



Brasília | ano 50 | nº 199
julho/setembro – 2013

Restrições ao exercício de empresa por estrangeiro

LEONARDO GARCIA BARBOSA

Sumário

1. Introdução. 2. Investimento nacional e investimento estrangeiro. 2.1. Critérios distintivos. 2.2. Papel do investimento estrangeiro. 2.2.1. Efeitos econômicos. 2.2.2. Efeitos sociais. 2.2.3. Efeitos políticos. 3. Empresário individual estrangeiro. 3.1. Empresário individual mercosulino. 4. Restrições à sociedade empresária. 4.1. Participação de estrangeiro em sociedade empresária. 4.2. Autorização para funcionamento no País. 4.2.1. Delegação de competência. 4.3. Nacionalização voluntária. 5. Restrições à sociedade anônima. 5.1. Diretor residente no país. 5.2. Participação de estrangeiro em sociedade anônima. 5.3. Nacionalidade brasileira na subsidiária integral. 5.4. Nacionalidade brasileira em grupo societário. 6. Restrições setoriais. 6.1. Restrições constitucionais. 6.2. Restrições infraconstitucionais. 7. Considerações finais.

1. Introdução

A remoção de barreiras regulatórias ao investimento estrangeiro é um dos principais assuntos que podem beneficiar o Brasil na sua política externa empresarial. Ela exige negociações extremamente especializadas, quase sempre envolvendo grupos de interesse. A atração do capital estrangeiro para o País e de empresários talentosos esbarra na complexidade e na desatualização da legislação, além de em outros fatores relacionados à língua e em problemas de segurança. O assunto envolve ainda a habilidade necessária para harmonizar regras e conceitos que são distintos em diversos países.

É importante destacar que o desenvolvimento econômico se relaciona ao grau de abertura do país ao mundo. A integração econômica com a

Leonardo Garcia
Barbosa é Consultor
Legislativo do Senado
Federal.

comunidade internacional permite um maior influxo de capitais estrangeiros, fundamentais para o crescimento econômico sustentado. O aporte de capitais estrangeiros depende da percepção do risco pelos investidores do cenário nacional e da redução das barreiras à entrada e à saída dos investimentos.

Estima-se que a taxa de investimento na economia poderia ser elevada com uma maior participação do País no comércio internacional, representada pelo aumento da participação das exportações e importações no Produto Interno Bruto. A estratégia de inserção do Brasil nos fluxos econômicos internacionais passa pela redução do protecionismo, dos requisitos de nacionalidade brasileira e dos entraves burocráticos impostos ao capital estrangeiro.

No item 2, examinamos os critérios utilizados para diferenciar investimento nacional e investimento estrangeiro, bem como os efeitos deste último nos aspectos econômicos, sociais e políticos. No item 3, apresentamos os requisitos para o estrangeiro se registrar como empresário individual, bem como as facilidades surgidas no âmbito mercosulino. No item 4, estudamos as restrições à sociedade empresária que deseja empreender no País. No item 5, é a vez das restrições específicas previstas na legislação que trata da sociedade anônima. No item 6, são relacionadas algumas restrições setoriais e impedimentos à participação estrangeira na atividade empresarial. No item 7, são expostas as considerações finais.

2. Investimento nacional e investimento estrangeiro

A nacionalidade é uma ligação jurídica da pessoa ao Estado a que pertence, gerando direitos e obrigações e fazendo dela um membro do povo que integra o Estado do qual é nacional. A ligação jurídica dá-se tanto em relação à pessoa

natural quanto em relação à pessoa jurídica, aplicando-se restrições aos estrangeiros não extensíveis aos nacionais¹.

2.1. Critérios distintivos

As pessoas naturais adquirem a nacionalidade pelo nascimento, de acordo com os critérios do local de nascimento ou do vínculo familiar, pela naturalização ou pela modificação da delimitação dos Estados nacionais. Assim como a própria nacionalidade, a residência ou domicílio da pessoa natural é um dos critérios relevantes de distinção da nacionalidade para fins de proteção ao investimento estrangeiro, bem como para se exigir a constituição de representante no País.

As pessoas jurídicas estão sujeitas a determinado Estado, contando com o atributo da nacionalidade². Entre os critérios de distinção da nacionalidade da sociedade empresária, destacamos três principais (TIBURCIO, 2011, p. 187): a) critério da incorporação – a sociedade tem a nacionalidade do país onde é constituída; b) critério da sede – a nacionalidade da sociedade é definida pelo local da sua sede social; e c) critério do controle – a sociedade tem a mesma nacionalidade da pessoa que exerce o seu controle, isto é, da pessoa que detém o poder de decisão para nomear a maior parte dos administradores.

O investimento do capital estrangeiro ocupa espaço na forma de empresas transnacionais, de bancos e seguradoras e de fundos de pensão, compreendendo questões relativas à tecnologia

¹ Quanto às compras governamentais, por exemplo, a Lei de Licitações prevê critério de desempate a favor da empresa brasileira (art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

² Podem ser listados sete critérios de atribuição de nacionalidade da pessoa jurídica: constituição; sede; autonomia da vontade; local de exploração; controle; investidor nacional e centro de decisão (REGNIER, 2003, p. 76 et seq.).

e ao emprego, à soberania e à subordinação e implicando a adoção pelo Estado brasileiro de políticas que permitam à sociedade usufruir dos aspectos positivos do investimento estrangeiro, diminuindo seus eventuais efeitos adversos (GUIMARÃES, 2000, p. 144). Para tanto, é importante investigar o papel do investimento estrangeiro no País.

2.2. Papel do investimento estrangeiro

O investimento estrangeiro gera efeitos sobre a economia e a sociedade, acarretando consequências sobre o desenvolvimento do País e a posição brasileira no âmbito internacional. A importância do capital estrangeiro reflete-se no aumento da poupança disponível para investimento, na transferência de tecnologia, no aprendizado de diferentes métodos empresariais, no aumento da concorrência e na ampliação do acesso dos consumidores a produtos de origem estrangeira e ao mercado internacional. O capital estrangeiro acelera o desenvolvimento nacional com menor esforço da população em geral, sendo importante estar atento às suas implicações sociais e políticas.

2.2.1. Efeitos econômicos

O investimento na atividade produtiva provém da remuneração do capital, inclusive do capital estrangeiro. Desse modo, é o lucro que propicia o investimento em uma nova unidade produtiva. Tanto a massa salarial quanto o investimento estatal são insuficientes para alavancar os investimentos necessários ao desenvolvimento econômico. A poupança disponível para realizar investimento pela massa de salários é baixa, dada a grande parcela da massa destinada ao consumo, apesar de uma parcela importante da poupança disponível dos trabalhadores ser direcionada para a previdência e alocada nos fundos de pensão. O investimento por parte do Estado é dificultado pelo aspecto inflacionário, ocasionado pela utilização da tributação como forma de alavancar investimentos estatais.

A mitigação das regras impeditivas do investimento estrangeiro contribui fortemente para a diminuição do impacto das crises econômicas, intensificando os períodos de maior crescimento e de desenvolvimento no longo prazo e colaborando para o amadurecimento da economia brasileira. Além disso, o investimento estrangeiro é um meio importante de transferência de tecnologia. A empresa estrangeira incorpora ao sistema econômico nacional o conhecimento científico e tecnológico que domina. As unidades de pesquisa encontram-se concentradas nos países de origem, mas cada vez mais expandem-se para os países em desenvolvimento, colaborando para aumentar a quantidade de patentes

registradas no País. A escassez de investimentos em pesquisa no Brasil é constatada pelo reduzido número de patentes registradas como resultado de pesquisas realizadas no País (GUIMARÃES, 2000, p. 149).

O investimento estrangeiro contribui para aumentar a dimensão do mercado brasileiro de produtos. A divisão e a especialização do trabalho, o aumento da produtividade e a acumulação de capital são fatores que permitem a manutenção dos preços em patamares razoáveis, ampliam a competição a maior número de empresas e incrementam o poder de compra do consumidor, que passa a ter mais opções e a adquirir produtos mais baratos e de melhor qualidade.

O ingresso de empresas estrangeiras no Brasil diminui as barreiras à entrada de novos competidores no mercado, ao criar condições de acesso aos fornecedores brasileiros, que passam a ofertar seus produtos e serviços a essas empresas. Eventuais efeitos deletérios na concorrência, pela excessiva concentração estrutural de mercado no País em virtude do ingresso de empresas estrangeiras, são coibidos pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência, a quem compete preservar as estruturas concorrenciais de mercado.

A empresa estrangeira pode contribuir para a expansão do mercado internacional para os produtos nacionais, mediante a incorporação no processo produtivo de produtos fabricados no País e exportados por ela. Eventuais problemas verificados nos preços declarados no comércio entre matriz no exterior e filial no Brasil podem ser corrigidos pelas autoridades aduaneiras, não implicando efeitos negativos para a balança comercial o ingresso da empresa estrangeira no Brasil.

Além disso, a liberdade de comércio e de prestação de serviços não influencia negativamente o desenvolvimento econômico desde que se atente para o equilíbrio da balança de pagamentos, compensando-se um determinado setor deficitário com outro que seja superavitário. A existência de comércio exterior desenvolvido gera os benefícios da exportação de produtos que excedam a demanda interna e da importação de outros que faltem no País (SMITH, 1999, p. 372).

O investimento estrangeiro também gera benefícios sociais ao país receptor dos recursos financeiros.

2.2.2. Efeitos sociais

A capacidade produtiva da sociedade depende da quantidade e da qualidade do estoque de capital e da disponibilidade da mão de obra e de recursos naturais. O processo de desenvolvimento econômico e social depende, assim, do investimento em capital físico instalado, inclusive estrangeiro, aumentando-se a capacidade de produção pelo aumento

de postos de trabalho e pela participação dos salários no resultado da produção. Além disso, sugere-se não haver diferenças significativas nos fluxos de emprego nas empresas nacionais e estrangeiras (ESTEVEZ, 2010, p. 149), não acarretando custos de bem-estar aos países que recebiam investimentos externos.

O investimento estrangeiro colabora para expandir a oferta nacional de trabalho, habilitando e qualificando mão de obra nacional em tecnologias modernas e possibilitando uma melhoria remuneratória para os trabalhadores. O uso de tecnologia mais intensiva em capital constitui processo irreversível de desenvolvimento da economia capitalista, gerando postos de trabalho em novas ocupações. Além disso, o preenchimento dos cargos de direção da empresa estrangeira por executivos estrangeiros contribui para modernizar a gestão empresarial brasileira, que se torna mais competitiva e eficiente em razão do contato dos administradores brasileiros com formas diferentes de administração.

A atração do investimento estrangeiro que gera benefícios sociais depende da estabilidade política e da manutenção das regras.

2.2.3. Efeitos políticos

As incertezas políticas, sociais e econômicas dos países em desenvolvimento preocupam os investidores estrangeiros, que passam a buscar maior percentual de lucro no curto prazo, remetendo-o de volta ao país de origem no menor tempo possível.

Assim, a discriminação do capital estrangeiro prejudica a atração de investimentos em países de maior risco, como é o caso do Brasil. Em países subdesenvolvidos, os detentores de capital procuram investimentos mais seguros e com retorno mais rápido. Durante a crise econômica de 2008, a bolsa brasileira caiu cerca

de 60% do seu valor em pontos (de 73.516,81, em vinte de maio, para 29.435,11, em 27 de outubro), enquanto o índice *Dow Jones* caiu aproximadamente 35% (de 14 mil para 9 mil pontos) (CATEB; PIMENTA, 2012, p. 243).

A política brasileira no campo da imigração é responsável ainda pelo estabelecimento das regras aplicáveis ao estrangeiro que pretenda exercer atividade econômica no País.

3. Empresário individual estrangeiro

Ao estrangeiro titular de visto temporário e ao que se encontre no Brasil na condição de estrangeiro natural de país limítrofe³, é vedado estabelecer-se como empresário ou exercer cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade empresária, ressalvados os casos previstos nos acordos internacionais em vigor no País⁴. Em regra, o exercício de atividade econômica empresarial pelo estrangeiro depende da obtenção de um visto permanente.

O visto permanente é concedido ao estrangeiro que pretenda se fixar definitivamente no Brasil, visando a propiciar mão de obra especializada ao País e a colaborar para o aumento da produtividade e para a obtenção de tecnologia e de recursos para setores específicos⁵. A obtenção de visto permanente pelo estrangeiro depende do cumprimento das exigências previstas nas regras de seleção de imigrantes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração⁶. Após sua entrada no País, o estrangeiro admitido de forma permanente deve-se registrar no

³ É permitido o fornecimento de documento especial ao estrangeiro natural de país limítrofe que exerça atividade remunerada em município fronteiriço brasileiro, conforme o art. 21, § 1º, da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro).

⁴ Art. 99 do Estatuto do Estrangeiro.

⁵ Art. 16 do Estatuto do Estrangeiro.

⁶ Art. 17 do Estatuto do Estrangeiro.

Ministério da Justiça, fornecendo-se a ele um documento de identidade⁷. Algumas medidas desburocratizadoras foram adotadas no âmbito da integração brasileira à América do Sul.

3.1. Empresário individual mercosulino

A formação dos blocos econômicos ganhou importância acentuada a partir da década de 90. Diversos países têm buscado o fortalecimento de seus interesses econômicos comuns. A intensidade da integração econômica, decorrente dos objetivos a serem alcançados, varia desde a implantação de uma área de livre comércio (eliminação ou restrição de barreiras alfandegárias e não alfandegárias ao comércio) até a federação ou confederação (governo único), passando progressivamente pela união aduaneira (uma tarifa externa comum), pelo mercado comum ou interior (livre circulação de bens, pessoas, capitais e serviços), pela união política (políticas externas e de defesa comuns) e pela união monetária (políticas monetárias comuns). (AGUILLAR, 2012, p. 451).

O principal bloco econômico regional do qual o Brasil participa é o Mercado Comum do Sul (Mercosul), estruturado com o Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991. O objetivo é criar um mercado comum, passando pelas etapas da área de livre comércio e da união aduaneira. A intenção de criar uma área de livre comércio esbarra no problema da lista de exceções para produtos considerados “sensíveis”.

Alguns problemas de integração são verificados no âmbito do Mercosul. As decisões são sempre por consenso e não têm aplicação direta nos Estados-membros. O sistema de tomada de decisões é intergovernamental, não havendo espaço para a supranacionalidade. O ingresso da Venezuela no bloco composto por Argentina,

⁷ Art. 33 do Estatuto do Estrangeiro.

Brasil, Paraguai e Uruguai é polêmico, pois seu regime democrático é questionado pelas correntes de pensamento ligadas à liberal-democracia. Uma oportunidade de integração do Brasil à América Latina pelo lado da liberal-democracia dá-se com a criação da Área de Integração Profunda do Pacífico, aliança entre Chile, Colômbia, México e Peru, conforme a Declaração de Lima, de 28 de abril de 2011.

No âmbito do Mercosul, importante decisão⁸ permite aos cidadãos dos Estados-partes do Mercosul (República Argentina, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai) e dos Estados Associados (República Plurinacional da Bolívia e República do Chile) que obtiverem a residência temporária de dois anos exercer a atividade de empresário e de titular, sócio ou administrador de sociedade empresária⁹.

A concessão da residência temporária de dois anos é obtida mediante a apresentação de documento que comprove a identidade e a nacionalidade do requerente, de certidão negativa de antecedentes judiciais, penais ou policiais no país de origem, de declaração de ausência de antecedentes, nacionais ou internacionais, penais ou policiais, e de comprovante do pagamento das taxas legais.

O estrangeiro, inclusive o mercosulino, encontra ainda algumas restrições ao exercício de atividade empresária, caso queira exercê-la por meio de uma sociedade.

4. Restrições à sociedade empresária

As restrições previstas na legislação à sociedade empresária quanto ao critério da nacionalidade estão relacionadas à participação

⁸ Decisão do Conselho do Mercado Comum nº 28, de 2002.

⁹ Instrução Normativa nº 111, de 1º de fevereiro de 2010, do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC).

de estrangeiro na sociedade, à autorização para funcionamento no País, à transferência da sede para o Brasil caso queira se nacionalizar e à obrigatoriedade de constituição de representante no País se o sócio ou administrador for residente no exterior.

4.1. Participação de estrangeiro em sociedade empresária

O arquivamento na junta comercial de atos de sociedade empresária da qual participem estrangeiros residentes no País é tratado por norma editada na década de 30 e considerada ainda em vigor pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio¹⁰. A junta comercial que registrar sociedade empresária da qual participe estrangeiro deve enviar ao Ministério da Justiça os dados de identificação do estrangeiro e do documento de identidade emitido no Brasil¹¹. É considerado participante da sociedade empresária o estrangeiro que figure como sócio ou administrador ou como representante de sociedade empresária estrangeira. Não é necessária a prova do visto permanente no caso de sócio estrangeiro minoritário, bastando o visto temporário¹².

O acionista residente ou domiciliado no exterior deve constituir representante com poderes para receber citação¹³, assim como o conselheiro que esteja na mesma situação.

É bastante comum o exercício da atividade empresarial de maior porte por estrangeiro mediante sua participação em sociedade em-

presária brasileira, driblando-se a exigência de autorização para funcionamento no País.

4.2. Autorização para funcionamento no País

O funcionamento de sociedade limitada estrangeira no País depende de autorização do Poder Executivo, qualquer que seja o seu objeto¹⁴. Quanto às sociedades anônimas, o capítulo que trata da sociedade anônima estrangeira da antiga Lei da Sociedade por Ações¹⁵ foi mantido em vigor pela lei atual¹⁶, também exigindo a autorização do Poder Executivo. É importante destacar que a sociedade anônima é regida por lei especial, aplicando-se a ela as disposições do Código Civil somente nos casos omissos¹⁷. Assim, o funcionamento da sociedade limitada estrangeira é tratado no Código Civil e o funcionamento da sociedade anônima estrangeira, em lei especial.

É permitido à sociedade estrangeira ser acionista de sociedade anônima brasileira¹⁸. Na verdade, é correto o entendimento de que não é vedado à sociedade estrangeira participar do capital de sociedade brasileira, independentemente da forma societária desta (GREBLER, E., GREBLER, G., 2004, p. 410). Essa possibilidade torna de pouca utilidade o procedimento de autorização do Poder Executivo para funcionamento da sociedade estrangeira no País, haja vista que as sociedades estrangeiras preferem fundar sociedades brasileiras nas quais detenham quase a totalidade do capital a elas pertencente (BUITONI, 1986, p. 27). O exercício do poder de controle de sociedade brasileira por

¹⁰ Decreto-Lei nº 341, de 17 de março de 1938, que regula a apresentação de documentos, por estrangeiros, ao Registro do Comércio, e dá outras providências.

¹¹ Caput do art. 45 do Estatuto do Estrangeiro.

¹² Art. 1º, § 1º, da Instrução Normativa nº 76, de 28 de dezembro de 1998, do DNRC.

¹³ Art. 119 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações).

¹⁴ Art. 1.134 e segs. da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

¹⁵ Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940.

¹⁶ Art. 300 da Lei nº 6.404, de 1976.

¹⁷ Art. 1.089 do Código Civil.

¹⁸ Parte final do art. 1.134 do Código Civil.

sociedade estrangeira não caracteriza o funcionamento desta no Brasil, de modo a ensejar a autorização do Poder Executivo.

Ainda não se verifica no direito empresarial internacional o livre exercício da atividade empresarial por sociedades estrangeiras sem maiores formalidades, mas a abertura econômica posta em prática a partir dos anos 90 do século XX reclama uma regulamentação menos burocrática da presença da sociedade estrangeira no País.

A delegação de competência para a autorização, em um primeiro momento, do Presidente da República ao Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e, posteriormente, ao Secretário de Comércio e Serviços do mesmo Ministério mostra uma tendência de maior flexibilidade da legislação quanto ao ingresso de sociedades empresárias estrangeiras no País.

4.2.1. Delegação de competência

No Governo Collor, foi delegada competência ao Ministro da Justiça para aprovar as alterações estatutárias ou contratuais das sociedades estrangeiras em funcionamento no Brasil, permanecendo a competência do Presidente da República para aprovar os atos referentes à autorização inicial, à nacionalização e à cassação da autorização¹⁹. No Governo Itamar Franco, a competência foi transferida ao Ministro da Indústria, do Comércio e do Turismo²⁰. No Governo Fernando Henrique Cardoso, a competência para decidir sobre todos os atos passou para o Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, sendo vedada a subdelegação²¹. No Governo Lula, permitiu-se a subdelegação de competência²². Essa competência é atualmente do Secretário de Comércio e Serviços do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior²³.

Desse modo, a sociedade estrangeira que quiser constituir filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil deve pedir autorização do Poder Executivo Federal para instalação e funcionamento, mediante requerimento endereçado ao Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, protocolizado em Brasília, no Departamento Nacional do Registro do Comércio²⁴.

¹⁹ Decreto nº 99.436, de 2 de agosto de 1990.

²⁰ Decreto nº 796, de 13 de abril de 1993.

²¹ Decreto nº 3.444, de 28 de abril de 2000.

²² Decreto nº 5.664, de 10 de janeiro de 2006.

²³ Portaria nº 16, de 2 de fevereiro de 2006.

²⁴ Art. 1º da Instrução Normativa nº 81, de 5 de janeiro de 1999, do DNRC.

O procedimento de autorização para funcionamento da sociedade estrangeira no País poderia ser simplificado, caso fosse prevista a competência da junta comercial da unidade federativa em que se localizasse o estabelecimento para diretamente deliberar sobre a solicitação de funcionamento e sua conformidade com a legislação.

4.3. Nacionalização voluntária

A nacionalização da sociedade estrangeira autorizada a funcionar no País dá-se mediante a transferência de sua sede para o Brasil, após a expedição de autorização pelo Poder Executivo Federal. A sociedade estrangeira necessita ainda adequar seus atos constitutivos para atender os requisitos das leis brasileiras²⁵. A redação original do art. 171 da Constituição trazia a definição de empresa brasileira, mas esse dispositivo foi revogado²⁶. A redação dizia que era empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tivesse sua sede e administração no País. A nosso ver, a nacionalidade da pessoa jurídica é assunto materialmente constitucional, ficando uma lacuna sobre o tema na Carta com a revogação do texto do artigo.

5. Restrições à sociedade anônima

As restrições à sociedade anônima referem-se à exigência de o diretor ser residente no País, à participação de estrangeiro como administrador ou acionista controlador, à obrigatoriedade de nacionalidade brasileira da sociedade controladora da subsidiária integral e ao requisito de nacionalidade brasileira da sociedade controladora em grupo societário.

5.1. Diretor residente no País

Os diretores da sociedade anônima devem ser residentes no País²⁷. A exigência de residência no País dos conselheiros de administração, prevista na redação original da Lei das Sociedades por Ações, foi revogada²⁸. Exige-se dos diretores a residência no País porque eles estão diretamente envolvidos nos assuntos do dia a dia da companhia.

²⁵ Art. 1.126 do Código Civil.

²⁶ Emenda à Constituição nº 6, de 15 de agosto de 1995.

²⁷ Art. 146 da Lei nº 6.404, de 1976.

²⁸ Art. 2º da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001.

5.2. Participação de estrangeiro em sociedade anônima

A junta comercial que registrar sociedade anônima da qual participe estrangeiro que exerça a função de administrador, diretor ou acionista controlador deve enviar ao Ministério da Justiça os dados de identificação do estrangeiro e do documento de identidade emitido no Brasil²⁹.

5.3. Nacionalidade brasileira na subsidiária integral

A sociedade subsidiária integral é a sociedade anônima formada por um único sócio, sendo, portanto, forma de sociedade unipessoal³⁰. Ela é importante instrumento de organização empresarial, pois é considerada sujeito de direitos e obrigações próprias, respondendo perante credores com o seu patrimônio. Assim, os bens da sociedade anônima controladora não são atingidos por obrigações da sociedade subsidiária integral, a não ser que seja decretada judicialmente a desconsideração da personalidade jurídica.

Pode ser mais vantajoso, para uma sociedade anônima, em termos de custos de transação, constituir uma sociedade subsidiária integral, muitas vezes em razão do elevado risco do empreendimento, em vez de criar uma filial que não tenha o atributo da separação patrimonial. Uma sociedade anônima sediada no exterior, por exemplo, poderia optar por constituir uma subsidiária integral no País, para exploração de determinado empreendimento, caso o custo de transação fosse menor que a instalação de uma filial. Caso optasse pela constituição de uma filial, a sociedade exerceria, em seu próprio nome, conta e risco, a nova atividade empresarial e responderia com todo o seu patrimônio pelas obrigações decorrentes do empreendimento.

Outra vantagem da constituição de uma sociedade subsidiária integral decorre da diminuição dos custos de agência. A ausência de minoria societária na sociedade subsidiária integral reduz a zero os custos de transação da administração dos conflitos com grupos minoritários de sócios (PIMENTA, 2012, p. 352).

A legislação exige que a sociedade controladora da sociedade subsidiária integral seja brasileira³¹. Não há motivos de ordem econômica para vedar a constituição de sociedade subsidiária integral por sociedade estrangeira, haja vista que os investimentos estrangeiros geram benefícios

²⁹ Parágrafo único do art. 45 do Estatuto do Estrangeiro.

³⁰ A sociedade subsidiária integral está prevista nos arts. 251 a 253 da Lei nº 6.404, de 1976.

³¹ Art. 251 da Lei nº 6.404, de 1976.

econômicos e sociais, conforme anteriormente destacado.

5.4. Nacionalidade brasileira em grupo societário

O grupo de sociedade é constituído pela sociedade controladora e suas controladas, mediante convenção na qual se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns³².

A lei exige que a sociedade controladora ou de comando de grupo seja brasileira. Considera-se brasileira a sociedade de comando sob o controle de pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil, de pessoas jurídicas de direito público interno ou de sociedade ou sociedades brasileiras que, direta ou indiretamente, estejam sob o controle das pessoas citadas³³. Essa redação é semelhante à que estava prevista na Constituição para a definição de empresa brasileira de capital nacional e que se encontra atualmente revogada³⁴.

Assim como em relação à exigência de nacionalidade brasileira da sociedade subsidiária integral, não há motivos de ordem econômica para vedar a constituição de grupo de sociedade por sociedade controladora estrangeira, haja vista que os investimentos estrangeiros geram benefícios econômicos e sociais, conforme anteriormente destacado.

6. Restrições setoriais

A legislação em vigor prevê algumas restrições e impedimentos à participação estrangeira

³² *Caput* do art. 265 da Lei nº 6.404, de 1976.

³³ Art. 265, § 1º, e art. 269, VII e parágrafo único, da Lei nº 6.404, de 1976.

³⁴ Emenda à Constituição nº 6, de 1995.

na atividade empresarial. São previstas restrições na assistência à saúde, na navegação de cabotagem, na exploração de recursos minerais, na segurança privada, no jornalismo, no transporte rodoviário de carga, no transporte aéreo e na faixa de fronteira.

Essas restrições setoriais à empresa estrangeira conferem o monopólio do mercado interno à empresa nacional, restringindo os recursos empregados nas atividades assim como a quantidade de mão de obra. O tomador do serviço é levado a pagar mais caro por aquilo que poderia ser ofertado mais barato pelo estrangeiro. O prestador de serviço nacional é o maior beneficiário das restrições setoriais.

A diminuição das restrições setoriais à empresa estrangeira depende muitas vezes da observância das regras de reciprocidade entre os países. Assim, eventual flexibilização das regras brasileiras pode servir como contraponto à abertura do mercado estrangeiro. A ausência de reciprocidade justifica a imposição de restrições setoriais à empresa estrangeira como forma de pressionar a diminuição das restrições impostas pelos parceiros externos.

Algumas restrições são previstas de forma detalhada na Constituição, demandando, para a sua eventual flexibilização, uma alteração constitucional.

6.1. Restrições constitucionais

A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão de sons ou de sons e imagens é reservada a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou a pessoa jurídica constituída sob a lei brasileira e com sede no País³⁵. A participação de estrangeiros ou de brasileiros naturalizados há menos de dez anos

³⁵ Art. 222 da Constituição, conforme a Emenda à Constituição nº 36, de 2002.

no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão não poderá exceder a trinta por cento do capital total e do capital votante³⁶. As empresas jornalísticas devem apresentar às juntas comerciais, até o último dia útil de cada ano, declaração com a composição de seu capital social, incluindo a nomeação dos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos titulares, direta ou indiretamente, de pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante.

A restrição prevista na Constituição aplica-se somente ao rádio e à televisão aberta, não abrangendo, entre outros veículos, a rede. A facilidade de disseminação da informação pela rede e a sua crescente utilização pela população, até mesmo substituindo a televisão, simplifica a atuação em território nacional de empresas jornalísticas estrangeiras. A restrição, portanto, encontra-se defasada. Ainda que se quisesse dificultar a veiculação de notícias produzidas por fontes estrangeiras, não se conseguiria fazê-lo no mundo atual, pois a informação rompe as barreiras que se opõem a ela caso haja uma demanda efetiva do consumidor.

A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente podem ser realizados, mediante autorização ou concessão da União, por brasileiro ou empresa constituída sob a lei brasileira e que tenha sua sede e administração no País³⁷. A restrição a empresa estrangeira no setor pode retardar a exploração de substâncias minerais que correm o risco de perder o valor no futuro, em razão da substituição de matérias-primas tradicionais por outras, como decorrência do avanço tecnológico.

Algumas restrições à participação estrangeira não estão previstas de forma explícita e deta-

lhada na Constituição ou estão previstas somente em lei infraconstitucional. Não há impedimento constitucional quanto à concessão por lei de tratamento diferenciado às empresas nacionais em relação às empresas estrangeiras (BERCOVICI, 2011, p. 95), uma vez que a revogação do art. 171 da Constituição não produz isonomia jurídica entre capital estrangeiro e capital nacional.

6.2. Restrições infraconstitucionais

É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde³⁸, salvo nos casos previstos em lei³⁹. Essa restrição é criticada quanto à sua conveniência, visto que o setor de saúde é um setor carente de investimentos. A Constituição, contudo, permite que a restrição seja afastada por lei ordinária, flexibilizando-se o ingresso no setor de empresas estrangeiras. Admite-se ainda a participação minoritária e sem controle efetivo de estrangeiros no capital de empresas brasileiras que atuam no setor de assistência à saúde (SUNDFELD; CÂMARA, 2008, p. 47).

A Constituição dá liberdade à lei ordinária para estabelecer as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem poderá ser realizado por embarcação estrangeira⁴⁰. A administração da empresa de navegação de cabotagem deve ser constituída por maioria de brasileiros natos, ou a brasileiros natos devem ser delegados todos os poderes de gerência⁴¹. Além disso, são considerados nacionais os navios que pertençam a sociedades constituídas no Brasil, desde que mais da metade do capital pertença a brasileiros natos.

³⁸ § 3º do art. 199 da Constituição.

³⁹ Art. 23 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

⁴⁰ Art. 178, parágrafo único, da Constituição.

⁴¹ Art. 2º do Decreto-Lei nº 2.784, de 20 de novembro de 1940.

³⁶ Art. 2º da Lei nº 10.610, de 20 de dezembro de 2002.

³⁷ § 1º do art. 176 da Constituição, alterado pela Emenda à Constituição nº 6, de 1995.

A navegação de cabotagem é o transporte efetuado entre portos de um mesmo país. Na maioria dos países, vigora um tratamento favorecido aos nacionais nesse tipo de navegação. De acordo com o sindicato das empresas de navegação marítima, uma pesquisa mostra que 40 de 56 países estudados restringem a cabotagem a navios nacionais (GÓES, 2013). Defende-se a imposição de restrição à atividade estrangeira para estimular a nacional quando se trata de uma atividade necessária à defesa do país (SMITH, 1999, p. 384 et seq.). Assim, a lei sobre o transporte marítimo procura assegurar aos nacionais o monopólio da participação no comércio de cabotagem.

A propriedade e a administração das sociedades empresárias cujo objeto seja a prestação de serviços de segurança privada a pessoas e a bens e valores são vedadas a estrangeiros⁴². A Constituição não cuida expressamente dos serviços de segurança privada, referindo-se tão somente aos órgãos públicos responsáveis pela segurança pública: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. Os níveis elevados de segurança pública têm exigido a colaboração de instituições privadas para complementar a defesa da sociedade e de seu patrimônio (MARTINS, 2001, p. 237). A possibilidade de ingresso de empresas estrangeiras no setor poderia aumentar os investimentos em segurança e colaborar para uma maior inserção brasileira na busca por novos mercados e parceiros.

A empresa de transporte rodoviário de carga deve ter sede no Brasil⁴³. A lei anterior sobre transporte rodoviário de carga, editada na década de 80, exigia que quatro quintos do capital social da sociedade empresária que explorasse a atividade deveriam pertencer a brasileiros. A associação das empresas de transporte rodoviário de carga, por ocasião da tramitação do projeto que resultou na lei, defendia a restrição à participação do capital estrangeiro no setor, sendo rebatida em seus argumentos por grupo empresarial australiano (CASTRO, 1980).

A concessão da exploração de serviços aéreos públicos só é possível à pessoa jurídica brasileira que tiver sede no Brasil e pelo menos quatro quintos do capital com direito a voto pertencentes a brasileiros (prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social), e cuja direção esteja confiada exclusivamente a brasileiros⁴⁴.

O limite de participação do capital estrangeiro poderia ser aumentado, em um primeiro momento, de 20% para até 49%. Nessa direção, há um projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, após

⁴² Art. 11 da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983.

⁴³ Inciso I do § 2º do art. 2º da Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007.

⁴⁴ Art. 181 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

aprovação no Senado Federal, que tem por finalidade flexibilizar o limite, permitindo uma maior capitalização das empresas nacionais e facilitando a entrada de novas empresas de transporte aéreo⁴⁵. Argumenta-se contrariamente à ideia, alegando-se que o aumento do limite favoreceria a concentração de mercado das empresas atualmente em atividade (RITTNER, 2013).

Há ainda restrição à participação de capital estrangeiro nas empresas situadas na faixa de fronteira⁴⁶. Esta compreende a faixa de até cento e oitenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres. Ela é considerada de fundamental importância para a defesa do território nacional⁴⁷, mas o investimento e o estabelecimento de empresas estrangeiras na faixa de fronteira deveriam ser enfocados sob o ponto de vista das contrapartidas que essas empresas pudessem oferecer à sociedade brasileira (MIRANDA, 2009, p. 71).

A concessão para o serviço de televisão a cabo será dada exclusivamente à pessoa jurídica de direito privado que tenha como atividade principal a prestação desse serviço e que tenha sede no Brasil e pelo menos cinquenta e um por cento do capital social, com direito a voto, pertencentes a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos ou a sociedade sediada no País e cujo controle pertença a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos⁴⁸. Defende-se o enquadramento dos serviços de televisão a cabo entre os serviços de telecomunicações e não entre os serviços de radiodifusão de sons e imagens, razão pela qual a restrição ao investimento estrangeiro nesse caso não está fundamentada no art. 222, § 1º, da Constituição (XAVIER, 2008, p. 52).

7. Considerações finais

As sociedades empresárias contam com o atributo da nacionalidade, geralmente definido de acordo com os critérios da incorporação, da localização da sede e do controle.

O investimento estrangeiro proporcionado por sociedades empresárias tem efeitos econômicos, sociais e políticos. Entre os efeitos econômicos, podemos citar o aumento do investimento em pesquisa, a ampliação do poder de compra do consumidor, o incremento no acesso do fornecedor nacional a clientes estrangeiros e a expansão do mercado internacional para os produtos feitos no País.

⁴⁵ Projeto de Lei nº 184, de 2004.

⁴⁶ Incisos I e III do art. 3º da Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979.

⁴⁷ Art. 20, § 2º, da Constituição.

⁴⁸ Art. 7º da Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995.

O exercício da atividade econômica empresarial pelo estrangeiro depende da obtenção de um visto permanente, mas essa exigência foi flexibilizada no âmbito sul-americano pela possibilidade de aquisição de residência temporária por cidadãos mercosulinos.

O funcionamento de sociedade empresária estrangeira no País depende da autorização do Poder Executivo. O procedimento é pouco utilizado porque as sociedades estrangeiras preferem adquirir sociedades brasileiras nas quais detenham quase a totalidade do capital a elas pertencente.

Entre as restrições aplicáveis à sociedade anônima, está prevista na legislação a obrigatoriedade de nacionalidade brasileira da sociedade controladora da sociedade subsidiária integral e de comando de grupo societário. Não há motivos de ordem econômica no contexto atual para fundamentar essas restrições.

Algumas restrições à participação estrangeira na atividade empresarial estão previstas na legislação constitucional e na infraconstitucional; entre elas, as restrições na assistência à saúde, na navegação de cabotagem, na exploração de recursos minerais, na segurança privada, no jornalismo, no transporte rodoviário de carga, no transporte aéreo e na faixa de fronteira. A flexibilização dessas restrições depende da avaliação econômica de cada setor específico, bem como de eventual reciprocidade dos parceiros internacionais.

Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. Soberania econômica e regime jurídico do capital estrangeiro no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 17, p. 95-110, jan./mar. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BM&FBOVESPA. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/home.aspx?idioma=pt-br>>. Acesso em: 25 abr. 2013.

BUITONI, Ademir. Participação acionária e funcionamento da sociedade estrangeira no Brasil. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 25, n. 62, p. 25-31, abr./jun. 1986.

CASTRO, O. D. *A verdade sobre o capital estrangeiro no transporte rodoviário de carga*. São Paulo: Associação Nacional das Empresas de Transporte Rodoviário de Carga, 1980.

CATEB, Alexandre Bueno; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica do direito societário. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

ESTEVES, Luiz A.; MARTINS, Pedro S. Nacionalidade das empresas e fluxo de empregos: evidências da indústria brasileira de transformação. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 40, n. 1, p. 133-152, jan./mar. 2010.

GÓES, Francisco. Cabotagem tentará derrubar emenda. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 26 fev. 2013.

GREBLER, Eduardo; GREBLER, Gustavo. O funcionamento da sociedade estrangeira no Brasil em face do novo Código Civil. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Capital nacional e capital estrangeiro. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 143-160, maio/ago. 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Proibição legal para que empresas privadas especializadas em segurança, serviços de vigilância e de transporte de valores sejam constituídas por estrangeiros: constitucionalidade da vedação. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 231-242, jan./mar. 2001.

MIRANDA, Danilo Ribeiro. Estrangeiros na faixa de fronteira: a vivificação como estratégia de defesa nacional. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 68-71, mar. 2009.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Sociedade subsidiária integral. In: BOTREL, Sérgio (Coord.). *Direito societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REGNIER, Leonardo Medeiros. *Nacionalidade das sociedades comerciais*. Curitiba: Juruá, 2003.

RITTNER, Daniel. Governo rejeita impor teto a tarifa aérea. *Valor Econômico*, Brasília, 8 fev. 2013.

SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Participação do capital estrangeiro no setor de saúde. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 6, n. 24, p. 39-57, out./dez. 2008.

TIBÚRCIO, Carmen. Disciplina legal da pessoa jurídica à luz do direito internacional brasileiro. In: RIBEIRO, José Horacio Halfeld Rezende (Coord.). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 185-209, jul./set. 2011.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. Caducidade *ipso jure* por efeito da entrada em vigor da emenda constitucional nº 6/95, das restrições ao capital estrangeiro constantes do inciso II do art. 7º da Lei da Televisão a Cabo. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 51-84, jul./dez. 2008.