

A evolução do regime constitucional da parceria público-privada e do capital estrangeiro

Arnoldo Wald

Sumário

1. Aspectos gerais da evolução constitucional. 2. A Constituição e o capital estrangeiro. 3. Conclusões

1. Aspectos gerais da evolução constitucional

A evolução do nosso regime constitucional, nos dez últimos anos, caracteriza-se pela abertura da nossa economia e por uma parceria crescente entre capitais públicos e privados, nacionais e estrangeiros. Houve, no fundo, uma modificação das áreas de atuação do Estado, tornando-o mais eficiente e transformando-o de operador em regulador, em relação a numerosos serviços públicos, que podem ser prestados pela iniciativa privada, sob a fiscalização estatal, ou mediante a adequada parceria entre as entidades de direito público e empresas comerciais.

Assim, a iniciativa privada utiliza os seus recursos, a sua tecnologia e o seu *know how* na administração (o *management*), no interesse público, sem prejuízo de ser adequadamente compensada para tanto (WALD et al, 2004, *passim*). É o modo de instaurar o estado modesto e eficiente (CROZIER, 1987), superando os entraves da burocracia, como reconheceu o próprio constituinte, tanto assim que o Brasil talvez seja o único país no mundo, se não um dos

poucos, a ter incluído na sua Constituição a obrigação do Estado de ser eficiente¹.

Diante da globalização, fez-se necessário examinar, em particular, a evolução do nosso direito em relação ao capital estrangeiro, cujo regime se transformou completamente, passando de uma situação na qual, no campo econômico, a equiparação do estrangeiro ao nacional era quase excepcional para um regime de quase igualdade entre estrangeiros e nacionais no plano das relações negociais.

2. A Constituição e o capital estrangeiro

Quando me formei em direito pela Faculdade Nacional de Direito, em 1953, lembro-me que encontrava, no art. 3º do Código Civil, a norma de acordo com a qual a lei não distinguia entre nacionais e estrangeiros em relação aos direitos civis, seguida de várias páginas de notas elencando as numerosas exceções, de tal modo que, praticamente, a regra geral só incidia em alguns poucos casos, havendo, ao contrário, discriminação na maioria das situações. Do mesmo modo, havia regimes jurídicos distintos para brasileiros natos e naturalizados em quase todos os campos de atividade, que, aos poucos, foram desaparecendo, restando, em ambos os casos, muito poucas discriminações no texto constitucional atualmente vigente.

A Constituição de 1988, na sua redação original, manteve a discriminação quanto ao capital estrangeiro, constando em mais de dez artigos, quando, ao contrário, a maioria das constituições modernas de outros países não se referem ao estrangeiro, senão, algumas poucas delas, geralmente para tratar do direito de asilo. Podemos, todavia, afirmar que, em vinte anos, a maioria dessas discriminações desapareceu, tendo sido algumas poucas substancialmente mitigadas, em virtude de emendas constitucionais ou da interpretação construtiva dada ao texto constitucional, havendo

¹ Art. 3º da Emenda Constitucional nº 19, que deu nova redação ao art. 37, *caput*, da Constituição.

discussão para reformular total ou parcialmente as poucas restantes.

Efetivamente, há hoje um consenso quanto à necessidade de atrair capitais para permitir a aceleração do desenvolvimento nacional, acarretando maiores investimentos, que o Estado não mais está em condições de fazer e para os quais a poupança privada nacional é insuficiente.

Reconhece-se que ultrapassamos a fase de substituição das importações, que teve a sua utilidade para desenvolver a indústria nacional, devendo doravante participar de um cenário de integração competitiva, no qual o capital estrangeiro tem uma importante contribuição a dar para que possamos resolver os nossos problemas de infraestrutura, utilizar recursos internacionais relativamente baratos, aproveitar as novas tecnologias e alcançar a plena maturidade econômica e o equilíbrio social.

Nos últimos anos, a abertura das fronteiras, o desaparecimento das distâncias, a privatização, com a substancial participação estrangeira, e a implantação do sistema de concessões de obras e serviços públicos estão permitindo que aceleremos rapidamente, embora ainda de modo insuficiente, a modernização da nossa infraestrutura.

Assim sendo, no plano constitucional, a revisão deveria ter em vista as condições gerais que pudessem dar estabilidade econômico-financeira e institucional ao país justificando-se a adoção de normas específicas referentes à não-discriminação do capital estrangeiro, ressalvadas algumas poucas exceções, que se justificam pela defesa da segurança nacional.

Em relação às medidas gerais, necessárias para criar um contexto favorável ao maior ingresso no país do capital estrangeiro produtivo, parecia-nos importante a introdução de mecanismos constitucionais que obrigassem o Estado a combater mais agressivamente a inflação, proibindo, outrossim, os planos com os quais o Poder Público costumava, no passado, intervir no campo monetário, sob as mais variadas

formas, perturbando a estabilidade das relações econômico-financeiras internas e internacionais e desrespeitando os contratos, como ocorreu na Argentina.

Assim, sem prejuízo de outras normas específicas, pensávamos que seria oportuno, por exemplo, vedar o uso de medidas provisórias em matéria monetária e restringir a utilização do poder monetário, tanto pelo Governo quanto pelo Congresso, com regras análogas àquelas que existem no tocante aos tributos, evitando, assim, que as relações jurídicas de direito privado sejam perturbadas e desequilibradas por atos do Poder Público, como aconteceu nas décadas de 1980 e 1990.

A credibilidade da moeda, o restabelecimento da confiança no Estado, o desaparecimento de um excessivo *deficit* público, o controle do endividamento público nacional, estadual e municipal, a estabilidade da ordem jurídica vigente e a responsabilidade fiscal, superando-se tanto a inflação monetária como a de normas legais e regulamentares, parecem ser precondições para que o capital estrangeiro possa ser investido no Brasil a médio e longo prazos nas áreas produtivas e não somente em ações e títulos de renda fixa.

Dentro do mesmo espírito, não se deve admitir a interferência arbitrária do Estado nas tarifas, como também não é admissível que possa fixar unilateralmente os critérios de correção monetária ou reajustamento contratual. Não se justifica, outrossim, que a administração pública direta e indireta tenha um tratamento que não seja o mesmo aplicável às entidades privadas, nos casos de inadimplência e de mora nos pagamentos por ela devidos. Essas modificações de caráter jurídico, mas também cultural, constituem pontos relevantes para que possamos utilizar os investimentos privados e inclusive o capital estrangeiro para resolver os grandes problemas que existem em matéria de infra-estrutura.

Desse modo, nos contratos de concessão de obras e serviços públicos, cabia reconhe-

cer a existência, na Constituição, da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, o que acabou vindo a ser feito pela interpretação construtiva da jurisprudência dada ao art. 37, XXI (WALD, 1997, p. 75 et seq.; BRASIL, 2001, p. 292).

Evoluiu-se no sentido de reconhecer que garantias mais amplas deveriam ser consagradas em relação aos negócios jurídicos dos quais participam o Estado, as autarquias e as sociedades de economia mista, admitindo-se formas de *performance bond* e outras garantias específicas, consagrando-se o uso da arbitragem não só nos contratos internacionais, mas também nos contratos internos em que há interesse direto ou indireto do Poder Público, solução que no passado pareceria discutível.

No que se refere ao tratamento mais específico do capital estrangeiro, o princípio geral a ser adotado deveria ser o da não-discriminação, temperado pela reciprocidade.

A evolução se realiza no sentido de estabelecer, constitucionalmente, a equiparação do estrangeiro e da empresa estrangeira, respectivamente, ao nacional e à empresa nacional, no campo do direito civil e da atividade negocial, ressalvadas tão-somente as exceções constantes da própria Constituição e sem prejuízo da proteção legislativa aos produtos fabricados no país e às empresas nele sediadas, em casos específicos constitucionalmente previstos.

Embora seja uma mudança cultural revolucionária, especialmente em relação à Constituição de 1988, ela se justificava plenamente, pois as próprias exceções constitucionais ao princípio da equiparação deveriam ser limitadas ao mínimo, não mais fazendo sentido algumas das existentes no seu texto inicial, que se tornaram obsoletas.

Para melhor enfatizar a mudança de orientação, talvez coubesse fazer com que o art. 5º da Constituição consagrasse não só o princípio da equiparação dos estran-

geiros residentes no país aos brasileiros, mas também a equiparação das empresas estrangeiras às empresas nacionais, com as únicas ressalvas contidas na Constituição, já que a sua interpretação, tanto no Brasil como no exterior, tem sido no sentido de fazer valer as garantias individuais, inclusive em relação às pessoas jurídicas estrangeiras sediadas ou não no país.

Logo após a promulgação da Constituição, entendíamos que essa igualdade poderia ser eventualmente reiterada no art. 170, eliminando-se, assim, a tão discutida e polêmica distinção entre empresas brasileiras de capital nacional e empresas brasileiras controladas por estrangeiros, que constava no art. 171.

O ideal nos pareceu reduzir ao mínimo as formas de discriminação e só admitir as restrições existentes na Constituição. Considerando, todavia, o contexto brasileiro, era, como é, preciso examinar a conveniência de tomar uma posição radical e verificar se não é mais oportuno que a reforma, em certas áreas, limite-se a atenuar substancialmente as restrições vigentes, de modo que as discriminações impostas ao capital estrangeiro sejam aceitáveis pela comunidade internacional, resguardados os interesses da economia do país.

Propusemos, então, que, se estabelecida, em tese, a equiparação das empresas brasileiras de controle estrangeiro às de controle nacional, os §§ 1º e 2º do art. 171 poderiam ser eliminados, como também caberia a abertura ao capital estrangeiro de domínios reservados aos nacionais nos campos da mineração (art. 176, §1º), das comunicações, da informática, da aquisição de propriedades rurais (art. 190), da navegação de cabotagem (art. 178) e das atividades financeira e de seguros (art. 192).

E acrescentamos, na ocasião, que poderia fazer sentido reservar aos nacionais os órgãos de imprensa, mantendo, assim, o sistema de comunicação social sem a influência predominante do exterior, admitindo-se, todavia, participações minoritárias

estrangeiras, mantido o controle nacional dessas entidades.

Na ocasião, salientamos que as modificações constitucionais, se fossem amplas, importariam verdadeira mudança do sistema vigente, extinguindo de vez um conjunto de restrições legais e regulamentares que, feitas por leis, decretos, portarias e outros atos administrativos de legalidade duvidosa, têm limitado a participação dos estrangeiros na obtenção de crédito, na informática, nas áreas bancária, de seguros e conexas, na legislação trabalhista, na emissão de ações preferenciais etc.

E concluímos que as nossas considerações representavam um primeiro esboço de fixação de uma diretriz para a revisão constitucional, para propiciar a retomada da participação estrangeira não só na aquisição ou subscrição de ações e papéis brasileiros de renda fixa no exterior, mas também o investimento direto estrangeiro na indústria, na agricultura, na mineração e na infra-estrutura do nosso país, proporcionando, assim, sua maior presença na área produtiva.

As modificações sugeridas importavam em estabelecer como princípio geral a igualdade de estrangeiros e brasileiros, pessoas físicas e jurídicas, abolindo qualquer discriminação no plano civil e comercial que não estivesse prevista na Constituição.

Em conclusão e síntese, a proposta que fizemos considerava como sendo empresa brasileira a sociedade constituída e sediada no Brasil, de acordo com as leis brasileiras, independentemente do domicílio, sede ou nacionalidade dos respectivos controladores, não devendo mais haver, pois, distinção entre empresa brasileira de capital nacional e empresa brasileira de capital estrangeiro.

Como exceções ao princípio geral, ressalvamos que a predominância de armadores nacionais e de navios de bandeira brasileira poderia passar a ser condicionada aos interesses da economia nacional e dos consumidores.

Examinando a evolução do nosso direito constitucional na matéria, verificamos que no art. 170 foi modificado o inciso IX pela Emenda Constitucional nº 06, de 15.8.95, com a redação a seguinte:

“Título VII

Da Ordem Econômica e Financeira

Capítulo I

Dos princípios gerais da atividade econômica

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

V – defesa do consumidor;

...

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

O art. 171, por sua vez, foi revogado pela mesma Emenda Constitucional nº 6/95.

No tocante aos direitos referentes aos recursos minerais, a Emenda Constitucional nº 6/95 adotou a redação seguinte:

“Art. 176 ...

...

§1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas”.

Em seguida, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 9, de 11.9.95, em virtude da qual foi dada nova redação ao seu §1º, incluindo um §2º e renumerando o §3º

do art. 177, que passaram a ter a seguinte redação:

“Art. 177...

...

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II – as condições de contratação;

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional”.

No tocante ao transporte, a Emenda Constitucional nº 7, de 15.8.95, determinou que:

“Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.

Em relação ao art. 192 da Constituição, a nossa posição, em estudo que fizemos na época, era no sentido da exclusão do inciso III, que limitava a participação estrangeira no sistema financeiro, fazendo-se a renumeração dos demais incisos, mantido o poder discricionário do Banco Central para autorizar, ou não, o funcionamento de todas as instituições financeiras, tanto nacionais quanto estrangeiras.

A Emenda Constitucional nº 40, de 29.5.2003, deu ao art. 192 a seguinte redação:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

Por outro lado, o Poder Executivo, utilizando a ressalva prevista no art. 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (com a redação dada pela EC nº 40), tem autorizado o funcionamento dos bancos estrangeiros no país, com base no interesse nacional e no princípio da reciprocidade. A matéria fora objeto da Exposição de Motivos nº 511, do Ministro da Fazenda, de 24.8.95, aprovada pelo Presidente da República, que facilitou o ingresso dos bancos estrangeiros no país, desde que representando uma contribuição válida para a economia nacional. Foi com base na mencionada Exposição que grandes bancos internacionais passaram a atuar no país, tanto no varejo como no atacado. Recente decisão do Conselho Monetário Nacional propôs o aumento para 45% da participação estrangeira no capital votante de instituições financeiras (O ESTADO..., 2007).

No tocante às empresas de seguros, entendeu a Advocacia-Geral da União, no Parecer GO-104, de 5.6.96, aprovado pelo Presidente da República, que não se aplicava a restrição constitucional, havendo ampla liberdade de funcionamento por parte das companhias estrangeiras e competindo à lei estabelecer as normas cabíveis.

Em relação aos planos de saúde, há um movimento para repensar ou dar uma interpretação construtiva à vedação que consta no art. 199, §3º, no sentido de prever, na legislação ordinária, a possibilidade de ingresso no mercado nacional de empresas estrangeiras para os casos nos quais possam trazer para o país alta tecnologia e atender

situações mais complexas. A melhor doutrina se manifesta no sentido da constitucionalidade de disposições legais nesse sentido.

Houve, pois, nos últimos vinte anos, uma relevante modificação que alterou substancialmente a posição da Constituição brasileira no que se refere ao capital estrangeiro e às parcerias entre o Estado e a iniciativa privada, com o ressurgimento das concessões e a criação das PPPs.

No mesmo período, pudemos assistir a relevantes investimentos estrangeiros, especialmente americanos e europeus, que se fizeram em áreas tão distintas quanto as concessões de energia e telecomunicações, os bancos, a indústria aeronáutica, a exploração do petróleo e, em outros campos, multiplicando-se as *joint ventures* entre grupos nacionais e alienígenas. Permitiu-se, assim, uma relativa, mas ainda incompleta, modernização da infra-estrutura. Por outro lado, a entrada de recursos externos funcionou como um dos elementos relevantes na luta contra a inflação, cobrindo, pelo ingresso de novos recursos, o *deficit* da nossa balança de pagamentos.

Trata-se, agora, de continuar a aproveitar os benefícios da globalização sem sofrer os seus inconvenientes, mantendo no país uma liberdade de funcionamento do capital estrangeiro à qual deve corresponder uma responsabilidade social das empresas e uma adequada fiscalização do Estado, evitando-se, outrossim, qualquer tentativa de neocolonialismo econômico.

3. Conclusões

Na necessária convivência entre o mercado e o Estado, cabe ao direito encontrar as fórmulas de equilíbrio que devem atender tanto ao interesse nacional quanto à boa aplicação dos princípios éticos.

Na realidade, um passo importante foi feito no plano constitucional quando as idéias dos juristas se transformaram em reformas constitucionais, que, todavia, não devem ser distorcidas nem pelo legislador

ordinário, nem pela administração, nem pela prática negocial.

No terceiro milênio, não há mais como negar os efeitos da globalização, a importância das multinacionais, as repercussões das novas tecnologias e a das parcerias internacionais. Trata-se, pois, de encontrar fórmulas jurídicas adequadas para aproveitar o contexto existente, utilizando os seus elementos positivos e evitando os abusos que podem ocasionar. Assim, não havendo como isolar o país do resto do mundo sem sacrificar o nível de vida e as legítimas expectativas da sua população, é preciso exigir das multinacionais um comportamento ético e o respeito das normas vigentes no país, incentivando-as a investir também em programas sociais e na formação profissional dos jovens, fazendo com que participem, inclusive, na luta contra o desemprego e a fome. Ao lado das garantias que lhes são dadas, é oportuno enquadrá-las na política nacional de desenvolvimento.

A grande reforma do Estado pela qual clamam hoje tanto economistas e políticos quanto administradores e juristas, seja da direita, seja da esquerda, é a que o torne ao mesmo tempo eficaz e equitativo, alcançando simultaneamente as suas metas econômicas e sociais, que, no longo prazo, se confundem, pois o progresso econômico pressupõe o desenvolvimento e a paz social.

Para tanto, é preciso equilibrar as tendências do mercado e as regras jurídicas que submetem a economia à ética. E essas normas dão hoje uma proteção especial aos mais fracos, aos aderentes no contrato de adesão, aos consumidores, aos empregados e aos acionistas minoritários. Assim, nos países em desenvolvimento, é preciso utilizar o capital estrangeiro, ao lado do capital nacional, ou em associação com ele, equalizando, outrossim, na medida do possível, os custos de ambos.

No momento em que predomina, no mundo inteiro, uma visão que enfatiza a importância da parceria, seja entre empre-

sas, seja entre Estados, ao liberalismo puro do passado se acrescenta um elemento novo de caráter ao mesmo tempo individual e social. Trata-se da ênfase dada à dignidade humana, atributo do indivíduo mas também da nação, dignidade que significa também a liberdade de escolha e a manutenção das tradições.

Ao reexaminar a distinção que se fazia no passado entre crescimento e desenvolvimento, cabe ultrapassar o conceito exclusivamente econômico do progresso para dar-lhe um sentido social. Em vez de atender exclusivamente ao aumento do PIB, é necessário utilizar o capital para beneficiar toda a sociedade e cada um dos seus membros. Atingiremos, assim, uma nova fase dominada pelo que se poderia denominar a prevalência da dignidade, abrangendo, além dos elementos econômicos, outros sociais e culturais, coletivos e individuais, conciliando os interesses aparentemente contraditórios de acordo com a ética e o direito (SORMAN, 2001, p. 285-286).

Georges Ripert (1946, p. 342) escreveu que, após as revoluções políticas, cabe ao jurista sintetizar na lei as novas conquistas da civilização. O mesmo se pode dizer em relação às revoluções econômicas e tecnológicas, entre as quais se destaca a globalização da economia, que ocorreu no fim do século passado. Nesse sentido, as bases constitucionais da nova parceria entre empresas nacionais e estrangeiras são – e devem ser – em grande parte o fruto das reflexões de juristas e de revistas especializadas em direito. O vigésimo aniversário da Constituição de 1988 é a ocasião propícia para lembrar o caminho percorrido, analisar a situação presente e vislumbrar as perspectivas futuras do nosso desenvolvimento.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário nº 183.180-4, Brasília, 17 de junho de 1997. *Revista de Direito Administrativo*, Brasília, v. 224, 2001.

CROZIER, Michel. *État modeste, État moderne*. Paris: Fayard, 1987.

O ESTADO DE SÃO PAULO, São Paulo, 26 jun. 2007.

RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946.

SORMAN, Guy. *Le progrès et ses ennemis*. Paris: Fayard, 2001.

WALD, Arnaldo et al. *O direito de parceria*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro. In: *ESTUDOS em homenagens ao Professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.