

Algumas considerações sobre o capital estrangeiro

(Ilegalidade das discriminações sem base na lei federal)

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em
Brasília, Professor catedrático da Fa-
culdade de Direito da Universidade
do Rio de Janeiro.

“Ninguém será obrigado a fazer ou
deixar de fazer alguma coisa senão em
virtude de lei.” (Art. 153, § 2.º, da Cons-
tituição Federal.)

1. Um dos problemas que tem sido recentemente discutido tanto na área administrativa, como nos tribunais, é o referente ao regime jurídico das empresas controladas por estrangeiros, domiciliados ou não no País, e as restrições que podem sofrer em virtude de normas regulamentares federais ou de leis estaduais ou municipais. A matéria não tem merecido maiores estudos, até o presente momento, mas justifica um exame dos seus aspectos jurídicos, numa fase de importantes investimentos estrangeiros no País, devendo ser fixadas, com clareza e sem ambigüidades, as regras referentes ao capital que entra no Brasil e que necessita conhecer as normas que lhes são aplicáveis.

2. Temos sempre entendido que, somente em virtude de lei (e não de decreto ou outro diploma de nível hierárquico inferior) federal (e não estadual ou municipal), pode haver discriminação entre brasileiros e estrangeiros ou entre brasileiros natos e brasileiros naturalizados. Efetivamente, o princípio constitucional estabelece a equiparação de nacionais e estrangeiros na forma da lei, que deve ser interpretado como aplicável tanto às pessoas físicas, como às pessoas jurídicas. Conseqüentemente, só a legislação federal e, nela, os textos de leis em sentido formal é que podem estabelecer uma distinção entre nacionais e estrangeiros, pois se a equiparação decorre da lei federal, somente ela é que pode admitir exceções, que significam, na realidade, a derrogação da norma legislativa, que não pode ocorrer em virtude de decretos, portarias, instruções ou avisos.

3. A necessidade de norma legal específica para que possa haver a restrição dos direitos dos estrangeiros decorre de vários mandamentos constitucionais. Na realidade, o art. 153, § 23, da Emenda Constitucional nº 1, que decorre de uma longa tradição da legislação brasileira, assegura igualmente a nacionais e estrangeiros:

“... o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão...”

Trata-se de norma aplicável tanto às pessoas físicas como às pessoas jurídicas, pois o texto constitucional não faz a respeito qualquer distinção e o intérprete não pode discriminar no silêncio do texto constitucional.

4. A aplicação do princípio constitucional às pessoas jurídicas e, em particular, às sociedades civis e comerciais decorre da própria tradição do nosso direito constitucional inspirado na lição dos publicistas norte-americanos, para os quais a referência constitucional à pessoa devia ser sempre entendida como abrangente, compreendendo tanto o indivíduo como as *corporações*. Assim, na interpretação da Emenda nº 14 à Constituição norte-americana, que assegura a todas as pessoas o direito à propriedade, ao *due process of law* e à igual proteção das leis, a Suprema Corte americana entendeu, desde a segunda metade do século passado, que a norma se aplicava às sociedades comerciais. (V. LOUIS H. POLLAK, *The Constitution and the Supreme Court*, 1966, Cleveland & New York, The World Publishing Co., vol. I, pág. 286.)

5. Mesmo os juristas que divergem dessa interpretação, como o eminente PONTES DE MIRANDA, chegam à conclusão que qualquer discriminação entre brasileiros e estrangeiros, que não tenha o seu fundamento na lei federal, é inconstitucional, concluindo que mesmo a legislação ordinária federal só poderia estabelecer distinções com base na Constituição Federal (PONTES DE MIRANDA, *Dez Anos de Pareceres*, Rio, Francisco Alves Editor, 1974, vol. I, Parecer nº 20, págs. 193/194).

6. Não há, pois, qualquer dúvida, nem na doutrina, nem na jurisprudência brasileira quanto ao princípio, de acordo com o qual toda limitação ou restrição dos direitos dos estrangeiros deve necessaria-

mente constar em lei, em sentido formal, em virtude do que dispõe o art. 153, § 2º, da Constituição vigente:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

7. A lei que rege o assunto é federal, pois abrange o regime jurídico dos estrangeiros que constitui, incontestavelmente, a matéria de que trata o art. 8º, inciso XVII, letras *o* e *p*, que se referem, respectivamente, à “nacionalidade, cidadania e naturalização”; e à “emigração e imigração; entrada, extradição e expulsão de estrangeiros”.

8. De qualquer modo, a legislação sobre direitos e deveres dos estrangeiros sempre foi federal, como se verifica pelo Decreto-Lei nº 941, de 13-10-1969 (especialmente título IX), e pelo Decreto nº 66.689, de 11 de junho de 1970, que o regulamentou (título X).

9. No tocante ao regime de estrangeiros, devemos acrescentar que a Constituição Federal vigente (Emenda Constitucional nº 1) não concede competência supletiva aos Estados para legislar a respeito do assunto (art. 8º, XVII, e parágrafo único).

10. O princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros já constava no art. 3º do Código Civil e, somente durante o Estado Novo, é que algumas normas de nível inferior à lei estabeleceram uma distinção, que não mais pode prevalecer diante do texto constitucional vigente.

11. Neste sentido é a lição de HAROLDO VALLADÃO, que a respeito esclarecia, na vigência da Constituição de 1967, que:

“Um retrocesso temporário se verificará entre 1937 e 1945, com o regime ditatorial de pré-guerra, na Carta de 1937, e em numerosos decretos-leis e decretos e resoluções discriminatórios, não mais vigentes em face dos preceitos terminantes da Constituição de 1946, arts. 31, I, e 141 e § 1º, e da atual, 9º, I, 140, §§ 1º e 2º, e 150 e § 1º” (HAROLDO VALLADÃO, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S. A., 1968, pág. 402).

12. É idêntico o pensamento do Procurador e eminente jurista DARDEAU DE CARVALHO, na sua excelente monografia sobre a *Situação jurídica de estrangeiros no Brasil*, na qual salienta:

“20 — As restrições constitucionais impostas aos estrangeiros, como se vê, eram bastante limitadas. Mas, entre as Constituições de 1937 e 1946, e mesmo depois desta, surgiram, nas leis ordinárias, numerosas restrições, não só às atividades dos estrangeiros, como às atividades dos próprios naturalizados. Contaram-se, em certo momento, mais de cem atividades vedadas aos estrangeiros, muitas delas sem nenhum amparo constitu-

cional e mesmo ao arrepio da Constituição. Uma das tarefas mais árduas da comissão interministerial que elaborou o anteprojeto do Estatuto (vigente) foi precisamente a de proceder à revisão dessas limitações, reduzindo-as ao estritamente necessário e conveniente aos interesses e à segurança nacionais, porque, país de imigração, não pode o Brasil deixar de oferecer incentivos aos estrangeiros que nos procuram. Resultou desse exame a fórmula do Título IX do Estatuto, anterior, porém, à Emenda Constitucional nº 1, que passaremos a analisar" (A. DARDEAU DE CARVALHO, *Situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil*, S. Paulo, Sugestões Literárias, 1976, pág. 184, nº 20).

13. Por sua vez, a legislação sobre capital estrangeiro estabelece o mesmo tratamento para as empresas nacionais e as sob controle de acionistas que não tenham a nacionalidade brasileira, conforme se verifica do texto peremptório do art. 2º da Lei nº 4.131, de 2-9-1962, que tem a seguinte redação:

"Ao capital estrangeiro que se investir no País será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, *sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.*" (Grifos nossos.)

14. Comentando o referido artigo, o Professor HERCULANO BORGES DA FONSECA teve o ensejo de ponderar que:

"Quis o legislador, na lei sobre capitais estrangeiros, que estes gozassem de todas as garantias e que não sofressem outras discriminações senão as previstas na Lei nº 4.131. Essa qualificação é muito útil e evita que, em virtude de decretos, instruções ou portarias, se pretenda acrescentar restrições outras, que possam perturbar os investimentos estrangeiros e criar um clima menos favorável para aqueles que confiem no País e para ele tragam seus bens e capitais" (HERCULANO BORGES DA FONSECA, *Regime Jurídico do Capital Estrangeiro*, Rio de Janeiro, Editora Letras e Artes, 1963, pág. 67).

15. O princípio, que se encontra na Lei nº 4.131, foi reafirmado no decreto que a regulamentou, com uma única modificação de redação, que não afeta a norma aplicável ao caso. Efetivamente, enquanto a lei entendeu que não poderia haver restrições ao capital estrangeiro, a não ser aquelas que ela própria estabelecia, o decreto reafirma a equiparação de tratamento entre os capitais nacional e alienígena, ressalvadas as exceções previstas "em lei", ou seja, tanto na Lei nº 4.131, como nos eventuais diplomas posteriores, desde que tenham o nível de lei em sentido formal (leis ou decretos-leis) elaborados pelo Congresso Nacional e sancionados pelo Presidente da República (leis) ou por este baixados e posteriormente aprovados pelo Poder Legislativo (decretos-leis).

16. Na realidade determina o art. 2º do Decreto nº 55.762, de 17 de fevereiro de 1965, que:

“Art. 2º — Ao capital estrangeiro que se investir no País será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas em lei (Lei nº 4.131, artigo 2º).”

17. Posteriormente, a legislação federal, que tratou dos estrangeiros, e que consta do Decreto-Lei nº 941, de 1969, e do Decreto nº 66.689, de 11 de junho de 1970, reiterou o princípio da igualdade e da reserva legal, ou seja, reafirmou a equiparação dos estrangeiros aos nacionais, ressalvadas tão-somente as exceções contidas em lei, devendo esta ser entendida no sentido formal.

18. Efetivamente, determina o art. 115 do Decreto-Lei nº 941 que:

“Art. 115 — O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição Federal e das leis.”

19. Ensina a respeito JOSÉ BRITO ALVES que:

“1 — O art. 115 trata do gozo dos direitos, que se distingue do exercício dos direitos. Gozar de direitos é ter a faculdade abstrata de participar das vantagens que a lei concede; exercer direitos é usar efetivamente dos direitos cujo gozo a lei abstratamente admite. No exercício dos direitos é que se manifesta realmente a vida jurídica do cidadão. Não se trata mais, no exercício dos direitos, de simples definições abstratas da lei, mas sim, dos casos reais e concretos de sua aplicação” (JOSÉ BRITO ALVES, *A Regulamentação do Capital Estrangeiro no Brasil*, Rio de Janeiro, Sindicato dos Bancos do Estado da Guanabara, 1975, pág. 66).

20. Comentando ainda o referido artigo, DARDEAU DE CARVALHO, na sua excelente monografia, lhe dá a adequada interpretação ao escrever que:

“O estrangeiro residente no Brasil, consoante dispõe o artigo 115, pode gozar (faculdade abstrata) de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis. Em princípio, pois, todo direito reconhecido aos brasileiros, na Constituição e nas leis, pode ser exercido pelos estrangeiros residentes, ressalvadas, porém, as exceções que expressamente consignarem” (DARDEAU DE CARVALHO, obra citada, pág. 179).

21. Cabe, aliás, salientar que o referido diploma fez o levantamento de todas as limitações aos direitos de estrangeiros para incluí-las no art. 118, pretendendo apresentar uma enumeração taxativa das

restrições aos estrangeiros que, na realidade, só não se tornou exaustiva por terem surgido outras limitações posteriores em outros diplomas legais.

22. O Decreto nº 66.689, de 11 de junho de 1970, trata dos direitos e deveres dos estrangeiros no seu título X (arts. 142 a 151), reafirmando de início que

“O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição Federal e das leis” (art. 142).

23. O mesmo decreto contém, no seu art. 145, as restrições ao estrangeiro na área civil e comercial e, no art. 146, as limitações de ordem política, reiterando, assim, as normas já constantes de lei.

24. No tocante ao direito comercial, cabe salientar que o parágrafo único do art. 60 da antiga Lei das Sociedades Anônimas (Decreto-Lei nº 2.627) determinava que:

“Quando a Lei exigir que todos os acionistas ou certo número deles sejam brasileiros, as ações da companhia ou sociedade anônima revestirão a forma nominativa.”

Essa disposição foi mantida pela lei vigente (art. 300 da Lei nº 6.404, de 15-12-76).

25. Verifica-se, assim, que sempre se entendeu que a exigência de nacionalidade brasileira para o exercício de certo tipo de atividade comercial ou o controle de certas empresas só podia constar em texto legislativo federal.

26. Recentemente, a Prefeitura do Município do Rio de Janeiro teve o ensejo de argüir a inconstitucionalidade de lei local que estabeleceu uma discriminação entre empresas nacionais e estrangeiras para fins de licitação. Trata-se da Lei Municipal nº 6, de 27 de junho de 1977, contra a qual foi apresentada, no egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, uma representação que passou a ter o nº 15/77 e está aguardando julgamento. Oferecida a representação pelo Procurador-Geral da Justiça, o Prefeito, representado pela Procuradoria do Estado, ingressou no feito como litisconsorte e, na petição dirigida ao Desembargador Relator, entendeu que a discriminação entre empresas estrangeiras e nacionais feria a legislação federal, devendo, pois, ensejar a declaração de inconstitucionalidade de diploma municipal.

27. Concluimos, pois, que qualquer discriminação em virtude da nacionalidade da empresa ou de seus controladores só pode decorrer da Constituição e da lei federal, sendo, conseqüentemente, inconstitucionais ou ilegais quaisquer normas federais de nível inferior (decretos, portarias, avisos, instruções, resoluções) ou quaisquer normas estaduais ou municipais que estabeleçam tal distinção sem amparo na Constituição ou na lei federal.