

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 122

abril/junho — 1994

*Editor:*

*João Batista Soares de Sousa, Diretor*



SENADO FEDERAL  
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

# O contexto jurídico-constitucional do Mercosul

ISABEL VAZ

O estudo dos tratados internacionais revela toda a sua importância na medida em que aqueles atos consubstanciam a substituição da força pelo Direito na composição das controvérsias entre os povos.

A América Latina não conheceu conflitos com as dimensões daqueles que ensanguentaram a Europa, principalmente durante a 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial. O temor de sua repetição levou os próceres políticos a buscarem, através de tratados primeiramente de natureza econômica, afastar o espectro da guerra, com todo o seu cortejo de atrocidades. Destruidoras das belas obras artísticas e arquitetônicas, e das poderosas indústrias, a guerra aniquila os mais caros valores cultivado pela humanidade: vida, liberdade, honra, dignidade.

Mas os países da América Latina enfrentam a sua guerra, e uma guerra não menos cruel: a luta contra a fome, a miséria, as doenças, o analfabetismo e a marginalização da grande maioria das populações, agravada pela recessão, o desemprego, a queda do poder aquisitivo. Uma das armas mais eficazes contra esses males encontra-se, principalmente, na celebração de tratados internacionais. Mediante a conjugação de esforços, lançam-se os povos à conquista de novas oportunidades de emprego remunerador, de benefícios do progresso científico e tecnológico, de uma repartição mais justa de rendas, objetivos que, alcançados, assegurarão melhores condições de vida.

O Tratado de Assunção não aparece como uma panacéia para todos aqueles males. Mas representa, seguramente, a melhor estratégia para a retomada do crescimento.

Depois de algumas tentativas, cujos resul-

Isabel Vaz é Professora Adjunta de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG. Ex-Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE. Membro Honorário do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo — IBRAC.

Conferência proferida no Seminário sobre "Aspectos Jurídicos e Institucionais do Mercosul", promovido pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais, em Belo Horizonte, entre os dias 25 e 29 de outubro de 1993.

tados ficaram aquém do esperado os quatro Estados signatários do Tratado de Assunção — Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai — conjugam seus melhores esforços para viabilizar a integração latino-americana.

O parágrafo único do artigo 4.º da Constituição brasileira de 1988, por sua vez, não deixa dúvidas quanto à natureza do comando ali expresso:

“Art. 4.º — (omissis).

Parágrafo único — A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Os objetivos — ou as dimensões — da proposta constitucional brasileira são tão ambiciosos que, pode-se dizer, começam por onde terminam as metas europeias de integração. Uma breve retrospectiva dos caminhos percorridos pela unificação europeia demonstra o afirmado.

Sabe-se que o Tratado CECA, firmado em Paris a 18 de abril de 1951, instituindo a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, precedeu a criação das Comunidades Europeias, iniciada através dos Tratados de Roma, assinados a 25 de março de 1957. O Tratado de Paris tinha um objetivo econômico visível, no sentido de colocar o conjunto da produção franco-alemã de carvão e de aço sob uma “Alta Autoridade Comum”, em uma organização aberta à participação dos outros países da Europa, segundo proposta de Robert Schuman<sup>1</sup>.

Na verdade, afirmam os comentaristas, o objetivo político — evitar um novo e sangrento confronto entre a França e a Alemanha, mediante a integração das indústrias pesadas — sobrepunha-se a qualquer outro, por mais imediato pudesse parecer.

Alguns anos depois da criação da Comunidade Econômica do Carvão e do Aço, os mencionados Tratados de Roma instituíram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM, ou CEEA), com a participação inicial de seis Estados (Alemanha, França, Itália, e os três países do BENELUX, Bélgica, Holanda, Luxemburgo). Estes países ficaram

submetidos a órgãos supranacionais, de competência limitada a certos domínios, mas dotados, nesses domínios, do poder de tomar decisões e de impô-las aos Estados-Membros<sup>2</sup>.

Com este compromisso de acatar decisões emanadas de um organismo supranacional, sem qualquer sombra de dúvida, os membros da Comunidade Econômica Europeia precisaram repensar o conceito de soberania — ao menos em matéria econômica — para viabilizar esta primeira etapa do processo de integração, cuja arquitetura assumia claramente a forma de federação. A Grã-Bretanha vinha se recusando, desde o início a alienar parte de sua soberania, preferindo adotar estratégias de mera “cooperação” e de “coordenação” de políticas. As resistências da Inglaterra ao processo de integração somente foram vencidas nos primeiros anos da década de setenta, quando aquele país formalizou sua adesão aos Tratados de Roma.

O estadista Robert Schuman, ao idealizar a união econômica, juntamente com Jean Monnet, projetava uma espécie de “solidariedade de fato”, que preparava o terreno para a criação do que denominava “uma Europa política”<sup>3</sup>.

A implantação do Mercado Comum Europeu não se processou sem dificuldades, como, por exemplo, as decorrentes da idéia de “supranacionalidade” e da questão das “resistências das soberanias”. Uma das crises mais graves ocorreu em 1965, pois os “Seis” não puderam chegar a um acordo sobre os regulamentos agrícolas, patenteando-se a oposição entre duas concepções antagonicas, através da entrevista coletiva do General de Gaulle, de 9 de setembro de 1965.

A crise resultava do conflito entre os que concebiam uma construção “supranacional”, devendo chegar a uma Europa federal, segundo a evolução natural da interpretação dos Tratados de Roma e de Paris; e aqueles que pretendiam uma “Europa das conferências diplomáticas”, sem abandono da soberania, como parecia desejar o General de Gaulle. Uma dupla contestação incidiu sobre o papel da Comissão Europeia e sobre o princípio do “voto majoritário” no Conselho de Ministros. Durante mais de seis meses, a França absteve-se

<sup>2</sup> *Idem*, op. cit. *Introdução*, p. XLIX.

<sup>3</sup> Cf. SCHUMAN, Robert. Apud CARTOU, op. cit., p. 4.

<sup>1</sup> Cf. CARTOU, Louis. *Précis des organisations européennes*. Dalloz, Paris, 1971, pp. 3 e ss.

de comparecer às sessões das instituições comunitárias. A crise terminou com os "acordos de Luxemburgo" (janeiro de 1966), que não modificaram as competências dos órgãos da Comunidade, mas permitiram à França indicar, por antecipação, que não aceitaria o princípio majoritário, quando interesses julgados essenciais por ela estivessem em jogo<sup>4</sup>.

A crise, de certa forma, opôs a "Europa das Comunidades" e a Europa do "Concerto europeu", típica do século XIX, e caracterizada por uma cooperação interestatal, resultante de acordos diplomáticos. Seus traços essenciais resultavam: da antiga repugnância dos Estados em desistir de parte de sua soberania, rejeitando qualquer forma de federalismo; da incerteza quanto ao número de participantes e da ausência de qualquer instituição dotada de poder supranacional<sup>5</sup>.

A Europa assim criada era uma nebulosa, geograficamente "ampla", mas inorgânica. Nada a distinguia das construções internacionais tradicionais<sup>6</sup>.

A Comunidade se enfraquecia em razão da intransigência de alguns Estados-Membros. A crise monetária de 1968-1969 acarretou consequências graves, marcadas por uma verdadeira ruptura do Mercado Comum. Os partidários da integração entenderam necessário empreender um novo esforço para prosseguir a construção das Comunidades, o que foi objeto da Conferência de Haia, de 1.º e 2 de dezembro de 1969.

Essa Conferência reuniu os chefes dos Poderes Executivos dos Estados-Membros, com o objetivo de desbloquear a construção europeia, de assumir um certo número de compromissos políticos com esse fim e, sobretudo, dissipar certas desconfianças nascidas no curso dos últimos anos, particularmente com relação à França<sup>7</sup>.

A Conferência de Haia procurou, principalmente, comprometer os membros da Comunidade com o aperfeiçoamento da política agrícola, com as negociações com a Grã-Bretanha (e outros candidatos) e com o progresso do domínio da união econômica e monetária.

Transcorridos cerca de trinta anos desses últimos acontecimentos, os obstáculos mais sérios à integração foram sendo aos poucos superados. Isto não impediu o surgimento de novos problemas de outra natureza, como aqueles decorrentes da reunificação das duas Alemanhas, episódio coroado com a queda do Muro de Berlim, mas cujo custeio contribuiu para elevar a inflação alemã. A inflação em si pode não constituir um obstáculo à integração, mas a política de juros altos adotada pelo Premier Helmut Kohl estaria em desacordo com as normas comunitárias.

Como se vê, o processo de integração europeia ainda é um processo *in fieri*, não obstante o decurso de mais de meio século das primeiras tentativas de unificação. Apesar de legitimado pelos resultados positivos obtidos, a "Europa dos Doze" busca o aprofundamento da união. O Tratado de Maastricht, firmado em fevereiro de 1992, determinou a exclusão da palavra "econômica" das expressões "Comunidade Econômica Europeia", numa clara alusão ao novo sentido e às novas dimensões conferidas à integração comunitária. No início, o aspecto econômico constituiu o fundamento de fato, a explicitação de uma "solidariedade efetiva"<sup>8</sup> para a criação do Mercado Comum, funcionando como uma espécie de alicerce para a integração política almejada. Agora, as novas dimensões do Ato Único Europeu e do Tratado de Maastricht superam o campo econômico, para proporem, ao lado da criação de um grande mercado comum, sem qualquer controle fronteiriço ou outros obstáculos, a unificação política, um sistema monetário europeu, com a criação de uma moeda única, o "ecu", *european currency unit* e a busca de "coesão social". A componente social seria obtida através da melhoria das condições de vida e de trabalho e do fortalecimento da coesão social dentro da Comunidade<sup>9</sup>.

Como forma de aperfeiçoamento das disposições de natureza social dos tratados originários da Comunidade, os textos referentes à união econômica e à política social passaram por um processo de revisão e de reconsideração à luz da realização do mercado interno de

<sup>4</sup> Cf. CARTOU, Louis. Op. cit., p. XLV.

<sup>5</sup> *Idem*, pp. XLIV.

<sup>6</sup> *Idem*, p. XLV.

<sup>7</sup> Cf. CARTOU, Op. cit., p. XLVI.

<sup>8</sup> BORCHARDT, Klaus-Dieter. *A unificação europeia. Criação e desenvolvimento da Comunidade Europeia*. 3.ª ed. Documentação europeia. Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1990. Luxemburgo, pp. 21 e ss.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 25.

1992. Este mercado não é concebível sem uma forte segurança social<sup>10</sup>. O que se busca com esse projeto não é apenas o reforço do crescimento econômico e da capacidade competitiva das empresas européias, mas, também, a consideração e a garantia, mediante a exploração de um espaço econômico comum, da distribuição equitativa dos maiores benefícios e lucros obtidos<sup>11</sup>. Trata-se, sobretudo, de assegurar a participação nas vantagens decorrentes daquele espaço a todos que, em última análise, constituem, com a sua força de trabalho, os fundamentos e a base para o funcionamento de um mercado interno. Esse espaço econômico não teria sentido se comprometesse o nível de vida e o nível de proteção social dos cidadãos da Comunidade. Ao contrário, a sua justificação política e econômica estará assentada precisamente nos crescentes progressos econômicos e sociais e nas vantagens que poderá oferecer a todos os cidadãos da Comunidade.

Demonstra-se, assim, o afirmado no início, no sentido de que a proposta de integração constitucional brasileira começa com metas tão ambiciosas quanto aquelas visadas numa fase adiantada, de consolidação e sedimentação da Comunidade Européia.

Voltando-se para "o contexto jurídico-constitucional do Mercosul", tema desta exposição, impõe-se a análise da proposta de integração constante do Tratado de Assunção, em face do ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição de 1988.

Cumprе ressaltar, sob o ponto de vista da técnica legislativa, que existe um projeto de emenda constitucional encaminhado pela Senador Marco Maciel ao Congresso, com o objetivo de atribuir maior eficácia ao dispositivo constante no parágrafo único do artigo 4.º da Constituição, já mencionado. Pretende o projeto transformar o texto que determina a busca da integração latino-americana em princípio constitucional, para, nesta categoria, usufruir maior força impositiva.

Todas as medidas e ações tendentes a possibilitar, no plano jurídico, a integração merecem louvores. E a transformação de um parágrafo em princípio constitucional poderia suprir a falta de menção explícita, na Carta Política brasileira, à recepção dos tratados internacionais, pelo ordenamento jurídico interno,

<sup>10</sup> *Idem*, pp. 24-25.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 25.

como regra geral.

Referências expressas aos tratados internacionais encontram-se na Constituição argentina de 1853, cujo artigo 31 dispõe:

"Art. 31 — Esta Constituição, as leis da Nação que em sua consequência se editem pelo Congresso e os tratados com potências estrangeiras, são as leis supremas da Nação..."

A Constituição do Paraguai, a seu turno, determina, na parte final do artigo 9.º:

"Art. 9.º — (...) A República poderá incorporar-se a sistemas multilaterais internacionais de desenvolvimento, cooperação e segurança."

O artigo 103 do mesmo texto legal também cuida da matéria impondo ao Estado o dever de favorecer o processo de integração dos países latino-americanos, para acelerar seu desenvolvimento equilibrado e aumentar o bem-estar comum, em função dos interesses da República, sem detrimento de sua soberania.

A Carta Política brasileira de 1988 não consagra, como norma genérica, a supremacia dos tratados internacionais sobre o direito interno. Casos isolados existem, no entanto, a exemplo do disposto no § 1.º do artigo 178, determinando que a ordenação do transporte internacional cumpra os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

O texto, como se vê, é quase óbvio, pois se o transporte ultrapassar o território nacional, seu regime jurídico escapará, forçosamente, às regras do direito brasileiro, devendo reclamar a incidência de outras normas.

Também com relação aos direitos e garantias expressos na Constituição, existe, nos termos do § 2.º do artigo 5.º, remissão aos tratados internacionais. Quer significar o citado § 2.º que a enumeração dos direitos consagrados na Carta Política vigente não é exaustiva, não excluindo outros decorrentes do regime e dos princípios que adota, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

No Brasil, na Constituição de 1891 (art. 78), passando pelas de 1934 (art. 114), de 1937 (art. 123), de 1946 (art. 144), de 1967 (art. 150, § 35) e pela Emenda Constituição n.º 1, de 1969 (art. 153, § 36), o preceito vem-se repetindo.

No direito comparado, há dispositivos de natureza semelhante na Lei Fundamental da Alemanha (art. 25), na Constituição norte-americana (art. IX) e na de Portugal (art. 16).

Segundo Celso Bastos, a novidade do Texto Legal em apreço repousa na referência aos tratados internacionais "em que a República Federativa do Brasil seja parte"<sup>12</sup>.

Esta menção é de grande importância, pois embora não possua a perspectiva aberta, mencionada por Canotilho, com relação ao texto português, referido ao direito internacional geral, permite uma aplicação direta dos direitos consagrados nos tratados firmados pelo Brasil. Exigia a doutrina dominante, lembra Celso Bastos, a intermediação de um ato de força legislativa para tornar obrigatório à ordem interna um tratado internacional<sup>13</sup>.

Tem-se, assim, no direito constitucional pátrio, um regime para os direitos individuais, os quais, se reconhecidos em um tratado firmado pelo Brasil, possuem eficácia plena, imediata. E outro, que prevê, para o direito internacional geral — como seriam as normas contidas no Tratado de Assunção, por exemplo —, a necessidade do referendo do Congresso Nacional, após a sua celebração pelo Presidente da República.

O ato de referendar um tratado internacional, por parte do Congresso significa não apenas o reconhecimento de sua compatibilidade com a Constituição, mas ainda o compromisso no sentido de desenvolver uma ação destinada a implementar os objetivos do texto aprovado e de efetuar a coordenação das políticas macroeconômicas necessárias para tal finalidade<sup>14</sup>.

É o que se espera, no caso do Tratado de Assunção, aprovado pelos respectivos Parla-mentos dos Estados-Membros signatários.

Já foi ressaltada a importância da criação do Mercado Comum, como fator de fortalecimento das economias dos Estados-Membros,

<sup>12</sup> Cf. BASTOS, Celso, & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 2, Saraiva, São Paulo, 1989, p. 395.

<sup>13</sup> Cf. BASTOS, Celso. *Op. cit.*, p. 396.

<sup>14</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. "Introdução a obra de FÁRIA, José Augusto Estrella". *O Mercosul: Princípios, Finalidade e Alcance do Tratado de Assunção*. MRE/SGIE/NAT, 1993, Brasília, p. VII.

dentro do novo espaço criado e em relação a terceiros países. Mas um dos maiores benefícios da integração talvez resulte do esforço que deverá realizar cada país no sentido de aperfeiçoar a sua estrutura jurídica em face da internacionalização e da globalização que impe- ra, atualmente, em todos os setores da vida social, e do esforço para aprimorar a qualida- de e a competitividade da sua produção de bens, mercadorias e serviços, a fim de obter melhor desempenho nos mercados estrangeiros. Uma estrutura jurídica cuidadosamente concebida e a melhor utilização possível dos fatores produ- tivos, consistem, na visão do grande pensa- dor Friedrich Hayek<sup>15</sup>, condições essenciais para o exercício da livre iniciativa e para a implantação de um modelo benéfico e eficaz de livre concorrência.

Quer isto dizer que, para ser capaz de prac- ticar uma sadia concorrência e para estar apta a integrar-se em um mercado comum, a eco- nomia de um país deve, em primeiro lugar, ser forte e competitiva dentro de suas próprias fron- teiras. Do contrário, sem o protecionismo que lhe permita manter-se, corre o risco de ser ani- quilada pelos concorrentes que apresentarem produtos a preços mais atraentes e de melhor qualidade que os seus.

O Brasil tem, em decorrência de norma jurídica inserida na categoria de "princípio fundamental da República", o dever de procu- rar a integração no campo econômico, político, social e cultural com os povos da América Latina com o objetivo de formar uma comuni- dade latino-americana de nações. Trata-se de um preceito constitucional, cujo destinatário é o Estado brasileiro e que não pode ser descar- tado, principalmente neste momento crítico da vida brasileira.

O Tratado de Assunção, firmado em 1991, após a vigência da atual Constituição, portan- to, apresenta-se como o instrumento que pode viabilizar aquele preceito. Mas como foi de- monstrado, a integração demanda a remoção de uma série de obstáculos que se encontram nos ordenamentos jurídicos dos países interes- sados. Com os signatários do Tratado de Assunção não é diferente.

Alguns daqueles obstáculos podem ser identificados, levando-se em consideração os objetivos propostos e os instrumentos previs-

<sup>15</sup> Cf. HAYEK, Friedrich. *La route de la servi- tude*. P.U.F., Paris.

tos no referido texto legal para a sua consecução.

Entre os princípios a serem observados pela ordem jurídica brasileira, com vistas à implantação do Mercosul, destacam-se:

1 — a livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais entre os países signatários, mediante outras providências, a eliminação dos direitos alfandegários e outras restrições não tarifárias à circulação no espaço econômico criado;

2 — o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômicos-comerciais regionais e internacionais;

3 — a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes — de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem — a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes; e

4 — o compromisso dos Estados-Partes no sentido de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Além dos princípios acima, constantes no artigo 1.º do Tratado de Assunção, e cuja efetivação implica a adoção de uma série de medidas legislativas, cumpre mencionar ainda a questão da reciprocidade e o seu desdobramento em alguns setores.

O artigo 2.º do Tratado dispõe que o Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados-Partes. Aqui começa uma série de indagações acerca de preceitos contidos na Constituição brasileira e que, por sua natureza protecionista, ariscam-se a contradizer os pressupostos e a dificultar o processo de integração. É que, a rigor, as Constituições dos signatários do Tratado de Assunção não poderiam estabelecer discriminações a favor dos seus nacionais, excluindo, assim, daqueles benefícios as pessoas — físicas ou jurídicas — dos outros Estados-Membros.

I — Tome-se, como exemplo, o artigo 172 da Carta Política brasileira — e a legislação infraconstitucional destinada a assegurar a sua

efetividade —, que dispõe:

“Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.”

As leis ordinárias que regulamentam essa matéria datam de 1962 — Lei n.º 4.131 — e de 1965 — Lei n.º 4.390, mas foram “recepcionadas” pela Norma Constitucional, que veio, assim, fortalecer e conferir maior rigidez, hierarquia e permanência aos seus comandos.

O artigo 1.º da Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, define como capital estrangeiro

“os bens, máquinas e equipamentos entrados no Brasil em dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no País, para aplicação em atividades econômicas, desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior” (grifos nossos).

Esclarecendo melhor o texto, observa o Professor Celso Bastos que, em todos os casos, deve haver o ingresso efetivo no Brasil de serviços ou valores originários do exterior e que existem diversos tipos de capital estrangeiro:

I — os investimentos diretos sob a forma de bens de capital, máquinas e equipamentos;

II — os investimentos diretos sob a forma de recursos econômicos ou financeiros (dinheiro e crédito);

III — os empréstimos e financiamentos em moeda estrangeira;

IV — os contratos de transferência de tecnologia averbados no INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial); licença para exploração de patente, (LEP); licença para uso de marca (LUM); fornecimento de tecnologia industrial (FTI); cooperação técnico-industrial (CTI) e Serviços Técnicos Especializados (STE)”<sup>16</sup> (grifos nossos).

O capital estrangeiro era antes registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito

<sup>16</sup> Cf. BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. 7.º vol. Saraiva. São Paulo, 1990, pp. 63 e ss.

— SUMOC. Com a transformação desta em autarquia federal, denominada Banco Central, por força da Lei n.º 4.595, de 31.12.1964, um de seus departamentos, o de Fiscalização e Registro de Capitais Estrangeiros (FIRCE), é hoje competente para esse registro. Esse mecanismo, ao determinar quais os tipos de bens que devem ser registrados no BACEN, permite ao poder público não só controlar o seu fluxo, como ainda estabelecer os gravames que oneram as remessas ao exterior, intervindo, segundo as diretrizes das políticas públicas, sobre tais propriedades. São, assim, passíveis de registro no FIRCE:

I — os capitais estrangeiros que ingressarem no país sob a forma de investimento direto ou de empréstimo, quer em moeda, quer em bens;

II — as remessas ao exterior como retorno de capital (repatriamento) ou rendimento de capital (ganho de capital), lucros, dividendos, juros, amortizações (de principal), bem como as de transferências de tecnologia (pagamento de *royalties* e assistência técnica) ou por qualquer outro título que implique transferência de rendimento para fora do Brasil;

III — os reinvestimentos de lucros dos capitais estrangeiros, ainda que se trate de pessoa jurídica com sede no Brasil, mas filiada a empresas estrangeiras ou controladas por maioria de ações pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas com residência ou sede no estrangeiro; e

IV — as alterações do valor monetário do capital das empresas, efetivadas de acordo com a legislação em vigor (em moeda nacional) <sup>17</sup>.

As restrições ao capital estrangeiro permitidas pela legislação brasileira enquadram-se em três categorias principais:

1.<sup>a</sup>) *restrições de natureza econômica*. Ao capital estrangeiro aplicado em atividades produtoras de bens e serviços de consumo suntuário, conforme for definido em decreto do Poder Executivo, poderá ser limitada a remessa de lucros ao exterior, anualmente, a oito por cento do capital registrado no BACEN. Se

a soma a ser remetida ao exterior exceder o limite de oito por cento, essa quantia será classificada como retorno de capital e deduzida do registro correspondente, para fins de remessa futura. É facultado, porém, o seu reinvestimento nas próprias empresas, quando produtoras de bens e serviços, ou em regiões e setores de atividades consideradas de interesse para a economia nacional, segundo constar em decreto do Poder Executivo.

Essas restrições de natureza quantitativa não tiveram aplicação concreta ainda, em razão da ausência de definição, por parte do Governo, do que se deva entender por "atividades produtoras de bens e serviços suntuários". Mas há sempre a possibilidade, ao arbítrio do Poder Executivo, no sentido de definir essas atividades e aplicar as sanções apontadas.

2.<sup>a</sup>) *restrições cambiais*. A Lei n.º 4.131/62 autoriza a imposição de restrições dessa natureza toda vez que ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamento ou quando houver sérias razões para prever a iminência de tal situação. Nesses casos, o Conselho Monetário Nacional poderá aplicar restrições por prazo determinado à importação e às remessas de rendimento dos capitais estrangeiros.

Para atingir tal fim, o BACEN poderá centralizar total ou parcialmente as operações de câmbio, verificando-se as seguintes consequências imediatas, de caráter temporário:

a) proibição de remessa a título de retorno de capitais; e

b) limitação de remessas de lucros e dividendos até dez por cento ao ano, calculados sobre o valor dos investimentos e reinvestimentos registrados no BACEN, ou até cinco por cento ao ano, na hipótese de investimentos aplicados em atividades produtoras de bens e serviços de consumo suntuário;

3.<sup>a</sup>) *restrições de ordem fiscal*:

a) a distribuição de lucros ou dividendos às pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, sujeita-se ao recolhimento do imposto de renda na fonte, à alíquota de

<sup>17</sup> Cf. exposição constante in BASTOS, Celso. Op. cit., pp. 64-65.



25%. O fato gerador do imposto é o pagamento, crédito, emprego, remessa ou entrega do rendimento tributável. A alíquota de 25% pode ser reduzida, se existir, entre o Brasil e o país do qual o titular do rendimento tributável for nacional, ou residente, convenção para evitar a dupla tributação<sup>18</sup>. O Brasil firmou acordos dessa natureza com a Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Equador, Espanha, França, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suécia e Finlândia;

b) foi criado ainda o Imposto Suplementar de Renda, que pode incluir-se na categoria das restrições fiscais. Incide sobre lucros e dividendos remetidos ao exterior, sempre que tais lucros ou dividendos excedam um determinado limite. O montante de lucros e dividendos líquidos distribuídos aos investidores estrangeiros sujeita-se ao Imposto Suplementar de Renda toda vez que a média das distribuições em um triênio exceder a 12% o valor do capital e dos reinvestimentos registrados. A cobrança desse imposto faz-se de acordo com a seguinte tabela<sup>19</sup>:

A simples leitura desses números revela a intenção do legislador: utilizar a tributação como instrumento de política econômica destinada a estimular o reinvestimento no País dos lucros ou dividendos aqui gerados e auferidos por pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no exterior e, ao mesmo tempo, desencorajar as remessas volumosas.

A criação do Mercosul representa para os signatários do Tratado de Assunção uma estratégia vital de desenvolvimento. Mas o Brasil arrisca-se a perder investimentos de capitais para os seus parceiros que dispõem de mecanismos jurídicos mais atraentes à fixação de bens destinados à produção em seus territó-

rios. É o caso, por exemplo, do artigo 102, *in fine*, da Constituição do Paraguai, que favorece expressamente o capital estrangeiro, investido em atividades produtivas, como complemento necessário para o desenvolvimento nacional.

O artigo 37 da Constituição do Uruguai declara ser livre a entrada de toda pessoa no território da República, sua permanência nele e sua saída com seus bens, com a observância das leis e salvo prejuízo de terceiros.

Quanto à livre entrada e saída de pessoas e bens, o artigo 56 da Constituição do Paraguai contém dispositivo semelhante ao da Carta Política do Uruguai.

A manutenção do atual regime jurídico do capital estrangeiro pode prejudicar as inversões tão necessárias à retomada do crescimento no Brasil. Não é segredo para ninguém a existência de um processo denominado "fuga de capitais", que acarreta enorme prejuízo à economia brasileira.

Tanto o tratamento pouco atraente para o capital estrangeiro quanto as causas da fuga de capitais podem ser equacionados através de uma regulamentação serena, despojada de uma xenofobia anacrônica e de partidanismos retrógrados. Com a globalização da economia, há quem diga que o capital não tem nacionalidade e ganha mais quem melhor souber administrá-lo, direcionando-o para a dinamização dos recursos naturais e para a produção de novas riquezas. Pois somente a multiplicação das riquezas poderá gerar uma redistribuição mais justa de rendas entre os diferentes fatores de produção.

II — Outro aspecto preocupante, em relação aos dispositivos constitucionais e à proposta de integração, encontra-se na definição de "empresa brasileira de capital nacional", contida no inciso II do artigo 17 da Constituição vigente. Nos termos do mencionado texto, é de capital nacional a empresa 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. E por controle efetivo da empresa entende-se a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício de fato e de direito do poder decisório para gerir suas atividades.

O texto tem sido objeto da crítica de muitos juristas, por diversas razões. Por um lado, permite interpretação equivocada, consagran-

Distribuição líquida (média) em relação ao capital registrado	Alíquota do Imposto Suplementar de Renda
Até 12%	isento
Mais de 12%	40%
Entre 15% e 25%	50%
Acima de 25%	60%

<sup>18</sup> Cf. BASTOS, Celso. Op. cit., pp. 66-67.

<sup>19</sup> Cf. BASTOS, Celso. Op. cit., p. 67.

do a "aparência" de sociedade nacional, ao exigir apenas que as "pessoas físicas" detentoras do controle efetivo da empresa sejam "domiciliadas" e "residentes" no País. Como observa, com argúcia, o Ministro Oscar Corrêa, a Lei Magna não exige que os controladores sejam brasileiros, mas tão-só que possuam domicílio e residência no País<sup>20</sup>. Residência e domicílio não são exigências difíceis de serem observados.

Este critério é falho, segundo alguns autores, ao permitir, implicitamente, que as empresas brasileiras de capital nacional sejam controladas por estrangeiros, bastando apenas que possuam domicílio e residência no Brasil. Se o intuito do legislador constituinte foi o de criar um tratamento protecionista e privilegiado para empresas genuinamente brasileiras, não soube valer-se das expressões legais adequadas. Acabou conferindo a empresas controladas por estrangeiros "proteção, benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País", nos termos do disposto no § 1.º do artigo 171 supramencionado. E segundo a norma contida no § 2.º do mesmo texto, a empresa assim constituída ainda terá preferência por parte do poder público na aquisição de bens e serviços.

Como observa ainda o Ministro Oscar Corrêa, pelo disposto nos §§ 1.º e 2.º do artigo 173, nem as empresas públicas, nem as sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas, fogem ao regime das empresas privadas, nem gozam de privilégios quanto às obrigações trabalhistas, tributárias e fiscais. Mas as empresas brasileiras de capital nacional, mesmo controladas por estrangeiros, desde que residentes e domiciliados no País, podem usufruir todos os benefícios já enumerados<sup>21</sup>.

Em termos de proteção ao interesse nacional — única explicação para discriminação feita<sup>22</sup> —, o dispositivo é falho, insuficiente e inadequado.

De outro lado, o texto sob comento vem

<sup>20</sup> Conforme CORRÊA, Oscar Dias; *A Constituição de 1988. Contribuição Crítica*. 1.ª ed. Forense Universitária. Rio, 1991, p. 204.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 204.

<sup>22</sup> Cf. MARTINS, Ives Gandra. (Coord.); "A reserva de mercado e a ordem econômica", in *A Constituição aplicada*. Belém, CEJUP, 1989, pp. 78-81.

sendo fustigado, por entenderem alguns que muitas empresas de capital estrangeiro contribuem mais para o desenvolvimento do País do que as nacionais. Argumentam que, para merecer a proteção diferenciada, as empresas precisam exercer:

A) atividades estratégicas para a defesa nacional;

B) atividades imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

C) atividades imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico nacional.

Assim, para uma corrente de pensadores<sup>23</sup>, o tratamento discriminatório favorável à empresa brasileira de capital nacional só seria admissível se a empresa estrangeira colocasse em risco:

A) as atividades estratégicas elencadas;

B) o desenvolvimento econômico;

C) o desenvolvimento tecnológico do País.

Argumentam os que assim raciocinam que a ordem econômica consagrada na Constituição brasileira de 1988 é informada pelos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da isonomia, entre outros. E as empresas estrangeiras que contribuem para o desenvolvimento do País nos campos econômico, social e tecnológico não poderiam sofrer limitações por parte da lei ordinária, sob pena de ofensa aos princípios maiores da Carta Política<sup>24</sup>.

Esta breve abordagem tem como escopo apenas identificar, no corpo da Constituição brasileira, algumas das questões que podem representar dificuldades ao processo de integração proposto pelo Tratado de Assunção.

Mas essas dificuldades não são insuperáveis, como prova a criação do Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas. Os chefes de Estado do Brasil e da Argentina assinaram, a 6.6.1990, o tratado que estabeleceu o Estatuto das Empresas Binacionais, a fim de promover a integração e complementação a nível de empresas, para assegurar o êxito dos objetivos do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, firmado a 29 de novembro de 1988.

Na empresa binacional, os controladores

<sup>23</sup> *Idem*, p. 54.

<sup>24</sup> *Idem*.

podem ser pessoas físicas, jurídicas, públicas ou privadas. E desde que sejam argentinos ou brasileiros, poderão beneficiar-se dos privilégios concedidos à empresa de capital nacional.

Não seria possível, neste espaço, aprofundar a análise acerca de outras matérias suscitadas pela criação das binacionais. Existem ainda questões não equacionadas, referentes à defesa do consumidor, ao controle de qualidade de produtos, à defesa do meio ambiente, à repressão ao abuso do poder econômico, e que

demandam enorme esforço de harmonização de seus respectivos regimes jurídicos.

Pretende-se apenas lembrar que se os problemas de ordem legal decorrentes da integração constituem uma realidade, compete à sociedade, aos empresários e aos estudiosos apontá-los. E aos juristas, dedicar o melhor de seus esforços no sentido de oferecer soluções equilibradas, que se inspirem no objetivo maior de acelerar o processo de desenvolvimento econômico com justiça social.