

*ORDEM ECONÔMICA — LIBERDADE DE INICIATIVA — EMPRESA DE 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 rodoviário de cargas 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 esse 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 exprime forma legítima de intervenção no domínio econômico (*Diário de Justiça da União*, 7 ago. 1986, p. 13.292-301).

### III

A Ordem Econômica e Social aparece, inovadoramente, com título próprio, a partir da Constituição de 1934, arts. 115 a 143. As Constituições que a esta sucedem 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 capital 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 Or-

dem 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 intermediária 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 e crítica*, Ed. Revista dos Tribunais, p. 216 e segs.).

Certo é, contudo, que, nada obstante tais condicionamentos, a Constituição de 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, aos 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 constitucionais, poderá o Estado promover a execução direta de serviços e mesmo alcançar o monopólio (arts. 173 e 177).

Tal como as demais liberdades públicas, a livre iniciativa não tem um valor absoluto, sujeitando-se, nos termos e 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.

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

E, 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, § 1º, item I).

Como regra geral — a par de exceções que a própria Constituição enumera (art. 176, § 1º; art. 178, § 2º; art. 190, art. 222) — não é dado 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, § 1º, II).

Em suma, não é ilimitado ou indefinido o favorecimento permitido às empresas brasileiras de capital nacional.

Como princípio básico, não é dado ao legislador criar discriminação entre empresas nacionais (a princípio, iguais perante a lei), salvo nas hipóteses 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 permanentes 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, às quais fica reservada a navegação de cabotagem e a interior 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 tra-

tamento privilegiado no setor do transporte 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 nº 204, subsiste no projeto substitutivo do Relator-Geral que, na justificativa, realça as ênfases do texto, entre elas a de que “transportes, comunicação e sistema financeiro acusam dignidade constitucional até aqui não conhecida”.

À exclusão absoluta do capital estrangeiro foi oferecida emenda do Deputado Giovanni 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, *ad referendum* do Senado da República (emenda nº 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 vigente. Assim passam a dispor o art. 184 do texto aprovado em segundo tur-

no 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 alheiar-se aos subsídios, quando expressivos, que permitem colher 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 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 10 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 preferências 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, limitado 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 segu-

rança 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 normas 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, § 1º, 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 a 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 passa a imprimir-lhe o selo de constitucionalidade, sem hiato ou interrupção.

A teoria da recepção, fundada no princípio da continuidade do ordenamento, prolonga a vigência e eficácia das leis ordinárias ou complementares 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 decisão anterior no RE nº 78.984 (*RTJ*, 71/289), “afirmou o princípio da continuidade do direito, esclarecendo que a Constituição por si só 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 desta 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 às 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 consequência, no reconhecimento da revogação da Lei nº 6.013/80 por incompatibilidade com a sistemática da Constituição superveniente.

## VIII

A 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 Registro 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 prescrição 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*.