

A noção jurídica de “empresa brasileira” após as Emendas Constitucionais de 1995

Denis Borges Barbosa (1996)

<i>A nacionalidade das pessoas jurídicas de fins econômicos</i>	2
A possibilidade de nacionalidade funcional	3
Conteúdo jurídico do princípio da igualdade	6
Isonomia no Direito Internacional	7
Abrangência da isonomia	9
Isonomia e pessoas jurídicas	10
O caso específico das licitações públicas	11
<i>O fim das “empresas brasileiras de capital nacional”</i>	12
Efeito do revogado Art. 171 da Carta sobre a legislação ordinária	13
Efeito do revogado Art. 171 da Carta quanto ao Art. 176 § 2o	15
Efeitos da revogação do Art. 171 da Carta	15

A Emenda Constitucional no. 6. eliminou duas importantes normas introduzidas na Carta 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.

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 ¹:

“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 Carta 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 ². 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 ³?

Como nota Celso Ribeiro Bastos, à luz do regime anterior à Carta 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” ⁴.

Este “tratamento especial” resultaria seja de definições de nacionalidade das pessoas jurídicas para *fins determinados*, seja pela aplicação do conceito de isonomia levando em conta as desigualdades entre as sociedades com e sem participação de capital estrangeiro.

¹ 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.

² 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 Carta e do decreto lei era “virtualmente idêntica”.

³ 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.

⁴ *Op.cit.*, p. 43.

A possibilidade de nacionalidade funcional

Perante o Direito Internacional, ao contrário do que se fez ecoar junto ao 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*”⁵.

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”⁶.

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 *Nottebohn*, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 1955⁷, 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, num postura de jusinternacionalista ortodoxo:

“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”⁸.

⁵ *Op.cit.*, p. 449. Note-se que, pelo Código de Bustamante, art. 9, cabe a cada país definir a nacionalidade de suas pessoas jurídicas.

⁶ *Nationality and Citizenship Laws*, p. 141, *apud* Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

⁷ 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*, Foudation Press 1989, p. 262-282.

⁸ *Op.cit.*, p. 422.

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 ⁹.

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 de controle é de utilização mais prestada” ¹⁰.

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*¹¹. 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 ¹².

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) ¹³ considera como

⁹ 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 contrôle”.

¹⁰ O poder de controle na sociedade anônima, RT, 1976, p. 387.

¹¹ 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.

¹² *Op.cit.*, p.192.

¹³ 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*

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 ¹⁴.

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.

¹⁴ 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 idéia 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. 6¹⁵.

A questão da isonomia

Como já se enfatizou anteriormente, a regra fundamental sob a Carta Constitucional é da igualdade jurídica dos agentes econômicos colocados em situações idênticas, uma vez tenham sido admitidos ao espaço econômico nacional.

O acesso de todos às oportunidades ensejadas pelo Poder Público está garantido, genericamente, pelo Art. 5o., *caput* da Carta, 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 eles¹⁶. Diz Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷:

"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".

¹⁵ 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".

¹⁶ A política, Livro III, xii.

¹⁷ O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, RT 1978, p. 24

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”¹⁸.

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 capital e do controle - poderia a lei ordinária ou o próprio regulamento dar-lhes tratamento distinto para fins de política econômica nacional”¹⁹.

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

¹⁸ Estudos e Pareceres, v. VI, p. 47.

¹⁹ *Op.cit.*, p. 18. Quanto às distinções residentes em regulamento, entendo excessiva a posição de Nusdeo.

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”²⁰.

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 fundamentais²¹.

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 others²².”

Não há, assim, de se presumir a aplicação de um Direito Natural à não discriminação em matéria de investimentos internacionais²³. O que há de não discriminação é o que está escrito nos tratados relevantes²⁴.

²⁰ 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.

²¹ Brownlie, *op.cit.*, p. 599.

²² 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.

²³ 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, 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.

²⁴ 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.

Abrangência da isonomia

Note-se aqui a dicção da Carta: não se tutela, pelo menos em sede constitucional, a igualdade dos estrangeiros não residentes.

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) ²⁵.

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 Carta distinguir. Na redação original da Carta 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 Carta de 1988, dizia Hely Lopes Meirelles ²⁶:

"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 a emenda constitucional, suprimiu-se a quebra de isonomia entre brasileiros (empresas, ou, mais precisamente, pessoas jurídicas brasileiras de fins 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 Brasileiro²⁷. Tal norma internacional, no entanto, será fruto de tratado específico:

²⁵ Estudos e Pareceres, v. VIII, p. 175.

²⁶ Nos seus Estudos e Pareceres, Vol. VI, Ed. RT 1982.

²⁷ 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

“Conversely, the rules of international law authorize at least a measure of discrimination, for example in matters of taxation and exchange control ²⁸. 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 ²⁹.”

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 ³⁰, não se estende o dever de igualdade ao direito de acesso do investimento estrangeiro ³¹.

Isonomia e pessoas jurídicas

Durante as recentes 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 Individuais”, estende-se também às pessoas jurídicas, pois, como adverte Ferreira Filho: “... os direitos das pessoas jurídicas, são mediamente 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

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).

²⁸ Brownlie, *op.cit.*, p. 525.

²⁹ *Id. ib.*, p. 546.

³⁰ Brownlie, *op.cit.*, p. 598. Também neste contexto, foi determinante o caso Barcelona Traction.

³¹ Note-se que tal conclusão não é inteiramente tranquila: em recente 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 Carta; 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 Carta; 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.

Teixeira, A Nacionalidade e as Sociedades Comerciais no Brasil e no Estrangeiro, RT 420/20)”³².

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 constitucionais³³; outros, numa posição mais moderada, entendem que *alguns* dos dispositivos do Art. 5o. da Carta de 1988 se aplicam às pessoas jurídicas³⁴, 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. (...)”³⁵

Não parece, porém haver controvérsias quanto à aplicação da isonomia às pessoas jurídicas - dentro dos pressupostos gerais do que é isonomia³⁶.

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*³⁷, ou seja, os estabelecimentos, localizados no território nacional, das pessoas jurídicas estrangeiras³⁸.

O caso específico das licitações públicas

Vinculadas a uma norma constitucional de igualdade estrita³⁹, como se lerá na seção deste livro pertinente ao caso, as leis relativas às licitações públicas

³² Estudos e Pareceres, Vol. VI, Ed. RT 1982, *op.cit.*, p. 46.

³³ Pinto Ferreira, Comentários à Constituição de 1988, Saraiva, 1989, p.60.

³⁴ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 172; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição, p. 5.

³⁵ Comentários à Constituição de 1967, vol. VI, p. 695.

³⁶ Vide, no entanto, da mesma correspondência do Senador Roberto Freire à Associação Brasileira de Empresas de Química Fina e Biotecnologia (ABIFINA), datada de 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).”

³⁷ 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.

³⁸ Vide Alberto Xavier, Problemas Jurídicos das Filiais de Sociedades Estrangeiras no Brasil, *op.cit.*

³⁹ 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.

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 ⁴⁰. Idêntica conclusão, aliás, chegou o Sistema Jurídico da União, em seu primeiro pronunciamento quanto à matéria ⁴¹.

O fim das “empresas brasileiras de capital nacional”

Como dissemos pouco acima, na redação original da Carta 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.

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 ⁴²:

- 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

⁴⁰ 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.

⁴¹ Parecer no. 231, de 13 de novembro de 1995, da Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia, publicado no DOU em 20/11/95, IOB Bol. 48/95, p. TL 1.520. Tal pronunciamento, porém, chega a outras conclusões com as quais o autor, como se pode depreender, não comunga.

⁴² 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.

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*. Quanto ao ponto, veja-se o capítulo específico no segundo volume deste livro.

Efeito do revogado Art. 171 da Carta sobre a legislação ordinária

Pela constitucionalização da definição de empresa nacional, a Carta 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*⁴³, 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 Carta de 1988:

“Esta constitucionalizou a matéria, definindo com a supremacia própria do Direito Constitucional os requisitos e elementos que não 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 criadas outras modalidades de empresa, levando em conta o mesmo critério”⁴⁴.

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 Carta⁴⁵.

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.

⁴³ Pinto Ferreira, *op.cit.*, p. 284.

⁴⁴ *Op.cit.*, p. 51.

⁴⁵ Fábio Nusdeo, *op.cit.*, p. 28. Vide o capítulo, no segundo volume deste livro, relativo às licitações públicas.

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, ou vedava, que a lei ordinária dispusesse sobre o direito de entrada do capital estrangeiro ⁴⁶.

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 Carta ⁴⁷.

Vale repetir o que diz Celso Ribeiro Bastos exatamente ao examinar a questão ⁴⁸:

“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 Carta, e recepção pacífica ⁴⁹.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Nem mesmo a política de informática, inspiradora e parâmetro do art. 171 da Carta, nunca impediu a entrada ou manutenção de capital estrangeiro no setor. Os mecanismos utilizados (especialmente o controle de importação de equipamentos e componentes) reduziavam 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.

⁴⁸ *Op.cit.*, p. 53

⁴⁹ Celso Ribeiro Bastos, *op.cit.*, p. 67.

Efeito do revogado Art. 171 da Carta 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 Carta, disciplinava, com base no interesse nacional, o acesso dos investimentos de capital estrangeiro. No caso, porém, do Art. 176 § 2o da Carta, 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 normativa⁵⁰.

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.

Efeitos da revogação do Art. 171 da Carta

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 freqüentou. Não se espere que, através da mutação constitucional, o Art. 171 passe a ter, na realidade jurídica, a eficácia totêmica que seus opositores lhe emprestavam.

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 Carta da República; o que não significa atribuir-lhes igualdade mecânica.

Engana-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

⁵⁰ Note-se que a única utilização do conceito de “empresa nacional”, *tout court*, em todo texto da Carta de 1988 é o do art. 44 do ADCT, exatamente para garantir às empresas de mineração não abrangidas pelo art. 176 uma *grandfather clause*.

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 inadmitte 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. Vide, quanto ao caso, o capítulo específico no segundo volume deste livro.

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