

CONSULTA

A empresa *TECNOLOGIA BANCÁRIA S.A.*, por intermédio de seu ilustre advogado, DR. JOSÉ DEL CHIARO, honra-me com a seguinte consulta:

1. É possível regulamentar por *lei ordinária* a atividade de transporte de valores, admitindo-se a hipótese de se considerar tal atividade relacionada à atividade-fim do setor financeiro, sendo, assim, necessária *lei complementar* para sua regulamentação, nos termos do art. 192, da Constituição de 1988?

2. É cabível a alegação de que o Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010, não pode, em linha com o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, afetar o direito adquirido das empresas que já atuam no setor?

3. Lei ordinária pode estabelecer discriminações, seja em razão da nacionalidade do capital, seja em razão da presença de determinado setor no capital de empresa (como no caso do setor financeiro em empresa de transporte de valores), como faz o Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010?

4. O Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010, estabelece uma “reserva de mercado” a empresas nacionais de capital nacional que não contam com instituições financeiras entre seus acionistas? “Reservas de mercado” são proibidas pela Constituição de 1988?

5. É correto afirmar que a Constituição de 1988, a partir da Emenda Constitucional nº 6/1995, passou a vedar qualquer forma de discriminação entre empresas em razão da composição do seu capital, admitindo-se a discriminação do capital estrangeiro tão somente nos casos de restrições expressas constantes do texto constitucional, como a exploração mineral (art. 176), propriedade rural (art. 190), sistema financeiro nacional (art. 192), assistência à saúde (art. 199) e empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222)?

6. O Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010, representa restrição à livre iniciativa, à livre concorrência ou a alguma outra norma constitucional? O Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010, se justifica pela proteção ao interesse público ou coletivo, à soberania nacional ou à segurança nacional?

7. É razoável impedir por lei, como pretende o Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010, que a atividade de guarda e transporte de valores seja exercida por instituições financeiras, obrigando tais instituições a terceirizarem esse serviço?

PARECER

I. AS ATIVIDADES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E SUA REGULAMENTAÇÃO

O Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010 (Projeto de Lei nº 4.238/2012, na Câmara dos Deputados), pretende instituir o Estatuto da Segurança Privada e da Segurança das Instituições Financeiras, modernizando a legislação sobre o setor, notadamente a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Por se tratar de tema vinculado diretamente ao funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, é necessária uma análise prévia sobre o significado e a abrangência do artigo 192 da Constituição de 1988.

O capítulo da ordem econômica da Constituição de 1988 (artigos 170 a 192) tenta sistematizar os dispositivos relativos à configuração jurídica da economia e à atuação do Estado na economia, isto é, os preceitos constitucionais que, de um modo ou outro, reclamam a atuação estatal no domínio econômico, embora estes temas não estejam restritos a este capítulo do texto constitucional¹. Em sua estrutura, o capítulo da ordem econômica engloba, no artigo 170 os princípios fundamentais da ordem econômica brasileira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna de acordo com a justiça social. Dentre esses princípios, podem ser destacados, por exemplo, a soberania nacional, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio-ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca do pleno emprego. Os artigos 171 a 181 versam sobre a estruturação da ordem econômica e sobre o papel do Estado no

¹ Concordo com as afirmações de Eros Grau, para quem a “ordem econômica” não é um conceito jurídico. A “ordem econômica” apenas indica, topologicamente, as disposições que, em seu conjunto, institucionalizam as relações econômicas no texto constitucional, ressaltando-se que nem todas estas disposições estão abrigadas sob o capítulo da “ordem econômica”, mas espalhadas por todo o texto. Cf. Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 12ª ed, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 60-76 e 87-91.

domínio econômico, instituindo, segundo Eros Grau, uma ordem econômica aberta para a construção de uma sociedade de bem-estar².

O artigo 171, revogado em 1995, tratava da diferenciação entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional e, juntamente com o artigo 172 (exigência de um regime jurídico para o capital estrangeiro de acordo com os interesses nacionais), são corolários da soberania econômica (artigo 170, I), assim como os artigos 176 (propriedade estatal do subsolo e regime da exploração mineral) e 177 (monopólio estatal do petróleo e seus derivados e dos materiais nucleares). Devo ressaltar, inclusive, que são derivados da soberania econômica, ainda, os dispositivos relativos à política de desenvolvimento tecnológico do país (artigos 218 e 219), situados fora do capítulo da ordem econômica.

Os artigos 173 e 175 disciplinam a atividade econômica do Estado a partir da prestação de atividade econômica em sentido estrito (artigo 173, setor preferencialmente dos agentes privados) e dos serviços públicos (artigo 175, setor de titularidade estatal), bem como o regime jurídico das empresas estatais. O artigo 174 enuncia o Estado como agente regulador, fiscalizador e planejador da economia. Os demais artigos (178 a 181) tratam de setores específicos da atividade econômica, como transportes, turismo e tratamento favorecido às empresas de pequeno e médio porte.

Além destes princípios estruturantes, a ordem econômica da Constituição de 1988 engloba dispositivos que tratam da ordem econômica no espaço e da ordem econômica no tempo. A ordem econômica no espaço está configurada nas disposições sobre política urbana (artigos 182 e 183) e sobre política agrícola e fundiária e reforma agrária (artigos 184 a 191). Estes artigos versam, essencialmente, sobre a projeção da ordem econômica e seus conflitos no espaço, prevendo reformas estruturais profundas na organização socioeconômica.

² Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 312-316.

O artigo 192 (hoje reformado pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003) é a projeção da ordem econômica no tempo, ao cuidar do crédito e do sistema financeiro. O conflito projeta-se no tempo, diferindo a escassez no tempo, pois se define, pelo crédito, como os recursos serão distribuídos, em suma, quem irá receber recursos no momento presente e quem não irá ou quando outros setores terão (ou não) estes recursos. O Estado contemporâneo não pode se limitar a uma atuação mínima, mas deve dimensionar seus recursos de maneira a satisfazer o mais amplamente possível as necessidades sociais. Neste contexto, o funcionamento do crédito, que estende o campo das trocas do presente e dos bens disponíveis para o futuro e aos bens a produzir, é essencial como instrumento de direção da política econômica tendo em vista a manutenção da atividade econômica, o crescimento e a ampliação das oportunidades de emprego³. Por sua importância, a política de crédito no Brasil é de competência exclusiva da União (artigos 21, VIII e 22, VII da Constituição).

As atividades desenvolvidas no sistema financeiro nacional por parte dos bancos são atividade econômica em sentido estrito⁴. O Estado brasileiro atua no setor bancário com base na preservação de relevante interesse coletivo (artigo 173, *caput* da Constituição), com a óbvia exceção da emissão de moeda⁵, que é um serviço público monopolizado pelo Estado (artigos 21, VII; 22, VI e 164, *caput* da Constituição).

³ Geraldo de Camargo VIDIGAL, *Fundamentos do Direito Financeiro*, São Paulo, RT, 1973, pp. 38-39, 42-43, 51, 199-203 e 276-277. Para o papel do Estado na política de crédito, vide, ainda, Gérard FARJAT, *Droit Économique*, Paris, PUF, 1971, pp. 215-221.

⁴ Para a distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, ambos espécies da atividade econômica em sentido amplo, vide, por todos, Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 101-111.

⁵ Sobre a emissão monetária como tarefa estatal, vide Arthur NUSSBAUM, *Teoría Jurídica del Dinero: El Dinero en la Teoría y en la Práctica del Derecho Alemán y Extranjero*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1929, pp. 48-50; José Tadeu DE CHIARA, *Moeda e Ordem Jurídica, mimeo*, São Paulo, Tese de Doutorado (Faculdade de Direito da USP), 1986, pp. 32-41 e Giampiero DI PLINIO, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 371-387. Vide, ainda, embora sob perspectivas distintas, Georg Friedrich KNAPP, *Staatliche Theorie des Geldes*, 4ª ed, München/Leipzig, Duncker & Humblot, 1923, pp. 20-36 e Eugênio GUDIN, *Princípios de Economia Monetária*, 9ª ed, Rio de Janeiro, Agir, 1976, vol. I, pp. 25-26 e 215-221. Sobre o papel essencial que os bancos emissores possuem na política econômica, vide Otto PFLEIDERER, "Die Notenbank im System der wirtschaftspolitischen

O artigo 192 da Constituição de 1988, tanto em sua redação original⁶, como em sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003⁷, exige que sua regulamentação se dê por meio de lei complementar, não lei ordinária. A necessidade de lei complementar diz respeito às novas leis que deverão ser elaboradas pelo Congresso Nacional sobre o Sistema Financeiro Nacional. Até que esta lei ou leis sejam elaboradas, seguindo as exigências do processo legislativo no tocante à elaboração de lei complementar, continua em vigor a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, sob pena de instaurar-se uma verdadeira anomia no que diz respeito ao setor financeiro da economia, o que

Steuerung" in Joseph H. KAISER (org.), *Planung III: Mittel und Methoden planender Verwaltung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1968, pp. 409-427.

⁶ Artigo 192 da Constituição de 1988 (redação original): “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: I - a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso; II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador; III - as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente: a) os interesses nacionais; b) os acordos internacionais; IV - a organização, o funcionamento e as atribuições do banco central e demais instituições financeiras públicas e privadas; V - os requisitos para a designação de membros da diretoria do banco central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo; VI - a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União; VII - os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento; VIII - o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.

§1º - A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.

§2º - Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados.

§3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”.

⁷ Artigo 192 da Constituição de 1988 (redação alterada pela Emenda Constitucional nº 40/2003): “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”.

consubstanciaria uma violação ao próprio regime constitucional democrático. Neste sentido, ainda que se referindo ao regime da Carta de 1967, é digno de menção o pensamento de Geraldo Ataliba:

"Daí porque ser possível que lei ordinária regule matéria de lei complementar; basta que seja anterior à Constituição. (...) Não se trata, portanto de impossibilidade de a lei ordinária revogar a lei ordinária. Mas, de lei ordinária (a anterior) convertida em lei complementar (ratione materiae) pela Constituição; daí somente ser revogável por lei complementar. Com o correr do tempo, o legislador irá operando o preenchimento do campo da lei complementar, de tal sorte que, a final ter-se-á todo êsse setor preenchido por legislação complementar nova. E a antiga legislação prevalecerá, como lei complementar, enquanto não sobrevenha norma apta a modificá-la" ⁸.

Celso Bastos, já sob a Constituição de 1988, emite a mesma opinião:

"O que importa para a nova Constituição é a adequação das leis anteriores com os seus preceitos substanciais, não sendo em nada relevante o saber-se como, no passado, se chegou à elaboração da regra. É curial que, no futuro, isto é, depois da entrada em vigor da Constituição, os preceitos formais e substanciais são igualmente importantes para caracterizar a inconstitucionalidade. Dentro dessa linha de raciocínio, afigura-se clara a conclusão de que a lei preexistente que discipline matéria, no momento, reservada à lei complementar continua vigente" ⁹.

Este é o entendimento praticamente unânime da doutrina nacional, inclusive justificando a permanência em vigor de diplomas legais como o

⁸ Geraldo ATALIBA, *Lei Complementar na Constituição*, São Paulo, RT, 1971, pp. 55-56.

⁹ Celso Ribeiro BASTOS, *Lei Complementar: Teoria e Comentários*, 2ª ed, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999, p. 137.

Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), que foi elaborado como lei ordinária e regula matéria que os textos constitucionais posteriores (1967, 1969 e 1988) atribuíram à lei complementar¹⁰. Deste modo, a exigência de lei complementar do artigo 192 da Constituição não atinge a vigência da Lei nº 4.595/1964, que continua em vigor até que uma nova lei ou novas leis, já sob a forma de lei complementar, sejam elaboradas pelo Congresso Nacional.

A Constituição de 1988, seja na sua redação original, seja na redação atual, definiu que as atividades que considera integrantes do Sistema Financeiro Nacional são as executadas por instituições financeiras¹¹. A definição de instituição financeira está no artigo 17 da Lei nº 4.595/1964:

Artigo 17 da Lei nº 4.595/1964: “Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual”.

Portanto, a atividade de transporte de valores, por tratar de coleta de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e da custódia de valor de propriedade de terceiros, só pode ser realizada por pessoas jurídicas vinculadas a instituições financeiras, conforme, inclusive, dispõem os artigos 20 e 31, §1º do Substitutivo nº 06/2016.

¹⁰ Para o debate sobre a recepção do Código Tributário Nacional e seu âmbito material de lei complementar, vide Celso Ribeiro BASTOS, *Lei Complementar cit.*, pp. 162-173.

¹¹ Vide, por todos, José Tadeu DE CHIARA, “Disciplina Jurídica das Instituições Financeiras”, *Revista de Direito Público* nº 41/42, janeiro/junho de 1977, pp. 289-307.

A própria pretensão do projeto de lei, inclusive, é a de regular também a segurança das instituições financeiras, como se depreende de seu artigo 1º, *caput*¹². Deste modo, a regulamentação da atividade de transporte de numerário, bens e valores só pode ser efetuada, por determinação expressa do texto do artigo 192 da Constituição de 1988, por meio de lei complementar, não de lei ordinária.

Não faz sentido utilizar o argumento de que esta atividade estava regulada, até o presente momento, pela Lei 7.102/1983, uma lei ordinária. Esta lei, como é fácil constatar, foi editada antes da Constituição de 1988 e foi simplesmente recepcionada pela nova ordem constitucional no que não a contrariasse. No entanto, a partir do momento em que se busca elaborar uma nova legislação sobre segurança privada, há a determinação constitucional de que toda atividade vinculada ao Sistema Financeiro Nacional, em especial à atuação das instituições financeiras, seja regulamentada por meio de lei complementar.

Esse é o caso das atividades de transporte de numerário, bens e valores. Deste modo, qualquer regulamentação deste tipo de atividade posteriormente à Constituição de 1988 que não ocorra por intermédio de lei complementar padece de inconstitucionalidade, dada a determinação constitucional expressa do artigo 192.

¹² Artigo 1º, *caput* do Substitutivo da Câmara nº 06/2016: “*Esta Lei institui o Estatuto da Segurança Privada e da **Segurança das Instituições Financeiras**, para dispor sobre os serviços de segurança de caráter privado, exercidos por pessoas jurídicas e, excepcionalmente, por pessoas físicas, em âmbito nacional, e **para estabelecer as regras gerais para a segurança das instituições financeiras autorizadas a funcionar no País**” (grifos meus).*

II. RESTRIÇÕES AO CAPITAL ESTRANGEIRO E DIREITO ADQUIRIDO

A internalização dos centros de decisão econômica, política prevista em vários dispositivos do texto constitucional de 1988, tem por objetivo, entre outros, reduzir a vulnerabilidade externa do país, visando assegurar uma política nacional de desenvolvimento. A vulnerabilidade externa, segundo Reinaldo Gonçalves, pode ser traduzida na baixa capacidade do país resistir à influência de fatores desestabilizadores ou choques externos. É um conceito complementar ao de soberania econômica nacional, pois diz respeito diretamente à capacidade de decisão de política econômica de forma autônoma. A expansão do mercado interno é entendida pela Constituição, particularmente pela leitura conjunta dos seus artigos 3º, II, 170, I e 219, como a principal estratégia de dinamismo econômico. O processo de desenvolvimento econômico deve ser liderado, assim, pela demanda interna do país, não apenas pelas exportações, ampliando as relações comerciais e objetivando a instituição de uma sociedade de consumo de massas¹³.

O antigo artigo 171 da Constituição de 1988¹⁴ definia constitucionalmente o que era empresa brasileira de capital nacional, sendo

¹³ Autores como Reinaldo Gonçalves denominam estas políticas de "inserção soberana". Vide Reinaldo GONÇALVES, *Ô Abre-Alas: A Nova Inserção do Brasil na Economia Mundial*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1999, pp. 180-184 e 187-197. Vide, ainda, Reinaldo GONÇALVES, *Globalização e Desnacionalização*, São Paulo, Paz e Terra, 1999, pp. 35-40 e 181-185 e Samuel Pinheiro GUIMARÃES, "Capital Nacional e Capital Estrangeiro", *Estudos Avançados* n° 39, 2000, pp. 155-159.

¹⁴ Artigo 171 da Constituição de 1988 (redação original): *"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 termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional".*

um corolário dos dispositivos constitucionais que afirmam a soberania econômica (artigo 170, I) e a garantia do desenvolvimento nacional como objetivo da República (artigo 3º, II)¹⁵. A distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional estava fundada na concepção de poder de controle, proveniente do direito societário, não mais na organização segundo as leis brasileiras. Esta última definição, aliás, consistia em uma mera formalidade, pois as companhias estrangeiras estruturavam filiais brasileiras, mas continuavam exercendo seu poder de controle. Deste modo, a Constituição de 1988 buscou viabilizar as empresas brasileiras de capital nacional como agentes preferenciais no desenvolvimento das atividades imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico nacional (artigo 171, §1º, II), propiciando a possibilidade de concessão de proteção, incentivos e benefícios temporários, além da preferência na aquisição de bens e serviços pelo Estado (artigo 171, §2º)¹⁶.

Outro dispositivo constitucional que é corolário da soberania econômica é o que trata do controle do capital estrangeiro (artigo 172)¹⁷. A discussão e regulação sobre o capital estrangeiro no Brasil tem por fundamento toda a disputa em torno da remessa de lucros para o exterior por

¹⁵ Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 258-262 e Eros Roberto GRAU, "Breve Nota Histórica sobre o Artigo 171 da Constituição de 1988", *Revista de Informação Legislativa* nº 179, julho/setembro de 2008, pp. 242-244. Para uma breve exposição histórica do tratamento do tema nas constituições brasileiras anteriores, vide Washington Peluso Albino de SOUZA, *Direito Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1980, pp. 376-380.

¹⁶ Fábio Konder COMPARATO, "Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988", *Revista de Direito Público* nº 93, janeiro/março de 1990, pp. 272-273. Vide também Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, 3ª ed, São Paulo, LTr, 1994, pp. 244-245; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 265-267 e Washington Peluso Albino de SOUZA, *Teoria da Constituição Econômica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp. 118-120, 496-497 e 520-522. Para a defesa da definição de nacionalidade da pessoa jurídica a partir do controle, e não da mera nacionalidade formal, vide Barbosa LIMA Sobrinho, *A Nacionalidade da Pessoa Jurídica*, Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1963, pp. 11, 248, 252, 262 e 271-283; Washington Peluso Albino de SOUZA, "Capitais Estrangeiros: Regime Jurídico e Modelo Econômico" in *Estudos de Direito Econômico*, Belo Horizonte, Movimento Editorial Faculdade de Direito da UFMG, 1996, vol. 2, tomo II, pp. 294-296 e Washington Peluso Albino de SOUZA, *Direito Econômico cit.*, pp. 324-328.

¹⁷ Artigo 172: "A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros".

parte das empresas estrangeiras ou suas filiais atuantes no país. O poder econômico (e conseqüentemente político) exercido pelas empresas de capital estrangeiro no Brasil, sua influência na formação da opinião pública e sua capacidade de pressionar o Poder Público em várias questões de política econômica sempre gerou discussões sobre como limitar e fiscalizar este poder, cuja fonte é externa ao país. A questão do controle sobre o capital estrangeiro, portanto, está vinculada à transferência, ou não, dos centros de decisão sobre a atividade econômica para o exterior¹⁸. É neste contexto que devem ser compreendidas as tentativas de controle do capital estrangeiro, especialmente no que diz respeito à remessa de lucros e dividendos para o exterior, cujo resultado foi a edição, em meio à discussão sobre as "reformas de base" no Governo João Goulart, da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, regulamentada pelo Decreto nº 53.451, de 18 de janeiro de 1964¹⁹.

Com o golpe militar, a Lei nº 4.131/1962 foi alterada rapidamente com a aprovação da Lei nº 4.390, de 29 de agosto de 1964, regulamentada pelo Decreto nº 55.762, de 17 de fevereiro de 1965. A mudança essencial foi determinar que o capital externo deve receber o mesmo tratamento que o capital nacional, revogando a maior parte das limitações às remessas de lucros e dividendos, pagamentos de *royalties* e juros, desde que houvesse o devido registro dos recursos no Banco Central²⁰. A Lei nº 4.131/1962 vem

¹⁸ Washington Peluso Albino de SOUZA, "Capitais Estrangeiros: Regime Jurídico e Modelo Econômico" *cit.*, pp. 249-264 e 315-318; Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico* *cit.*, pp. 380-381; Washington Peluso Albino de SOUZA, *Direito Econômico* *cit.*, pp. 369-375; Reinaldo GONÇALVES, *Globalização e Desnacionalização* *cit.*, pp. 40-49; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* *cit.*, pp. 276-277; Washington Peluso Albino de SOUZA, *Teoria da Constituição Econômica* *cit.*, pp. 123-124, 467 e 497-498 e Samuel Pinheiro GUIMARÃES, "Capital Nacional e Capital Estrangeiro" *cit.*, pp. 144-145, 151-155.

¹⁹ Sérgio MAGALHÃES, Francisco MANGABEIRA, Roland CORBISIER, Barbosa LIMA Sobrinho & Aristóteles MOURA, *A Questão da Remessa de Lucros*, Rio de Janeiro, Editora Universitária, 1962, especialmente pp. 5-15 e 71-100; Washington Peluso Albino de SOUZA, "Capitais Estrangeiros: Regime Jurídico e Modelo Econômico" *cit.*, pp. 279-286, 292-293 e 308-309; Adilson Marques GENNARI, *Réquiem ao Capitalismo Nacional: Lei de Remessa de Lucros no Governo Goulart*, Araraquara/São Paulo, Laboratório Editorial da Faculdade de Ciências e Letras da UNESP/Cultura Acadêmica Editora, 1999, pp. 88-110, 163-172 e 185-194 e Reinaldo GONÇALVES, *Globalização e Desnacionalização* *cit.*, p. 60.

²⁰ José Tadeu DE CHIARA, "Capitais Estrangeiros", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* nº 26, 1977, pp. 68-72 e 78-80 e Reinaldo GONÇALVES, *Globalização e Desnacionalização* *cit.*, pp. 60-61.

sendo mantida até hoje como a lei sobre o regime jurídico do capital estrangeiro no Brasil, tendo sido recepcionada pela Constituição de 1988. Cumpre ressaltar, ainda, que na ausência de qualquer legislação específica posterior em relação às especificidades do tratamento jurídico do capital estrangeiro no Sistema Financeiro Nacional, a lei nº 4.131/1962 também é a lei aplicável a este setor da economia.

A Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995 modificou a orientação nacionalista do texto original da Constituição de 1988. O artigo 171, que diferenciava a empresa brasileira da empresa brasileira de capital nacional, foi revogado. O artigo 170, IX foi modificado para garantir tratamento diferenciado às empresas brasileiras de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país, não apenas às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Com esta decisão, alterou-se também a redação do artigo 176, §1º, eliminando-se a restrição da exploração dos recursos minerais brasileiros para as empresas multinacionais, bastando que constituam uma filial sob as leis brasileiras, com sede e administração no país²¹.

Apesar da revogação do artigo 171 da Constituição de 1988, a concessão de incentivos fiscais ou tributários às empresas brasileiras de capital nacional continua sendo constitucional, assim como a preferência de aquisição de bens e serviços destas empresas por parte do Estado, como determina o artigo 3º, §2º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993²², que dispõe a respeito das normas gerais sobre licitações e contratos da Administração Pública. Embora não conste mais do texto constitucional a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, não há nada que

²¹ Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 253-254 e 262-264 e Washington Peluso Albino de SOUZA, *Teoria da Constituição Econômica cit.*, pp. 522-523 e 542-545.

²² Artigo 3º, §2º da Lei nº 8.666/1993: “*Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II - produzidos no País; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras; IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País*”.

impeça a legislação ordinária de estabelecer esta distinção. A revogação do artigo 171 significa apenas que não há mais o dever constitucional de se diferenciar as empresas brasileiras das empresas brasileiras de capital nacional. A preferência às empresas brasileiras de capital nacional era obrigatória pelo disposto no artigo 171 da Constituição. Esta preferência simplesmente deixou de ter obrigatoriedade constitucional, sendo mantida ou incorporada de acordo com a vontade política do legislador ordinário de estabelecer distinções entre determinadas situações e conceder tratamentos jurídicos distintos. As distinções apenas não podem contrariar a Constituição. Além disto, a revogação do artigo 171 não implicou em uma proibição de que a lei ordinária tratasse da matéria no mesmo sentido. Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, o fim da proteção constitucional não significa que não possa existir uma proteção legal, desde que esta não contrarie a Constituição²³.

A proteção ou distinção entre o capital nacional e o capital estrangeiro, como determina o próprio artigo 172 da Constituição, só pode ser feita por lei em sentido formal. De acordo com Dominique Carreau e Patrick Juillard, em relação aos investimentos estrangeiros, as legislações dos Estados podem ser: a) de incentivo, ou seja, a lei rompe com a igualdade entre o capital nacional e o capital estrangeiro em benefício do investidor internacional e em prejuízo do nacional; b) de dissuasão, isto é, a lei rompe com a igualdade entre o capital nacional e o capital estrangeiro em favor do investidor nacional e em prejuízo do estrangeiro; c) de controle, ou seja, há uma legislação que respeita a igualdade entre o capital nacional e o capital estrangeiro, buscando um tratamento equilibrado e com determinados controles previstos em lei²⁴. A

²³ Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 263 e 268-276; Eros Roberto GRAU, "Conceito de Empresa Brasileira de Capital Nacional e Incentivos Fiscais — Revogação do Art. 171 da Constituição — Interpretação da Constituição", *Revista Trimestral de Direito Público* nº 13, 1996, pp. 88-94 e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, "Preferências em Licitação para Bens e Serviços Fabricados no Brasil e para Empresas Brasileiras de Capital Nacional", *Fórum de Contratação e Gestão Pública* nº 13, janeiro de 2003, pp. 1539-1543. Vide também Washington Peluso Albino de SOUZA, "Capitais Estrangeiros: Regime Jurídico e Modelo Econômico" *cit.*, pp. 297-298.

²⁴ Dominique CARREAU & Patrick JUILLARD, Dominique CARREAU & Patrick JUILLARD, *Droit International Économique*, 2ª ed, Paris, Dalloz, 2005, pp. 461-465.

legislação brasileira atual é uma legislação que pode ser classificada como de controle. A Lei nº 4.131/1962 garante, em seu artigo 2º²⁵, que o capital estrangeiro investido no Brasil terá tratamento jurídico idêntico ao do capital nacional, em igualdade de condições, vedadas quaisquer outras discriminações, salvo as previstas em lei.

O Substitutivo nº 06/2016 traz em seu artigo 20, §§ 2º e 4º²⁶ algumas inovações de constitucionalidade duvidosa no que diz respeito ao regime jurídico do capital estrangeiro. A lei ainda em vigor (Lei nº 7.102/1983) veda a participação do capital estrangeiro em todas as empresas de segurança privada (artigo 11²⁷). O Substitutivo, no entanto, proíbe a participação estrangeira apenas no capital votante de empresas de serviço de segurança privada especializadas em transporte de numerário, bens e valores (artigo 20, §§ 2º e 4º), liberando o capital estrangeiro para as demais empresas de segurança privada. Essa distinção não faz sentido algum. Ou se limita o capital estrangeiro para todas as empresas atuantes no setor de segurança privada, ou para nenhuma.

Aliás, se para o exercício da atividade de instituição financeira não há restrição ao capital estrangeiro, desde que devidamente registrado e fiscalizado pelo Banco Central do Brasil, por que seria conveniente estabelecer uma restrição à participação de estrangeiros no capital de

²⁵ Art. 2º da Lei nº 4.131/1962: "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".

²⁶ Artigo 20, §§ 2º e 4º do Substitutivo da Câmara nº 06/2016: "Empresa de serviços de segurança é a pessoa jurídica, obrigatoriamente constituída na forma de sociedade limitada ou anônima de capital fechado ou aberto com ações não negociáveis em bolsa, com o fim de prestar os serviços previstos nos incisos I, II, III, IV, V, VII, VIII, IX, XI, XII e XIII do caput do art. 5º desta Lei, além dos serviços correlatos definidos em regulamento.

§ 2º - É vedada a participação direta ou indireta de estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, no capital social votante das empresas de serviço de segurança privada especializadas em transporte de numerário, bens e valores, de que trata esta Lei.

§4º - Será nulo de pleno direito qualquer acordo entre sócios, acionistas ou cotistas, ou qualquer ato, contrato ou outra forma de avença que, direta ou indiretamente, confira ou objetive conferir a estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, participação direta ou indireta no capital votante das empresas mencionadas no §2º".

²⁷ Artigo 11 da Lei nº 7.102/1983: "A propriedade e a administração das empresas especializadas que vierem a se constituir são vedadas a estrangeiros".

empresas de segurança privada especializadas em transporte de numerários, bens e valores? Um banco pode, em princípio, ser instituído por capital estrangeiro, mas uma empresa de segurança de transporte de valores não pode? Não é possível justificar este tipo de discriminação em relação ao capital estrangeiro de modo seletivo, violando o disposto no artigo 172 da Constituição de 1988.

Há quem afirme, no entanto, que mesmo que a nova legislação restrinja o capital estrangeiro, haveria uma espécie de “direito adquirido” obtido pelos agentes que hoje teriam participação estrangeira em seu capital. Não há fundamento jurídico nessa afirmação.

A doutrina brasileira, em sua imensa maioria, adota uma concepção subjetivista de direito adquirido, inspirada no italiano Gabba. Para Clovis Bevilacqua, direito adquirido é “o direito incorporado ao patrimônio do indivíduo”²⁸. A Constituição brasileira não garantiu a irretroatividade da lei, exceto nos campos penal (salvo se a lei beneficiar o réu) e tributário. Isto significa que os efeitos das leis podem incidir sobre o passado, desde que não violem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI). Esta proteção constitucional não implica na existência de direito adquirido contra um regime jurídico.

²⁸ Cf. Clovis BEVILAQUA, *Theoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1929, p. 23. Sobre o conceito de direito adquirido, vide, ainda, com posições bem similares, Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, “A Problemática dos Direitos Adquiridos”, *Debates* nº 10, São Paulo, Instituto Roberto Simonsen, fevereiro de 1998, pp. 9-11; José Afonso da SILVA, “Reforma Constitucional e Direito Adquirido”, *Revista de Direito Administrativo* nº 213, julho/setembro de 1998, pp. 122-124 e Luiz Pinto FERREIRA, “As Emendas à Constituição, as Cláusulas Pétreas e o Direito Adquirido”, *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais* nº 1, janeiro/junho de 2003, pp. 204-205. Vide, ainda, Lilian Barros de Oliveira ALMEIDA, *Direito Adquirido: Uma Questão em Aberto*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 51-58 e 118-120. Segundo Daniel Sarmiento, o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento da ADIn nº 493/DF (relator Ministro Moreira Alves), ocorrido em 25 de junho de 1992, consagra esta teoria subjetivista de direito adquirido. Cf. Daniel SARMENTO, “Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social” in *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 17-18.

A mudança do regime jurídico que incide sobre determinadas relações não dá margem à argumentação dos supostos “direitos adquiridos”²⁹. A partir da promulgação da lei, o regime passa a ser outro. O que foi realizado sob as regras antigas está mantido, o que for realizado dali em diante estará sujeito às regras novas. Se houve uma possibilidade de atuação do capital estrangeiro em determinado setor e uma nova lei passa a limitar ou a proibir essa atuação, não há nenhum cabimento na alegação de preservação de direitos adquiridos. Da mesma forma que não existe direito adquirido contra cobrança de imposto por fato gerador futuro, não existe direito adquirido em relação ao regime jurídico do capital estrangeiro. A limitação e a restrição são possíveis, desde que feitas por lei e seguindo o disposto na Constituição de 1988. Foi esta, inclusive, a argumentação que prevaleceu no julgamento da ADIn nº 3105/DF, em que a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal votou pela constitucionalidade da cobrança da contribuição previdenciária dos inativos, entendendo não existir direito adquirido contra cobrança de tributo a partir de fato gerador futuro.

²⁹ Vide, por todos, José Adércio Leite SAMPAIO, *Direito Adquirido e Expectativa de Direito*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, pp. 192-193 e 208-217 e Lilian Barros de Oliveira ALMEIDA, *Direito Adquirido cit.*, pp. 140-143 e 185-192.

III. A LIVRE INICIATIVA E SEUS LIMITES

A Constituição de 1988 não admite qualquer forma de organização econômica nem permite toda e qualquer conduta dos agentes econômicos, pelo contrário, seu texto estabelece os fundamentos e regras essenciais da atividade econômica, seja a atividade econômica em sentido estrito, sejam os serviços públicos. Neste sentido, a atividade econômica em sentido estrito dos agentes econômicos privados, assim como a configuração do mercado, no Brasil, estão subordinadas aos parâmetros constitucionais, especialmente os fixados nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição de 1988³⁰.

No entanto, no Brasil, há uma série de autores que tentam fazer prevalecer, nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça, uma interpretação constitucional “fundamentalista” do princípio da livre iniciativa (artigos 1º, IV e 170, *caput*). Esta interpretação “fundamentalista” insere no debate constitucional uma doutrina política particular como se fosse impossível qualquer outro conteúdo, ou seja, os seus propugnadores “*tornam constitucionalmente necessário o que é politicamente contingente*”³¹.

³⁰ Oscar de Juan ASENJO, *La Constitución Económica Española: Iniciativa Económica Pública “versus” Iniciativa Económica Privada en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 67-69, 313-314 e 321-323. Sobre as modalidades de intervenção estatal no domínio econômico (intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução), vide Eros Roberto GRAU, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1981, pp. 65-67 e Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 93-94 e 146-151. Mesmo no caso da Constituição portuguesa de 1976, que sofreu profundas modificações na sua estruturação econômica, não cabe propugnar a desvalorização da atuação estatal na economia e absolutizar a iniciativa econômica privada. O Estado continua sendo dotado da capacidade interventiva no setor econômico e da competência de criação e manutenção das empresas estatais. Vide Vital MOREIRA, “A Metamorfose da ‘Constituição Econômica’”, *Revista de Direito do Estado* n° 2, Rio de Janeiro, abril/junho de 2006, pp. 390-392.

³¹ Cláudio Pereira de SOUZA Neto & José Vicente Santos de MENDONÇA, “Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa” in Cláudio Pereira de SOUZA Neto & Daniel SARMENTO (coords.), *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 721-722 e 740. Para uma crítica similar à interpretação do princípio da livre concorrência (artigo 170, IV), vide Dimitri DIMOULIS, “Fundamentação Constitucional dos Processos Econômicos: Reflexões sobre o Papel Econômico do Direito” in Ana Lucia SABADELL, Dimitri DIMOULIS & Laurindo Dias MINHOTO, *Direito Social, Regulação Econômica e Crise do Estado*, Rio de Janeiro, Revan, 2006, pp. 142-148.

Para estes autores "fundamentalistas" de mercado, a previsão constitucional da livre iniciativa significou a opção da Constituição de 1988 por um "modelo privatista", condicionado pelos fins públicos previstos no próprio texto constitucional. A livre iniciativa não seria um instrumento da realização dos objetivos constitucionais, mas um princípio inviolável em sua essência e conteúdo. A livre iniciativa, assim, seria o princípio preponderante na ordem constitucional porque sintetizaria a essência da economia de mercado, sendo condicionante dos demais princípios constitucionais e pressuposto para a eficácia dos outros direitos fundamentais³².

O primeiro ponto de discordância em relação à interpretação "fundamentalista" da livre iniciativa diz respeito ao fato de que o texto constitucional de 1988 não entende a livre iniciativa como um direito fundamental. O que há é a garantia constitucional de uma liberdade pública, não de um direito subjetivo público, conformada pela própria ordem constitucional³³. Afirmar que a livre iniciativa é uma liberdade pública significa a existência, segundo Manitakis, de uma regra de competência e de uma regra de fundo. A regra de competência impede a Administração Pública de organizar a economia sem autorização legislativa. Já a regra de fundo implica no reconhecimento e garantia aos particulares da faculdade de criar ou explorar, sem entraves injustificáveis, um empreendimento econômico³⁴.

A previsão do valor social da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica constitucional significa que a livre iniciativa não é garantida em termos absolutos, mas como atividade que contribui para o progresso da sociedade. Por mais ampla que seja a concepção de "valor social",

³² Vide, por exemplo, Gaspar Ariño ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, 3ª ed, Granada, Comares, 2004, pp. 255-259 e Floriano de Azevedo MARQUES Neto, "Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal", *Revista de Direito Público da Economia* nº 1, janeiro/março de 2003, pp. 69-93.

³³ Oscar de Juan ASENJO, *La Constitución Económica Española cit.*, pp. 96-97; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 204-205 e 207-208 e Fábio Konder COMPARATO, "Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado", *Revista de Direito Público* nº 97, janeiro/março de 1991, p. 18.

³⁴ Antonis MANITAKIS, *La Liberté du Commerce et de l'Industrie en Droit Belge et en Droit Français*, Bruxelles, Bruylant, 1979, pp. 31-37.

o significado mínimo diz respeito a algo não individualista. A iniciativa privada é limitada e suscetível de ser vinculada positivamente na direção da utilidade social, em uma perspectiva não individualista, suficiente para excluir a visão atomística idealizada dos agentes econômicos eficientes e racionais das teorias econômicas neoclássicas. O fato de o valor social da livre iniciativa estar previsto como fundamento da República e da ordem econômica constitucional prescreve o objetivo de satisfação dos interesses econômicos gerais, não exclusivamente os individuais, com preferência aos setores tradicionalmente em desvantagem (como trabalhadores, pequenos proprietários, pequenos empresários, cooperados, etc) nos confrontos econômicos com grupos mais privilegiados. O valor social da livre iniciativa condiciona os detentores de privilégios e poder econômico à conformidade com o interesse coletivo, legitimando a atuação do Estado na execução das diretrizes constitucionais³⁵.

O valor social do trabalho, inclusive, tem uma relevância constitucional muito mais ampla do que a livre iniciativa. A proteção ao trabalho está presente em uma série de dispositivos constitucionais, dos direitos fundamentais (artigos 6º a 11) à ordem econômica (artigos 170, VIII e 186, III, por exemplo), entre vários outros. A garantia da propriedade, por sua vez, está condicionada ao cumprimento da sua função social (artigos 5º,

³⁵ Vincenzo Spagnuolo VIGORITA, *L'Iniziativa Economica Privata nel Diritto Pubblico in Opere Giuridiche 1954-1994*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001, vol. I, pp. 54-58 e 227-253; Francesco GALGANO, "La Libertà di Iniziativa Economica Privata nel Sistema delle Libertà Costituzionali" in Francesco GALGANO (coord.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, CEDAM, 1977, vol. 1, pp. 511-514; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 200-201 e 212-213 e Gilberto BERCOVICI, "Os Princípios Estruturantes e o Papel do Estado" in José Celso CARDOSO Jr. (org.), *A Constituição Brasileira de 1988 Revisitada: Recuperação Histórica e Desafios Atuais das Políticas Públicas nas Áreas Econômica e Social*, Brasília, IPEA, 2009, vol. 1, pp. 258-259. Vide também Natalino IRTI, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, 4ª ed, Roma/Bari, Laterza, 2001, pp. 18-20, 68-69, 85-88 e 93-96; Jorge Manuel Coutinho de ABREU, "Limites Constitucionais à Iniciativa Econômica Privada", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. A. Ferrer-Correia III*, Coimbra, 1991, pp. 413-414; Washington Peluso Albino de SOUZA, *Teoria da Constituição Econômica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp. 114-115 e 437-448; André Ramos TAVARES, *Direito Constitucional Econômico*, 2ª ed, São Paulo, Método, 2006, pp. 241-243 e Vincenzo BUONOCORE, "Iniziativa Economica Privata e Impresa" in Vincenzo BUONOCORE (org.), *Iniziativa Economica e Impresa nella Giurisprudenza Costituzionale*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2006, pp. 10-13.

XXIII e 170, III), do mesmo modo que a livre iniciativa em geral, e a iniciativa econômica privada em particular, deve atender ao seu valor social³⁶.

O princípio da livre iniciativa tem por finalidade garantir o acesso dos agentes econômicos ao mercado e a sua liberdade de atuação e permanência nele, implicando, embora não exclusivamente, na liberdade de empresa. A liberdade de empresa, ou, na denominação clássica, "liberdade de indústria e comércio", consiste na liberdade dos indivíduos afetarem ou destinarem bens e capitais para a realização de atividades econômicas para a produção e troca de bens e serviços, sob uma organização empresarial, visando obter lucro³⁷. No entanto, a livre iniciativa não se limita à liberdade de empresa, pois abrange a liberdade contratual, a liberdade de trabalho, a liberdade de associação, a liberdade de inversão e a liberdade de organização do processo produtivo³⁸.

Há, ainda, os que entendem a empresa como fruto da liberdade de iniciativa, da liberdade de contratar e que pressupõe necessariamente a propriedade privada³⁹. A propriedade, como princípio da ordem econômica constitucional, não está, no entanto, vinculada necessariamente à liberdade de empresa. A iniciativa econômica pública não está fundada na propriedade

³⁶ Vincenzo Spagnuolo VIGORITA, *L'Iniziativa Economica Privata nel Diritto Pubblico cit.*, p. 103 e Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 198-200, 220-224 e 252-253.

³⁷ Antonis MANITAKIS, *La Liberté du Commerce et de l'Industrie en Droit Belge et en Droit Français cit.*, pp. 23-26; José Joaquim Gomes CANOTILHO & Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed, Coimbra, Coimbra Ed., 2007, vol. I, pp. 984-986 e 1012-1021; Martin Bassols COMA, *Constitución y Sistema Económico*, 2ª ed, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 132-138; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 201-204; Fábio Konder COMPARATO, "Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado" *cit.*, pp. 18-19; Vasco Moura RAMOS, "O Direito Fundamental à Iniciativa Econômica Privada (Art. 61º, nº 1, da CRP): Termos da sua Consagração no Direito Constitucional Português", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 77, Coimbra, 2001, p. 849 e Vincenzo BUONOCORE, "Iniziativa Economica Privata e Impresa" *cit.*, pp. 15-21. Sobre as dificuldades em estabelecer um conteúdo essencial para a livre iniciativa, particularmente para a liberdade de empresa, vide Manuel Aragón REYES, *Libertades Económicas y Estado Social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 19-34. Vide também Gaspar Ariño ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico cit.*, pp. 259-268.

³⁸ Oscar de Juan ASENJO, *La Constitución Económica Española cit.*, pp. 152-169; André Ramos TAVARES, *Direito Constitucional Econômico cit.*, pp. 239-241 e Vincenzo BUONOCORE, "Iniziativa Economica Privata e Impresa" *cit.*, pp. 6-10.

³⁹ José Pinto ANTUNES, *A Produção sob o Regime de Empresa: As Razões da Iniciativa Privada, Economia e Direito*, 4ª ed, São Paulo, José Bushatsky Ed./EDUSP, 1973, pp. 90-95.

privada e, por sua vez, a iniciativa econômica privada, como lembra Fábio Konder Comparato, pode ser atribuída a não-proprietários, como na sociedade anônima, em que se distingue a propriedade acionária do poder de controle sobre a empresa⁴⁰.

Sob a perspectiva privada de limitação de atuação do Estado, a livre iniciativa está também vinculada ao princípio da legalidade, exigindo a legalidade formal (artigo 170, parágrafo único⁴¹) para que o Estado regule o exercício das atividades econômicas. A reserva de lei, prevista no artigo 170, parágrafo único da Constituição de 1988, é a garantia constitucional da iniciativa econômica privada, que é protegida contra uma eventual possibilidade de arbítrio por parte do Estado. A regulamentação econômica do Estado cria a ordem pública econômica, o que permite a coexistência da liberdade de iniciativa econômica privada com as exigências da atuação estatal na economia. A liberdade de iniciativa, assim, é condicionada pela legislação aplicável à atividade econômica privada. Portanto, a liberdade de iniciativa econômica é a liberdade de exercer uma atividade econômica em determinadas condições, objetivadas pela organização jurídica do sistema econômico nacional⁴².

A iniciativa privada é livre nos termos da Constituição. A limitação da iniciativa econômica privada ocorre em função das medidas adotadas legitimamente pelo Estado, também dotado de iniciativa econômica, para

⁴⁰ Fábio Konder COMPARATO, "Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988" *cit.*, p. 272 e Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, p. 207.

⁴¹ Artigo 170, parágrafo único da Constituição de 1988: "*Parágrafo único — É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*"

⁴² Francesco GALGANO, "La Libertà di Iniziativa Economica Privata nel Sistema delle Libertà Costituzionali" *cit.*, pp. 514-518 e 526-527; Antonis MANITAKIS, *La Liberté du Commerce et de l'Industrie en Droit Belge et en Droit Français cit.*, pp. 217-257, 265-269 e 271-277; Jorge MIRANDA, "Iniciativa Económica" *in Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Estoril, Principia Editora, 2006, p. 181; José Joaquim Gomes CANOTILHO & Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada cit.*, vol. I, pp. 790-792; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, p. 205 e André Ramos TAVARES, *Direito Constitucional Econômico cit.*, pp. 240-241. Em sentido um pouco distinto, entendendo a livre iniciativa como uma conjugação da liberdade econômica com a legalidade, vide Tercio Sampaio FERRAZ Jr., "Congelamento de Preços — Tabelamentos Oficiais", *Revista de Direito Público* nº 91, julho/setembro de 1989, pp. 79-81.

reconstruir o ordenamento econômico e social no sentido determinado pelo texto constitucional. Deste modo, a iniciativa econômica privada, em geral, e a liberdade de empresa, em particular, podem ser limitadas por uma série de fatores, como a reserva de setores privativos de atuação do Estado (serviços públicos, monopólios estatais, etc), a própria iniciativa econômica pública, a legislação regulamentadora das várias atividades econômicas, inclusive o poder de polícia da Administração Pública, a proteção à concorrência, ao consumidor e ao meio ambiente, a proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores, o controle de preços, desde que utilizado como forma de atingir os fins constitucionalmente determinados, etc. O limite último da livre iniciativa é o respeito à essência da Constituição, ou seja, a busca de melhores condições sociais de vida e mais bem estar para todos⁴³.

A livre iniciativa, portanto, como toda liberdade pública, é relativa. O bem estar econômico geral, a busca da igualdade material e do pleno emprego a limitam. Afirmar, como vários autores brasileiros o fazem, que a livre iniciativa privada é a regra, e os demais vínculos sociais constitucionalmente estabelecidos são a exceção, não passa de um jogo de palavras sem consistência teórica, fruto da tentativa de impor determinadas ideologias. Como afirma Vincenzo Spagnuolo Vigorita, a partir do momento em que a livre iniciativa é reconhecida constitucionalmente, e, repita-se, o reconhecimento constitucional foi ao valor social da livre iniciativa, ela está condicionada pelos fins e objetivos coletivos⁴⁴.

As atividades privadas que possuem especial importância e utilidade para a coletividade, como a segurança privada e a segurança das

⁴³ Vincenzo Spagnuolo VIGORITA, *L'Iniziativa Economica Privata nel Diritto Pubblico cit.*, pp. 70-77, 104-105, 108-112 e 214-217; Francesco GALGANO, "La Libertà di Iniziativa Economica Privata nel Sistema delle Libertà Costituzionali" *cit.*, p. 526; Jorge MIRANDA, "Iniciativa Económica" *cit.*, p. 182; Jorge Manuel Coutinho de ABREU, "Limites Constitucionais à Iniciativa Económica Privada" *cit.*, pp. 414-418; Martin Bassols COMA, *Constitución y Sistema Económico cit.*, pp. 147-154; Fábio Konder COMPARATO, "Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado" *cit.*, pp. 19-23 e Manuel Aragón REYES, *Libertades Económicas y Estado Social cit.*, pp. 13-14.

⁴⁴ Vincenzo Spagnuolo VIGORITA, *L'Iniziativa Economica Privata nel Diritto Pubblico cit.*, pp. 193-207.

dependências das instituições financeiras, devem ser regulamentadas pelo Poder Público. A melhor classificação das atividades de segurança privada e de segurança das dependências das instituições financeiras seria a de serviços de utilidade pública, ou seja, atividades sujeitas a forte ingerência estatal, especialmente regulatória, devendo o Estado, inclusive, provê-las em caso de falta de interesse ou condições de prestação pela iniciativa privada. Os serviços de utilidade pública, assim, não são serviços públicos, mas atividade econômica em sentido estrito, portanto, atividade de atuação preferencial por meio de agentes econômicos privados, de acordo com o disposto na lei⁴⁵, conforme determina o artigo 170, parágrafo único da Constituição de 1988.

Isto significa que todas as atividades de segurança privada e de segurança das dependências das instituições financeiras elencadas no Substitutivo nº 06/2016 são de interesse da coletividade, portanto, sofrem uma maior regulação, fiscalização e intervenção por parte do Estado, que, dentro do previsto na lei (conforme o disposto no artigo 170, parágrafo único da Constituição de 1988), pode restringir mais intensamente a liberdade de atuação econômica dos agentes privados. Isto fica evidente com a análise da série de obrigações e sanções administrativas presentes, por exemplo, no próprio texto do Substitutivo, sob fiscalização e responsabilidade da Polícia Federal. As atividades de segurança privada e de segurança das dependências das instituições financeiras, minuciosamente regulamentadas pelo Substitutivo nº 06/2016, são autorizadas por ato administrativo da Polícia Federal, justamente por serem atividades sujeitas a maior regulação e fiscalização do Estado em virtude de sua importância para a coletividade.

Resta, ainda, uma última e importante consideração a ser feita. O Substitutivo nº 06/2016 proíbe às instituições financeiras participarem do capital de empresas especializadas em segurança privada e de constituir serviços orgânicos (próprios) de segurança privada voltados para o transporte

⁴⁵ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “Serviços Públicos e Serviços de Utilidade Pública – Caracterização dos Serviços de Táxi – Ausência de Precariedade na Titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo” in *Pareceres de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2011, pp. 216-218.

de numerário, bens e valores (artigos 20, §3º e 31, §1º do Substitutivo⁴⁶). Por que razão bancos não podem ser sócios de empresas de segurança privada ou verticalizar suas atividades para criar serviços próprios de transporte de valores? Não há motivo aparente algum, salvo o suposto interesse de agentes que atuem nesse mercado em reduzir o número de concorrentes.

Como visto acima, no Brasil, a iniciativa privada é livre nos termos da Constituição (artigos 1º, IV e 170, *caput*). A liberdade de iniciativa é condicionada pela legislação aplicável à atividade econômica privada desde que esteja de acordo com a Constituição (artigo 170, parágrafo único). A liberdade de iniciativa econômica é a liberdade de exercer uma atividade econômica em determinadas condições, objetivadas pela organização jurídica do sistema econômico nacional. A livre iniciativa tem por finalidade garantir o acesso dos agentes econômicos ao mercado e a sua liberdade de atuação. As restrições à atuação dos agentes econômicos privados devem estar fundamentadas no texto constitucional, sob pena de se criar situações de limitação à iniciativa econômica sem qualquer justificativa.

A proibição às instituições financeiras de atuarem na atividade de guarda e transporte de valores, conforme pretendido pelo Substitutivo nº 06/2016, consiste em uma clara violação ao juízo de proporcionalidade, dada a inadequação dos meios adotados aos fins pretendidos (regulamentação do setor de segurança privada). Afinal, não se pode esquecer que a

⁴⁶ Artigo 20, §3º do Substitutivo da Câmara nº 06/2016: “§3º - As pessoas jurídicas referidas no §1º do art. 31 desta Lei não poderão: I – participar do capital das empresas especializadas em segurança privada; e II – constituir serviços orgânicos de segurança privada voltados para o transporte de numerário, bens e valores”.

Artigo 31, §1º do Substitutivo da Câmara nº 06/2016: “O funcionamento de dependências de instituições financeiras onde haja, simultaneamente, atendimento ao público e guarda ou movimentação de numerário ou valores, fica condicionado à aprovação do respectivo plano de segurança pela Polícia Federal.

§1º - Os estabelecimentos de instituições financeiras referidos nesta Lei compreendem bancos oficiais ou privados, caixas econômicas, sociedades de crédito, associações de poupança, suas agências e postos de atendimento, cooperativas singulares de crédito e respectivas dependências, bem como todas as pessoas jurídicas referidas no art. 17 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, considerando-se essenciais os serviços por eles prestados para efeitos da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, quanto aos inerentes à sua consecução, respeitado o disposto no §2º deste artigo”.

proporcionalidade vincula todas as espécies de atos dos poderes públicos, seja o legislador, a administração ou a jurisdição. Como afirma Canotilho, trata-se de uma “*medida de racionalidade regulativa*”, que não pode ser invocada por si só, mas sempre deve se referir a situações jurídicas concretas⁴⁷. Em sentido amplo, a proporcionalidade, segundo Canotilho, é o mesmo que a proibição do excesso (*Übermassverbot*)⁴⁸.

A noção de proporcionalidade exige a relação de causalidade entre os meios e os fins⁴⁹. A proporcionalidade é composta por três elementos, que devem ser observados em sua aplicação. A pertinência ou adequação (*Geeignetheit*) consiste em analisar se determinada medida efetivamente é o meio certo para se chegar a um fim fundado no interesse público. A necessidade (*Erforderlichkeit* ou *Notwendigkeit*) entende que a medida não pode exceder os limites indispensáveis para a conservação do fim que almeja. Para ser admissível, a medida precisa ser necessária, devendo ser escolhida a

⁴⁷ José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, p. 272. Apesar da costumeira referência a “princípio da proporcionalidade”, não se trata de um verdadeiro princípio, mas, na definição de Humberto Ávila, de um postulado normativo, ou seja, uma norma que estrutura a interpretação e aplicação de outras normas mediante a exigência de relações entre determinados elementos com base em critérios definidos. Cf. Humberto ÁVILA, *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 11ª ed, São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 144-145 e 184. Em sentido próximo, vide Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 100-101.

⁴⁸ José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 266-268. Canotilho, ainda, equipara o conceito de proporcionalidade/proibição do excesso alemão com o conceito inglês de *reasonableness*, o conceito francês de *détournement du pouvoir* e o conceito italiano de *excesso di potere*. Vide, ainda, sobre a proibição do excesso Peter LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, 2ª ed, Goldbach, Keip Verlag, 1999, pp. XI-XXIX, 50-53, 81-97, 134-161 e 315-349 e Lenio Luiz STRECK, “Da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*): De Como Não Há Blindagem Contra Normas Penais Inconstitucionais”, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, nº 2, 2004, pp. 243-283. Humberto Ávila, no entanto, considera a proibição de excesso um postulado distinto da proporcionalidade, justificando sua posição com base na argumentação de que a aplicação da proibição de excesso não pressuporia a existência de relação de causalidade entre um meio e um fim, como na proporcionalidade. Vide Humberto ÁVILA, *Teoria dos Princípios cit.*, pp. 147-152.

⁴⁹ Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, pp. 28, 84 e 142-143; Humberto ÁVILA, *Teoria dos Princípios cit.*, pp. 163-167 e 185; André Ramos; TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, 10ª ed, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 772-779 e 783-788 e Gilmar Ferreira MENDES & Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 217-233.

medida com menor ingerência possível, menos onerosa aos interesses dos cidadãos. Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßigkeit*) diz respeito aos meios que devem levar em conta todos os interesses em jogo. A proporção adequada é condição da legalidade, devendo os meios de que se dispõem ser adaptados aos fins que se buscam e aos efeitos de seus atos⁵⁰.

Ao analisar os elementos do juízo de proporcionalidade e aplicá-los ao caso concreto, podemos perceber a absoluta discrepância entre os meios que podem ser adotados (restrição à atuação das instituições financeiras no transporte de valores) e os fins almejados. Há, aqui, um gigantesco risco de o legislador estar atuando de forma contrária à proporcionalidade e à proibição do excesso. Não há qualquer pertinência ou adequação nesta medida de vedação de participação direta das instituições financeiras em uma atividade diretamente vinculada à sua atuação, conforme explicita o próprio artigo 17 da Lei nº 4.595/1964. Os meios desejados não estão adaptados ou adequados aos fins pretendidos, pelo contrário.

Não se trata, aqui, do exercício de um direito à propriedade privada. Afinal, as instituições financeiras movimentam valores próprios e, especialmente, de terceiros, conforme estipula o artigo 17, *caput* da Lei nº 4.595/1964. A proibição da atuação das instituições financeiras, seja como acionistas, seja instituindo seus próprios serviços de segurança privada para o transporte de bens e valores, viola frontalmente a garantia constitucional do livre exercício da atividade econômica (artigo 170, parágrafo único da Constituição), pois não existe motivo algum que fundamente a proibição de atuação das instituições financeiras no setor de segurança privada e de transporte de valores.

⁵⁰ Peter LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht cit.*, pp. VIII-XI, 19-23, 29-31 e 162-257; Robert ALEXI, *Theorie der Grundrechte cit.*, pp. 101-104; Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 360-369; José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 269-270; Humberto ÁVILA, *Teoria dos Princípios cit.*, pp. 167-175, André Ramos TAVARES, *Curso de Direito Constitucional cit.*, pp. 780-783 e Gilmar Ferreira MENDES & Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso de Direito Constitucional cit.*, pp. 225-227.

RESPOSTA

Diante da argumentação exposta, concluo:

1. É possível regulamentar por *lei ordinária* a atividade de transporte de valores, admitindo-se a hipótese de se considerar tal atividade relacionada à atividade-fim do setor financeiro, sendo, assim, necessária *lei complementar* para sua regulamentação, nos termos do art. 192, da Constituição de 1988?

Não. A atividade de transporte de valores, por tratar de coleta de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e da custódia de valor de propriedade de terceiros, só pode ser realizada por pessoas jurídicas vinculadas a instituições financeiras. Deste modo, a regulamentação da atividade de transporte de numerário, bens e valores só pode ser efetuada, por determinação expressa do texto do artigo 192 da Constituição de 1988, por meio de lei complementar, não de lei ordinária.

2. É cabível a alegação de que o Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010, não pode, em linha com o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, afetar o direito adquirido das empresas que já atuam no setor?

Não. A mudança do regime jurídico que incide sobre determinadas relações não dá margem à argumentação dos supostos “direitos adquiridos”. A partir da promulgação da lei, o regime passa a ser outro. O que foi realizado sob as regras antigas está mantido, o que for realizado dali em diante estará sujeito às regras novas. Se houve uma possibilidade de atuação do capital estrangeiro em determinado setor e uma nova lei passa a limitar ou a proibir essa atuação, não há nenhum cabimento na alegação de preservação de direitos adquiridos. Não existe direito adquirido em relação ao regime jurídico do capital estrangeiro. A limitação e a restrição são possíveis, desde que feitas por lei e seguindo o disposto no artigo 172 da Constituição de 1988.

3. Lei ordinária pode estabelecer discriminações, seja em razão da nacionalidade do capital, seja em razão da presença de determinado setor no capital de empresa (como no caso do setor financeiro em empresa de transporte de valores), como faz o Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010?

Não. De acordo com o artigo 192 da Constituição de 1988, a regulamentação de atividades vinculadas ao Sistema Financeiro Nacional só pode ocorrer por meio de lei complementar. As leis ordinárias existentes previamente à promulgação do texto constitucional que foram recepcionadas continuam em vigor até que sejam elaboradas novas leis, agora sob o necessário formato de lei complementar, conforme determina a Constituição.

4. O Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010, estabelece uma “reserva de mercado” a empresas nacionais de capital nacional que não contam com instituições financeiras entre seus acionistas? “Reservas de mercado” são proibidas pela Constituição de 1988?

No Brasil, a iniciativa privada é livre nos termos da Constituição (artigos 1º, IV e 170, *caput*). A liberdade de iniciativa é condicionada pela legislação aplicável à atividade econômica privada desde que esteja de acordo com a Constituição (artigo 170, parágrafo único). A liberdade de iniciativa econômica é a liberdade de exercer uma atividade econômica em determinadas condições, objetivadas pela organização jurídica do sistema econômico nacional. A livre iniciativa tem por finalidade garantir o acesso dos agentes econômicos ao mercado e a sua liberdade de atuação. As restrições à atuação dos agentes econômicos privados devem estar fundamentadas no texto constitucional, sob pena de se criar situações de limitação à iniciativa econômica sem qualquer justificativa. Portanto, a existência de uma “reserva de mercado” seria possível desde que estivesse plenamente adequada ao sistema constitucional vigente.

No caso em tela, no entanto, não é o que ocorre. Por que razão bancos não podem ser sócios de empresas de segurança privada ou verticalizar suas atividades para criar serviços próprios de transporte de valores? Não há motivo aparente algum, salvo o suposto interesse de agentes que atuem nesse mercado em reduzir o número de concorrentes. Não há, assim, qualquer justificativa com fundamento no texto constitucional para justificar esta restrição à atuação das instituições financeiras em atividades de transporte de valores e segurança privada.

5. É correto afirmar que a Constituição de 1988, a partir da Emenda Constitucional nº 6/1995, passou a vedar qualquer forma de discriminação entre empresas em razão da composição do seu capital, admitindo-se a discriminação do capital estrangeiro tão somente nos casos de restrições expressas constantes do texto constitucional, como a exploração mineral (art. 176), propriedade rural (art. 190), sistema financeiro nacional (art. 192), assistência à saúde (art. 199) e empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222)?

Não. Embora não conste mais do texto constitucional a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, não há nada que impeça a legislação ordinária de estabelecer esta distinção. A revogação do artigo 171 da Constituição de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 06/1995 significa apenas que não há mais o dever constitucional de se diferenciar as empresas brasileiras das empresas brasileiras de capital nacional. A preferência às empresas brasileiras de capital nacional era obrigatória pelo disposto no artigo 171 da Constituição. Esta preferência simplesmente deixou de ter obrigatoriedade constitucional, sendo mantida ou incorporada de acordo com a vontade política do legislador ordinário de estabelecer distinções entre determinadas situações e conceder tratamentos jurídicos distintos. As distinções apenas não podem contrariar a Constituição. Além disto, a revogação do artigo 171 não implicou em uma proibição de que a lei ordinária tratasse da matéria no mesmo sentido. O fim da proteção

constitucional não significa que não possa existir uma proteção legal, desde que esta não contrarie a Constituição

6. O Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010, representa restrição à livre iniciativa, à livre concorrência ou a alguma outra norma constitucional? O Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010, se justifica pela proteção ao interesse público ou coletivo, à soberania nacional ou à segurança nacional?

O Substitutivo nº 06/2016 proíbe a participação estrangeira apenas no capital votante de empresas de serviço de segurança privada especializadas em transporte de numerário, bens e valores (artigo 20, §§ 2º e 4º), liberando o capital estrangeiro para as demais empresas de segurança privada. Essa distinção não faz sentido algum. Ou se limita o capital estrangeiro para todas as empresas atuantes no setor de segurança privada, ou para nenhuma.

Aliás, se para o exercício da atividade de instituição financeira não há restrição ao capital estrangeiro, desde que devidamente registrado e fiscalizado pelo Banco Central do Brasil, por que seria conveniente estabelecer uma restrição à participação de estrangeiros no capital de empresas de segurança privada especializadas em transporte de numerários, bens e valores? Um banco pode, em princípio, ser constituído por capital estrangeiro, mas uma empresa de segurança de transporte de valores não pode? Não é possível justificar este tipo de discriminação em relação ao capital estrangeiro de modo seletivo, violando o disposto no artigo 172 da Constituição de 1988.

O Substitutivo nº 06/2016 proíbe também às instituições financeiras participarem do capital de empresas especializadas em segurança privada e de constituir serviços orgânicos (próprios) de segurança privada voltados para o transporte de numerário, bens e valores (artigos 20, §3º e 31, §1º do Substitutivo). As restrições à atuação dos agentes econômicos privados devem

estar fundamentadas no texto constitucional, sob pena de se criar situações de limitação à iniciativa econômica sem qualquer justificativa. Deste modo, a proibição da atuação das instituições financeiras, seja como acionistas, seja instituindo seus próprios serviços de segurança privada para o transporte de bens e valores, viola frontalmente a garantia constitucional do livre exercício da atividade econômica (artigo 170, parágrafo único da Constituição), pois não existe motivo algum que fundamente a proibição de atuação das instituições financeiras no setor de segurança privada e de transporte de valores.

7. É razoável impedir por lei, como pretende o Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 06, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2010, que a atividade de guarda e transporte de valores seja exercida por instituições financeiras, obrigando tais instituições a terceirizarem esse serviço?

Ao analisar os elementos do juízo de proporcionalidade e aplicá-los ao caso concreto, podemos perceber a absoluta discrepância entre os meios que podem ser adotados (restrição à atuação das instituições financeiras no transporte de valores) e os fins almejados na elaboração do Substitutivo nº 06/2016. Há, aqui, um gigantesco risco de o legislador estar atuando de forma contrária à proporcionalidade e à proibição do excesso. Não há qualquer pertinência ou adequação nesta medida de vedação de participação direta das instituições financeiras em uma atividade diretamente vinculada à sua atuação, conforme explicita o próprio artigo 17 da Lei nº 4.595/1964. Os meios desejados não estão adaptados ou adequados aos fins pretendidos, pelo contrário.

Este é o meu parecer.

São Paulo, 03 de novembro de 2017.

Gilberto Bercovici