportunidades ensejadas pelo Poder Público está garantido, genericamente, pelo Art. 5o., *caput* da Constituição, segundo o chamado princípio da isonomia. Assim, salvo alguma exceção também de base constitucional, não é possível estabelecer distinções ou preferências que importem em *discriminação injustificada* entre brasileiros e estrangeiros residentes no País.

#### Conteúdo jurídico do princípio da igualdade

A igualdade, como é óbvio, não implica em igualar desiguais, e - na fórmula absolutamente precisa de Aristóteles - não há desigualdade quando desiguais são tratados na proporção da desigualdade existente entre eles<sup>46</sup>. Diz Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>47</sup>:

---

44 Correspondência do Senador Roberto Freire à Associação Brasileira de Empresas de Química Fina e Biotecnologia (ABIFINA), datada de 8/6/95: "no momento em que a matéria for desconstitucionalizada, ou seja, retirada da Constituição, não haverá mais nenhum obstáculo a que uma lei ordinária, como a própria Exon-Florio citada pelo senhor, seja aprovada para regulamentar o assunto".

45 Sobre a questão, vide BARBOSA, Denis Borges. Princípio da Não Discriminação (no Direito da Propriedade Intelectual). In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka; Flavio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, v. 1, p. 876-915.

46 A política, Livro III, xii.

47 O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, RT 1978, p. 24

"as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com os interesses prestigiados na Constituição".

Tal critério não escapou a Hely Lopes Meirelles exatamente ao avaliar as discriminações compatíveis em face da regra isonômica infraconstitucional da Lei 4.131/62:

“Observe-se que nem a Lei 4.728, de 14.7.1965, que abriu exceção ao princípio da isonomia entre os capitais nacional e estrangeiro, foi tão drástica, pois, ao permitir que o Banco Central do Brasil possa estabelecer limites de acesso ao sistema financeiro do País, para as empresas que tenham maior facilidade de recurso ao mercado internacional de capitais, estabeleceu três condições, a saber:

- a) que haja desequilíbrio no balanço de pagamentos;
- b) que essa situação seja reconhecida oficialmente pelo Conselho Monetário Nacional;
- c) que, em razão daquele fato e desse reconhecimento, o referido Banco seja levado a adotar medidas gerais de contenção ao crédito (Art. 22).

Além do mais, o legislador partiu da presunção de que as empresas destinatárias dessa norma (filiais de empresas estrangeiras e empresas nacionais cujo capital pertença integral ou majoritariamente a pessoas radicadas no exterior, como esclarece o § 1º do Art. 22 da Lei 4.728/65) têm maiores facilidades que suas congêneres genuinamente nacionais para obter recursos no mercado internacional (cf. Atila de Souza Leão Andrade Júnior, obra cit., pp. 53 e segs.), o que se nos afigura, sem sombra de dúvida, razão suficiente para a referida exceção, ainda mais que, estimulando a entrada de mais capital estrangeiro, afina-se com os objetivos da Lei 4.131/62”<sup>48</sup>.

O exemplar critério seguido aqui por Hely, avaliando não só a *correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial e a diferença de tratamento, mas também o interesse público pertinente, está aliás em sintonia com a melhor doutrina. Diz Fábio Nusdeo, no tocante ao entendimento jurídico preponderante **antes** da constitucionalização do conceito de empresa nacional:

“Sustentaram alguns, durante muito tempo, ser inaceitável pudesse vir o legislador ordinário diferenciar as sociedades brasileiras com base na origem de seu capital ou no exercício efetivo do poder de controle sobre elas, já que constitucionalmente todas as sociedades seriam iguais perante a lei. Por outro lado, a corrente dominante e que acabou por assentar a praxe constitucional neste campo entendia que, não sendo vedada expressamente pelas constituições então vigentes, a distinção entre ambas as espécies de empresas e dado o caráter relevante do critério adotado para diferenciá-las - a origem do

---

48 Estudos e Pareceres, v. VI, p. 47.

capital e do controle - poderia a lei ordinária ou o próprio regulamento dar-lhes tratamento distinto para fins de política econômica nacional”<sup>49</sup>.

### Isonomia no Direito Internacional

A jurisprudência dos tribunais internacionais em matéria de isonomia quanto ao tratamento de *direitos humanos e liberdades fundamentais* parece bastante assente no tocante ao conceito jurídico de isonomia, distinguindo-se a discriminação ilegal das *medidas razoáveis de diferenciação*, ou seja, da discriminação justificada. Não se admite, no Direito Internacional Público, que a aplicação da isonomia resulte em um “conceito mecânico de igualdade”<sup>50</sup>.

Na construção jurisprudencial, três são os requisitos para a justificação de tratamento diferenciado:

- a) a distinção deve ter uma base objetiva;
- b) os meios empregados para estabelecer o tratamento diferenciado têm de ser proporcional às razões para a diferenciação
- c) O terceiro requisito, de caráter processual, é que a prova de que a diferenciação é justificada incumbe a quem alega a exceção ao princípio da igualdade; como, de resto, é natural em matéria de direitos humanos e liberdades fundamentais<sup>51</sup>.

Já no plano do *direito de acesso do capital estrangeiro*, o princípio regente é da soberania econômica dos Estados. A regra de não discriminação só existe quando explicitada, e nos estritos termos em que o é. Diz Georg Schwarzenberger:

“In the absence of bilateral and multilateral treaty obligations to the contrary, international Law does not ordain economic equality between the States nor between their subjects. Economic sovereignty reigns supreme. It is for each subject of international Law to decide for itself whether and, if so, in which form, it desires to grant equal treatment to other States and their subjects or give privileged treatment to some and discriminate against others”<sup>52</sup>.

Não há, assim, de se presumir a aplicação de um Direito Natural à não discriminação em matéria de investimentos internacionais<sup>53</sup>. O que há de não discriminação é o que está escrito nos tratados relevantes<sup>54</sup>.

---

49 Op.cit., p. 18. Quanto às distinções residentes em regulamento, entendo excessiva a posição de Nusdeo.

50 Brownlie, op.cit., p. 599. Carreau, Flory e Juillard, op.cit., p. 634 perfazem um interessante distinção entre igualdade in abstracto e igualdade in concreto, aquela a perseguida pelos países investidores, e esta pelos países receptores de investimento.

51 Brownlie, op.cit., p. 599.

52 Equality and Discrimination in International Economic Law, 25 Yearbook of International Affairs, 163 (1971). Veja-se, no segundo volume deste livro, a questão da aplicação do princípio de discriminação no contexto da OMC, onde voltamos a estes mesmos pontos.

53 Voltando a Schwarzenberger: "The economic interests of States made short work of natural-law fallacies. Writers have asserted freedom of commerce or navigation as natural rights and deduced such rights from any principles they cared to adopt as the starting points of their arguments. Yet, unless they were quick to reduce their claims to imperfect rights, they merely served to lend a spurious respectability to untenable claims". The Principles and Standards of International Economic Law,



### Abrangência da isonomia

Note-se aqui a dicção da Constituição: não se tutela, pelo menos em sede constitucional, a igualdade dos estrangeiros não residentes <sup>55</sup>.

Diz Hely Lopes Meirelles, num parecer cuja ementa é "Não afrontam a Constituição Federal as medidas de favorecimento à marinha mercante nacional, em detrimento da estrangeira":

"Considerando que a Constituição da República só impõe tratamento igualitário entre brasileiros e estrangeiros **aqui residentes** (...) (Grifo do original) <sup>56</sup>.

Assim, a igualdade entre investidores estrangeiros não residentes e brasileiros só existe no que a lei ordinária deferir, e deixará de existir quando tal lei deixar de vigorar.

Outra coisa é a igualdade entre empresas brasileiras de capital nacional ou não nacional, que recebem igual proteção, *quando em situação semelhante*, a não ser naquilo que a Constituição distinguir. Na redação original da Constituição de 1988, agora modificada pela Emenda no. 6 de 15 de agosto de 1995, havia, assim, dois níveis de distinção: entre as empresas sediadas ou não no país, e entre empresas de capital nacional e as que não são assim classificáveis.

Sobre o regime anterior à Constituição de 1988, dizia Hely Lopes Meirelles <sup>57</sup>:

"Não se nega também que normas administrativas para a contratação de obras ou serviços, ou para a aquisição de bens destinados ao serviço público, possam distinguir e dar preferência a empresas nacionais em relação a estrangeiras. O que não podem, insistimos, é distinguir e discriminar entre as nacionais, assim consideradas tanto as que se organizam com capitais e sócios exclusivamente brasileiros, quanto as que se formam segundo nossas leis, com sede no Brasil, mas com participação de estrangeiros, radicados ou não no País (...)"

Após tal emenda constitucional, suprimiu-se a quebra de isonomia entre brasileiros (empresas, ou, mais precisamente, pessoas jurídicas brasileiras de fins

---

117 Recueil des Cours, 1,12, 14 Academia de Direito Internacional de Haia, 1966. Não se pode deixar de lembrar que também a Lei da Boa Razão do Marquês de Pombal proibia o uso de Direito Natural ou Romano em matéria comercial.

54 Igualmente não aproveita à elaboração da aplicação da isonomia em matéria de investimento estrangeiro o parâmetro de discriminação legal deduzido no Direito Constitucional Americano para o investimento interestadual, através da aplicação da commerce clause, num contexto jurídico o qual presume uma unidade nacional, uma submissão a um poder central. Vide, no segundo volume deste livro, o capítulo referente à aplicação dos acordos da OMC à propriedade intelectual.

55 Em contrário, em especial quanto aos direitos e garantias fundamentais, J. Cretella Júnior em seus Comentários à Constituição - 1988 (pag. 179/180), Pinto Ferreira, Comentários à Constituição Brasileira, págs. 59/60), Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição Brasileira pág. 4.

56 Estudos e Pareceres, v. VIII, p. 175.

57 Nos seus Estudos e Pareceres, Vol. VI, Ed. RT 1982.

econômicos) prevista no Art. 171 § 2o. em sua versão original, mas persiste intacta a regra de alcance constitucional da isonomia: só há igualdade constitucional entre brasileiros e estrangeiros aqui residentes. Não entre brasileiros e estrangeiros não residentes.

Enfatize-se que tal igualdade, porém, não é vedada pelo texto constitucional. Pode ser estabelecida pela lei ordinária ou pela norma internacional, admitida no Direito Brasileiro<sup>58</sup>. Tal norma internacional, no entanto, será fruto de tratado específico:

“Conversely, the rules of international law authorize at least a measure of discrimination, for example in matters of taxation and exchange control<sup>59</sup>. States receiving foreign investment have long sought means of assimilating the foreign investor and their own nationals, and in treaties they seek to establish a standard of equal treatment or reciprocity<sup>60</sup>”.

Como já visto, perante o Direito Internacional Público, conquanto o parâmetro de igualdade quanto aos direitos humanos tenha sido adotado progressivamente a partir de 1945<sup>61</sup>, não se estende o dever de igualdade ao direito de acesso do investimento estrangeiro<sup>62</sup>.

### Isonomia e pessoas jurídicas

Durante as discussões no Congresso Nacional que levaram à Emenda Constitucional no. 6, muito se arguiu quanto ao alcance do princípio isonômico do Art. 5o. do texto vigente: a equiparação se restringe às pessoas naturais, ou alcança também as pessoas jurídicas?

Disse Hely Lopes Meirelles:

“O princípio da isonomia inscrito como direito fundamental no § 1º do Art. 153 da Constituição da República, embora subordinado à rubrica “Dos Direitos e Garantias

---

58 Note-se que Pontes de Miranda, em seus Comentários à Constituição de 1969, à margem do art. 153 § 1o., entende - sem qualquer argumento, em um jurista famoso por sua superior argumentação - que o direito de propriedade em favor do estrangeiro tem proteção constitucional, e não só legal; e o STF seguiu em decisão única, apressada e isolada a opinião de Pontes no RE 33.859 BA, RTJ 3/566 (1957).

59 Brownlie, op.cit., p. 525.

60Id.ib., p. 546.

61 Brownlie, op.cit., p. 598. Também neste contexto, foi determinante o caso Barcelona Traction.

62 Note-se que tal conclusão não é inteiramente tranquila: em reunião da seção brasileira da American Bar Association, Alberto Xavier argumentava, em prol da tese de que a igualdade constitucional abrangia os estrangeiros não residentes, a tradição da garantia do habeas corpus, reiteradamente atribuída a tais estrangeiros. Data maxima venia do ilustre jurista, o argumento não é aplicável, e isto por três razões:a) com ser constitucional, a garantia é também expressa em lei ordinária, em sede da qual não se excepciona o estrangeiro não residente; a questão é que a lei poderia fazê-lo, sem afrontar a Constituição; b) a proteção da liberdade de ir e vir consiste num das garantias previstas em tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, por exemplo, o de proteção de Direitos Humanos de San Juan, atendendo assim ao art. 5o. parágrafo único, da Constituição; c) tal proteção possivelmente atenderia ao princípio dos minimal standards, ou da obrigação de evitar a denegação de justiça, parâmetros gerais (embora não pacíficos) do Direito Internacional não legislado.

Individuais”, estende-se também às pessoas jurídicas, pois, como adverte Ferreira Filho: “... os direitos das pessoas jurídicas, são mediadamente direitos de pessoas físicas, sócias ou beneficiárias de sua obra. Por via de consequência, despir de garantia os direitos das pessoas jurídicas significa desproteger os direitos das pessoas físicas. Por outro lado, a própria Declaração reconhece às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível desvesti-las de todos os seus demais direitos (...). Dessa forma, parece que os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros, pessoas físicas, os direitos das pessoas jurídicas brasileiras” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo, 1975, III/79; no mesmo sentido, Egberto Lacerda Teixeira, A Nacionalidade e as Sociedades Comerciais no Brasil e no Estrangeiro, RT 420/20)”<sup>63</sup>.

Para este autor, não haveria dúvidas quanto à extensibilidade do princípio às pessoas jurídicas. Juristas há que chegam a alvitrar a concessão às pessoas jurídicas da *totalidade* das garantias e liberdades constitucionais<sup>64</sup>; outros, numa posição mais moderada, entendem que *alguns* dos dispositivos do Art. 5o. da Constituição de 1988 se aplicam às pessoas jurídicas<sup>65</sup>, dentre eles, sem a menor dúvida, o da isonomia.

Quanto ao ponto, vale a ponderação de Pontes de Miranda:

“Sofismas desleais pretenderam que a regra jurídica constitucional, ao falar de Brasileiros e estrangeiros residentes, também se referisse às pessoas jurídicas brasileiras e estrangeiras, de jeito que todos os parágrafos protegeriam pessoas físicas e pessoas jurídicas. De modo nenhum. (...)”<sup>66</sup>

Não parece, porém haver controvérsias quanto à aplicação da isonomia às pessoas jurídicas - dentro dos pressupostos gerais do que é isonomia<sup>67</sup>.

Note-se, neste contexto, que a igualdade constitucional, ao abranger pessoas jurídicas e os “estrangeiros residentes no país”, afetaria igualmente as *pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no país*<sup>68</sup>, ou seja, os estabelecimentos, localizados no território nacional, das pessoas jurídicas estrangeiras<sup>69</sup>.

---

63 Estudos e Pareceres, Vol. VI, Ed. RT 1982, op.cit., p. 46.

64 Pinto Ferreira, Comentários à Constituição de 1988, Saraiva, 1989, p.60.

65 José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 172; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição, p. 5.

66 Comentários à Constituição de 1967, vol. VI, p. 695.

67 Vide, no entanto, da mesma correspondência do Senador Roberto Freire à Associação Brasileira de Empresas de Química Fina e Biotecnologia (ABIFINA), datada de 8/6/95: “o art. 5o. da Constituição Federal que trata do princípio da isonomia, dos direitos e deveres individuais e coletivos, refere-se à pessoa física (cidadania) e não à jurídica (empresas).”

68 Na forma do art. 60 do Decreto Lei 2.627/41. Não se entenda, de nenhuma forma, a abrangência da isonomia quanto aos agentes, representantes, escritórios de representação, outros que o efetivo estabelecimento no País da própria pessoa jurídica estrangeira, autorizado por ato do Presidente da República.

69 Vide Alberto Xavier, Problemas Jurídicos das Filiais de Sociedades Estrangeiras no Brasil, op.cit.

## O fim das “empresas brasileiras de capital nacional”

Como dissemos pouco acima, na redação original da Constituição de 1988, agora modificada pela Emenda no. 6 de 15 de agosto de 1995, havia uma distinção não isonômica entre as “empresas brasileiras de capital nacional” e as que não são assim classificáveis. Com a revogação do Art. 171 da Constituição, a distinção desaparece, e não cabe excetuar a aplicação do princípio constitucional isonômico no tratamento das pessoas jurídicas nacionais <sup>70</sup>.

Para determinar os efeitos da revogação, é preciso primeiramente perceber quais os efeitos de sua aplicação, quando em vigor.

Como visto, a definição constitucional do revogado Art. 171 tinha três propósitos <sup>71</sup>:

- a) garantir *proteção temporária* às empresas brasileiras de capital nacional, com a finalidade específica de desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis para o desenvolvimento econômico do país (Art. 171, § 1º, I). A tais empresas poderiam ser estabelecidas condições especiais, no alcance da norma constitucional.
- b) garantir *proteção permanente aos setores imprescindíveis para o desenvolvimento tecnológico nacional*. Para tanto, impôs dois requisitos suplementares às empresas brasileiras de capital nacional: 1) O primeiro era a existência de controle nacional sobre as atividades tecnológicas das empresas brasileiras, definido como o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia. 2) O segundo, era, caso o prescrevesse a lei ordinária, exigir percentuais de participação no capital das empresas brasileiras de capital nacional de pessoas naturais domiciliadas e residentes no País ou entidade de Direito Público Interno (Art. 171 § 1º, II).
- c) garantir *preferência para fornecimento ao Poder Público* <sup>72</sup>.

---

70 No entendimento de KARKACHE, Sérgio, Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, 2009, encontrado em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/18232/DISSERTACAO.pdf?sequence%3D1>, visitado em 3 de junho de 2013, o tratamento do art. 171 teria sido preservado, em parte, pela aplicação do favorecimento à empresa de pequeno porte.

71 Outro propósito seria, ainda, a preferência do art. 170, IX, quanto às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Aliás, Eros Grau, op.cit., p. 266, nota que o art. 171 teria criado quatro categorias de empresa brasileira de capital nacional, e não uma, cada um deles vinculado a um propósito específico.

72 Quanto a esse tema, que por sua extensão excede aos limites deste artigo, vide BARBOSA, D.B. e TÁPIAS, Mariana L., Preferências nas licitações, in BARBOSA, D.B., Org., Direito da Inovação, 2a. Edição, Lumen Juris, 2011, p. 250 e seguintes; igualmente, o parecer do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello sobre a questão, encontrado em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-CELSO%20ANTONIO%20BANDEIRA%20MELLO.pdf>, visitado em 3 de junho de 2013. Vide também as mudanças da norma de licitações a partir da Lei 12.349/2010, a qual, entre outros elementos, introduz a possibilidade de distinção objetiva entre bens e serviços, através as seguintes definições introduzidas na Lei de Licitações: “XVII - produtos manufaturados nacionais - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou regras

### Efeito do revogado Art. 171 da Constituição sobre a legislação ordinária

Pela constitucionalização da definição de empresa nacional, a Constituição de 1988 não fez mais do que assimilar a definição da lei ordinária, aplicável ordinariamente em Direito Privado. Seus efeitos foram os seguintes:

a) instantaneamente revogar todos os dispositivos que definissem a “empresa brasileira” *com o propósito de atribuir tratamento privilegiado às sociedades de capital nacional*<sup>73</sup>, em divergência com o parâmetro constitucional, assim como impedir que exurgisse legislação inferior contraditória a este. Disse Celso Ribeiro Bastos, quanto à ordem jurídica após a Constituição de 1988:

“Esta constitucionalizou a matéria, definindo com a supremacia própria do Direito Constitucional os requisitos e elementos que hão de constar das duas modalidades de empresa que cria (empresa nacional e empresa brasileira de capital nacional). Ao assim fazer, a Lei Maior repelia as definições com ela contrastantes. E mais do isto, passou a proibir que, doravante, sejam criados outras modalidades de empresa, levando em conta o mesmo critério”<sup>74</sup>.

b) Um segundo efeito, típico da aplicação do Art. 171 às licitações públicas, num contexto de constitucionalização da regra licitatória através do Art. 37, XXI (como um contexto de *igualdade estrita*, e não só de isonomia) , foi de impedir a discriminação dos licitantes *com base no controle de capital*, exceto pela aplicação do agora revogado Art. 171 § 2o. da Constituição<sup>75</sup>.

c) O terceiro efeito seria o de determinar que a proteção às empresas de capital nacional só pudessem ser *de caráter temporário*, incompatibilizando-se assim com toda a legislação que, desigualando empresas nacionais em sua atuação no plano interno, por exemplo denegando acesso a produtos importados a empresas de capital não nacional, o fizessem sem prazo determinado.

O revogado Art. 171, ao entrar em vigor, não dispôs, porém sobre *o direito de acesso do capital estrangeiro*. Como já vimos, o dispositivo se voltava à empresa brasileira, ou seja, à pessoa jurídica beneficiária da regra de isonomia; em nenhuma de suas cláusulas o dispositivo constitucional vedava ou condicionava a entrada do investimento estrangeiro a qualquer requisito jurídico; nem impunha,

---

de origem estabelecidas pelo Poder Executivo Federal; XVIII - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo Federal;”

73 Pinto Ferreira, op.cit., p. 284.

74 Op.cit., p. 51. Vide, igualmente BARROSO. Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. in: Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas. p. 116. JURUENA, Marcos, Agências reguladoras e concorrência. Direito administrativo econômico. - 1ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2000, p. 160.

75 Fábio Nusdeo, op.cit., p. 28. Vide o capítulo, no segundo volume deste livro, relativo às licitações públicas.

ou vedava, que a lei ordinária dispusesse sobre o direito de entrada do capital estrangeiro <sup>76</sup>.

Sua atuação em face do investimento estrangeiro se dava, seja ao conceder proteção temporária ou permanente, seja ao garantir favorecimento nas licitações públicas, através de intervenção no espaço concorrencial, alterando em favor do capital nacional a situação natural nele prevalente. Em tal espaço, o investimento estrangeiro podia ter entrada livre - ou restrita, mas por outra legislação que não o Art. 171 da Constituição <sup>77</sup>.

Vale repetir o que diz Celso Ribeiro Bastos exatamente ao examinar a questão <sup>78</sup>:

“Com efeito, nunca faltou poderes à União para disciplinar a entrada do capital estrangeiro. A atual Constituição vai mesmo ao ponto de dizer que a lei incentivará o investimento [*sic; rector: o reinvestimento*] de capitais estrangeiros (Art. 172). Ao disciplinar a entrada desses capitais, a lei poderia direcioná-lo para aquelas áreas de maior interesse nacional. Até mesmo a vedação desses capitais em algumas áreas pode demonstrar-se como legítima. No, entanto, o preceito sob comento envereda por outro caminho. Prefere optar pela técnica de conceder proteção e benefícios para empresas brasileiras de capital nacional que satisfaçam os requisitos especificados”.

E o que aconteceu com a legislação que, tratando do direito de acesso do capital estrangeiro, o fazia sem se valer do conceito de “empresa brasileira de capital nacional”? Não se diga que deixou de haver recepção, por parte do Art. 171, desta legislação relativa ao direito de acesso do capital estrangeiro; o que houve foi *não incidência* da norma constitucional sobre o texto ordinário, por tratar de matéria diversa. Recepção houve, isto sim, pelo Art. 172 da Constituição, e recepção pacífica <sup>79</sup>.

---

76 Celso Ribeiro Bastos, op.cit., p. 57, via no art. 171 □ 1o., II, b), uma possível regra de capital nacional obrigatório em empresa brasileira que não a de capital nacional ; para fazê-lo, no entanto, cumpriu-lhe julgar que a redação do dispositivo estava defectiva, e, na redação que julgava correta, embora não conforme com o texto constitucional, atribuir um sentido restritivo.

77 Nem mesmo a política de informática, inspiradora e parâmetro do art. 171 da Constituição, nunca impediu a entrada ou manutenção de capital estrangeiro no setor. Os mecanismos utilizados (especialmente o controle de importação de equipamentos e componentes) reduziam a competitividade do capital estrangeiro importador, mas não impediam a fabricação local, ou a remessa de lucros. Não se nega o efeito econômico de restrição de oportunidades de mercado; enfatiza-se apenas que a questão não é de direito de acesso do capital estrangeiro. Vide, a propósito, o capítulo deste livro dedicado ao mecanismos de regulação do investimento.

78 Op.cit., p. 53

79 Celso Ribeiro Bastos, op.cit., p. 67. Note-se, a propósito, as distinções legais possíveis entre pessoa jurídicas operando no Brasil, como relatadas pelo Parecer 01/2008, da Advocacia Geral da União, no tocante ao investimento em bens imóveis: a) pessoas jurídicas brasileiras, com brasileiros detendo a maioria do capital social, b) pessoas jurídicas brasileiras com a maioria de seu capital social detida por estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou com sede no Brasil, c) pessoas jurídicas brasileiras com a maioria do capital social detida por estrangeiros, pessoas físicas, residentes no exterior, ou jurídicas, com sede no exterior e d) pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil”

### Efeito do revogado Art. 171 da Constituição quanto ao Art. 176 §2o

Secundariamente, a definição de “empresa brasileira de capital nacional” foi tomada de empréstimo, pelo também revogado Art. 176 § 2o., para fixar que a pesquisa e a lavra de recursos minerais estava reservado, no que tangia às pessoas jurídicas, a tais empresas.

Vimos que, após a entrada em vigor do Art. 171 do texto de 1988, e enquanto ele permaneceu vigente, em nada mudou a legislação que, agora à luz do texto do Art. 172 da Constituição, disciplinava, com base no interesse nacional, o acesso dos investimentos de capital estrangeiro. No caso, porém, do Art. 176 § 2o da Constituição, tínhamos uma inequívoca regulação de entrada de investimento, autônoma em face do Art. 171, a não ser pelo empréstimo conceitual, utilizando-se *para um instituto jurídico distinto* a mesma destinação normativa<sup>80</sup>.

Revogado pela Emenda no. 6, o dispositivo em questão levou, com ele, a única hipótese de utilização do conceito de empresa brasileira de capital nacional como restrição de acesso de capital estrangeiro. Aliás, tratado do art. 176, por *obiter dicta*, também o STF teria entendido restritos os efeitos da revogação do art. 171 da Constituição<sup>81</sup>.

### Efeitos da revogação do Art. 171 da Constituição

Eliminada do texto constitucional pela Emenda no. 6/95, a norma do Art. 171 cessa de ter os efeitos que antes tinha, sem que de sua revogação se possa depreender uma assombração hamletiana da lei extinta em áreas que, quando em vida, jamais frequentou. Não se espere que, através da mutação constitucional, o

---

80 Note-se que a única utilização do conceito de “empresa nacional”, tout court, em todo texto da Constituição de 1988 é o do art. 44 do ADCT, exatamente para garantir às empresas de mineração não abrangidas pelo art. 176 uma grandfather clause.

81 “Em princípio, a medida provisória impugnada não viola o art. 246 da Constituição, tendo em vista que a EC 6/1995 não promoveu alteração substancial na disciplina constitucional do setor elétrico, mas restringiu-se, em razão da revogação do art. 171 da Constituição, a substituir a expressão ‘empresa brasileira de capital nacional’ pela expressão ‘empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país’, incluída no § 1º do art. 176 da Constituição. Em verdade, a MP 144/2003 não está destinada a dar eficácia às modificações introduzidas pela EC 6/1995, eis que versa sobre a matéria tratada no art. 175 da Constituição, ou seja, sobre o regime de prestação de serviços públicos no setor elétrico. Vencida a tese que vislumbrava a afronta ao art. 246 da Constituição, propugnando pela interpretação conforme a Constituição para afastar a aplicação da medida provisória, assim como da lei de conversão, a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia. Medida cautelar indeferida, por maioria de votos.” (ADI 3.090-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-2006, Plenário, DJ de 26-10-2007.) No mesmo sentido: ADI 3.100-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-2006, Plenário, DJ de 26-10-2007.

Art. 171 passe a ter, na realidade jurídica, a eficácia totêmica que seus opositores lhe emprestavam <sup>82</sup>.

Os efeitos são, simplesmente, os seguintes:

a) Desconstitucionalizando-se o conceito de empresa nacional, remanesce o da lei ordinária, no caso, o do Art. 60 do Dec. Lei 2.728/40; e os que outras leis vierem a propor no futuro.

b) Extinta a as categorias específicas de empresas brasileiras, às quais se atrelavam benefícios e preferências determinadas, aplica-se às empresas brasileiras o princípio isonômico, na forma que ele se configura na Constituição da República; o que não significa atribuir-lhes igualdade mecânica.

Enganava-se, assim, o ilustre prolator do Parecer no. 231, de 13 de novembro de 1995, da Consultoria Jurídica do MCT, que indicou a aplicação da Emenda no. 6 ao setor de informática, ao emprestar à mudança constitucional uma extensão incompatível com o dispositivo revogado, quando em vigor:

“Induvidoso, pois, que a mens legis é a eliminação da distinção entre as empresas em razão da origem do seu capital.

(...)

1ª) a Emenda Constitucional nº 6/95, revogando in totum o Art. 171 da Constituição - e conseqüentemente extinguindo os conceitos de empresa brasileira e de empresa brasileira de capital nacional, bem assim a faculdade inserta no seu § 1º e a determinação contida no § 2º - instituiu um novo regime em que se inadmite a distinção entre empresas em função da origem do seu capital; restaurou, portanto, nesse particular, o regime igualitário entre as empresas e extirpou todos os privilégios que em decorrência dessa distinção podia legislação ordinária conferir;

2ª) de conseguinte, toda a legislação infraconstitucional, no que conceituava qualquer destas categorias de empresa, ou previa para elas, qualquer privilégio, restou derrogada, posto que incompatível com a nova ordem, não tendo sido, portanto, recepcionada;”

c) No tocante às licitações públicas, eliminou-se a preferência às empresas brasileiras de capital nacional.

Nem quanto ao direito de acesso do capital estrangeiro, nem quanto a incentivos e benefícios especiais a setores considerados estratégicos, a revogação não

---

82 "Determinado pela mesma emenda constitucional que revogou o art. 171, prevê tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Ora, a Carta Magna continua a determinar o que vem a ser uma empresa nacional, se não explicitamente, ao menos de forma indireta; aliada à vontade implícita do texto original, propicia uma boa margem de interpretação neste sentido, ou seja, pode-se concluir que para ser considerada brasileira a pessoa coletiva que atua em nosso país deve estar organizada juridicamente sob império da lei brasileira e ter sua sede social efetiva instalada em solo pátrio; mesmo que tal conclusão não se encontre literalmente esta disposição no texto constitucional." PAULS, Manfred, A nacionalidade e a lei aplicável à pessoa jurídica de direito privado. Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUCPR, 2005, encontrada em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008701.pdf>, visitada em 3 de junho de 2013.



produz quaisquer efeitos. A Exposição de Motivos no. 37/95, que encaminhou a proposta do que seria a Emenda no. 6, é explícita quanto ao ponto:

“5 - Note-se que as alterações propostas não impedem que a legislação ordinária venha a conferir incentivos e benefícios especiais a setores considerados estratégicos, inexistindo qualquer vedação constitucional nesse *sentido*”.

### **A posição oficial brasileira quanto ao direito de acesso**

Após o breve equívoco inicial <sup>83</sup>, o entendimento posterior da AGU pautou-se também na direção que prefiguramos.

O Parecer nº AGU/LA-01/97 da Advocacia Geral da União, publicado no DOU de 22.01.99 <sup>84</sup>, tratando da eventual revogação de dispositivos da Lei nº 5.709, de 07.10.71, que tratava de aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira da qual participem pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas, afirma a permanência da possibilidade legal de tratamento diferenciado do investimento estrangeiro. Em igual sentido, o Parecer 01/2008, da Advocacia Geral da União, aprovado pela Presidência da República e publicado dia 23 de agosto <sup>85</sup>.

A mesma posição é expressa pelo Parecer Nº AGU/LA-01/2000 (DOU de de 20.01.2000, Seção I, publicou, na página 2 e seguintes) sobre investimentos na Embraer.

---

83 Parecer CONJUR nº 231/95, de 13.11.95, e publicado no D.O.U. de 20.11.95, Seção I, págs. 18596/600, quanto à revogação dos arts. 5º e 7º da Lei nº 8.248/91, ressalta que após a Emenda Constitucional nº 6/95 "toda legislação infraconstitucional, que conceituava qualquer dessas categorias de empresas, ou previa para elas qualquer privilégio, restou derrogada, posto que incompatível com a nova ordem, não tendo sido, portanto, recepcionada".

84 A ementa deste normativo é: “Aquisição, por empresa brasileira de capital estrangeiro, do controle acionário de empresa com as mesmas características. Não recepção, pela Constituição de 1988, do § 1º do art.1º da Lei nº 5.709, de 1971. Desnecessidade, no caso, de autorização do Congresso Nacional, por inaplicável o §2º do art.23 da Lei nº 8.629/93”. Sobre a mesma matéria, e confirmando o entendimento quanto ao ponto que nos interessa, o Parecer AGU n. 181 – GQ, encontrado em [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8360&ID\\_SITE=](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8360&ID_SITE=), visitado em 3 de junho de 2013.

85 A ementa é “Aquisição de terras por estrangeiros. Revisão do Parecer GQ-181, de 1998, publicado no Diário Oficial em 22.01.99, e GQ-22, de 1994. Recepção do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, à luz da Constituição Federal de 1988. Equiparação de empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras.” No tocante ao tema deste estudo, diz o Parecer: “192. Assim, a possibilidade de restrição à aquisição e ao arrendamento de terras rurais, por pessoas jurídicas brasileiras controladas por estrangeiros não-residentes ou pessoas jurídicas não-sediadas no país decorre do que dispõe a análise sistêmica do texto constitucional. 193. Pontuada a divergência com o Parecer nº GQ 181, de 1998, o que está a toda evidência a demonstrar a necessidade de sua revisão, caso assim entenda o Vª Exª, há que se registrar a área de convergência quanto ao cerne, à essência da matéria. 194. Refiro-me à parte do mencionado parecer em que, interpretando o disposto no art. 172 da CF, entende o autor ser possível, no mérito, o estabelecimento, em lei, de disciplina aos investimentos estrangeiros, ao reinvestimento e à remessa de lucros, além daqueles casos em que a Constituição expressamente restringe a participação do capital estrangeiro. 195. Como visto, a divergência, ao menos a partir de 1998, consiste no entendimento sustentado neste Parecer quanto à recepção do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, tanto pela redação original da Constituição de 1988, quanto pela redação alterada em decorrência da promulgação da Emenda Constitucional nº 6, de 1995.” Constante de [http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=258351&ID\\_SITE=](http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=258351&ID_SITE=), visitado em 3 de junho de 2013. Tal parecer foi adotado pelo Parecer nº LA-01, aprovado em 19 de agosto de 2010.

Segundo entendíamos, até a nova lei de dezembro de 2010, permanecia em vigor o inciso III do art. 2º. Da Lei 8.666/94, que se remonta a categoria de empresa brasileira, pré-existente ao texto constitucional, e, aliás, revigorado pelo Código Civil. Permaneceriam igualmente em vigor as várias leis especiais que, para efeitos determinados, definem como empresa nacional entes caracterizados de forma diversa do que o faz o Código Civil.

### O Parecer N° LA- 01 da AGU de 19/8/2010

No parecer, acima citado, aprovado pelo Presidente da República, a Advocacia Geral da União vai um pouco além de nosso raciocínio acima, para entender vigentes mesmo distinções entre empresas brasileiras de capital nacional e as de capital estrangeiro:

(...) 145. A regra isonômica contida no caput do art. 5º da Constituição Federal assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, sem distinção, o acesso a direitos e garantias individuais e coletivos, como o direito à propriedade.

146. Essa é a regra geral que sofre algumas mitigações em face da necessidade de ponderação com outros bens e direitos fundamentais tutelados pelo texto constitucional, como soberania nacional, interesse nacional e proteção a setores estratégicos da economia.

147. É o que se depreende da análise sistêmica, p.ex., do caput do art. 5º com o art. 172, que estabelece, como visto, que a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, além de regular a remessa de lucros.

148. Da mesma forma, os direitos fundamentais albergados pelo art. 5º relativizam-se quando em cotejo com o disposto no art. 190, dispositivo integrante do Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo III, da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária.

149. Nesse sentido, Celso Bastos afirma:

Nada obstante ser a propriedade privada um dos direitos fundamentais de que goza todo aquele submetido à ordem jurídica brasileira, não importando se nacional ou estrangeiro, é certo que a Constituição em alguns pontos faz restrições relativamente aos estrangeiros, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. No artigo sob comento estamos diante de uma dessas hipóteses. (grifei)

150. Perceba-se que toda a sistemática constitucional baseia-se no princípio isonômico genérico (art. 5º, caput) entre brasileiros e estrangeiros residentes no país, e ainda assim, admite mitigações.

151. É absolutamente razoável, pois, extrair, do cotejo desse princípio genérico, com os princípios e regras que possuem sede constitucional, vistos anteriormente, que parametrizam a atividade econômica, o entendimento que restrições aplicáveis a empresas brasileiras controladas por estrangeiros não residentes ou por empresas estrangeiras não sediadas é absolutamente compatível com o texto originário e atual da Constituição de 1988. (...)

163. Não há mais no texto constitucional, de forma genérica, a diferenciação fundada no controle efetivo por pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendido como controle acionário (maioria do

capital votante) e exercício de fato e de direito do poder decisório para gerir suas atividades.

164. Para ser brasileira a empresa, basta que tenha se constituído sob a égide das leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país. É o que se extrai, indiretamente, da dicção do inciso IX do art. 170 e do § 1º do art. 176 da CF. (...)

182. (...) As restrições a estrangeiros e a empresas brasileiras controladas por estrangeiros são totalmente compatíveis com o texto constitucional, seja o originário, seja o posterior à Emenda Constitucional nº 6, de 1995. (...)

261. Trata-se, unicamente, de adotar os recursos próprios de hermenêutica constitucional e, a partir do princípio da unidade da Constituição e da interpretação sistemática, extrair a máxima efetividade dos princípios e normas constitucionais elencados no presente parecer, de modo a produzir, como efeito imediato, a transcendência da literalidade de alguns dispositivos, como por exemplo, a redação original do art. 171 da CF.

262. Tal interpretação literal deu azo à construção de falsas premissas como a que entendia que a partir da constitucionalização do conceito de empresa brasileira e de empresa brasileira de capital nacional, não era mais possível a sobrevivência de diplomas legais que impunham restrições a empresas brasileiras.

263. Essa interpretação, que foi considerada a mais adequada por tantos anos, faz tabula rasa de princípios como soberania nacional econômica, independência nacional, interesse nacional, limitação dos investimentos de acordo com a definição soberana pelo Estado brasileiro dos setores considerados estratégicos, além de desconsiderar que restrições genéricas às empresas nacionais estavam lá, plasmadas no texto constitucional para quem as quisesse ver.

### Preferências em licitações como compatíveis com o texto constitucional

O que traz o Parecer de 19/8/2010 é que subsistem distinções entre empresas nacionais de capital e de capital estrangeiro, pelo menos no tocante à aquisição de propriedades imobiliárias estrangeiras em áreas de fronteira; assim, mesmo a distinção entre empresas nacionais segundo seu capital continuaria a ser compatível com nosso sistema constitucional. Com muitíssimo mais razão pode-se distinguir – em sede de lei de licitações – entre licitantes nacionais e estrangeiros, sempre que tais distinções se assentem numa norma de razoabilidade.

O entendimento do Parecer, no entanto, não pode ser levado ao campo das licitações. Mesmo no tocante a licitações, onde há regra de isonomia mais estrita, não é de se verem restrições às preferências às empresas nacionais em demérito das empresas estrangeiras, desde que garantida a isonomia entre empresas nacionais:

Vinculadas a uma norma constitucional de igualdade estrita <sup>86</sup>, como se lerá na seção deste livro pertinente ao caso, as leis relativas às licitações públicas constituem um caso específico na aplicação da isonomia. Neste contexto específico, entendemos que, após a mudança constitucional, as diferenciações entre **empresas brasileiras** com base na origem de seu capital *para efeitos de admissão ao procedimento licitatório* não se adequam ao sistema jurídico brasileiro, não sendo mais aplicáveis <sup>87</sup>.

Assim, não é de se entender que existam quaisquer vedações *de sede constitucional* às distinções entre empresas brasileiras e não brasileiras, embora subsistam – segundo entendemos – as de empresas brasileiras de capital estrangeiro e as de capital nacional.

### Noção de “empresa nacional” na Lei de Inovação

A Lei de Inovação refere-se à noção de “empresa nacional”. Cabe aqui explicitar qual o sentido de tal expressão, em face das apreensões no sentido de que não é possível qualquer distinção entre empresa nacional e estrangeira, após a Emenda Constitucional no. 6.

Como mencionado logo acima, tal emenda eliminou duas importantes normas introduzidas na Constituição de 1988:

- a) a que definia, *em sede constitucional*, a nacionalidade das pessoas jurídicas de fins empresariais.
- b) a que estabelecia uma exceção ao princípio da isonomia, fazendo desiguais as empresas brasileiras *de capital nacional* e *de capital estrangeiros*, em determinados contextos e para determinados fins, previstos no texto constitucional.

---

<sup>86</sup> O art. 37, XXI, da Carta não fala de isonomia mas de igualdade de condições a todos concorrentes. Claramente se distingue a igualdade estrita deste dispositivo e a isonomia genérica do art. 5o. Vide Sergio de Andréa Ferreira, Comentários à Constituição, Freitas Bastos, 1991, p. 235.

<sup>87</sup> Há que se enfatizar que esta constatação, de cunho estritamente técnico jurídico, não traduz nenhum juízo de valor quanto ao bom senso da mutação constitucional, num contexto histórico em que o reforço do controle do capital estrangeiro é reforçado no mais importante país de economia de mercado. Em estudo de 1991, solicitado pelo Ministério das Relações Exteriores, tivemos oportunidade de mencionar: “Depois de décadas como o principal beneficiário da economia multinacional, os Estados Unidos começam também a temer o poder dos grandes grupos internacionais. A chamada emenda Exon-Florio permite agora o Presidente dos Estados Unidos suspender as operações de taking over pelas quais uma empresa estrangeira assume o controle de uma empresa americana de forma que pudesse ameaçar a Segurança Nacional (Defense Production Act of 1950, Sec. 71, 50 U.S.C., App. 2158, et seq., as added by the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, 5021, Pub.L. No. 100-418, 102 Stat. 1107, 1425-26). A legislação brasileira, tida por intervencionista, nunca teve um dispositivo de tal natureza em vigor. Segundo Barry K. Robinson, Practical Comments on the Exon-Florio Provisions and proposed Regulations, in The Commerce Department Speaks, PLI (1990) vol. I, pg. 197., os primeiros casos suscitados em menos de dois anos de vigência foram os da aquisição de uma fábrica de chips de silicone da Monsanto pela alemã Huels AG e a compra da General Ceramics pela Tokuyama Soda Co”. No Canadá, o Investment Canada Act, S.C. 1985, c. 20, tem dispositivo análogo.

No sentido que agora se expõe, verifica-se recente pronunciamento da AGU que subscreve nosso entendimento abaixo expresso <sup>88</sup>:

257. Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz , o fenômeno da mutação constitucional pode ser definido como "(...) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais (...)".

258. Mantida a literalidade do texto constitucional e do texto legal, têm as nossas Cortes, especialmente a Suprema Corte Constitucional, extraído novas interpretações e orientações a partir de forte mudança no contexto político-econômico-social que está a envolver a matéria.

259. Há exemplos concretos e recentes como a interpretação sobre o alcance e efeitos do mandado de injunção ou sobre a constitucionalidade da chamada "cláusula de barreira" .

260. Assim, Sr. Advogado-Geral da União, uma ponderação que me parece adequada dos princípios e normas constitucionais referentes à apropriação das terras rurais por estrangeiros ou por pessoas jurídicas brasileiras controladas por estrangeiros, em face da supervalorização de nossas terras rurais férteis causada pelo desenvolvimento de tecnologia nacional apta a criar inovadoras formas de geração de energia a partir de fontes naturais renováveis, pela crise alimentar mundial e pela decorrente valorização de nossas commodities e, ainda, pela riqueza mineral de nosso subsolo, não me parece, com todo respeito àqueles que pensam de forma diversa, interpretação desarrazoada ou geradora de insegurança jurídica.

261. Trata-se, unicamente, de adotar os recursos próprios de hermenêutica constitucional e, a partir do princípio da unidade da Constituição e da interpretação sistemática, extrair a máxima efetividade dos princípios e normas constitucionais elencados no presente parecer, de modo a produzir, como efeito imediato, a transcendência da literalidade de alguns dispositivos, como por exemplo, a redação original do art. 171 da CF.

262. Tal interpretação literal deu azo à construção de falsas premissas como a que entendia que a partir da constitucionalização do conceito de empresa brasileira e de empresa brasileira de capital nacional, não era mais possível a sobrevivência de diplomas legais que impunham restrições a empresas brasileiras.

263. Essa interpretação, que foi considerada a mais adequada por tantos anos, faz tabula rasa de princípios como soberania nacional econômica, independência nacional, interesse nacional, limitação dos investimentos de acordo com a definição soberana pelo Estado brasileiro dos setores considerados estratégicos, além de desconsiderar que restrições genéricas às empresas nacionais estavam lá, plasmadas no texto constitucional para quem as quisesse ver.

---

88 Vide PARECER CGU/AGU N° 01/2008, citado. Note-se que decisão do Tribunal Paulista discute certos pressupostos deste Parecer: Mandado de Segurança n° 0058947-33.2012.8.26.0000, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria, 12 de setembro de 2012.

## Definição de empresa nacional para os propósitos da Lei 10.973/2004

A empresa nacional é, *em princípio*, a constituída sob as leis brasileiras e que tem aqui sua sede e administração <sup>89</sup>. Leis especiais podem ainda e sempre distinguir essa definição. Não havendo qualquer definição do que seja tal entidade na Constituição, será campo da lei ordinária que se buscará tal conceito.

Assim, por exemplo, no caso de empresas relativas à assistência à saúde, a empresa nacional será, necessariamente, a de capital integralmente nacional <sup>90</sup>.

### **Nossa conclusão quanto ao direito de acesso**

Concluimos, assim, que no contexto constitucional vigente persiste o exercício de controle do direito de acesso do capital estrangeiro através da legislação ordinária. Descabido, assim o entendimento de que a supressão do art. 171 da Constituição teria sido uma mutação catastrófica, ou uma fraude à Constituição <sup>91</sup>.

Não obstante tais entendimentos de que é possível, sim, limitar o direito de acesso por legislação ordinária, consta que o Poder Executivo teria considerado a remessa de projeto de Emenda à Constituição Federal para explicitar o regime de investimento no setor imobiliário <sup>92</sup>.

---

89 Código Civil Art. 1.126: "É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração."

90 Lei 8.080 de 19/09/1990, "Dispõe sobre as Condições para a Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde, a organização e o Funcionamento dos Serviços Correspondentes, e dá outras Providências". (...) Art.23 - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos. § 1 - Em qualquer caso é obrigatória a autorização do órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde - SUS, submetendo-se a seu controle as atividades que forem desenvolvidas e os instrumentos que forem firmados. § 2 - Excetua-se do disposto neste artigo os serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social. Deste nosso entendimento discordam SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda, Capitais estrangeiros na saúde: Qual a Política da Constituição Brasileira?, Revista Just Et Societatis, ISSN 1980 - 671X, encontrado em <http://jus-et-societatis.blogspot.com.br/2010/07/capitais-estrangeiros-na-saude-qual.html>, visitado em 3 de junho de 2013, que entendem que a lei do SUS apenas poderia exigir maioria de capital nacional.

91 Posição, por exemplo, expressa por Walber Agra: "A modificação ora mencionada, que estiolou o conteúdo semântico do art 171 da Constituição Federal brasileira, configura-se em uma fraude à constituição porque concretiza-se como um acinte contra um dos princípios fundamentais da Carta Cidadã, o princípio da soberania. E como bem firmou a jurisprudência pacífica da Corte Constitucional alemã, os direitos fundamentais não podem ser violados no seu conteúdo essencial; e o que significa o art. 171 da Lex Mater do que a própria ontologia do princípio da soberania? O fator teleológico desse trabalho foi tentar oferecer uma saída contra um fraude perpetrada contra a Constituição Federal de 1988." AGRA, Walber de Moura, Possibilidade de Diferenciação entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional pela lei infraconstitucional - Remédio contra uma Fraude à Constituição, encontrado em [www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto739.rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto739.rtf), visitado em 3 de junho de 2013.

92 Valor, Terça - feira, 22 de junho de 2010, B11. Segundo a matéria, o Ministro do Desenvolvimento Agrário, Guilherme Casse teria declarado: "Vamos fazer uma PEC (Proposta de Emenda Constitucional) para deixar claro aos investidores que podem investir em qualquer campo, mas não em terras".