PARECERES

Intervenção e regulação estatal do espaço privado

ORDEM ECONÔMICA — LIBERDADE DE INICIATIVA — EMPRESA CAPITAL NACIONAL

PARECER

I

A consulta se refere à vigência da Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980, em face da Constituição Federal de 1988.

A lei em referência estabelece, em seu art. 1º, que "a exploração do transporte rodoviária de cargos é privativo de transportadores autônomos brasileiros, ou a estes equiparados por lei ou convenção, e de pessoas jurídicas que tenham:

I — sede no Brasil;

II — pelo menos 4/5 (quatro quintos) de capital social, com direito a voto, pertencentes a brasileiros, e

III — direção e administração confiadas exclusivamente a brasileiros".

Segundo o art. 3º da mesma lei "as disposições desta lei não se aplicam ao transporte de carga própria".

II

A lei em causa foi editada na vigência da Constituição de 1967-69 que não continha norma especial sobre o regime jurídico do transporte terrestre. O fundamento constitucional da referida norma de nacionalização das pessoas jurídicas que se destinassem a essa atividade encontrava apoio no princípio geral do art. 163, que facultava a intervenção no domínio econômico.

A este título foi sustentada a constitucionalidade da Lei de Informática quando impugnada em Representação perante o Supremo Tribunal Federal.

O então Procurador-Geral da República, hoje Ministro da Corte, em parecer contrário à postulação, longamente desenvolveu a tese da validade constitucional daquela limitação à liberdade de iniciativa, sob a alegação de que o critério essencial de nacionalidade de pessoa jurídica exprimia forma legítima de intervenção no domínio econômico (*Diário de Justiça da União*, 1 ago. 1986, p. 13.292-301).

III

Ordem Econômica e Social aparece, inovadoramente, com título próprio, a partir da Constituição de 1934, arts. 115 a 143. As Constituições que a esta sucederem reproduzem o tratamento da matéria econômica (Constituição de 1937, art. 135 a 155; Constituição de 1946, art. 145 a 162; Constituição de 1967, art. 157 a 166; Emenda Constitucional nº 1/1969, art. 160 a 174).

Com variações secundárias que as distinguem, nelas transita o sentido de conciliação entre a liberdade econômica e os princípios da justiça social e do desenvolvimento nacional, a que se deve afeiçoar a atividade privada.

A consagração da liberdade de iniciativa se harmoniza com a presença do Estado na economia regulando ou dela participando.

O controle estatal sobre a economia estabelece requisitos e limites de aplicação do capi-

tal privado nacional e estrangeiro e prevê estímulos em setores ou áreas a que o planejamento econômico define tratamento privilegiado.

A Constituição de 1988 consolidou em capítulo especial, integrante do Título da Ordem Econômica e Financeira, a definição dos princípios gerais da atividade econômica.

As várias tendências ideológicas que se defrontam na Assembléia Constituinte confluíram para um texto de consenso, no qual a tônica neoliberal não elimina o princípio de justiça social e de valorização do trabalho humano.

No diagnóstico de Miguel Reale, a atual Carta Magna "optou por uma posição intermédia entre o liberalismo oitocentista, infenso a toda e qualquer intervenção do Estado e o dirigismo estatal", segundo modelo do neoliberalismo ou social-liberalismo (*Aplicações da Constituição de 1988,* Forense, p. 13).

Geraldo de Camargo Vidigal destacando "a definição constitucional do mercado de trabalho", identifica na vigente Constituição "a dualidade do trabalho e da iniciativa empresarial, a livre iniciativa, que se coloca como fundamento de toda a Ordem Econômica" do que resultaria ser "extremamente firme a Constituição, por isso mesmo, em limitar a presença econômica do Estado" (publicação do II Fórum Jurídico — *A Constituição Brasileira de 1988* — Interpretações, Forense Universitária, p. 378).

Observa, contudo, Eros Roberto Grau que a livre iniciativa não adquire, na Constituição, sentido individualista, na medida em que igualmente se destaca como fim da Ordem Econômica a valorização social do trabalho, de modo a alcançar, mediante o equilíbrio entre os dois pólos, a consecução de um dos objetivos fundamentais do Estado democrático, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (*A ordem econômica — interpretação a crítica,* Ed. Revista dos Tribunais, p. 216 e segs.).

Certo é, contudo, que, nada obstante tais condicionamentos, a Constituição do 1988 marca, em ênfase renovada, a liberdade como centro do sistema econômico, atribuindo ao Estado ação disciplinadora, ressalvada a excepcionalidade de sua direta exploração, restrita, porém, ao imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (arts. 170, 173 e 174).

IV

A liberdade de iniciativa é o eixo motor da ordem econômica na Constituição atual. Ao Estado incumbe o patrulhamento das fronteiras, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174) e de contenção do abuso de poder econômico (art. 173, § 4º), cumprindo a lei preservar o princípio da justiça social e fixar as diretrizes e bases do desenvolvimento nacional equilibrado. Nos estritos pressupostos a execução direta dos serviços e mesmo alcançar os monopólios (arts. 173 e 177).

Tal como as demais liberdades públicas, a livre iniciativa não tem um valor absoluto, sujeitando-se nos termos o limites da lei, ao poder de polícia administrativa.

Ao absolutismo do conceito, a Constituição opõe, ainda, a diversidade entre a empresa brasileira e a empresa brasileira de capital nacional, à luz do interesse público, cabendo à lei discriminar o tratamento a lhes ser outorgado, em defesa do interesse geral da sociedade.

À latitude da discricionariedade do legislador nessa matéria, a própria Constituição estabelece, no entanto, parâmetros definidos, que a restringem e delimitam, precisando-lhe a excepcionalidade.

O favorecimento da empresa brasileira de capital nacional (na qual o controle efetivo, em caráter permanente, necessariamente estará com pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou com entidades de direito público interno) não tem caráter amplo ou irrestrito.

Os benefícios que lhes possam ser concedidos deverão ter, como finalidade, o desenvolvimento de atividades estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do país.

Embora indeterminados, os conceitos impõem ao legislador, como ao intérprete, en-

tendimento adequado à finalidade que visam a atender. A invocação imprópria ou excessiva desses postulados configurará abuso de poder, com eiva de inconstitucionalidade.

É, ademais, ainda que se identifiquem tais valores protegidos, a Constituição interdita favorecimentos permanentes: os benefícios especiais que a lei poderá conceder deverão necessariamente ser de natureza temporária (art. 171, § 1°, item 1).

Como regra geral — a par de exceções que a própria Constituição enumera (art. 176, § 1°, art. 178, § 2°, art. 190, art. 222) — não é dada ao legislador estabelecer exigências tendentes a desenvolver a transferência da tecnologia ou a determinar índices de nacionalização das empresas, a não ser a favor de setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional (art. 171, § 1°, II).

Em suma, não é limitado ou indefinido o favorecimento permitido as empresas brasileiras do capital nacional.

Como princípio básico, não é dado ao legislador criar discriminação entre empresas nacionais (a princípio, iguais perante a lei), salvo nas hipótese que a própria Constituição enuncia, visando, qualificadamente, a áreas e objetivos determinados.

E os benefícios que para esse fim sejam outorgados não poderão, como visto, ser permanente ou a prazo indeterminado.

V

Ao contrário da Carta de 1967-69, não se omite a presente Constituição na regulação do regime jurídico do transporte terrestre.

Nos termos do art. 178, a lei poderá dispor sobre a ordenação dos transportes aéreo, marítimo e terrestre".

Entre tais modalidades de transporte, a norma constitucional distingue aquelas para as quais fixa o princípio da nacionalização.

Serão obrigatoriamente brasileiros os armadores, proprietários, comandantes e dois terços, pelo menos, de tripulantes de embarcações nacionais, as quais fica reservada a navegação de cabotagem e a inferior e a predominância de armadores nacionais e de navios de bandeira e registro brasileiros será estabelecida em lei.

Inexiste, porém, qualquer abertura constitucional para que se venha a implantar tratamento privilegiado do setor do transporto terrestre.

E o elemento histórico evidencia que o silêncio no texto constitucional, a importar na incidência da regra geral de igualdade e de livre iniciativa, não é ocasional. Exprime a deliberada rejeição do princípio de reserva dessa atividade em benefício de pessoas físicas ou jurídicas nacionais.

No curso de seus trabalhos, a Assembléia Constituinte passou por etapas sucessivas que, a partir das comissões temáticas, alcançou a redação final com que foi promulgada.

O projeto de Constituição apresentado pela Comissão de Sistematização (que consolidou o produto das comissões temáticas) previa, no art. 209, que "os serviços de transporte terrestre, de pessoas, de bens e de carga aérea, dentro do território nacional, inclusive as atividades de agenciamento, somente serão explorados pelo poder público, por brasileiros, ou empresas nacionais, respeitando o princípio da reciprocidade".

O mesmo preceito, sob n° 204, subsiste no projeto substitutivo do Relator-Geral que, na justificativa, realça as ênfases do texto, entre elas a do que "transportes, comunicação e sistema financeiro acusam dignidade e constitucional até aqui não conhecida".

À exclusão absoluta do capital estrangeiro foi oferecida emenda do Deputado Jovani Masini, abrindo margem, em parágrafo único a ser acrescido, fosse facultado ao Presidente da República, havendo interesse nacional, autorizar investimentos de capital estrangeiro nos setores de transporte ferroviário, rodoviário e hidroviário, *ad0 referendum* do Senado da República (emenda n° 1.665-1, de 13.1.88).

O transcrito texto do projeto da Comissão de Sistematização foi mantido, literalmente, no chamado projeto do Centrão (art. 207).

Contudo, na redação proposta pelo Relator Geral para a votação do segundo turno, desaparece a norma citada, restritiva da participação estrangeira, e o texto adotado é o mesmo que Figura no art. 178 da Constituição vigen-

te. Assim passam a dispor o art. 184 do texto aprovado em segundo turno e o art. 178 da redação final oferecida pelo Relator-Geral.

Ainda que o elemento histórico na elaboração das leis não tenha feição impositiva não deve o intérprete alterar-se aos subsídios quando expressivos, que permitem olhar os motivos da vontade do legislador. A *mens legislatoris* não é indiferente à determinação da *mens legis*, ainda que não seja vinculativa.

Considerando-se a permanência, no mesmo dispositivo, da exigência de nacionalidade quanto a embarcações, parece razoável inferir-se que a eliminação do preceito limitativo que a eliminação do preceito limitativo sobre o transporte terrestre foi intencional, no sentido de manter a igualdade de tratamento nessa forma de atividade econômica.

VI

Entre o regime constitucional contemporâneo à Lei nº 6.813, de 1º de julho de 1980 e a dinâmica da atual Constituição com respeito à Ordem Econômica é substancial a diversidade conceitual e normativa.

A ausência de especificidade na intervenção no domínio econômico outorgava ao legislador o campo amplamente criativo de preferencial e de discriminações reputadas benéficas ao interesse nacional.

A Constituição de 1988 adota caminho diverso, particularizando tanto os fundamentos como mesmo a modalidade de presença do Estado na ordem econômica.

Tal como acima realçado, vinculada aos ditames da justiça social, a ordem econômica tem como fundamento a livre concorrência a importar no livre exercício da atividade econômica, limitando o controle público aos casos especialmente previstos em lei (parágrafo único do art. 170).

Como regra, prevalece a liberdade econômica, cabendo à lei determinar os limites do poder de polícia do Estado e, especialmente, os casos de execução pública direta que, a par de hipóteses expressamente previstas na Constituição, tão-somente são admissíveis quando se evidenciem imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173).

De outra parte, a Constituição coloca, desde o seu limiar, com um princípio dominante, a igualdade perante a lei que a todos deve favorecer.

As distinções possíveis são aquelas que a própria Constituição abona, mediante outros princípios e normal de igual hierarquia.

Assim, a tônica constitucional qualifica, nos casos que determina, a proteção do interesse nacional, assim como protege, especificamente, o meio ambiente, defende o consumidor e subordina o uso e gozo da propriedade à sua função social, que se pode extremar na desapropriação.

Sem embargo do impessoal condicionamento aos interesses da comunidade, arbitrados pela lei, a nova Constituição brasileira estrutura uma ordem econômica capitalista, que tem como uma de suas expressões basilares o direito de empresa.

O Estado opera como um agente normativo e regulador da atividade econômica, primariamente atribuída à iniciativa privada. A sua função, nos termos da lei, é essencialmente a de fiscalização, incentivo e planejamento, proclama o art. 174 da Constituição.

Consagra, igualmente, a Constituição determinadas medidas que induzem ao tratamento privilegiado do capital nacional, seja pela natureza da atividade, podendo atingir o monopólio, seja pela atribuição de regime jurídico mais favorecido para as empresas nacionais, cujo conceito se identifica no controle efetivo, na maioria do capital votante e na realidade do poder de gestão.

Os pressupostos que qualificam a empresa nacional, em contraste com a empresa brasileira, são permanentes.

Todavia, a proteção e os benefícios que visam ao apoio das empresas nacionais em setores estratégicos ou imprescindíveis ao desenvolvimento econômico nacional devem ser temporários, por imperativo da própria Constituição (art. 171, § 1ª, alínea *a*).

Sobretudo, a Constituição em vigor, contrariamente à abstenção anterior, traz, para a intimidade de seu texto, a regulação do transporte terrestre, repelindo, inclusive, a

norma primitiva excludente de empresas não-nacionais.

VII

Promulgada uma nova Constituição, não desaparece necessariamente o ordenamento anterior que antecede.

As leis vigentes, desde que compatíveis com o novo diploma constitucional, não são por ele revogadas e perduram válidas e eficazes.

O direito anterior não contraditado é recebido pelo novo sistema constitucional que para a imprimir-lhe o zelo de constitucionalidade, sem histo ou interrupção.

A teoria da recepção. Fundada no princípio da continuidade do ordenamento, prolonga a vigência e eficácia das leis ordinárias ou complementarei que não forem materialmente contrárias ao novo Estatuto Político.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 83.835 (*Revista Trimestral de Jurisprudência,* 77/659), renovando decido anterior no RB nº 78.984 (*RTJ,* 71/289), "afirmou o princípio da continuidade do direito, esclarecendo que a Constituição por si ao não prejudica a vigência das leis anteriores que versam a matéria, desde que não incompatíveis com o texto constitucional".

Contudo, se ocorrer, o conflito entre norma constitucional nova e lei anterior com ele incompatível resolve-se pela revogação destas última, em obediência ao princípio da hierarquia das fontes do direito, conjugado com o da sucessão de normas no tempo.

A lei elaborada contra a Constituição é lei inconstitucional e o vício contamina seus efeitos, desde a origem, operando-se a nulidade *ex tunc.* Quando, porém, a lei legitimamente criada é atingida por norma constitucional superveniente, instaura-se um processo especial de revogação, com efeitos futuros.

Como advertiu o Ministro Moreira Alves, no julgamento da Representação nº 1.012, "a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que a incompatibilidade entre lei ordinária anterior e a Constituição posterior não acarreta a inconstitucionalidade daquela, mas sim, a sua revogação, matéria esta estranha à representação de inconstitucionalidade" (*RTJ,* 95/990).

A luz dessas regras de hermenêutica deve ser avaliada a matéria da consulta.

A lei nº 6.813/80 tem o claro sentido de favorecimento da empresa nacional ou pública na exploração do transporte rodoviário de cargas, apenas resguardada as empresas em geral a realização do transporte de carga própria.

A compatibilidade que então se oferecia com a latitude intervencionista da Constituição da época desaparece no momento em que a nova Carta Constitucional de 1988 adota outra postura, passando a regular expressamente a matéria do transporte terrestre, estabelecendo parâmetros condicionadores da lei ordinária.

Configura-se, assim, a partir da nova Constituição, uma nítida oposição entre o sentido liberalizante da Lei Maior e o conteúdo restritivo da lei ordinária anterior.

O antagonismo deverá resolver-se a favor da norma superior, importando, por via de conseqüência, no reconhecimento da revogação da Lei nº 6.013/80 por incompatibilidade com a sistemática da Constituição superveniente.

VIII

À luz dos fundamentos expostos, temos como evidente que a Lei nº 6.013/80 está revogada com o advento da Constituição de 1988.

A revogação poderá ser reconhecida e declarada mediante decisão na instância administrativa. fundamentada em parecer do órgão jurídico competente.

A declaração poderá, igualmente, provir de manifestação judicial que, por provocação de parte interessada, assim venha a decidir.

A via processual, para esse fim, não será a ação de inconstitucionalidade, como fixado pelo Supremo Tribunal Federal.

Poderá a parte interessada interpor mandado de segurança em caso de indeferimento, pela Administração Pública, de pedido de Re-

gistro de Transportadora (Lei nº 7.092, de 19 de abril de 1983, regulamentada pelo Decreto nº 89.874. de 28 de junho de 1984), com fundamento na Lei nº 6.013/80, ou perante resposta negativa a consulta que seja formulada sobre a matéria.

Como alternativa, caberá, ainda, a propositura de ação declaratória visando a prestação jurisdicional no sentido do reconhecimento da revogação da lei em causa.

Assim nos parece, SMJ.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 1990. — *Caio Tácito.*

Em nenhum momento, haverá incidência do tributo sobre "não aquisições de disponibilidades econômicas", possuindo o sistema mecanismo adequado para que se pague o tributo à medida que adquiram as disponibilidades, cabendo ao contribuinte, por seus controles internos e contábeis, definir o nível do pagamento para que não pague tributo sobre renda que não auferiu.

Entendo, pois, que o sistema adota, claramente, o mecanismo de busca correntes, de resto, a meu ver, o único compatível com os princípios que regem o direito tributário plasmado na Constituição Federal.

Não há que se falar em antecipação, pois cabe ao contribuinte definir se recolherá ou não o tributo, à luz de suas aquisições, com o que considero, rigorosamente, constitucional o art. 51 do projeto do governo.

Respondo, pois, de forma sintética às três questões:

1) Sim.

2) Não.

3) Sim.

S.M J.

Ives Gandra da Silva Martins — Professor Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.