EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 3 — EMPRESA NACIONAL — EMPRESA ESTRANGEIRA

— A revogação do art. 171 da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº 3 revoga as normas de favorecimento da empresa brasileira de capital nacional.

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL
Parecer n. PGFN/CAT n. 1.615/96

EXPEDIENTE: MEMO/SRF/GAB/Nº 2119/96

INTERESSADA: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL — PGFN

Aprovo o Parecer PGFN/CAT/Nº 1615/96, nos termos do despacho exarado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional. Revogação do art. 171 da Constituição Federal e, por decorrência, de dispositivos da legislação, nele amparados, que se mostram hoje incom-

patíveis com a modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº 06, de 1995.

PEDRO PARENTE, Interino

PARECER PGFN/CAT/Nº 1615/96

EXPEDIENTE: MEMO/SRF/GAB/Nº 2119/96

EMENTA: Constituição Federal. Art. 171. Revogação pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995. Incompatibilidade, com o texto constitucional emendado, de dispositivos da legislação que rege a Política Nacional de Informática. Vedação ao estabelecimento de distinção para favorecimento de empresa brasileira de capital nacional. Acolhimento do entendimento manifestado pelos Pareceres números 231/95 e 268/95, da Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia.

I

A SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL, órgão deste Ministério, pelo Memorando/SRF/GAB/Nº 1.119, de 20 de maio de 1996, subscrito por seu titular, consulta a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a respeito da matéria assim exposta:

"Tendo em vista a revogação, pelo art 3º da Emenda Constitucional nº 6 de 15 de agosto de 1995, do art. 171 da Constituição Federal (C.F.) — que conceituava *empresa brasileira* e *empresa brasileira de capital nacional* —, o Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) expediu os Pareceres nºs 231/95 e 268/951 publicados, respectivamente, no D.O.U. de 20 de novembro de 1995 e 13 de fevereiro de 1996 (cópias anexas), a respeito dos reflexos da mencionada medida sobre as Leis nºs 7.232, de 29 de outubro de 1984, e 2 248; de 23 de 1991, e sobre o Decreto nº 792, de 2 de abril de 1993, que tratam essencialmente de questões tributárias vinculadas ao setor de informática.

Assim sendo, indago se as conclusões a que chegou o MCT estariam de acordo com a interpretação dada a matéria por essa Procuradoria e, ainda, se há outras implicações decorrentes da revogação do art 171 da C.F. que atingem a legislação supracitada".

II

2. O indicado Parecer CONJUR nº 231/95, da Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia, ao tratar das implicações infraconstitucionais decorrentes da promulgação da Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, concluiu:

1º) a Emenda Constitucional nº 6/95 instituiu um novo regime em que se inadmite a distinção entre as empresas e extirpou todos os privilégios que em decorrência dessa distinção podia legislação ordinária conferir;

2º) 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;

3º) neste contexto, sem exclusão de outros dispositivos legais eventualmente afetados e acaso não vislumbrados, temos como não recepcionados, e, pois, revogados ou derrogados os seguintes:

Da Lei nº 8.248/91

— o art. 1º, as exigências constantes dos incisos I e III do art. 22— no art. 32, a determinação no sentido de que se de preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação efetuadas pelo Poder Público, aos produzidos ou prestados pelas empresas brasileiras de capital nacional; o art. 5º; o art. 7º, e a parte final do art. 10.

Da Lei nº 8.666/93

— os incisos I e III do § 2º do art. 3º e o § 1º do art. 33.

Do Decreto nº 792/93

— no art. 1º a referência às exigências do art. 2º (incisos I e III) da Lei nº 8.248/91; a parte final do paragrafo único do art. 2º (que, todavia, já se encontra prejudicada pelo decurso do tempo); o art. 3º; o inciso III do art. 4º; no art. 5º, a referência ao inciso III do art. 4º; o art. 8º; no art. 9º, *caput* e § 1º, a referência ao art. 8º e a segunda parte da alínea "c" do § 3º; e, no art. 11, a referência aos arts. 3º e 8º.

Do Decreto nº 1.070/94

— no art. 1º, o inciso IV e o § 2º; os incisos I, II e III do art. 5º; no art. 6º, inciso IV, a

determinação no sentido de que se considere a condição da empresa integradora do sistema" ou da "empresa líder" e, no parágrafo único, a referência, implícita, à comprovação prevista no art. 1º, inciso IV;

4º) subsiste, com as derrogações indicadas, o Decreto nº 1.070/94, devendo a preferência prevista em seu art. 5º ser aplicada, doravante, a partir de seu inciso IV, observada a ordem ali disposta.

3. O Parecer CONJUR nº 268/95, por sua vez, reitera os termos do Parecer CONJUR nº 231/95, de que destacamos:

"Por outro lado, cabe observar que a distinção entre empresas em razão da origem de seu capital, conforme demonstrado no Parecer CONJUR 231/95, tendo sido transposta em nível de norma para o Texto Mor o foi com objetivos específicos, em caráter exceptivo à regra geral de isonomia, visando a um escopo determinado. Ao extirpar essa distinção da Lei Fundamental — mediante norma revisiva, resgatando o tratamento igualitário — certamente entendeu o legislador constituinte derivado já ter aludida norma excepcional cumprido a sua finalidade, não mais justificando-se a sua permanência no ordenamento jurídico, até porque, hoje, diversa é a realidade sócio-econômica nacional, a que devem adaptar-se as leis que se destinam a regê-la. Incompatível, portanto, que tendo havido a erradicação na Carta Suprema da distinção entre empresas em função da origem do seu capital, possa ela subsistir na legislação infraconstitucional, pois isto não se ajusta aos princípios de hermenêutica jurídica, menos ainda em sistema como o nosso, em que há o princípio da supremacia das normas constitucionais. Entender-se o contrário, aliás, implicaria em esvaziar por inteiro a providência carreada pela Emenda Constitucional nº 6/95, pois equivaleria a torná-la coisa nenhuma, absolutamente destituída de qualquer eficácia.

Daí porque, (...) entendemos que os dispositivos dos arts. 5º e 7º da Lei nº 8.248/91, tal como concebidos pelo legislador ordinário, o foram em direta e vinculada dependência do art. 171 constitucional, encontrando-se, destarte, inexoravelmente revogados pda Emenda Constitucional nº 6/95, já com ela incompatíveis, e, portanto, não recepcionados".

III

O revogado art. 171 da CF/88 assim dispunha:

"Art. 171. São consideradas:

I — empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II — empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I — conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II — estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do *caput* se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º Na aquisição de bens e serviços, o poder público dará tratamento preferencial, nos ternos da lei, à empresa brasileira de capital nacional".

IV

5. Como se observa, os dispositivos transcritos discriminavam, em termos taxativos, as *nuances* do tratamento diferenciado que, excepcionalmente, se permitiu ao legislador in-

fraconstitucional estabelecer em favor da empresa brasileira de capital nacional e, ao mesmo tempo, em desfavor da empresa brasileira, segundo os conceitos emitidos pelo legislador constituinte.

6. Corrobora esse entendimento a Exposição de Motivos nº 37/95, que encaminhou a proposta que deu origem à Emenda Constitucional nº 6/95, ao esclarecer:

"2. A proposta tenciona eliminar a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional e o tratamento preferencial concedido a esta última. Para tanto, firma-se conceito de empresa brasileira como aquela constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

3. A discriminação ao capital estrangeiro perdeu o sentido no contexto de eliminação das reservas de mercado, maior interrelação entre as economias e necessidade de atrair capitais estrangeiros para complementar a poupança interna. (...)".

7.Com efeito, estando estabelecida no art. 52 (*caput*) da CF/88 a regra genérica de que todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à igualdade, e estando suprimida a regra constitucional exceptiva que constava do teor do art. 171 e seus parágrafos, como transcrito, não é ilícito estabelecer distinções não mais permitidas pela Carta Maior.

8. A propósito, observa JOSÉ AFONSO DA SILVA ("Curso de Direito Constitucional Positivo", Ed. Rev. dos Trib., 6ª ed., p. 191) que o princípio da igualdade na lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria Constituição.

9. Em conseqüência, a legislação que não se conformar com as normas constitucionais ora vigentes estará com elas incompatível e, portanto, revogada de pleno direito, em face do princípio do imediatismo de vigência a que se reporta o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

10. Pondere-se, ainda, que o disposto no art. 218 da CF/88 autoriza o Poder Público a promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, visando preponderantemente a solução dos problemas brasileiros e o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional, devendo fazê-lo com impessoalidade, sem distinção entre seus agentes. Daí se infere que o preceptivo citado não serve a suprir a ab-rogação do art. 171 do Estatuto Maior.

11. Por essas razões, o parecer é no sentido de que devem ser adotadas no âmbito do Ministério da Fazenda as conclusões dos Pareceres CONJUR números 231/95 e 268/95, emitidos pela Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia, aprovados pelo Senhor Ministro de Estado e publicados no Diário Oficial da União, por terem demonstrado cabalmente a revogação dos citados dispositivos da legislação que rege a Política Nacional de Informática, especificamente no que se refere ao tratamento mais benéfico que concederam à empresa brasileira de capital nacional, dispositivos esses que, após a vigência da Emenda Constitucional nº 06/95, passaram a infringir, por incompatibilidade, o princípio da isonomia a que nos reportamos no item 7 deste Parecer.

À consideração superior.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 12 de setembro de 1996.

CARLOS ERVINO GULYAS, Procurador de Assuntos Tributários

De acordo.

A consideração do Senhor Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 16 de setembro de 1996.

DITIMAR SOUSA BRITTO, Coordenador-Geral de Assuntos Tributários

A retirada do art. 171 da Constituição teve por objetivo eliminar a distinção entre empresas *em função da origem de seu capital*, materializada na permissão, concedida por aquele dispositivo ao legislador infraconstitucional, para estabelecer diferença de tratamento entre *empresas brasileiras* e *empresas brasileiras de capital nacional*.

Eliminada essa possibilidade, fruto da aprovação pelo Congresso da Emenda Constitu-

cional nº 06, de 1995, certo é, como afirmado no parecer, que a partir daí encontram-se incompatibilizados com o novo texto constitucional todos os dispositivos da legislação que, amparados no antigo artigo 171, estampavam a referida diferença de tratamento.

Não se pode, todavia — pois a tanto não foi a Emenda Constitucional aprovada pelo Congresso —, entender que foi também eliminada a possibilidade de diferença de tratamento entre *empresas brasileiras* (aquelas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País) e *empresas estrangeiras* (aquelas sediadas no exterior).

Isto porque a igualdade proclamada no art. 5º da Constituição é garantida aos brasileiros e estrangeiros "residentes no país". Empresas estrangeiras (assim conceituadas aquelas sediadas no exterior) não tem, pois, a cobertura constitucional do princípio da igualdade.

A ressalva e necessária porque alguns dispositivos dados como revogados pelo Parecer CONJUR nº 231/95, do MICT, não se mostram, a rigor, incompatibilizados com a nova ordem constitucional (pós EC 06/95), como, p.e., o inciso III do § 2º do art. 3º e o § 1º; do art. 33, ambos da Lei nº 8.666/93.

Feita a ressalva, ponho-me de acordo, quanto ao mais, com os termos do parecer.

Encaminhe-se à aprovação do Exmo. Senhor Ministro da Fazenda.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 23 de setembro de 1996.

LUIS CARLOS STURZENEGGER, Procurador-Geral da Fazenda Nacional.