

A noção de direito de acesso no regime do capital estrangeiro

Denis Borges Barbosa (1995)

<i>Discriminação e direito de acesso</i>	1
Restrições do direito de acesso no Direito Comparado	3
Direito de acesso na Constituição Brasileira	5
Direito de acesso e direito após o acesso.....	6

As alterações constitucionais ocorridas desde 1988, tendo reduzido significativamente o papel o Estado na economia e extinguido a distinção constitucional entre empresas brasileiras segundo a origem do capital, não igualam investimento estrangeiro ao nacional para efeitos de oportunidade e de direitos. O alcance das modificações, quanto ao direito de acesso do capital estrangeiro na economia nacional é o objeto das ponderações a seguir.

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." ¹

¹ Legal Problems of International Economic Relations, West Publishing, 1986, p. 483.

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:

“(...) 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”².

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”³.

O princípio ganhou consagração internacional, aliás, com a Resolução da Assembléia 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 compeled 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”⁴.

² The International Regulation of Trade in Services following Completion of the Uruguay Round, 29 The International Lawyer 453 (1995).

³ *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.

⁴ 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.

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 público. Os quadros abaixo dão notícia da situação vigente, ao momento em que se escreve, em alguns países significativos.

Restrições à entrada de investimento estrangeiro ⁵

País	Controle discricionário	Restrições Vinculadas
Estados Unidos	Por razões de segurança nacional (Exon-Florio)	Energia nuclear, Rádio e TV, transporte terrestre e aéreo, navegação marítima. Bancos e seguros (legislação estadual)
Canadá	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 ou 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		Transporte aéreo, navegação marítima, TV e rádio.
Portugal	1. investimento dos países da Comunidade Européia: ordem pública, segurança nacional, saúde, violação da lei. 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.	Cinema, navegação marítima, agências de viagens, bancos e seguros.
Polónia	Setores: 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	1. Segurança nacional, ordem pública, proteção do público em geral.	TV e Rádio, transporte marítimo e aéreo, telecomunicações, bancos e seguros.

⁵ Fonte: Michael Geist, Toward a General Agreement on the Regulation of Foreign Direct Investment, 26 Law & Pol'y Int'l Bus. 653 (1995)

	<p>2. Setores: Agricultura, exploração florestal, mineração, petróleo e couro.</p> <p>3. Avaliação de reciprocidade.</p>	
Coréia do Sul	<p>1. Segurança nacional, possibilidade de afetar acordos internacionais de paz ou segurança, saúde e meio ambiente, preço monopolístico ou comportamento anti-competitivo.</p> <p>2. Grande número de setores, inclusive comércio varejista, 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. .</p>	
Tailândia	<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		Mineração, petróleo, gás, pesca, exploração florestal, rádio e TV, bancos e seguros (dados de 1993).
México	<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,</p>

		telefonia básica, transporte marítimo.
--	--	--

O mesmo autor desta recentíssima pesquisa, conclui que, na maioria dos Estados, existem restrições à entrada de capital estrangeiro nos setores de armamentos e defesa, 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 ⁶.

Curiosa diferença entre o modelo indicado como o predominante, 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.

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 ⁷.

A Carta 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 ⁸. Atente-se, porém, para o seguinte:

a) A carta, 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 Carta permite que, respeitado o princípio de isonomia em favor do brasileiro, se assegure direito de acesso ao investidor estrangeiro conforme disposto nos tratados internacionais ⁹.

⁶ *Op.cit.*, p. 713.

⁷ *Op.cit.*, p. 53.

⁸ O direito de isonomia entre investidores estrangeiros não residentes, porém, é matéria de Direito Internacional Público, recepcionável pela Carta através do parágrafo único do art. 5o.

⁹ 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 (Lei 5.772/71) manda aplicar paritariamente tais benefícios aos nacionais que o invocarem.

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 ¹⁰. A negativa de acesso, *total ou parcial*, de investimento estrangeiro, atinge diretamente o investidor estrangeiro, *antes do ingresso dos capitais na empresa nacional* ¹¹; 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 ¹².

Assim é que, no caso canadense, o investimento estrangeiro pode ver denegada sua pretensão de aquisição de ações de empresa local, sem nenhuma infração à Constituição Canadense ¹³; no caso mexicano, o capital estrangeiro não poderá investir em excesso a 30% em operadoras do mercado de capital, e assim por diante ¹⁴.

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 Carta 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.

¹⁰ 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”.

¹¹ Ou do ingresso dos capitais em estabelecimento, autorizado a funcionar no país, da própria pessoa jurídica estrangeira.

¹² Ou, mais precisamente, atinge o investidor estrangeiro em conexão com seu investimento, na economia nacional pertinente. Salvo efeito do direito adquirido, na medida que esta instituição constitucional se estenda ao estrangeiro não residente, a negativa de acesso não se limita à restrição *a priori*.

¹³ Peter Hoog, *Constitutional Law of Canada*, Carswell, 1992, p. 563.

¹⁴ 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”.

