

As mutações no regime do capital estrangeiro após a Carta de 1988

Denis Borges Barbosa (1996)

O QUE NÃO FOI MODIFICADO PELAS EMENDAS DE 1995.....	3
<i>O Papel da iniciativa privada.....</i>	<i>3</i>
<i>Poderes para regular o investimento estrangeiro.....</i>	<i>3</i>
Pressupostos constitucionais do controle do investimento	4
<i>A Soberania Nacional e o Investimento Estrangeiro</i>	<i>5</i>
<i>A tutela do mercado nacional</i>	<i>6</i>
<i>Livre concorrência e controle do Poder Econômico.</i>	<i>6</i>

O Governo Fernando Henrique Cardoso expeditou, a partir de janeiro de 1995, junto ao Congresso Nacional, a série de mutações constitucionais que veio a eliminar da Carta da República um conjunto significativo de dispositivos relativos ao regime do capital estrangeiro e a intervenção do Estado no domínio econômico. Como parcela da reforma constitucional, que compreende também o regime tributário e previdenciário, o Presidente conseguiu, em 1995, a promulgação das seguintes emendas:

a) Emenda no. 5, de 15 de agosto de 1995, que “altera o Art. 25 § 2o. da Constituição Federal”, extinguindo com o monopólio da exploração direta, pelos estados, da distribuição de gás canalizado. A partir de 16 de agosto de 1995, assim, os estados da Federação podem outorgar concessões a investidores privados, nacionais e estrangeiros, ou, evidentemente, explorar diretamente os mesmos serviços.

b) Emenda no. 6, da mesma data, que “altera o inciso IX do Art. 170, o Art. 171 e o Art. 176 da Constituição Federal”. As modificações, aqui, são de grande extensão: o Art. 171 abrangia o tratamento diferenciado, como exceção à regra de isonomia do Art. 5o. da Carta, entre as empresas brasileiras de capital nacional e de capital estrangeiro, ao que também aludia o Art. 170, IX. A emenda extinguiu a distinção de tratamento. A mesma Emenda extinguiu a exigência de que as autorizações ou

concessões de pesquisa e lavra de minérios fosse apenas outorgadas às empresas brasileiras *de capital nacional*.

c) Emenda no. 7, da mesma data, “altera o Art. 178 da Constituição Federal”. A inovação extingue o secular monopólio dos armadores nacionais no tocante ao transporte de carga em cabotagem e à navegação interior, permitindo em tais atividades o ingresso de embarcações estrangeiras, segundo o que dispuser a lei ordinária.

d) Emenda no. 8, da mesma data “altera o inciso XI e a alínea ‘a’ do inciso XII do Art. 21 da Constituição Federal”. A citação refere-se aos dispositivos que reservavam a operadoras sob controle estatal os serviços de telecomunicação em geral; as concessões na área passam a poder ser outorgadas a empresas privadas, na forma da lei ordinária.

e) Emenda no. 9, de 9 de novembro de 1995, que “dá nova redação ao Art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos”. A matéria em questão é a do monopólio estatal do petróleo; reservando ainda a exclusividade à União, a emenda permite que seja contratada com empresas privadas a *realização das atividades* monopolizadas. A regulação de tais contratações e a forma de administração do monopólio são elementos confiados à legislação ordinária.

O que não foi modificado pelas emendas de 1995

O Papel da iniciativa privada

Continua intacto a regra de que o Estado não deve exercer diretamente a atividade econômica, a não ser quando necessária aos imperativos da segurança nacional (no dizer exato da Carta) ou a relevante interesse coletivo, nos dois casos conforme definido em lei. Continua, sem alteração, a regra constitucional do Art. 174 da mesma Carta: o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá funções de fiscalização, incentivo e planejamento, as quais, para o setor privado, terão efeito meramente indicativo.

Como princípio geral, assim, assegurada também como regra fundamental da economia a liberdade de iniciativa (Art. 170, II) e o respeito à propriedade privada (Art. 170, IV).

Poderes para regular o investimento estrangeiro

Já para o texto original de 1988, neste ponto intacto, o domínio do investimento estrangeiro constituía área sujeita à intervenção estatal: é o que preceitua o Art. 172 da Carta ¹, ao permitir a disciplina de tais atividades com base no interesse nacional e o Art. 192, III, especificamente no que toca ao setor financeiro. Os poderes de intervenção não são restritos ao investimento de risco. Por exemplo, o investimento tecnológico estrangeiro, inclusive através dos contratos de know how, de patentes e de marcas, está sujeito, à hipótese de um regime especial de controle ².

A Carta também não proibia, na versão original, que a lei estabelecesse áreas em que o investimento estrangeiro fosse vedado; não havia, como continua não havendo após as mudanças constitucionais de 1995, um direito constitucional à liberdade de iniciativa quando esta tenha origem estrangeira.

Mas, **uma vez seja facultada a entrada do capital estrangeiro**, aplica-se o princípio da isonomia às empresas nacionais, inclusive as de capital estrangeiro, a não ser - no texto constitucional posteriormente modificado - nos casos em que o próprio texto constitucional estabelecesse preferências em favor da empresa de capital nacional. Isonomia, evidentemente, no estrito sentido constitucional de igualdade entre iguais.

Não se pode supor, desta forma, que a nova Constituição tenha proscrito genericamente a intervenção estatal quanto ao investimento estrangeiro. Ao contrário, dentro dos pressupostos constitucionais, é assegurado ao Poder Público o poder de controle sobre a atividade econômica no tocante ao capital estrangeiro, através de lei, como explicitamente o

¹ Vide, em especial, Pinto Ferreira, Comentários à Constituição Brasileira, 6o. vol. Saraiva, 1994, p. 293. Dispositivos comparáveis são encontrados na Constituição de Portugal, Art. 86, da Venezuela, Art. 107, do Peru, Art. 137, e do Paraguai, Art. 102.

² Quanto à noção de que *Investimento Estrangeiro* inclui o chamado investimento tecnológico: vide Alberto Xavier, Natureza Jurídica do Certificado..., *op.cit.*, p. 40; Celso Ribeiro Bastos, Comentários..., *op.cit.*, p. 64.

prevê o Art. 170, parágrafo único, da Carta ³. Aliás, no processo de intervenção no domínio do capital estrangeiro, a Lei 4.131 foi plenamente recepcionada pela nova Constituição de 1988 ⁴.

Note-se - como veremos a seguir - que, embora a Carta da República não assegure tratamento igual ao investidor estrangeiro (ou, mais precisamente, ao investidor estrangeiro *não residente*) e ao nacional, tal isonomia pode ser promovida pela lei ordinária e - sem dúvida - pelo ato internacional, inclusive ao abrigo do Art. 5o. § 2o. da própria Constituição⁵. Torna-se, assim, extremamente relevante a análise do Direito Internacional Público relevante, à exemplo do que se perfaz no capítulo deste livro (vol. II) dedicado aos limites da política industrial através de licitações públicas.

Pressupostos constitucionais do controle do investimento

Em outro capítulo deste livro examinaremos os pressupostos de conveniência e oportunidade de uma intervenção estatal no tocante ao investimento estrangeiro. Cabe-nos, aqui, ponderar sobre limites constitucionais do controle do investimento - limites objetivos, eis que, sobre os limites subjetivos, falaremos a seguir.

Duas hipóteses poderiam ser suscitadas quanto à questão:

- a) o controle do investimento estrangeiro é função primordial ou exclusiva do princípio da soberania nacional.
- b) modalidade específica da intervenção estatal na economia, o controle do investimento estrangeiro sujeitar-se-ia aos critérios básicos de *livre concorrência*.

Eros Grau pareceria subscrever a primeira tendência, ao dizer:

“Daí porque a vinculação do legislador ordinário, na sua regulamentação, às imposições do interesse nacional, decorreria, tal como se manifesta em presença da regra, plenamente, ainda que não tivesse ela sido contemplada no texto constitucional, do princípio da soberania nacional inscrito no Art. 170, I” ⁶.

Em posição antagonicamente diversa, diz Celso Ribeiro Bastos:

³ Note-se, incidentemente, que a lei a que se refere a Constituição não é exclusivamente Lei Federal; têm os demais entes políticos internos o direito de legislar sobre Direito Econômico (vide José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed.RT 1989, p.675).

⁴ Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição, Vol. 7o., Ed. Saraiva, p. 67. Importantíssimo, neste contexto, é o princípio isonômico constante do art. 1o. § 1o. da Lei 4.131/62, que veda qualquer discriminação à entrada de capital estrangeiro que não seja fixada em lei.

⁵ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Especialmente importante, neste contexto, são os acordos da Organização Mundial do Comércio, promulgados pelo Dec. 1.355/94, em especial o chamado GATS, ou acordo sobre serviços.

⁶ *Op.cit.*, p.271.

“De fato, nenhum sentido faria disciplinar-se o investimento do capital estrangeiro se não for para assegurar a ele condições assemelhadas às do capital privado, sem o que não seria possível a livre concorrência que se erige num dos esteios da nossa ordenação jurídica da economia”⁷.

Entendo, porém, que não se deve ler a cláusula “interesse nacional”, constante do Art. 172, nem sob a ótica exclusiva da soberania nacional, tomada aqui na acepção muito política, próxima da cláusula de independência nacional a que se refere o Art. 4o., I, da Carta da República, nem sob as lentes de um liberalismo *enragé* que tentaria justificar o controle do capital estrangeiro como sendo uma *intervenção de incentivo*, possivelmente para dar melhores condições de competitividade ao capital estrangeiro⁸.

Sem tentar repelir nem uma, nem outra das iluminações ideológicas da doutrina, parece ao autor que a melhor técnica levaria a avaliar o interesse nacional, em face dos fluxos de capital estrangeiro, à luz multicolorida dos vários condicionantes do texto constitucional:

- a) interesse nacional como expressão da soberania econômica.
- b) interesse nacional na tutela do mercado interno nacional.
- c) interesse nacional numa concorrência livre e isonômica.
- d) os direitos e garantias constitucionais.
- e) o respeito aos compromissos internacionais.

A Soberania Nacional e o Investimento Estrangeiro

A noção de Ordem Econômica tem povoado as constituições brasileiras, como o segmento das normas básicas que dizem respeito à organização dos fatores de produção. Na Carta de 1988, o dispositivo inicial do Título VII (Art. 170) estabelece os *fundamentos*, as *finalidades* e os *princípios* da Ordem Econômica.

São *fundamentos*, simultaneamente, o trabalho e a livre iniciativa; é *finalidade* a existência digna dentro dos parâmetros da justiça social; e são *princípios* desde a propriedade privada até a proteção do meio ambiente - mas encimados pela soberania nacional.

⁷ *Op.cit.*, p. 389.

⁸ Para que não se leia aqui qualquer ironia, vide Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 65: “Posição radicalmente oposta toma, de um lado, o Projeto, de outro, a Emenda, quanto ao ingresso do capital estrangeiro. O Centrão pretende que sejam ‘incentivados’ os investimentos estrangeiros, que trarão para o País o capital indispensável para a sustentação de seu desenvolvimento”.

Como tal noção já está na parte da Carta dedicada à ordem política, sua reprodução neste contexto apenas pode significar a prevalência do interesse da soberania sobre a da propriedade privada, especialmente sobre o investimento estrangeiro ⁹.

A tutela do mercado nacional

Também no Art. 219 se dispõe que o mercado interno será incentivado de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população autonomia tecnológica do País ¹⁰. Tal dispositivo se compatibiliza, aliás, com as regras relativas à propriedade industrial, especialmente as patentes ¹¹. Como se sabe, os instrumentos da Propriedade Industrial são exatamente mecanismos de controle do mercado interno - uma patente restringe a concorrência em favor do seu titular, impedindo que os demais competidores usem da mesma tecnologia .

Assim sendo, tanto a regulação específica da Propriedade Industrial quanto os demais dispositivos que, na Carta de 1988, referentes à tecnologia, são acordos ao eleger como princípio constitucional o favorecimento do desenvolvimento tecnológico do País (que o Art. 219 qualifica: desenvolvimento autônomo).

Livre concorrência e controle do Poder Econômico.

Quer parte da doutrina que a nova carta, ao contrário do que ocorria com a anterior, não faculte à União Federal, através de lei, o estabelecimento de monopólios ¹². Pelo contrário, ao erigir como pressuposto da ordem econômica a livre concorrência , a Carta teria coibido a restrição à competição de qualquer natureza, a não ser nos casos em que a própria Constituição o excepciona.

Outros autores, no entanto, fundando-se em convincente argumento constitucional, admitem o monopólio com sede em lei ordinária, se atendidos os pressupostos do Art. 173 quanto à intervenção estatal, quando *necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*, acrescidos do requisito suplementar da indispensabilidade de que a ação interventiva se faça por meio do monopólio ¹³. Casos singulares em que isto se daria seriam os de intervenção para evitar um monopólio privado de fato.

⁹ Conforme Washington Peluso Albino de Souza, A Experiência Brasileira de Constituição Econômica, in Revista de Informação Legislativa, 100:29-32, abr./jun. 1989 e, especialmente, Eros Grau, *op.cit.*, p. 241 .

¹⁰ Art. 219 - O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Vide Eros Grau, *op.cit.*, p. 259.

¹¹ Art. 5o. XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

¹² Celso Ribeiro Bastos, Comentários, *op.cit.*, p. 76. Diogo Figueiredo Moreira Neto, Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988, APEC, 1989, p. 74, Pinto Ferreira, *op.cit.*, p. 388.

¹³Eros Grau, *op.cit.* p. 271-278.

Adotada quer uma, quer outra tendência jurisprudencial, certo é que o parâmetro aplicável no controle exercido pelo Estado, e os instrumentos de que fizer uso não podem - salvo nos casos explicitamente constitucionalizados - importar em abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros ¹⁴. De outro lado, cabe exatamente ao Estado garantir que haja o acesso à concorrência sej

¹⁴ Celso Ribeiro Bastos, *Comentários*, *op.cit.*, p. 76. Diogo Figueiredo Moreira Neto, *op.cit.*, p. 74.