

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ANO 2005 – Volume 5

ARGUMENTUM - Revista de Direito - Universidade de Marília
– Volume 5 – Marília: UNIMAR, 2005.

Anual

ISSN - 1677-809X

1. Direito – Periódico. I. Faculdade de Direito de Marília –
UNIMAR

CDDir 340

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

REITOR

Prof. Márcio Mesquita Serva

VICE-REITORA

Profª Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

Prof. José Roberto Marques de Castro

PRÓ-REITORA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Profª. Dra. Suely Fadul Villibor Flory

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO E

COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO

Prof. Ms. Sérgio Túlio Vialogo Marques de Castro

COORDENADORA DO PROGRAMA DE

MESTRADO EM DIREITO

Profª. Dra. Maria de Fátima Ribeiro

DIRETORA DA REVISTA ARGUMENTUM

Profª. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Endereço para correspondência

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Av. Higyno Muzzi Filho, 1001

MARÍLIA – S.P. – CEP 17525-902 – BRASIL

Telefone: (0xx14) 2105-4028 – fax: (0xx14) 2105-4100

ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

CONSELHO EDITORIAL

1. Dr. Achim Ernest Röhrmann
Corte de Justiça Superior de Berlim
2. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino
Universidade Estadual do Rio de Janeiro
3. Dr. Jorge Esquirol
Universidade da Flórida - USA
4. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Universidade de Marília
5. Dr. Leonardo Greco
Universidade Gama Filho
6. Dr. Luiz Edson Fachin
Universidade Federal do Paraná
7. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Universidade Federal de Santa Catarina
8. Dra. Maria de Fátima Ribeiro
Universidade de Marília
9. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza
Universidade de Marília

ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Publicação Anual – Distribuição Gratuita – Pede-se Permuta

ANO 2005 - Volume 5

MARÍLIA - ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL

APRESENTAÇÃO

Es necesario ver al Derecho com dimensión humana; verlo como un fenómeno del hombre de carne y hueso; verlo, pues, como conducta y averiguar qué significa la conducta em los sentidos existenciales y coexistenciales que hacen al ser del hombre y, por eso mismo, al ser del Derecho. (Carlos Cossio)

A Faculdade de Direito e o Programa de Mestrado em Direito da Unimar com o quinto número da Revista **Argumentum**, consolidam meta significativa em relação à disseminação da produção científica gerada no ambiente do Programa. A produção discente, até então inaugural, considerada a jovialidade do curso, define-se sob a forma de parceria ou produção individual, assegurada pela qualidade das investigações, de forma especial, marcadas pela modernidade das linhas de pesquisa, como eleitas.

As dificuldades para a manutenção de periódico próprio são superadas a cada etapa, fazendo valer todo o esforço e dedicação. Em verdade, a opção por outras formas de difusão, considerando as possibilidades plurais, nesse segmento, acabam traduzindo, presentemente, a tendência majoritária. Não resta a menor dúvida acerca da necessidade inarredável de disseminações, cada vez mais concentradas em periódicos de notório respeito intelectual, pois, naturalmente, segue imperiosa, no restrito universo do conhecimento científico, a própria qualificação da investigação.

É, portanto nessa perspectiva que se insere a Revista **Argumentum**, concebida pelos ideais e convicções inspirados nos exemplos e ações competentes daqueles que transmitem, de forma altamente positiva, as experiências, valiosíssimas, no âmbito da Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito.

O intercâmbio e o sistema de troca do periódico foram ampliados e intensificados valorizando, ainda mais, a distribuição em âmbito nacional.

Considerando que a forma não supera a matéria, mas dela se põe como moldura, somam-se esforços para ornar a **Argumentum** com os louros técnicos que para ter o que merece ser, cabe ostentar.

Profª. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Diretora da Revista

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	09
DOCTRINA	
SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICA: INSTITUCIONES Y PERSPECTIVAS Alejandro Daniel PEROTTI	15
A BUSCA DA CIDADANIA FISCAL NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO Maria de Fátima RIBEIRO e Natália Paludetto GESTEIRO	59
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO E ORDEM ECONÔMICA Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA e Cristiano de Souza MAZETO ..	75
A TRIBUTAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE REALIZAM OS VALORES DA LIBERDADE, IGUALDADE E SOLIDARIEDADE Marlene Kempfer BASSOLI	93
DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO Lourival José de OLIVEIRA, Cristiane Carvalho Burci FERREIRA, Giovana Benedita Jáber Rossini RAMOS e Marli da Rocha MAGRI	115
ELEMENTO INTEGRADOR DA DEMOCRACIA, COMO FORMA DE SE GARANTIR UM MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL Daniela Braga PAIANO	129
RELAÇÕES DE CONSUMO VIA INTERNET: REGULAMENTAÇÃO Rogério Montai de LIMA	143

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO x PASSIVO AMBIENTAL Alexandra BARP e Junio MANGONARO	157
A INFLUÊNCIA DOS CARTÉIS INTERNACIONAIS NAS POLÍTICAS MACROECONÔMICAS BRASILEIRAS Junio César MANGONARO	171
TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA PERANTE AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS MULTILATERAIS: OMPI, OMC, UNCTAD E UNCITRAL Carolina Spack Kimmelmeier e Priscila Yumiko Sakamoto	191
PROJETOS DE PESQUISA DO CORPO DOCENTE DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO	211
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO	229
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	235

DOCTRINA

SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA: INSTITUCIONES Y PERSPECTIVAS

CENTRAL AMERICA INTEGRATION SYSTEM: INSTITUTIONS AND PERSPECTIVAS

Alejandro Daniel PEROTTI*

RESUMO

El trabajo hace referencia al análisis del proceso de integración centroamericana con retrospectiva histórica a partir de los años 50, pasando por el análisis de diversos acuerdos de integración comercial, social y de seguridad.

Palabras-chave: Integración Centroamericana; social security.

ABSTRACT

The text analyses Central America integration process in a historical retrospective from the 1950s. We also analyze several integration agreements concerning trade, and social security.

Key-words: Central America integration; trade, social security.

1. La Integración Centroamericana

1.1 Antecedentes: La ODECA I y II

- Centroamérica constituye una de las regiones donde los procesos de integración florecieron desde un primer momento. En efecto ya a comienzo de los años '50 se pusieron en marcha mecanismos de

* Abogado (Univ. Nacional del Litoral, Santa Fe), Master en Derecho Comunitario (Univ. Complutense de Madrid, España), Doctor en Derecho (Univ. Austral, Buenos Aires), Prof. de Derecho de la Integración de la Universidad Austral. Consultor Jurídico de la Secretaría del MERCOSUR. El análisis y las opiniones expresadas son de exclusiva responsabilidad del autor y no reflejan necesariamente las posiciones de los Estados Partes del MERCOSUR ni de la Secretaría del MERCOSUR. Conferencia expuesta en el marco del Curso "Los sistemas latinoamericanos de integración regional", organizado por el Instituto de Derecho Público Comparado (Universidad Carlos III), Fundación Banco Bilbao Vizcaya y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 21-25 de febrero de 2005, Madrid, España.

regionalización. Por ello asiste la razón a Rodríguez Loucel cuando señala que “[...] le cabe a Centroamérica haber desarrollado el primer proceso de integración económica de América Latina y el Caribe, el cual en su primera etapa, llegó a ser considerado como un modelo mundial”¹.

- Si bien los intentos con vistas a la integración económica Centroamericana comenzaron en tiempos de la independencia (siglo XIX)², el primer proyecto que materializó la idea fue el *Comité de Cooperación Económica del Istmo Centroamericano* (CCEIC), de 1950, instaurado bajo los auspicios – y con el apoyo técnico – de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL/ONU).

- El CCEIC era un organismo intergubernamental, integrado por los Ministros de Economía de los Estados miembros, pudiendo también incorporarse los ministros pertenecientes a otras carteras cuando ello fuere conveniente según los temas objeto de discusión. En general, tuvo una actuación destacada, con reconocida eficacia; sus intervenciones han merecido los elogios de la doctrina centroamericana³.

- En virtud de los trabajos y la obra del CCEIC, se creó en 1951 la *Organización de Estados Centroamericanos* (ODECA), que incluía, además del componente económico, la integración política. La ODECA fue establecida por la *Carta de San Salvador I* (1951)⁴, suscripta en el marco de la Reunión Preliminar de Ministros de Relaciones Exteriores⁵. La Carta fue firmada por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

Los órganos de la Organización eran: la Reunión Eventual de Presidentes (autoridad suprema, art. 5º), la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores (RMRE), La Reunión Eventual de Ministros de otros Ramos, la Oficina Centroamericana (OC) y el Consejo Económico (art. 4º). El art. 15 de la Carta establecía que la RMRE podía crear, como órganos subsidiarios, Consejos, Institutos y

¹RODRIGUEZ LOUCEL, Rafael. Integración Centroamericana: evolución y perspectivas. *Revista Integración Latinoamericana*, Buenos Aires: INTAL, n. 201, año 19, p. 5, junio 1994.

²BORBA CASSELLA, Paulo. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo, Brasil: LTr 1997, p. 118.

³Para Guerra Borges, los trabajos desarrollados por el CCEIC fueron oportunos y constructivos. In: GUERRA BORGES, Alfredo, “La reestructuración del Mercado Común Centroamericano: notas para una evaluación crítica”, Buenos Aires: Intal. *Revista Integración Latinoamericana* n. 195, año 18, p. 6, nov. 1993.

⁴El Salvador, 14 de octubre de 1951. Su texto puede consultarse en FERNANDEZ-SHAW, Félix. *La Integración de Centroamérica*. Madrid: Cultura Hispánica, 1965, p. 123-128.

⁵La cual tuvo lugar en San Salvador, del 8 al 14 de octubre de 1951.

Comisiones. La RMRE se reuniría, en forma ordinaria, una vez cada dos años (art. 7º) y, extraordinariamente cada vez que lo soliciten al menos tres de los Estados miembros.

La OC era la Secretaría General de la Organización, y debía coordinar y asistir a los demás órganos, así como preparar y distribuir la documentación necesaria (art. 11). Su sede estaba ubicada en la ciudad de San Salvador. La OC se encontraba bajo la dirección de un Secretario General, elegido por la RMRE. El instrumento quedó abierta a la adhesión de Panamá (Disposiciones Transitorias).

- La Carta mencionada en el punto anterior fue luego sustituida por la *Carta de San Salvador II* (1962)⁶, suscripta durante la VIª Reunión Extraordinaria de Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros⁷. En dicho instrumento, los Estados miembros se reconocen como “una comunidad económico-política que aspira a la integración de Centroamérica”. La nueva estructura institucional estaba formada por (art. 2º):

a) Reunión de Jefes de Estado: que era el órgano supremo de la agrupación.

b) Conferencia de Ministros de Relaciones Exteriores (Conferencia MRE): como órgano principal. A diferencia de su antecesor, se reunía – ordinariamente – una vez por año. Decidía – sobre cuestiones de fondo – por unanimidad, teniendo cada Estado un voto. Tenía capacidad para crear órganos subsidiarios (arts. 4-6).

c) Consejo Ejecutivo: era el órgano permanente, con sede en San Salvador. Estaba integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores o por sus representantes especialmente acreditados. Representaba legalmente a la Organización. Su presidencia era de rotación anual por cada uno de los Estados. Se reunía, de forma ordinaria, una vez por semana y, extraordinariamente cuando sea convocado por su Presidente. Su función consistía en dirigir y coordinar la política de la Organización. Estaba compuesto a su vez por un Secretario y personal administrativo (arts. 7-9).

d) Consejo Legislativo: era el órgano de representación democrática del proceso. Estaba compuesto por tres representantes de cada uno de los congresos de los Estados miembros. Era un órgano de naturaleza

⁶ Panamá, 12 de diciembre de 1962. Su texto puede verse en FERNANDEZ-SHAW, Félix, op. cit., p. 137-143.

⁷ Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

consultiva y deliberativa, correspondiéndole además la elaboración de estudios tendientes a la unificación de la legislación nacional. De ordinario se reunía cada año a partir del 15 de septiembre. Adoptaba resoluciones y recomendaciones, por mayoría de miembros (arts. 10-13).

e) Corte de Justicia Centroamericana: se componía por los Presidentes de los poderes judiciales de los Estados. Tenía atribuciones para i) conocer de los conflictos de orden jurídico que surgieran entre los Estados miembros, siempre que éstos convencionalmente se los sometan⁸, y ii) elaborar y emitir opiniones sobre los proyectos de unificación de la legislación centroamericana cuando así le fuera solicitado por la Conferencia MRE o el Consejo Ejecutivo. No tenía actuación permanente, sino que se reuniría cada vez que lo estime necesario o sea convocada por el Consejo Ejecutivo (arts. 14-16). En los hechos la Corte nunca llegó a reunirse, y no intervino en ningún caso⁹.

f) Consejo Económico Centroamericano: estaba integrado por los Ministros de Economía de cada uno de los Estados; su competencia era planificar, coordinar y ejecutar las acciones tendientes a la integración económica, anualmente elaboraba un informe general sobre el proceso de integración – sobre la base de los informes preparados por el resto de los organismos – que presentaba a la Conferencia MRE. Todos los organismos creados en el marco de la integración formaban parte del Consejo (arts. 17-18).

g) Consejo Cultural y Educativo: conformado por los Ministros de Educación de los Estados miembros. Tenía, entre otras funciones, las de a) promover el intercambio educacional, científico y cultural entre los Estados; b) realizar estudios sobre el estado de situación de la educación, la ciencia y la cultura en la región; y c) coordinar estudios tendientes a la uniformidad de los sistemas educativos en Centroamérica (arts. 19-20).

h) Consejo de Defensa Centroamericana: integrado por los Ministros de Defensa o equivalente. Era un órgano de consulta en asuntos de defensa regional y velaba por la seguridad colectiva de los Estados (arts. 21-22).

⁸ Es decir que la Corte no tenía, *ipso facto*, jurisdicción obligatoria sobre los Estados miembros sino que era necesario un pacto de los Estados en la controversia por el cual aceptaran la jurisdicción del tribunal.

⁹ GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge A., “Conciencia Centroamericana II”, ed. Talleres Gráficos de la Universidad Centroamericana, Managua, 2000, p. 75-76; HÉRCULES PINEDA, Fabio, “Antecedentes del Tribunal de Justicia Centroamericano”, en “El Tribunal Centroamericano” (AA.VV.) Tegucigalpa: Ed. Universitaria, 1995, p. 8.

Al igual que su predecesora, el art. 1 de las Disposiciones Transitorias de la Carta establecía que quedaba abierta a la adhesión de Panamá, agregando el art. 2 que hasta tanto ello ocurra, Panamá podría ingresar a cualquiera de los órganos subsidiarios de la ODECA, mediante la suscripción de un protocolo específico. En virtud de tales disposiciones, el 17 de junio de 1966 se firmó en San Salvador el “Protocolo de Ingreso de la República de Panamá a Órganos subsidiarios de la Organización de Estados Centroamericanos”.

1.2 El Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica

Paralelamente a los proyectos de integración en el marco de la ODECA, durante los años ‘50 y ‘60 proliferaron en la región de acuerdos comerciales bilaterales, los cuales coadyuvaron a la firma del *Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana*¹⁰.

Dicha tratado persigue el restablecimiento de la “unidad económica de Centroamérica” bajo la idea de una “realización progresiva” (preámbulo), a través de:

- a) una unión aduanera;
- b) una zona de libre comercio, para los productos establecidos en la Lista anexa, que se perfeccionaría en un período de diez años, y conllevaría la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias (art. I), el “tratamiento nacional” para dichos productos y la “cláusula de nación más favorecida” para los productos no incluidos en dicha lista (arts. II y III);
- c) la equiparación, y en algunos casos la unificación, de las tarifas aduaneras (art. VI);
- d) la constitución de un mercado común – aunque sin fijarse un plazo determinado para ello – según el programa que debía establecer la Comisión Centroamericana de Comercio (arts. XVIII y XIX);
- e) la estrecha cooperación entre los Bancos Centrales nacionales (art. VIII);
- f) el tratamiento nacional para las inversiones de capital de los nacionales de los otros Estados miembros (art. XVII);
- g) la promoción del desarrollo industrial al nivel regional (art. XXI);

¹⁰ Tegucigalpa, 10 de junio de 1958. Entrada en vigor (art. XXVIII): el 2 de junio de 1959. Depósito: Nicaragua, 17 de febrero de 1959; El Salvador, 29 de abril de 1959; Guatemala, 2 de junio de 1959; Honduras, 22 de abril de 1960 y Costa Rica, 23 de septiembre de 1963. Panamá y Belice no son parte.

- h) el “tratamiento nacional en materia civil y comercial” para los ciudadanos de los demás Estados miembros (art. XXIII);
- i) mecanismos de consultas y concertación antes de la ratificación de tratados multilaterales por parte de alguno de los Estados miembros y mantenimiento – en dichos tratados – de la “Cláusula Centroamericana de Excepción” (art. XXIV).

Todo lo anterior sobre la base de un esquema de integración gradual y progresivo¹¹.

Se estableció además un Sistema Arbitral de Solución de Controversias para los conflictos originados en la aplicación e interpretación de las disposiciones del tratado (art. XXV), el cual estaría a cargo de un tribunal integrado por magistrados de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados miembros.

1.3 El Tratado General de Integración Económica Centroamericana

La frustración de los objetivos perseguidos por el mencionado Tratado Multilateral motivó un nuevo ajuste del proceso, que desembocó en la firma del *Tratado General de Integración Económica Centroamericana* (en adelante, Tratado General de Integración de 1960), en Managua, el 13 de diciembre de 1960¹², entre El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Honduras¹³; posteriormente, por Protocolo Anexo adhirió Costa Rica¹⁴.

Este tratado tenía una duración inicial de veinte años, vencido los cuales sería prorrogado indefinidamente (art. XXXI). Constituye sin dudas uno de los principales hitos de la integración Centroamericana.

Su objetivo final era la conformación de un Mercado Común Centroamericano, a través de una unión económica, en el plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor (art. I). Debía llegarse a dicho objetivo a través de:

- i) una zona de libre comercio para los productos originarios de los Estados miembros, con las excepciones establecidas en el Anexo A (arts. III y IV), a perfeccionarse en el término de cinco años;

¹¹ NORIEGA MORALES, Guillermo, “Breve historia del Mercado Común Centroamericano y su situación y funcionamiento durante la crisis de 1980”, *Revista Integración Latinoamericana*, Buenos Aires: INTAL n. 179, año 17, p. 5, junio 1992.

¹² Previamente, el 6 de febrero de 1960, El Salvador, Guatemala y Honduras firmaron el Tratado de Asociación Económica (*Tratado Tripartito*; en vigencia desde el 27 de abril de 1960).

¹³ Vigencia (art. XXX): para El Salvador, Guatemala y Nicaragua el 4 de junio de 1961, y para Honduras el 27 de abril de 1962.

¹⁴ San José de Costa Rica, 23 de julio de 1962. Vigencia (art. IV): 23 de septiembre de 1963.

- ii)* un arancel centroamericano uniforme (art. II);
- iii)* una unión aduanera;
- iv)* la “Cláusula Centroamericana de Excepción” (art. XXV); y,
- v)* algunas disposiciones sobre impuestos internos (art. VI), monopolios estatales (art. VIII), subsidios a las exportaciones y competencia desleal (capítulo III) y libertad de tránsito (art. XV).

La estructura orgánica del tratado estaba compuesta por las siguientes instituciones:

- a) *Consejo Económico Centroamericano* (CEC), encargado de dirigir la integración de las economías centroamericanas y de coordinar la política económica de los Estados miembros. Estaba integrado por los Ministros de Economía. Se reuniría cada vez que lo entendiera necesario y cuando le sea solicitado por cualquiera de los Estados miembros (art. XX).
- b) *Consejo Ejecutivo*, compuesto por un funcionario titular y un suplente, designados por cada uno de los Estados. Estaba encargado de aplicar y administrar el tratado y de realizar todas las gestiones y trabajos tendientes al logro de la unión económica de Centroamérica, en tal sentido podía dictar las medidas necesarias para tales fines, como así también para resolver los problemas que se susciten con motivo de la aplicación de las disposiciones del tratado; podía asimismo proponer a los Gobiernos la suscripción de convenios multilaterales que tuvieran por objetivo alcanzar la integración económica de Centroamérica, incluyendo la unión aduanera entre los Estados. Se reuniría según lo entendiere necesario, a solicitud de un Estado miembro o por convocatoria de la Secretaría Permanente. Se expresaba por resoluciones, que se adoptaban por mayoría de votos sobre el total de los miembros (arts. XXI y XXII).
- c) *Secretaría Permanente para la Integración Económica Centroamericana* (SIECA), dotada de personalidad jurídica y con carácter permanente. Su sede se fijó en la ciudad de Guatemala. Estaba a cargo de un Secretario General, nombrado por el CEC, por un período de tres años. Tenía autonomía administrativa para crear los departamentos y secciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones. Los funcionarios de la Secretaría gozaban de inmunidad diplomática. Como función principal, la Secretaría debía velar por la “correcta aplicación” del propio tratado entre los Estados miembros, del Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana y de otros convenios multilaterales y bilaterales concertados entre dichos Esta-

dos; debía, además, asegurar el cumplimiento de las resoluciones del CEC y del Consejo Ejecutivo, y ejercer las funciones que este último le delegue, así como también elaborar trabajos y estudios que le encomienden los dos órganos mencionados (art. XXIII y XXIV).

d) *Banco Centroamericano de Integración Económica*, dotado de personalidad jurídica. Tenía la función de actuar como instrumento de financiamiento y promoción de las actividades económicas de los Estados miembros, teniendo en cuenta el equilibrio regional (art. XVIII).

En cuanto a las controversias que pudieran suscitarse sobre la aplicación e interpretación de las disposiciones del tratado e instrumentos derivados, se estableció que las mismas debían ser planteadas, en primer lugar, en el seno del Consejo Ejecutivo o del CEC, según correspondiera; de persistir la controversia, el asunto sería sometido a arbitraje. Para este fin, se regulaba la constitución de un “tribunal arbitral”, para lo cual cada Estado miembro designaría ante la Secretaría General de la ODECA tres magistrados de sus respectivas Cortes Supremas de Justicia; al momento de surgir una controversia se escogería de la lista total de magistrados designados, por sorteo, un árbitro por cada Estado miembro, debiendo ser cada uno de ellos de diferente nacionalidad. La decisión del tribunal arbitral sería adoptada con los votos concurrentes de al menos tres miembros, y tendría efecto de cosa juzgada para todos los Estados miembros.

En su comienzo, el mercado común logró importantes avances y contó con el apoyo de los Gobiernos de los Estados miembros. Por ello se lo ha calificado como “uno de los esfuerzos de cooperación económica entre países en vía de desarrollo que mayores realizaciones alcanzó y más sucesos acumuló”¹⁵.

Sin embargo diversos factores, entre ellos, el contexto mundial, los vaivenes políticos y económicos de los Estados de la región, como así también las reiteradas confrontaciones bélicas entre distintos países centroamericanos, ocasionaron la hibernación del proceso a lo largo de los años '70 y '80.

1.4 Desarrollos posteriores

Durante este período, uno de los órganos que continuó, ininterrumpidamente, impulsando el proceso de integración regional fue la SIECA. Fue gracias a los trabajos y estudios preparados por dicha Secretaría que durante los años '70, el Comité de Alto Nivel para el Perfeccionamiento y la Reestructuración del Mercado Común Centroamericano¹⁶ elaboró el *Proyecto de Comunidad*

¹⁵ Eduardo Lizano, citado por BORBA CASSELLA, Paulo, op. cit., p. 12; en igual sentido, STEVENS, Willy, “Treinta y cinco años del mercado centroamericano”, *Política Exterior*. Madrid, n. 53, vol. X, p. 105, sept. – oct. 1996.

Económica y Social Centroamericana (1976), el cual refleja gran afinidad e influencia del modelo de la entonces Comunidad Económica Europea¹⁷.

El Proyecto de Tratado Constitutivo establecía: i) órganos principales, a saber un Consejo de Ministros, una Comisión – como órgano de naturaleza comunitaria – y un Tribunal de Justicia; ii) organismos especializados; e iii) instituciones regionales. La supranacionalidad con la que se pretendió dotar al esquema de la Comunidad podía calificarse como meramente relativa, progresiva y controlada jurisdiccionalmente. En general, el Tribunal de Justicia propuesto se erigía como, de los órganos comunitarios, el mejor garante de la transferencia de competencias en favor de la Comunidad¹⁸.

El Proyecto de Tratado nunca fue objeto de un pronunciamiento oficial de los Gobiernos, con lo cual no pasó de ser un nuevo intento fallido de readaptación del proceso de integración.

Cabe señalar, finalmente, que el proceso centroamericano ha transitado por carriles de integración tanto política como económica, los cuales si bien en ocasiones han circulado por sendas paralelas, en la mayoría de los casos se han entrecruzado. La experiencia demuestra, como bien señala Diez de Velasco, la “supeditación” de la vertiente económica al avance y profundización en lo político¹⁹.

2. El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)

2.1. Creación y evolución

La finalización de los años '80 y el comienzo de los '90 constituye para la región un momento de resurgimiento del concepto de integración política y económica.

Así en 1986, en la Iª Reunión de Presidentes (1986), conocida como *Esquípula I*, los Jefes de Estado dejaron expresa constancia de su voluntad de revisar, actualizar y dinamizar el proceso de integración económica y social de la región²⁰. Con ello se dio inicio al replanteo de la importancia de la integración para América Central “pero ahora como una nueva etapa dentro del proceso, con una nueva dimensión”²¹.

¹⁶ Dicho Comité fue creado en diciembre de 1972 (Guatemala), en el marco de la Reunión Conjunta de los Ministros de Economía y de Hacienda o Finanzas y de los Presidentes de los Bancos Centrales de los Estados miembros del Mercado Común Centroamericano.

¹⁷ NORIEGA MORALES, Guillermo, op. cit., p. 12.

¹⁸ Hugo Argueta Figueroa, recogido por MARTIN-MARCHESINI, Gualterio, *La supranacionalidad en la Integración Latinoamericana*, LL [La Ley, Argentina] 1988-A, 936.

¹⁹ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*, 9. ed., Madrid: Tecnos, 1996, p. 581.

²⁰ Iª Reunión de Presidentes, “Declaración de Esquípulas I”, Esquípulas, Guatemala, 25 de mayo de 1986 (punto 5).

²¹ QUINTEROS DE AGUILERA, Laura. La nueva etapa de la Integración. *Revista Integración Latinoamericana*, Buenos Aires: INTAL n. 179, año 17, p. 22, junio 1992.

En la VIIIª Reunión de Presidentes (*Reunión de Antigua*), 1990, se repitieron los anteriores objetivos, destacándose la necesidad de “[r]estructurar, fortalecer y reactivar el proceso de integración, así como los organismos regionales centroamericanos, adecuando o rediseñando su marco jurídico e institucional”, con miras a la consolidación de la Comunidad Económica del Istmo Centroamericano²², a cuyo fin se aprobó el Plan de Acción Económico para Centroamérica (PAECA).

En la Xª Reunión de Presidentes (1991) se acordó la reforma de la Carta de la ODECA como marco político-jurídico-institucional regional²³.

Finalmente, la instrumentación de la ansiada reactualización del proceso tuvo lugar en el marco de la XIª Reunión de Presidentes (Tegucigalpa, 13 de diciembre de 1991), oportunidad en la cual se suscribió el *Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos*, firmado por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá²⁴. A partir del Protocolo de Tegucigalpa, Panamá queda incorporado como Estado miembro de la ODECA (art. 1º).

Según el art. 36, el Protocolo quedó abierto a la adhesión de Belice, lo cual tuvo lugar a través de la suscripción del Instrumento de Adhesión, el 27 de noviembre de 2000 (Belmopan, Belice)²⁵.

El Protocolo fue modificado a través de la “Enmienda al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)”, suscripta por los Estados miembros – excepto Belice y Panamá – en Managua, el 27 de febrero de 2002²⁶. El instrumento quedó abierto a la adhesión de Belice y Panamá.

La reforma alteró el art. 35 – en particular su párrafo segundo – del Protocolo de Tegucigalpa que en su redacción original otorgaba competencia exclusiva a la Corte Centroamericana de Justicia para entender en todas las controversias que se suscitaran con motivo de la aplicación o interpretación del Protocolo o de sus instrumentos o actos complementarios o modificatorios, incluyendo las disposiciones adoptadas por las instituciones regionales. La alteración permite establecer, en materia de integración económica (Subsistema de Integración

²² VIIIª Reunión de Presidentes, “Declaración de Antigua”, Guatemala, 15 a 17 de junio de 1990 (punto 26).

²³ Xª Reunión de Presidentes, “Declaración de San Salvador”, San Salvador, 15 a 17 de julio de 1991 (punto 8).

²⁴ Vigencia (art. 36): 23 de julio de 1992. Depósito: El Salvador, 5 de junio de 1992; Honduras, 8 de junio de 1992; Nicaragua, 14 de julio de 1992; Guatemala, 13 de agosto de 1993; Costa Rica, 26 de junio de 1995; y Panamá, 20 de marzo de 1996.

²⁵ En vigencia desde el 1 de diciembre de 2000.

²⁶ Vigencia (art. Segundo): 18 de enero de 2003. Depósito: El Salvador, 1 de octubre de 2002; Costa Rica, 3 de diciembre de 2002; Guatemala, 9 de enero de 2003; Honduras, 28 de marzo de 2003 y Nicaragua, 4 de abril de 2003.

Económica), mecanismos de arbitraje comercial al margen de la jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia (ver *infra*).

El 24 de abril de 2002, se firmó en Managua el Acuerdo sobre la Admisión de la *República de China* al Sistema de la Integración Centroamericana bajo la categoría de Observador Extrarregional²⁷.

El status de Observador Extrarregional ante el SICA permite a la República de China participar en la Reunión Ordinaria de Presidentes y el Consejo de Ministros, de conformidad con las modalidades definidas especialmente al efecto. En tal sentido, se acordó permitir la participación de China, además de la Reunión Ordinaria de Presidentes, en el Consejo de Ministros en los diferentes ramos o sectores, es decir en las reuniones de los Consejos de Ministros de Relaciones Exteriores (para aspectos de cooperación política), de Ministros de Integración Económica, de Integración Social, etc.

La referida participación tendrá lugar, exclusivamente, en virtud de la invitación de la respectiva Presidencia *Pro Tempore*, cursada por medio de la Secretaría General del SICA, siempre que exista “un interés recíproco de fortalecer las relaciones en un área específica”. Asimismo, China podrá presentar a la Presidencia *Pro Tempore* y a la Secretaría General una solicitud para participar en un determinado Consejo de Ministros o Reunión de Presidentes, haciendo mención al interés específico de la participación.

El status conferido otorga a la República de China el derecho a voz, con determinadas limitaciones, aunque sin derecho a participar en las decisiones o de derecho a voto. El derecho a voz se limita a los asuntos que interesen o afecten directamente a China y a aquellos que así lo decidan los Estados miembros del SICA. La participación de China no influye en el consenso necesario para la adopción de normas centroamericanas.

Recientemente, se firmó en Santo Domingo de Guzmán (República Dominicana), el Acuerdo de Asociación entre el Sistema de la Integración Centroamericana y la *República Dominicana*²⁸. Dicho Estado participa ya de varios órganos del SICA en calidad de Observador.

El Acuerdo de Asociación confiere a la República Dominicana – en su calidad de Estado Asociado al SICA – el derecho de participar e intervenir en las discusiones de la Reunión de Presidentes, Consejo de Ministros, Reuniones Ministeriales y Técnicas y foros de Diálogo y Cooperación, en aquellos asuntos que le interesen o afecten directamente (art. III). La República Dominicana podrá,

²⁷ Vigente desde la misma fecha.

²⁸ 10 de diciembre de 2003. Vigencia: treinta días después de la fecha de la comunicación, por parte de la República Dominicana a la Secretaría General del SICA, sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos de su legislación interna (art. XIII): en trámite. La decisión de aceptación de la calidad de Estado Asociado al SICA fue adoptada por la Reunión Extraordinaria de Presidentes, Belice, 4 de septiembre de 2003 (Comunicado Conjunto, punto 1).

asimismo, presentar “propuestas sobre asuntos políticos, económicos, de cooperación y de otra índole para consideración de los Estados miembros del SICA, con fines de aprobación y presentación si fuere el caso”. A su vez tendrá derecho “a suscribir la declaración y demás documentos que emanen de las reuniones en que participe como Estado Asociado” (art. IX).

El art. IV prevé que en un plazo de seis meses la República Dominicana negociará con la Secretaría General del SICA “las áreas y programas, en cuyas decisiones, resoluciones, reglamentaciones, acuerdos o recomendaciones quedará sujeta de conformidad con su régimen jurídico interno”. En el mismo plazo se identificarán los órganos, instituciones y programas de los que dicho Estado formará parte, como así también las modalidades y forma de tal participación.

La sede de las reuniones de los órganos e instituciones del SICA continuarán siendo en el territorio de los Estados miembros, no obstante la República Dominicana podrá solicitar ser sede de reuniones extraordinarias, técnicas y preparatorias (art. VI).

Las Partes acordaron, además, que, en la medida de lo posible, la República Dominicana favorecerá los intereses y posiciones del SICA en el contexto internacional, y que se promoverán posiciones conjuntas en aquellos temas de interés común (art. XII).

México también presentó al SICA su solicitud para adquirir el estatus de Observador, que obtuvo el inmediato beneplácito de la Reunión de Presidentes, la cual dio instrucciones a la Secretaría General del SICA “para que inicie a la brevedad el proceso de formalización” del pedido del Gobierno mexicano²⁹. La incorporación de México con el mencionado estatus tuvo lugar a finales de 2004³⁰.

También *España* obtuvo – en el mes de noviembre de 2004 – el estatus de “Observador Extrarregional”³¹.

2.2 Características

El Protocolo de Tegucigalpa crea el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), que constituye el marco institucional de la integración regional (art. 2).

²⁹ VIª Reunión Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Mecanismo de Diálogo y Concertación de Tuxtla, “Declaración de Managua”, Managua, 25 de marzo de 2004 (punto 5). El Mecanismo de Diálogo y Concertación de Tuxtla esta conformado por Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Panamá.

³⁰ Ver, XXVª Reunión de Presidentes, Declaración Conjunta, San Salvador, 15 de diciembre de 2004 (punto 11).

³¹ Ver, Reunión Cumbre de Presidentes de Centroamérica con el Presidente del Gobierno Español, Comunicado de Prensa, Madrid, 5 de marzo de 2004 y XXVª Reunión de Presidentes, cit. (punto 11).

El SICA se sustenta en un ordenamiento institucional y jurídico (arts. 3, inciso “j”, 15, inciso “e” y 26, inciso “k”); según el texto del Protocolo, se trata de un Organismo internacional diferenciado de los Estados miembros que lo componen. La naturaleza supranacional del SICA ha sido mantenida por la mayoría de la doctrina centroamericana³², sin perjuicio de lo cual algunos autores niegan tal calificación, en virtud de la composición de los órganos y de los poderes reales de decisión atribuidos a los mismos³³.

El *objetivo fundamental* del SICA es la puesta en práctica de la integración de Centroamérica (art. 3), para constituir la región de paz, libertad, democracia y desarrollo.

Entre sus *propósitos* figuran: el respeto del sistema democrático de gobierno – principalmente a través de elecciones nacionales por sufragio universal, libre y secreto – y de los derechos humanos; la concreción de un nuevo modelo de seguridad regional (a partir del fortalecimiento del poder civil, la superación de la pobreza extrema, el desarrollo sostenido, la protección del medio ambiente y la erradicación de la violencia, la corrupción, el terrorismo, el narcotráfico y el tráfico de armas); el desarrollo de un amplio régimen de libertad individual y de la sociedad en su conjunto; la consecución de un sistema regional de bienestar y justicia económica y social; el logro de la unión económica y el fortalecimiento del sistema financiero centroamericano; la consolidación de la región como bloque económico para facilitar su inserción en la economía internacional; la autodeterminación de Centroamérica en sus relaciones externas, mediante una estrategia única que fortalezca y amplíe la participación de la región en el ámbito internacional; el desarrollo sostenido económico, social, cultural y político de los Estados miembros y de la región en su conjunto, de forma armónica y equilibrada; la puesta en práctica de “acciones concertadas” dirigidas a la preservación del medio ambiente, asegurando la explotación racional de los recursos naturales del área; y la conformación del SICA como un ordenamiento institucional y jurídico, fundamentado en el respeto mutuo entre los Estados miembros (art. 3).

El SICA está basado, entre otros, en los siguientes *principios fundamentales* (art. 4): la tutela y respeto de los derechos humanos como marco del SICA; la paz, democracia, desarrollo y libertad, como pautas rectoras de la actuación de los Esta-

³² GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge A., “Corte Centroamericana de Justicia. Normativa Jurídica”, ed. CCJ, Managua, 1996, p. 35, 38, 41 y 47, en especial 54; *del mismo autor* “El Sistema de la Integración Centroamericana”, en “El Tribunal Centroamericano” (AA.VV), ed. Universitaria, Tegucigalpa, 1995, p. 32 y 42; RAMÍREZ, Roberto, “Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)”, en “El Tribunal Centroamericano”, cit., p. 47.

³³ En tal dirección, BOQUÍN REYES, Ronal A., “El Sistema de la Integración de Centroamérica (SICA). Estudio del Protocolo de Tegucigalpa”, trabajo inédito presentado en el Curso “Problemática de la Interpretación Constitucional” en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Constitucional, junio 1998, Madrid, p. 17 (copia mimeográfica suministrada por el autor con autorización para su cita).

dos miembros; la solidaridad centroamericana, como expresión de su interdependencia, origen y destino común; la gradualidad, especificidad y progresividad del proceso de integración económica, sustentado en el desarrollo regional armónico y equilibrado, en el tratamiento especial a los Estados miembros de menor desarrollo, en la equidad y la reciprocidad y la Cláusula Centroamericana de Excepción; la globalidad del proceso de integración y la participación democrática – en el mismo – de todos los sectores sociales; la seguridad jurídica en las relaciones entre los Estados miembros y la solución pacífica de sus controversias; la buena fe de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que surgen del Protocolo de Tegucigalpa y demás normas derivadas, absteniéndose de establecer o adoptar medidas que sean contraria a tales disposiciones o que obstaculice el cumplimiento de los principios fundamentales del SICA o la consecución de sus objetivos; y el respeto a los principios y normas de las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA).

El Sistema tiene personalidad jurídica, en tal sentido goza internacionalmente y en cada uno de los Estados miembros de capacidad jurídica para el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de sus propósitos (arts. 29 y 30). En el marco de sus competencias dispone de atribuciones para a) celebrar tratados o acuerdos con terceros Estados u organismos internacionales, y b) concluir acuerdos de Asociación con terceros Estados, en los cuales se establezcan derechos y obligaciones recíprocas (art. 31)³⁴.

Los gastos que generan la administración y funcionamiento del SICA son solventado por un presupuesto al que contribuyen los Estados miembros, por cuotas iguales (art. 32).

El SICA comenzó a funcionar el 1 de febrero de 1993; y tiene su sede en la ciudad de San Salvador (art. 29).

Los miembros del SICA son los Estados, quienes se autodefinen como una *Comunidad Económico-Política* que aspira a la integración de Centroamérica (arts. 1 y 8).

El art. 35 del Protocolo establece una especie de “cláusula de cierre” que soluciona los posibles conflictos entre lo dispuesto en el Protocolo y lo establecido en acuerdos anteriores. Según prevé dicha disposición, el Protocolo “y sus instrumentos complementarios y derivados prevalecerán sobre cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana. No obstante, quedan vigentes entre dichos Estados las disposiciones de aquellos

³⁴ Las propuestas en tal sentido serán elevadas por el Secretario General a consideración del Comité Ejecutivo, y éste las remitirá – con sus observaciones o sugerencia – al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores.

Convenios, Acuerdos o Tratados siempre que las mismas no se opongan al presente instrumento u obstaculicen el logro de sus propósitos y objetivos”.

En resumen, “el Sistema” se compone de todos los órganos e instituciones regionales creados (o a crearse) con vistas a la integración centroamericana, como también aquellos nacidos a cobijo de anteriores proyectos con la misma finalidad, a condición de que sus objetivos respeten la estructura institucional, propósitos y principios del SICA³⁵.

2.3 Estructura institucional

El Protocolo regula la relación con las demás instituciones nacidas a cobijo de otros tratados de integración centroamericana. En este sentido, el Protocolo “modifica la estructura institucional de Centroamérica, regulada anteriormente como ODECA” (art. 8), de allí que los “Órganos e Instituciones creados en el marco del Procedimiento para Establecer la Paz Firme y Duradera en Centroamérica y los originados en esfuerzos integracionistas precedentes a este Protocolo serán parte del SISTEMA DE LA INTEGRACION CENTROAMERICANA si fueren compatibles con sus propósitos, principios y con la estructura orgánica, de acuerdo al estudio de los ordenamientos jurídicos institucionales” (art. 1 de las Disposiciones transitorias).

El Protocolo define asimismo determinados principios de la arquitectura institucional (arts. 8 a 11); a saber, los órganos:

- tendrán “autonomía funcional”, ello en el marco de una necesaria y coherente coordinación intersectorial que garantice la ejecución eficiente y el seguimiento constante de las decisiones emanadas de las Reuniones de Presidentes;
- deberán asegurar, a través de su funcionamiento, el desarrollo, equilibrado y armónico, de los sectores económico, social, cultural y político;
- deberán guiarse por los propósitos y principios del SICA al elaborar sus decisiones, estudios y análisis; debiendo contribuir, además, como obligación imperativa y primaria, a su efectiva observancia y ejecución;
- deberán garantizar, en todos los casos, la publicidad de sus resoluciones y un procedimiento abierto al acceso de las personas según la naturaleza de cada órgano y de los asuntos de que se trate;

³⁵CHAMORRO MARÍN, Edgar-NÁJERA, Rubén, “Orígenes, evolución y perspectivas de la integración centroamericana”, *Panorama Centroamericano – Temas y Documentos de Debate* N° 66, noviembre – diciembre, ed. INCEP, Guatemala, 1996, p. 77.

- y finalmente, el SICA velará por la eficiencia y eficacia del funcionamiento de sus órganos, garantizando “la unidad y la coherencia” de su actuación intrarregional y ante terceros Estados, grupos de Estados u organizaciones internacionales.

El art. 12 establece la estructura institucional del SICA, previendo los siguientes órganos: a) Reunión de Presidentes; b) Consejo de Ministros; c) Comité Ejecutivo; d) Secretaría General; e) Reunión de Vicepresidentes y Designados a la Presidencia de la República; f) Parlamento Centroamericano (PARLACEN); g) Corte Centroamericana de Justicia; y g) Comité Consultivo. A dicha estructura deben sumarse las demás instituciones creadas al amparo de otros tratados de integración centroamericana, siempre y cuando – como antes se señaló – sean “compatibles” con los propósitos, principios y con la estructura orgánica del SICA.

2.3.1 Reunión de Presidentes³⁶

Al igual que los anteriores procesos de integración centroamericanos, la Reunión de Presidentes es el órgano supremo del Sistema. Está *integrada* por los presidentes “constitucionales” de los Estados miembros, de allí que no podría participar de ella un presidente que asumiera la jefatura de gobierno en virtud de un golpe de estado, lo cual es coherente con uno de los mencionados propósitos del SICA, esto es el respeto del sistema democrático de gobierno en los Estados miembros.

Se *reunirá*, de ordinario una vez por semestre y en forma extraordinaria cuando lo decidan los Presidentes. Las reuniones tendrán lugar – en principio – en la sede del PARLACEN, no obstante podrán realizarse también en cualquier otro Estado.

Adoptará sus *decisiones* por consenso.

Como competencia general, le corresponde entender de los asuntos de la región que requieran de sus decisiones, en materia de democracia, desarrollo, libertad, paz y seguridad. En especial, la Reunión de Presidente dispone, entre otras, de las siguientes *atribuciones*: i) definir y dirigir la política centroamericana, a través de las aprobación de directrices sobre el proceso de integración y de disposiciones sobre coordinación y armonización de las actividades de los órganos, como así también la verificación, control y seguimiento de sus mandatos y decisiones; ii) armonizar las políticas exteriores de los Estados miembros; iii) aprobar

³⁶ Protocolo de Tegucigalpa, arts. 13 a 15 y Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras Instancias Políticas – en adelante, Tratado del PARLACEN – (Guatemala, 2 de octubre de 1987. Vigente desde el 1 de mayo de 1990, para Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, y para Panamá desde el 10 de junio de 1994), capítulo III, arts. 24 y 25.

las reformas del Protocolo de Tegucigalpa; iv) asegurar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Protocolo de Tegucigalpa y en las disposiciones del ordenamiento jurídico del SICA; v) decidir sobre la admisión de nuevos miembros al SICA; y vi) conocer de las recomendaciones que le traslade el PARLACEN y la Reunión de Vicepresidentes y adoptar las decisiones políticas correspondientes.

El Estado miembro sede de la Reunión de Presidentes será el “Vocero de Centroamérica”, durante el semestre posterior a la realización de la misma.

2.3.2 Consejo de Ministros³⁷

El Consejo de Ministros (CM) es uno de los principales órganos decisorios del SICA. Se *integra* con los ministros – y en caso extraordinario, por los viceministros debidamente facultados – del ramo que corresponda según los temas a resolver; asimismo, según la naturaleza de los asuntos a tratar, podrán celebrarse reuniones intersectoriales.

La presidencia semestral del CM será ejercida por el ministro perteneciente al Estado miembro vocero de Centroamérica (arts. 14 y 23).

Como atribución general, el CM debe preparar los temas de la agenda de la Reunión de Presidentes y dar seguimiento y asegurar la ejecución de las decisiones adoptadas por dicha Reunión que sean de su competencia.

Su formación más relevante es la correspondiente al *CM de Relaciones Exteriores* (CM.RE) que es el “órgano principal de coordinación”³⁸.

Por su parte, corresponde al CM *Responsables de la Integración Económica y Desarrollo Regional* la ejecución y puesta en práctica de las decisiones emanadas de la Reunión de Presidentes en materia de integración económica, así como impulsar la política económica en el SICA.

Los CMs con atribuciones en otros sectores serán responsables del tratamiento de los asuntos atinentes a su competencia, según corresponda.

Según el Protocolo compete a la *Reunión intersectorial de los Ministros de Relaciones Exteriores y de los Responsables de la Integración Económica y Desarrollo Regional* analizar, discutir y proponer a la Reunión de Presidentes la estrategia

³⁷ Protocolo de Tegucigalpa, arts. 16 a 22.

³⁸ Dentro de las *competencias* del CM.RE caben destacar: entender de los asuntos relativos al proceso de democratización, pacificación, seguridad regional y otros temas políticos, así como la coordinación y seguimiento de las decisiones y medidas políticas de carácter económico, social y cultural de alcances internacionales; la aprobación del presupuesto del SICA; la elaboración de la agenda y preparación de las Reuniones de Presidentes; la representación internacional de la región, así como la ejecución de las decisiones de los Presidentes en materia de política internacional; emitir opinión sobre el ingreso de nuevos miembros al SICA y decidir sobre la admisión de observadores; considerar las propuestas de los distintos foros de ministros, con el fin de elevarlas al conocimiento de la Reunión de Presidentes.

regional relativa a la participación activa de la región en el sistema económico internacional y, cuando corresponda, su ejecución.

Todas las *reuniones* ordinarias de las distintas formaciones de los CMs tendrán lugar “con la frecuencia que fuere necesaria” o cuando sean convocadas por uno de sus miembros o por la Reunión de Presidentes.

Para el quórum de los CMs será necesaria la participación de todos los Ministros – o en su caso, Viceministros – de que se trate (arts. 16 y 21).

Los CMs se expresarán a través de decisiones, las que siendo sobre cuestiones de “fondo” serán adoptadas por consenso, mientras que las que versen sobre asuntos de “forma” lo serán por mayoría de votos; en caso de dudas – sobre si una cuestión es de fondo o de forma – se resolverá por mayoría. Cada Estado miembro tiene derecho a un voto.

Las decisiones adoptadas por los CMs “serán de obligatorio cumplimiento en todos los Estados miembros y sólo podrán oponerse a su ejecución disposiciones de carácter legal”, en este último caso, el CM de que se trate analizará nuevamente la cuestión y, de corresponder, modificará la decisión a fin de hacerla compatible con el ordenamiento legal cuestionado; sin perjuicio de ello, tales decisiones podrán ser cumplidas y aplicadas en el resto de los Estados miembros.

2.3.3 Comité Ejecutivo³⁹

El Comité Ejecutivo es uno de los órganos permanentes del SICA. Está *integrado* por un representante de cada uno de los Estados miembros, nombrado por el Presidente, por intermedio del Ministro de Relaciones Exteriores.

Será presidido por el representante del Estado miembro vocero de Centroamérica.

El Comité Ejecutivo se *reunirá*, ordinariamente una vez por semana y, extraordinariamente cuando sea convocado por su Presidente⁴⁰.

³⁹ Protocolo de Tegucigalpa, arts. 23 y 24.

⁴⁰ El Comité Ejecutivo dispone de las siguientes *atribuciones*: asegurar la ejecución – a través de la Secretaría General – de las decisiones de las Reuniones de Presidentes; velar por el cumplimiento de las disposiciones del Protocolo y de sus instrumentos complementarios y actos derivados; establecer las políticas sectoriales y presentar – por intermedio de su Presidente – al CM.RE las propuestas que sean necesarias, de conformidad con los mandatos elaborados por las Reuniones de Presidentes; someter – a través de su Presidente – al CM.RE el proyecto de presupuesto del SICA; proponer al CM.RE el establecimiento de las Secretarías y órganos subsidiarios que estime convenientes para el cumplimiento de los objetivos del SICA; aprobar los reglamentos e instrumentos que se elaboren por las Secretarías u otros órganos del SICA; revisar los informes semestrales de actividades elaborados por la Secretaría General y por las demás Secretarías y elevarlos – con las observaciones y recomendaciones de los CMs. respectivos – al CM.RE Exteriores (los informes deben ser elevados al CM.RE, al menos un mes antes de la celebración de su última reunión previa a la realización de la Reunión de Presidentes; a su vez, el CM.RE enviará tales informes a la Reunión de Presidentes); ejercer las demás atribuciones que le sean conferidas por el Protocolo y sus instrumentos derivados y actos complementarios.

2.3.4. Secretaría General⁴¹

La Secretaría General (SG) es el segundo de los órganos permanentes del SICA.

La Secretaría General y su personal “actuarán tomando únicamente en cuenta su servicio exclusivo” al SICA y no solicitarán ni recibirán instrucciones de los Gobiernos. Asimismo, los Estados miembros contraen la obligación de respetar la independencia de los funcionarios de la SG.

Estará a cargo de un *Secretario General*, que es nombrado por la Reunión de Presidentes; dura en su cargo cuatro años; es el funcionario administrativo de más alto rango del SICA y detenta la representación legal del mismo. Para dicho cargo es necesario ser nacional de cualquiera de los Estados miembros, poseer reconocida vocación integracionista, alto grado de imparcialidad, independencia de criterio e integridad⁴²⁻⁴³.

La Secretaría que se encargará de los asuntos económicos será la *Secretaría Permanente del Tratado General de Integración Económica Centroamericana* (SIECA). La personería jurídica, atribuciones y funciones de la SIECA están reguladas por lo previsto en el mencionado Tratado y sus instrumentos complementarios.

La SIECA informará de sus actividades a la Secretaría General, con el objetivo de promover el desarrollo armónico y equilibrado de los aspectos económicos con los aspectos políticos, sociales y culturales.

⁴¹ Protocolo de Tegucigalpa, arts. 23 y 25 a 28.

⁴² Entre otras *atribuciones* del Secretario General caben mencionar las siguientes: i) representar al SICA en el ámbito internacional en los términos del Protocolo y cuando le sea encomendado por el CM; ii) ejecutar o coordinar la ejecución de las decisiones de las Reuniones de Presidentes, de los CMs y del Comité Ejecutivo; iii) elaborar el Reglamento Administrativo y otros instrumentos de la SG y someterlo a consideración del Comité Ejecutivo; iv) gestionar y suscribir – previa aprobación del CM que corresponda – acuerdos internacionales en el ámbito de sus competencias, de conformidad con los principios y propósitos del Protocolo; v) gestionar ante Estados, grupos de Estados y organismos internacionales la cooperación financiera y técnica, pudiendo en tal dirección suscribir contratos, convenios y aceptar donaciones y otros aportes extraordinarios; vi) elaborar su programa de labores, su informe anual de actividades y el proyecto de presupuesto, debiendo presentarlos al Comité Ejecutivo; vii) participar con voz en las reuniones de todos los órganos del SICA y actuar como Secretaría permanente de las Reuniones de Presidentes, asegurando también los servicios de Secretaría y los servicios técnicos y administrativos que fueran necesarios; viii) velar por el cumplimiento de las disposiciones del Protocolo y de sus instrumentos derivados y actos complementarios y por la ejecución de las decisiones de las Reuniones de Presidentes y del CM, por los demás los órganos del Sistema, pudiendo a tal efecto reunirse con dichos órganos, cuando lo estime oportuno o por sugerencia Comité Ejecutivo; ix) gestionar ante los Estados miembros el aporte correspondiente al presupuesto; x) nombrar y remover al personal técnico y administrativo de la SG, de conformidad con el reglamento respectivo, teniendo en cuenta un criterio proporcional de representación de las nacionalidades de los Estados miembros; xi) llamar la atención de los órganos del SICA sobre cualquier situación que, en su opinión, pueda afectar el cumplimiento de los propósitos o principios del Sistema o amenazar su ordenamiento institucional; xii) ejercer las demás atribuciones que le otorguen el Protocolo y sus instrumentos derivados y actos complementarios o que le sean asignadas por los “órganos superiores”.

⁴³ En el marco de su XIXª Reunión, los Presidentes decidieron que la futura reforma del sistema institucional del SICA debería unificar todas las secretarías en una única SG con sede en San Salvador (ver, “Declaración de Panamá II”, Panamá, 12 de julio de 1997; párrafo 11º).

2.3.5 Reunión de Vicepresidentes y Designados a la Presidencia de la República⁴⁴

La Reunión de Vicepresidentes y Designados a la Presidencia de la República constituye un órgano de asesoría y consulta; está *conformada* por un Vicepresidente o Designado a la Presidencia por cada Estado miembro⁴⁵.

Sus *reuniones* tendrán lugar, ordinariamente, una vez por semestre y, en forma extraordinaria a solicitud de los Vicepresidentes. Las reuniones se desarrollarán, en principio, en el Estado sede del PARLACEN, pudiendo también realizarse en cualquier otro Estado.

Se expresará a través de decisiones y resoluciones, que serán adoptadas por consenso.

2.3.6 Parlamento Centroamericano⁴⁶

El PARLACEN “es un órgano de planteamiento, análisis y recomendación sobre asuntos políticos, económicos, sociales y culturales de interés común”. Es de funcionamiento permanente⁴⁷.

⁴⁴ Protocolo de Tegucigalpa, art. 12, párr. 3º, y Tratado del PARLACEN, capítulo II, arts. 10, inciso “b”, y 20-22.

⁴⁵ En el marco de sus *atribuciones* la Reunión de Vicepresidentes: a) conoce de las recomendaciones que le dirija el PARLACEN, sobre los asuntos a que sean de su competencia; b) dispone de una amplia capacidad de iniciativa dentro del proceso de integración, en cuya marco le compete, particularmente, el conocimiento, análisis y elaboración de propuestas a los efectos de promover dicho proceso; c) controla, cuando corresponde, la ejecución de las decisiones de los órganos regionales, a los cuales procurará el apoyo necesario; d) eleva a consideración de la Reunión de Presidentes “todos aquellos asuntos que requieran de la más alta decisión política”

⁴⁶ Protocolo de Tegucigalpa, art. 12, párr. 4º; Tratado del PARLACEN; Protocolo al Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras Instancias Políticas – en adelante, Protocolo al Tratado del PARLACEN – (suscripción: Guatemala, 15 de septiembre de 1989; Costa Rica, 29 de septiembre de 1989; Honduras, 6 de noviembre de 1989; El Salvador, 8 de diciembre de 1989; Nicaragua, 9 de diciembre de 1989; y Panamá, 10 de junio de 1994. Vigencia: 1 de mayo de 1990, para Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá. Depósito: Guatemala, 6 de marzo de 1990; El Salvador, 5 de abril de 1990; Honduras, 23 de abril de 1990; Nicaragua, 17 de junio de 1990; Panamá adhirió el 10 de junio de 1994, al Tratado y sus Protocolos); Segundo Protocolo al Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras Instancias Políticas – en adelante, Segundo Protocolo al Tratado del PARLACEN – (San Salvador, 16 de julio de 1991. Vigente para Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá); Tercer Protocolo al Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras Instancias Políticas – en adelante, Tercer Protocolo al Tratado del PARLACEN – (Guácimo, Costa Rica, 20 de agosto de 1994. Vigencia: ocho días después del depósito del tercer instrumento de ratificación. Depósito: Nicaragua, 20 de junio de 1995 y El Salvador, 24 de julio de 1995).

⁴⁷ El PARLACEN dispone, entre otras, de las siguientes *atribuciones*: a) constituir la asamblea de deliberación y análisis de los asuntos políticos, económicos, sociales y culturales comunes y de seguridad del área centroamericana; b) impulsar y orientar los procesos de integración; c) elegir, nombrar y remover, de conformidad con el Reglamento Interno, al funcionario ejecutivo de más alto rango de los organismos existentes o futuros del SICA; d) proponer proyectos de tratados y convenios para su negociación entre los Estados miembros, que tengan en cuenta las necesidades de región; e) promover la consolidación del

Composición: i) veinte diputados titulares por cada Estado miembro, con sus respectivos suplentes, elegidos por un período de cinco años por sufragio universal directo y secreto, estando permitida la reelección; y ii) los Presidentes y Vicepresidentes de los Estados miembros al concluir sus mandatos, hasta el momento de la conclusión del mandato de sus respectivos sucesores (que los reemplazarán en el PARLACEN).

Los integrantes del PARLACEN tienen la “calidad de diputados centroamericanos”, y no estarán ligados por ningún mandato imperativo.

Para ser diputado del Parlamento, a excepción de los Presidentes y Vicepresidentes, se requieren los mismos requisitos fijados en el ámbito interno para ser electo legislador del correspondiente congreso nacional.

Los diputados titulares y suplentes del PARLACEN son *elegidos* en cada Estado miembro de acuerdo a la legislación interna aplicable a la elección de los legisladores de los congresos nacionales, exigiéndose además la “observancia ineludible de una amplia representatividad política e ideológica, en un sistema democrático pluralista que garantice elecciones libres y participativas, en condiciones de igualdad de los respectivos partidos políticos”.

Las elecciones nacionales para diputados del PARLACEN deben celebrarse, como mínimo, con tres meses de antelación al vencimiento del período anterior.

Según el Tratado del PARLACEN (art. 32), la elección de los primeros diputados debía realizarse – en los cinco Estados miembros – “dentro de un período de cumplimiento simultáneo de seis meses” contados a partir de la fecha de su entrada en vigencia⁴⁸. El Protocolo al Tratado del PARLACEN modificó dicho mandato ampliando el plazo a diecisiete meses (art. 1), agregando además – como consecuencia de la nueva cláusula de entrada en vigor – que los Estados miembros que depositen la ratificación con posterioridad a la entrada en vigencia del Tratado del PARLACEN deberán realizar el proceso electoral dentro de los doce meses

sistema democrático en los Estados miembros; f) contribuir a la vigencia del derecho internacional; y g) ejercer las demás competencias que se le asigne en su tratado constitutivo e instrumentos complementarios. Con la finalidad de cumplir con el ítem “c”, los organismos citados someterán al PARLACEN, treinta días antes del vencimiento de los correspondientes períodos, una terna con los candidatos para los cargos indicados, de entre los cuales el Parlamento deberá elegirse al funcionario respectivo. De no ser remitida la terna, el PARLACEN nombrará a la personalidad que considere adecuada para el cargo. La elección o nombramiento de dichos funcionarios será por rotación alfabética de los Estados miembros. Los requisitos para los citados cargos se rigen por los respectivos convenios o tratados que regulan la organización y funcionamiento de cada uno de los órganos. Cabe destacar, sin embargo, que según el art. 4, inc. 1, del Protocolo al Tratado del PARLACEN esta atribución del Parlamento queda en suspenso hasta el momento del depósito del quinto instrumento de ratificación del Tratado por parte de los Estados miembros que originariamente lo firmaron (a la fecha el único Estado que no ha depositado la ratificación es Costa Rica).

⁴⁸ Originariamente, el Tratado del PARLACEN entraría en vigencia – según su art. 35 – ocho días después del depósito de los instrumentos de ratificación de los cinco Estados firmantes, sin embargo el art. 3 del Protocolo al Tratado del PARLACEN reformó dicha disposición, reduciendo el número de depósitos necesarios a tres instrumentos.

siguientes; a su vez, el Segundo Protocolo al Tratado del PARLACEN extendió el mencionado plazo a treinta y seis meses, a partir de la instalación del Parlamento (artículo primero)⁴⁹. Finalmente, el Tercer Protocolo al Tratado del PARLACEN – pendiente de entrar en vigor – amplía el plazo previsto en el art. 32 del Tratado a “un período que no exceda de los 30 meses, contados a partir del 28 de Octubre de 1994” (artículo primero). Finalmente, el Segundo Protocolo estipula que, hasta tanto tengan lugar las elecciones de los diputados al PARLACEN, los Estados que hayan suscrito dicho Tratado y sus Protocolos podrán acreditar hasta veinte “Observadores Permanentes” ante el PARLACEN.

La *sede* permanente del PARLACEN está ubicada en la República de Guatemala, sin perjuicio de lo cual podrá celebrar reuniones en cualquier ciudad de los Estados miembros.

La *estructura orgánica* del PARLACEN se compone de: a) Asamblea Plenaria; b) Junta Directiva⁵⁰; y c) Secretaría.

El PARLACEN en pleno (“Asamblea Plenaria”) se reunirá, en sesiones ordinarias, una vez al año a partir del 25 de mayo, mientras que las sesiones extraordinarias podrán tener lugar cuando lo soliciten, al menos, 14 diputados. Para el quórum del PARLACEN se requiere de 64 diputados.

La *Asamblea Plenaria* adoptará sus decisiones con el voto favorable de la mitad más uno del total de diputados, salvo los casos especiales contemplados en el Tratado constitutivo⁵¹ y en el Reglamento Interno.

La *Presidencia* del PARLACEN es ejercida en forma rotativa, por orden alfabético de los Estados miembros.

El *presupuesto* del PARLACEN es financiado por los Estados miembros por cuotas iguales. Asimismo, le corresponde al Estado miembro sede “facilitar las instalaciones” necesarias para el funcionamiento del PARLACEN.

En cuanto a los vínculos entre el PARLACEN y los Gobiernos, los organismos nacionales y las instituciones del SICA, se ha establecido, en relación a éstos, el mandato de prestar al PARLACEN toda la colaboración posible para el cumplimiento de sus propósitos, siempre que ello fuera compatible con la legislación interna. En este sentido, en lo que respecta a las instituciones del SICA, se ha fijado que cada órgano debe remitir al PARLACEN un informe anual de labores, a los fines de evaluar los avances de los programas de trabajo respectivos.

⁴⁹ El art. 2 del Protocolo al Tratado del PARLACEN – modificadorio del art. 33 del Tratado – establece que la instalación del Parlamento debe tener lugar en “un período no mayor de (18) meses, contado a partir de la fecha en que el Tratado haya entrado en vigencia”.

⁵⁰ La Junta Directiva es elegida por la Asamblea Plenaria de entre sus miembros, por un período de un año. Es de funcionamiento permanente. Se integrará con: a) un Presidente; c) cuatro Vicepresidentes; y c) cinco Secretarios. Sus decisiones serán adoptadas con el voto favorable de siete de sus integrantes.

⁵¹ Así por ejemplo, para la aprobación y reforma del Reglamento Interno se requiere una mayoría calificada de 76 diputados.

El PARLACEN conocerá, asimismo, de las medidas adoptadas para la ejecución de las decisiones aprobadas durante el año del informe. Si fuera el caso, el PARLACEN podrá formular observaciones y recomendaciones⁵².

Finalmente, cabe apuntar que el PARLACEN ha sido identificado por la Reunión de Presidentes como uno de los órganos del SICA que requiere de una revisión institucional; sin embargo, a la fecha ello no ha tenido lugar⁵³.

2.3.7 Corte Centroamericana de Justicia

El art. 12, párrafo cuarto, del Protocolo de Tegucigalpa establece que “[p]ara la realización de los fines del Sistema de la Integración Centroamericana se establecen los siguientes Órganos: [...] Forman Parte de este Sistema: La Corte Centroamericana de Justicia, que garantizará el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo. La integración, funcionamiento y atribuciones de la Corte Centroamericana de Justicia deberán regularse en el Estatuto de la misma, el cual deberá ser negociado y suscrito por los Estados Miembros dentro de los noventa días posteriores a la entrada en vigor del presente Protocolo”.

La Corte Centroamericana de Justicia (La Corte) se integra con magistrados titulares y suplentes por cada Estado del SICA. El Estatuto de La Corte (Estatuto)⁵⁴ sólo menciona – en cuanto al número – que serán “uno o más magistrados” por Estado (art. 8). La delimitación del “número” de magistrados fue objeto de una consulta evacuada por el Consejo Judicial Centroamericano, actuando en su función de Corte Centroamericana de Justicia *ad interim*. (arts. 45 y 46 del Estatuto), a través su Resolución del 10 de diciembre de 1993; el Consejo determinó que serían “dos” los magistrados por Estado⁵⁵. A la fecha el Tribunal está compuesto por dos magistrados por cada uno de los Estados que han aprobado el Estatuto: El Salvador, Honduras y Nicaragua.

⁵² La presente atribución del PARLACEN ha sido suspendida por el art. 4, inc. 2, del Protocolo al Tratado del PARLACEN hasta tanto se deposite el quinto instrumento de ratificación del Tratado por parte de los Estados miembros firmantes (a la fecha falta aún el depósito por parte de Costa Rica).

⁵³ Las modificaciones hacen relación a: adecuación de sus atribuciones a la evolución del proceso de integración; racionalización de su presupuesto; “[h]omologar la elección de los Diputados del PARLACEN a la elección de Diputados nacionales”; revisar el número de diputados, entre otras [ver, XIXª Reunión de Presidentes, cit. (párrafo 9º); Reunión Extraordinaria de Presidentes, Declaración Conjunta, Guatemala, 26 de febrero de 2004 (párrafo 4º); XXIVª Reunión de Presidentes, Declaración Conjunta, Guatemala, 29 de julio de 2004 (punto 1)].

⁵⁴ El Convenio de Estatuto de La Corte fue aprobado durante la XIIIª Reunión de Presidentes (Panamá, 9-11 de diciembre de 1992), a partir del proyecto elaborado y remitido por la IVª Reunión de Cortes Supremas de Justicia (Managua, 9-11 de septiembre 1992).

⁵⁵ CHAMORRO MORA, Rafael, “La Corte Centroamericana...”, op. cit, pág. 417; GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge A., “Corte Centroamericana...”, op. cit, pág. 16; LEÓN GÓMEZ, Adolfo, “La Reforma de la Corte Centroamericana de Justicia según la Declaración de Panamá II”, conferencia en “Seminario sobre la Normativa Jurídica de la Corte Centroamericana de Justicia”, 18 de marzo de 1998, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua – León (UNAN), León (disponible en el sitio de La Corte <<http://www.ccj.org.ni/>>, visitado el 20/04/2000).

En cuanto a su competencia, La Corte puede intervenir: (i) como Tribunal Internacional; (ii) como Tribunal de consulta permanente de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados del SICA; (iii) como Tribunal arbitral; (iv) como Tribunal de la Integración Centroamericana (*acción de nulidad; acción por omisión; acción por incumplimiento; consulta de los órganos del SICA; consulta prejudicial*); (v) como Tribunal Constitucional, y (vi) como Tribunal de Apelación de las resoluciones administrativas de los órganos del SICA; puede asimismo dictar medidas cautelares, y realizar estudios sobre derecho comparado y proyectos de leyes uniformes⁵⁶.

2.3.8 Comité Consultivo⁵⁷

El Comité Consultivo (CC.SICA) constituye el órgano de la sociedad civil organizada en el marco del SICA, que garantiza la participación democrática en el Sistema, de acuerdo a los objetivos y propósito del Protocolo de Tegucigalpa.

Es una institución independiente tanto de los otros órganos del SICA como de cualquier instancia gubernamental nacional, y dispone, en tal sentido, de libertad de acción.

Se *integra* con organizaciones regionales representativas de la sociedad civil que adhieran a los objetivos del proceso de integración centroamericana, vinculadas a los sectores empresarial, laboral, académico y demás fuerzas vivas principales de la región.

Las instituciones que pretendan participar del CC.SICA deberán presentar una solicitud, a través de una comunicación dirigida al Directorio del Comité, adjuntando la información sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa estatutaria del mismo⁵⁸. La solicitud de admisión será resuelta por la Plenaria del CC.SICA. Una vez admitidas, deberán registrarse en la SG.

Tendrán derecho a voz y a participar en las decisiones y actividades del CC.SICA que correspondan.

El CC.SICA tiene como *funciones principales* promover la participación activa de la sociedad civil en el marco del proceso de la integración, contribuyendo

⁵⁶ Para profundizar en el estudio de las competencias de La Corte, ver, *del autor*, "Sistema de la Integración Centroamericana: la Corte Centroamericana de Justicia", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 1, 2005, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, págs. 597 a 628, y la jurisprudencia y doctrina allí citada.

⁵⁷ Protocolo de Tegucigalpa, art. 12, párrs. 6° y 7°, y Reglamento Constitutivo del Comité Consultivo del Sistema de la Integración Centroamericana.

⁵⁸ Las *instituciones miembros* del CC.SICA deben cumplir determinados requisitos, entre otros: tener carácter regional centroamericano, es decir estar conformadas por entidades provenientes, como mínimo, de cuatro Estados miembros; representar un número significativo de entidades nacionales en el sector que corresponda; tener su sede en alguno de los Estados miembros, así como órganos de decisión; y estar autorizadas para hacer propuestas y presentar iniciativas en nombre de sus miembros a los órganos regionales.

Las instituciones que no logren cumplir todos los requisitos exigidos podrán ser admitidas como "Observadores" del CC.SICA. Los observadores tendrán derecho a presentar exposiciones escritas para su distribución entre los miembros del CC.SICA y a participar con voz, cuando así fueran autorizados por el Comité.

de esa manera a la efectiva observancia y ejecución de los propósitos, objetivos y principios del Protocolo de Tegucigalpa; y, dentro de su competencia, asesorar a la Secretaría General sobre la política del SICA, en el desarrollo de las acciones y programas que ésta ejecuta⁵⁹.

En cuanto a su *estructura interna*, el CC.SICA se compone de: 1) Plenaria; 2) Directorio (como instancia de coordinación y seguimiento de los trabajos del CC.SICA); y 3) Comités Sectoriales y Grupos de Trabajo (ambos, para tratar asuntos específicos).

La *Plenaria* del CC.SICA es la instancia máxima en la estructura, está formada por todos los miembros del Comité en el ejercicio de sus plenos derechos; entre otras funciones, puede crear Comités Sectoriales y Grupos de Trabajo.

Las reuniones ordinarias tendrán lugar cada tres meses y/o un mes previo a la Reunión de Presidentes; según lo requieran las circunstancias, y de acuerdo a lo que se prevea, podrán celebrarse reuniones extraordinarias. Se reunirá, en principio, en su sede (ciudad de San Salvador), sin perjuicio de lo cual, mediante su decisión, podrá hacerlo en cualquier ciudad de los Estados miembros. Para la validez de las reuniones, ordinarias y extraordinarias, se necesitará la presencia, al menos, de la mitad más uno de las organizaciones miembros.

El CC.SICA se podrá expresar a través de pronunciamientos, planteamientos, recomendaciones, respuestas a consultas o formulación de iniciativas, siendo necesario para ello contar con el asentimiento unánime de las instituciones miembros. Cuando esto último sea imposible de alcanzar, se utilizará la modalidad de consignar la posición y argumentos de los miembros al respecto, y el planteamiento, recomendación o respuesta a la consulta se evacuará en tales términos.

3. Los subsistemas de integración

El SICA constituye la estructura global y troncal del proceso de integración centroamericana.

Ahora bien, los distintos sectores en los cuales se manifiesta el proceso de integración (económico, social, cultural, de la salud, etc.) se materializan e instrumentan a través de lo que se denominan “Subsistemas de Integración”.

⁵⁹ Corresponde en particular al CC.SICA, entre otras *competencias*: i) hacer recomendaciones y proponer iniciativas de la sociedad civil, a través de la SG, a las órganos del SICA sobre el proceso de integración; ii) mantener contactos permanentes con la SG y con los demás órganos del SICA, a fin de proveerse de la información necesaria para la elaboración de iniciativas, recomendaciones y seguimiento de las actividades del Sistema; iii) intercambiar conocimientos y experiencias con órganos análogos de otras regiones; iv) facilitar la conciliación y convergencia de intereses entre los diferentes sectores de la región para afianzar la democracia y el proceso de integración; y v) difundir entre las instituciones miembros, los propósitos y objetivos del SICA, los avances del proceso de integración y su propia contribución.

Dentro de la estructura del SICA se han desarrollado cuatro subsistemas:

- Subsistema de Integración Económica
- Subsistema de Integración Social
- Subsistema de Integración Ambiental
- Subsistema de Integración Política

Los Subsistemas de Integración deben considerarse derivados del propio SICA y por tanto obligados, no sólo a impulsar y profundizar los objetivos y principios del Sistema, sino también a respetarlos, mantenerlos y profundizarlos.

3.1 Subsistema de integración económica⁶⁰

Con el fin de profundizar el aspecto económico del SICA los Estados miembros han firmado el Protocolo al Tratado General de Integración Económica de Centroamérica (*Protocolo de Guatemala*; 1993), constitutivo del Subsistema de Integración Económica (SIE).

El Protocolo de Guatemala completa el Tratado General de Integración, adaptando el proceso de integración económica nacido en los años '60 "al nuevo marco institucional del SICA y a las nuevas necesidades de los países de la Región"⁶¹. Cabe señalar además, que el Protocolo deroga en todo aquello que se le oponga al Tratado General de Integración de 1960.

El objetivo principal del SIE es "alcanzar el desarrollo económico y social equitativo y sostenible de los países centroamericanos, que se traduzca en el bienestar de sus pueblos y el crecimiento de todos los países miembros, mediante un proceso que permita la transformación y modernización de sus estructuras productivas, sociales y tecnológicas, eleve la competitividad y logre una reinserción eficiente y dinámica de Centroamérica en la economía internacional" (art. 3).

Los ejes centrales del Protocolo de Guatemala – que encarna un ambicioso proyecto de integración económica – son:

- i)* derivación jurídica e institucional del SICA (preámbulo y arts. 1, 3, 36, 48, 53 y 56, inc. 2);

⁶⁰ Protocolo al Tratado General de Integración Económica de Centroamérica, "Protocolo de Guatemala" (Guatemala, 29 de octubre de 1993. Vigente desde el 17 de agosto de 1995); y Enmienda al Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana – Protocolo de Guatemala – (Managua, 27 de febrero de 2002. Vigente desde el 17 de mayo de 2003. Depósito: El Salvador, 1 de octubre de 2002; Costa Rica, 3 de diciembre de 2002; Honduras, 28 de marzo de 2003; Nicaragua, 22 de abril de 2003; y Guatemala, 8 de mayo de 2003; Panamá y Belice no son parte).

⁶¹ SIECA, "Estado de situación de la integración Económica Centroamericana hasta octubre de 2003", 31 de octubre de 2003, p. 1 (extraído del sitio de la SIECA <<http://www.sieca.org.gt>>, visitado el 04/01/2005).

- ii*) el objetivo de alcanzar la unión económica centroamericana (arts. 1 y 6);
- iii*) la constitución de un área de libre comercio para todos los bienes originarios de los Estados miembros, a través de la eliminación gradual de todas las barreras arancelarias y no arancelarias, con algunas excepciones (ver *infra*);
- iv*) en lo que respecta a las relaciones exteriores: a) el establecimiento de una unión aduanera (ver *infra*), con su correspondiente arancel externo común y código aduanero uniforme (arts. 15 a 17); b) una política conjunta de relaciones comerciales con Estados terceros, lo que no impide la celebración de acuerdos en forma unilateral por cualquiera de los Estados miembros siempre que se informe previamente al Comité Ejecutivo de Integración Económica, se acuerde un mecanismo de coordinación e información sobre los avances de las negociaciones y que el resultado de dichos acuerdos respete los compromisos contraídos con los demás Estados miembros; y c) el mantenimiento de la “Cláusula Centroamericana de Excepción” y de la “preferencia centroamericana” (arts. 10 a 14);
- v*) la libre movilidad de la mano de obra y del capital (art. 18);
- vi*) la integración monetaria y financiera y la armonización fiscal, dentro de lo cual se incluye la libertad de pagos y de transferencia de capitales dentro de la zona, la promoción del uso y de la negociación en las monedas nacionales, la estabilidad en los respectivos tipos de cambio, el impulso a la integración de los mercados de capitales y bolsas de valores de los Estados miembros y facilidades en el establecimiento y prestación de servicios en materia de banca, seguros y demás entidades financieras de los Estados miembros (arts. 9 y 19);
- vii*) el establecimiento de políticas sectoriales: a saber, política agrícola, industrial, comercial, de protección del consumidor, de infraestructura y de servicios (arts. 20 a 28);
- viii*) la armonización de las legislaciones: en materia de banca, seguros, entidades financieras, bolsa, propiedad intelectual e industrial, medio ambiente, registros de sociedades y demás personas jurídicas y registros sanitarios; y asimismo, para la autenticidad de los actos y contratos celebrados en otros Estados miembros y para el libre ejercicio de las profesiones universitarias, en los términos del Convenio de San Salvador de 1962⁶² (arts. 30 a 31 y 35); y

⁶² Convenio sobre el Ejercicio de Profesiones Universitarias y Reconocimiento de Estudios Universitarios, San Salvador, 22 de junio de 1962. Vigente desde el 7 de julio de 1964. Depósito: Honduras, 11 de noviembre de 1963; El Salvador, 7 de julio de 1964; Costa Rica, 9 de febrero de 1966; Guatemala, 18 de febrero de 1966; falta el depósito de Nicaragua. Panamá y Belice no son parte.

ix) estrategias concertadas en materia de recursos humanos, educación, desarrollo tecnológico y científico, recursos naturales y medio ambiente (arts. 32 a 35).

Todo lo mencionado anteriormente deberá lograrse respetando los principios de “consenso, gradualidad, flexibilidad, transparencia, reciprocidad, solidaridad, globalidad, simultaneidad y complementariedad” (arts. 5, 6 y 52).

Las instituciones creadas por el Protocolo de Guatemala se agrupan en cuatro categorías (art. 37): *i) órganos: a-* Consejo de Ministros de Integración Económica (COMIECO); *b)* Consejo Intersectorial de Ministros de Integración Económica; *c)* Consejo Sectorial de Ministros de Integración Económica; y *d)* Comité Ejecutivo de Integración Económica (CEIE); *ii) órganos técnico-administrativos: a)* Secretaria de Integración Económica Centroamericana (SIECA); *b)* Secretaria del Consejo Agropecuario Centroamericano (SCA); *c)* Secretaria del Consejo Monetario Centroamericano (SCMCA); y *d)* Secretaria de Integración Turística Centroamericana (SITCA); *iii) instituciones: a)* Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE); *b)* Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP); y *c)* Instituto Centroamericano de Investigación y Tecnología Industrial (ICAITI); y *iv) órgano de consulta:* Comité Consultivo de Integración Económica (CCIE)⁶³.

El COMIECO está integrado por los Ministros de los Estados miembros competentes según el ordenamiento interno para los asuntos de la integración económica⁶⁴.

Entre las funciones del COMIECO se destacan: llevar a cabo la coordinación, armonización, convergencia y unificación de las políticas económicas de los Estados miembros; formular propuestas de políticas generales y las directrices fundamentales del SIE, las cuales serán sometidas para su aprobación a la Reunión de Presidentes; aprobar los reglamentos sobre la creación y funcionamiento de los órganos del SIE, entre otras.

El Protocolo crea asimismo el Consejo Sectorial de Ministros de Integración Económica, integrado por la Reunión de Ministros del ramo que corresponda⁶⁵.

⁶³ Constituye un órgano de asesoramiento de los demás órganos del SIE; se integra con representantes del sector privado. Actuará a instancia de los órganos del SIE para evacuar consultas sobre determinados asuntos de la integración económica, o por iniciativa propia para emitir opiniones ante los mismos.

⁶⁴ Ver además, Reglamento de organización y funcionamiento de los Consejos de Ministros de Integración Económica, Intersectorial de Ministros de Integración Económica y Sectorial de Ministros de Integración Económica (en adelante, Reglamento Interno de los CMs), aprobado mediante Resolución N° 16/98 (COMIECO-V), del 19/01/1998, modificado mediante Resolución N° 42/99 (COMIECO XIII), del 17/09/1999 y por Acuerdo del 21/03/2000, según Acta de la Reunión Extraordinaria de COMIECO.

⁶⁵ Consejo Agropecuario Centroamericano, Consejo Monetario Centroamericano, Consejo de Ministros de Hacienda o Finanzas, Consejo de Ministros de Economía, Consejo de Ministros de Comercio, Consejo de Ministros de Industria, Consejo de Ministros de Infraestructura y Consejo de Ministros de Turismo y Servicios.

El *CEIE* esta compuesto por un Representante Permanente titular y un alterno nombrados por cada Estado miembro; depende organizativamente del COMIECO.

En el marco de sus atribuciones, corresponde al CEIE aprobar los planes, programas y proyectos, así como adoptar los actos administrativos necesarios para ejecutar las decisiones del COMIECO.

Se reunirá según la frecuencia que demande la ejecución y el cumplimiento de sus funciones⁶⁶.

La *SIECA* es el órgano técnico y administrativo del SIE, de los órganos que no tengan una secretaría específica y del CEIE. Tiene personalidad jurídica de derecho internacional, así como autonomía funcional⁶⁷. Está a cargo de un Secretario General, nombrado por el COMIECO por un período de cuatro años, quien ejerce además la representación legal.

La sede de la SIECA está ubicada en la ciudad de Guatemala.

Las reuniones de los órganos del SIE tendrán lugar a petición de cualquiera de sus miembros.

Para el quórum correspondiente se requiere la presencia de la mayoría de los representantes de todos los Estados miembros.

Los órganos del SIE adoptarán sus decisiones por consenso⁶⁸; en su defecto se podrán adoptar decisiones por algunos Estados, las cuales serán vinculante sólo para los países firmantes.

Los actos que pueden adoptar los órganos del SEI se denominan, según sus características, Resoluciones, Reglamentos, Acuerdos y Recomendaciones⁶⁹. Los tres primeros deberán ser depositados en la SG del SICA y “entrarán en vigor en la fecha en que se adopten, salvo que en los mismos se señale otra fecha”; deberán ser publicados en los Estados miembros (diarios oficiales)⁷⁰.

⁶⁶ El art. 20 del Reglamento Interno de los CMs establece que las reuniones ordinarias del COMIECO se celebrarán tres veces al año.

⁶⁷ Entre otras funciones, corresponde a la SIECA: servir de enlace de las acciones de las otras Secretarías del SIE, así como la coordinación con la SG del SICA; velar por la correcta aplicación del Protocolo de Guatemala y demás instrumentos jurídicos de la integración económica y la ejecución de las decisiones de los órganos del SIE; llevar a cabo los trabajos y estudios que le sean solicitados por los órganos del SIE; ejercer las funciones que le asignen el COMIECO o el CEIE. En materia de integración económica, dispone de capacidad de propuesta.

⁶⁸ Según los arts. 34 y 35 del Reglamento Interno de los CMs el consenso será necesario para las decisiones de “fondo”, mientras que para las que sean sobre “procedimiento” se requerirá mayoría de votos. La abstención no significa voto negativo.

⁶⁹ *Resoluciones*: son los actos obligatorios, adoptados por el COMIECO, relativos a cuestiones internas del Subsistema, tales como los asuntos sobre el funcionamiento de los órganos; podrán ser objeto de reposición ante el COMIECO. *Reglamentos*: Son actos de carácter general, obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en todos los Estados miembros. Para su adopción se requiere la consulta al Comité Consultivo de Integración Económica. *Acuerdos*: constituyen actos de carácter específico o individual, serán obligatorios para sus destinatarios. *Recomendaciones*: son actos que contienen orientaciones que sólo serán obligatorias en cuanto a sus objetivos y principios y servirán para preparar la emisión de Resoluciones, Reglamentos o Acuerdos.

⁷⁰ Art. 32, Reglamento Interno de los CMs.

El Protocolo de Guatemala tiene carácter prevalente, entre los Estados miembros, sobre los demás instrumentos de libre comercio, suscritos bilateral o multilateralmente entre dichos Estados; sin embargo, en lo que sean compatible, no afectará su vigencia. Prevalecerá, asimismo, sobre las disposiciones de cualquier otro instrumento de integración económica regional que se le opongan (art. 62). En todo lo no previsto en el Protocolo de Guatemala serán de aplicación los mencionados convenios y tratados de comercio e integración.

En el marco del SIE, tanto el COMIECO, el Consejo de Ministros Responsables de la Integración Económica y Desarrollo Regional (COMRIEDRE) como el Consejo Arancelario y Aduanero Centroamericano (CAAC), han dictado importantes normas en materia comercial, entre las cuales se destacan:

a. Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano (CRAAC), de 1984 y sus modificaciones⁷¹: contiene disposiciones atinentes a: estructura institucional, arancel centroamericano de importación, derechos arancelarios a la exportación, franquicias y exención de derechos arancelarios, modificación de los derechos de importación, práctica desleal de comercio, cláusula de salvaguardia etc.;

b. Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA): el CAUCA original fue adoptado en 1963⁷². Dicho código fue derogado y remplazado por un Protocolo de Modificación, denominado CAUCA II (1993)⁷³; a su vez, este último fue sustituido por el CAUCA III

⁷¹ Guatemala, 27 de diciembre de 1984. Vigente desde el 18 de septiembre de 1985. Depósito: El Salvador, 26 de marzo de 1985; Costa Rica, 21 de mayo de 1985; Guatemala, 9 de septiembre de 1985; Nicaragua, 12 de septiembre de 1985 y Honduras (adhesión), 12 de febrero de 1993. Panamá y Belice no son parte. Modificado por los Protocolos I (Guatemala, 9 de enero de 1992. Vigente desde el 28 de enero de 1993. Depósito: El Salvador, 4 de enero de 1993; Honduras, 12 de febrero de 1993; Guatemala y Nicaragua, 19 de febrero de 1993; y Costa Rica, 25 de julio de 1995), II (Puntarenas, Costa Rica, 5 de noviembre de 1994. Vigente desde el 15 de enero de 1997. Depósito: El Salvador, 29 de abril de 1996; Costa Rica, 23 de diciembre de 1996 y Nicaragua, 7 de enero de 1997) y III (San Pedro Sula, Honduras, 12 de diciembre de 1995. Vigente desde el 15 de enero de 1997. Depósito: El Salvador, 9 de julio de 1996; Costa Rica, 23 de diciembre de 1996; Nicaragua, 6 de enero de 1997; Guatemala, 27 de agosto de 1997 y Honduras, 6 de febrero de 2002), y por el Protocolo sobre el Valor Aduanero de las Mercancías – Anexo “B” del CRAAC – (San José, 17 de septiembre de 1999. Vigencia: entrará en vigor al efectuarse el quinto depósito y para cada país en la fecha en la que éste deba poner en vigor el Acuerdo Relativo a la Aplicación del art. VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT/1994), de conformidad con sus compromisos en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Depósito: Costa Rica, 30 de noviembre de 2000 y Nicaragua, el 21 de octubre de 2001).

⁷² Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana, Guatemala, 13 de diciembre de 1963.

⁷³ Protocolo de Modificación al CAUCA, Guatemala, 7 de enero de 1993. Vigencia: ocho días después del depósito del tercer instrumento de ratificación.

(2000)⁷⁴. El CAUCA III “establece la legislación aduanera básica de los países signatarios conforme los requerimientos del Mercado Común Centroamericano y de los instrumentos regionales de la integración”. Incluye disposiciones sobre organización del sistema aduanero; obligaciones aduaneras; ingreso y salida de personas, mercaderías y medios de transporte; despacho aduanero; regímenes aduaneros; abandono y disposición de las mercaderías; infracciones y recursos aduaneros; entre otras. El CAUCA III ha sido reglado por el CAAC, a través del *Reglamento al Código Aduanero Uniforme Centroamericano* (RECAUCA)⁷⁵;

*c. Reglamento Centroamericano sobre Prácticas Desleales de Comercio*⁷⁶, regula el procedimiento para las investigaciones contra las prácticas que afectan la lealtad de las transacciones comerciales (dumping y subsidios) practicadas por Estados miembros y por terceros Estados, como así también la aplicación de derechos antidumping o compensatorios;

*d. Reglamento Centroamericano sobre Medidas de Salvaguardia*⁷⁷, regula el procedimiento para la aplicación de medidas de salvaguardia a terceros Estados (requisitos, solicitud, plazos, facultades de investigación, duración de las medidas, recurso etc.);

*e. Reglamento Centroamericano sobre el Origen de las Mercancías*⁷⁸, establece los criterios aplicables para la determinación del origen de las mercaderías, a fin de la utilización del régimen de libre comercio regional para aquellos que sean considerados originarios de la zona, así como también los procedimientos de verificación;

*f. Reglamento Centroamericano de Medidas de Normalización, Metrología y Procedimientos de Autorización*⁷⁹, tiene por finalidad evitar que las medidas de normalización, procedimientos de autorización y de gestión metroológica de los Estados miembros se transformen en obstáculos encubiertos al comercio intrarregional. Sus disposiciones son aplicables a las medidas de normalización, procedimientos de autorización y metrología adoptadas a nivel regional o por cada uno

⁷⁴ Segundo Protocolo de Modificación al CAUCA, Comalapa, El Salvador, 27 de abril de 2000. Vigencia: para cada Estado miembro quince días después de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación. En la fecha en que entre en vigor en cada Estado miembro quedará derogado para dicho Estado, según corresponda, el CAUCA (Protocolo del 13 de diciembre de 1963) o el CAUCA II (Protocolo de Modificación del 7 de enero de 1993). Aprobado por Resolución N° 85-2002 (CAAC), del 19/06/2002. Vigencia: a los treinta días de su aprobación.

⁷⁵ Resolución N° 101/2002 (CAAC), del 12/12/2002. Vigencia: a los treinta días de su aprobación.

⁷⁶ Resolución N° 12/95 (COMRIEDRE-II), del 12/12/1995. Vigencia: a los treinta días de su aprobación.

⁷⁷ Resolución N° 19/96 (COMRIEDRE-IV), del 22/05/1996. Vigencia: a los treinta días de su aprobación.

⁷⁸ Resolución N° 20/98 (COMIECO-VII), del 05/03/1998; modificada por Resolución N° 30/98 (COMIECO XI), del 18/12/1998. Vigencia (ambos): a los treinta días de su aprobación.

⁷⁹ Resolución N° 37/99 (COMIECO XIII), del 17/09/1999. Vigencia: a los treinta días de su aprobación.

de los Estados miembros, así como también a las medidas relacionadas con ellas, susceptibles de afectar, directa o indirectamente, el comercio de bienes o servicios entre los mismos;

*g. Reglamento Centroamericano sobre Medidas y Procedimientos Sanitarios y Fitosanitarios*⁸⁰, tiene por objeto establecer el procedimiento aplicable para la adopción de las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar directa o indirectamente el comercio entre los Estados miembros y evitar – de esta manera – que se transformen en barreras encubiertas al comercio, así como iniciar la armonización gradual de las medidas y procedimientos en materia sanitaria y fitosanitaria aplicables en el comercio intrarregional y con terceros Estados;

*h. Reglamento Centroamericano sobre el Régimen de Tránsito Aduanero Internacional Terrestre*⁸¹, fija un mecanismo de tratamiento recíproco y no discriminatorio para el servicio de transporte internacional de carga terrestre, que comprende la plena libertad de tránsito a través de los Estados miembros para los medios de transporte de carga terrestre de mercancías procedentes de o destinadas a cualquiera de ellos⁸²;

i. Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales: ver *infra*.

*j. Reglamento Centroamericano sobre Valoración Aduanera de las Mercancías*⁸³, contiene los métodos para la determinación del valor de los bienes importados en aduana, además de disposiciones sobre verificación e investigación, infracciones y sanciones;

k. Tratado sobre Servicios (2002)⁸⁴: tienen por finalidad establecer un marco jurídico para la liberalización del comercio de los servicios y para la inversión entre los Estados miembros – en los términos del Tratado General de Integración de 1960 y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC –; estimular la expansión y diversificación del comercio de servicios y la inversión; facilitar la circulación de servicios; así como crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del Tratado, para su administración con-

⁸⁰ Resolución N° 37/99 (COMIECO XIII), cit.; modificada por Resolución N° 87/2002 (COMIECO XXIII), del 23/08/2002. Vigencia: a los treinta días de su aprobación.

⁸¹ Resolución N° 65/2001 (COMRIEDRE), del 16/03/2001. Vigencia: a los treinta días de su aprobación.

⁸² Dicha libertad de tránsito incluye la garantía de libre competencia en la contratación del transporte y el trato nacional al transporte de todos los Estados en el territorio de cualquiera de ellos.

⁸³ Resolución N° 11/2004 (COMIECO-VII), del 28/06/2004. Vigencia: a los treinta días de su aprobación.

⁸⁴ Tratado sobre Inversión y Comercio de Servicios entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, San Salvador, 24 de marzo de 2002. Vigencia: entrará en vigor treinta días después de la fecha en que se deposite el segundo instrumento de ratificación, para los primeros dos depositantes, y para los demás, ocho días después de la fecha de depósito de su respectivo instrumento (art. 11.04). Depósito: Honduras, 28 de marzo de 2003. Panamá y Belice no son parte.

junta y para la solución de controversias entre un Estado miembro y un inversionista de otro. Contiene disposiciones sobre trato nacional, nación más favorecida, expropiación e indemnización, intercambio de información, régimen de solución de controversias (arbitraje), telecomunicaciones, servicios financieros, excepciones, estructura institucional, entre otras;

l. Tratado sobre Contrataciones Públicas (2002)⁸⁵: el objetivo del Tratado es establecer un marco jurídico que permita ampliar el acceso al mercado de contratación pública de los Estados miembros, con el fin de optimizar las oportunidades de negocios de los proveedores y, al mismo tiempo, de reducir los costos comerciales de los sectores público y privado de los Estados. En tal sentido, tiende a lograr la participación, en igualdad de condiciones, de los proveedores de un Estado miembro en las contrataciones públicas realizadas por otro Estado, así como garantizar – en dichos supuestos – los principios de no discriminación y de transparencia, y permitir la máxima competencia. Su ámbito de aplicación se extiende a: mercaderías, servicios – de conformidad con el Tratado sobre Servicios (2002), citado – y obras públicas; quedan excluidos los subsidios o donaciones otorgados por un Estado miembro – igualmente los préstamos, garantías y seguros apoyados por una Parte –, los servicios o funciones gubernamentales – tales como la ejecución de las leyes, servicios de readaptación social, pensión o seguro de desempleo o servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y atención infantil o protección de la niñez – y los servicios financieros transfronterizos. Contiene disposiciones sobre trato nacional, regla de origen (por remisión a las normas regionales, antes mencionadas), entre otras.

3.1.1 Libre Comercio

Tanto el Tratado General de Integración de 1960 como el Protocolo de Guatemala tienden a la liberalización del comercio de mercaderías entre los Estados miembros, como la primera etapa del proceso de integración.

En tal sentido, el Protocolo de Guatemala establece la libre circulación de mercaderías entre los Estados miembros, para el comercio de todos los bienes originarios, a través de la eliminación de todas las barreras arancelarias y no

⁸⁵ Tratado Centroamericano de Contratación Pública, 12 de diciembre de 2002; suscrito entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Nicaragua, y abierto a la adhesión de Honduras. Pendiente de entrar en vigor.

arancelarias – salvo las medidas de seguridad, policía y sanidad – y demás restricciones de carácter cuantitativo o de efecto equivalente.

Se exceptúan del libre comercio los productos originarios de los Estados miembros que figuran en el Anexo “A” del Tratado General de Integración de 1960, los cuales deberán ser negociados en el CEIE a los fines de su incorporación al Régimen de Libre Comercio⁸⁶. A la fecha, los bienes que aún cuando tengan la calidad de “originarios” de un Estado miembro no se benefician del libre comercio (Anexo “A”) son los siguientes⁸⁷: (i) *restricciones comunes a los cinco Estados miembros*: café sin tostar y azúcar de caña; (ii) *restricciones bilaterales*: a) café tostado: Costa Rica con todos los Estados, igualmente Honduras, a excepción de su comercio con Nicaragua⁸⁸, con El Salvador y con Guatemala⁸⁹; b) alcohol etílico, esté o no desnaturalizado: Costa Rica con todos los Estados y Honduras con Nicaragua, El Salvador y Costa Rica; c) derivados del petróleo: Honduras con todos los Estados; y d) bebidas alcohólicas destiladas: Honduras con todos los Estados.

Las mercancías originarias de los Estados miembros gozan de tratamiento nacional en el territorio de los demás Estados (arts. 7 a 9).

Es oportuno destacar que, desde 1950 hasta 2003 el comercio intrarregional creció a una tasa promedio anual del 12.2 % (1950, us\$ 8.626 miles – 2002, us\$ 3.010 millones)⁹⁰.

3.1.2 Unión Aduanera

En materia aduanera, la región ha adoptado varias disposiciones normativas, mencionadas *ut supra*, destacándose en especial el CRAAC, el CAUCA y el RECAUCA.

La Unión Aduanera (UA) centroamericana se asienta sobre los siguientes pilares⁹¹:

- a. Libre circulación de bienes sin excepciones, independientemente del origen de los mismos, una vez ingresados legalmente en el territorio de cualquier Estado miembro;
- b. Libre comercio de servicios, en particular los asociados al comercio de bienes;

⁸⁶ Art. III, Disposiciones transitorias, Protocolo de Guatemala.

⁸⁷ RODAS MELGAR, Haroldo – Secretario General de la SIECA –, “El estado actual y las perspectivas del proceso de integración económica Centroamericana. Modelo de desarrollo territorial”, marzo de 2004, p. 7 (extraído del sitio de la SIECA <<http://www.sieca.org.gt>>, visitado el 04/02/2005); SIECA, “Estado de situación...”, cit., p. 4.

⁸⁸ Resolución N° 3-2004 (CEIE), del 28/06/2004. Vigencia: a los treinta días de su aprobación.

⁸⁹ Resolución N° 4-2004 (CEIE), del 29/07/2004. Vigencia: a los treinta días de su aprobación.

⁹⁰ RODAS MELGAR, Haroldo, op. cit., p. 5; SIECA, “Estado de situación...”, cit., p. 2.

⁹¹ RODAS MELGAR, Haroldo, op. cit., p. 39; SIECA, “Estado de situación...”, cit., p. 8.

- c. Arancel externo común;
- d. Administración aduanera común;
- e. Mecanismo de recaudación, administración y distribución de los ingresos tributarios;
- f. Política comercial externa común; y
- g. Normativa comercial uniforme.

En el marco de la UA, los Estados miembros han establecidos puestos fronterizos integrados, a través de la unificación de las aduanas limítrofes en varios puntos de las fronteras.⁹²

Los parámetros aplicados en materia de arancel externo centroamericano - salvo las excepciones relativas a textiles, confección, calzado y productos agropecuarios negociados en el marco de la Ronda Uruguay del GATT – pueden desglosarse de la siguiente manera: *i*) 0 % para bienes de capital y materias primas; *ii*) 5 % para materias primas producidas en los Estados miembros; *iii*) 10 % para bienes intermedios producidos en los Estados miembros; y *iv*) 15 % para bienes de consumo final.⁹³

El arancel aduanero centroamericano se encuentra armonizado actualmente en el 93 % de los rubros (5.751) del universo arancelario (6.194 rubros) – que integran la Parte I del Arancel –. Los rubros no armonizados – que se incluyen como Parte II del Arancel – alcanzan a 442 rubros (7 %)⁹⁴. Dentro de los ítems no armonizados se encuentran: productos agrícolas, medicamentos, vehículos, petróleo, metales y otros.⁹⁵

El arancel promedio asciende en la actualidad a 7,5 %.⁹⁶

La consecución de la UA ha sido uno de los temas más impulsado por la Reunión de Presidentes⁹⁷, como así también los impactos que ello eventualmente

⁹² Ello ha tenido lugar a través de diferentes tipos de aduanas: aduanas integradas, 4; aduanas yuxtapuestas, 3; y aduanas periféricas, 6 [RODAS MELGAR, Haroldo, op. cit., p. 14; SANTAMARÍA, Oscar A. – Secretario General del SICA –, “Balance del Proceso de la Integración Centroamericana durante el 2003”, Conferencia de Prensa, San Salvador, 29 de diciembre de 2003, p. 4 (extraído del sitio de la SG del SICA <www.sgsica.org.gt>, visitado el 04/01/2005); SIECA, “El proceso de Unión Aduanera Centroamericana”, noviembre de 2002, p. 2 (extraído del sitio de la SIECA <<http://www.sieca.org.gt>>, visitado el 04/01/2005); SIECA, “Estado de situación...”, cit., p. 8].

⁹³ RODAS MELGAR, Haroldo, op. cit., p. 12; SIECA, “Estado de situación...”, cit., p. 6 -7.

⁹⁴ RODAS MELGAR, Haroldo, op. cit., p. 12; SIECA, “El proceso de Unión Aduanera...”, cit., p. 3.

⁹⁵ RODAS MELGAR, Haroldo, op. cit., p. 12-13.

⁹⁶ RODAS MELGAR, Haroldo, op. cit., p. 12.

⁹⁷ Ver, en particular, Reunión Extraordinaria de Presidentes, “Declaración de Managua”, Managua, 27 de febrero de 2002; XXIª Reunión de Presidentes, “Declaración de Granada”, Granada, 20 de junio de 2002 (puntos 3 y 4: Plan de Acción sobre la Integración Económica Centroamericana); XXIIª Reunión de Presidentes, San José, 13 de diciembre de 2002 (punto 10); XXIIIª Reunión de Presidentes, “Declaración de Belice”, Belice, 19 de diciembre de 2003 (punto 6); Reunión Extraordinaria de Presidentes, Declaración

provocará en la economía de la región⁹⁸. En su primera reunión de 2005, los Presidentes acordaron “[i]nstruir a las autoridades competentes para que continúen avanzando en el establecimiento de un Sistema Aduanero Único, que contemple la administración de los regímenes impositivos, recaudación de aranceles, armonización de las prácticas aduaneras, administración de los regímenes de origen entre otros aspectos. Asimismo, se instruye a las autoridades competentes para que coordinen con el COMIECO y se incorporen a los trabajos que en el marco de la unión aduanera coordina el foro del Ministros de Integración Económica”.⁹⁹

En materia de armonización tributaria y recaudación aduanera, cabe destacar que en abril de 2004 la Reunión Conjunta de Directores de Integración con Directores Generales de Aduanas y Directores de Tributación Interna aprobó el mecanismo de recaudación y distribución de los ingresos aduaneros, el cual fue elevado a los órganos decisorios para su consideración.¹⁰⁰

3.1.3 Relaciones comerciales extrazona

Cabe destacar, en primer término, el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos¹⁰¹. El inicio de las negociaciones tuvo lugar el 8 de enero de 2003, las cuales se estructuraron y desarrollaron a través de siete grupos de trabajo¹⁰². El proceso de negociación del tratado concluyó en enero de 2004, y su texto se encuentra pendiente de trámite de aprobación en las legislaturas respectivas¹⁰³. El acuerdo contiene disposiciones sobre: trato nacional y acceso al mercado, reglas y procedimientos de origen, administración aduanera, medidas sanitarias y fitosanitarias, defensa comercial, contratación pública, inversiones, comercio de servicios (incluyendo servicios financieros), comercio electrónico, propiedad intelectual, derechos de los trabajadores, medio ambiente y solución de controversias.¹⁰⁴

Conjunta, Guatemala, 26 de febrero de 2004; XXIV^a Reunión de Presidentes, Declaración Conjunta, Guatemala, 29 de julio de 2004 (punto 2); XXV^a Reunión de Presidentes, Declaración Conjunta, cit. (puntos 5 y 6).

⁹⁸En tal sentido, la Reunión de Presidentes ha decidido “[...] instruir al BCIE y a la SIECA a presentar, en el mismo plazo [60 días], un mecanismo de financiamiento para la conformación de un fondo de cohesión social para mitigar posibles impactos derivados de la Unión Aduanera y potenciar sus beneficios” [XXIII^a Reunión Presidentes, “Declaración de Belice”, cit. (punto 6)].

⁹⁹ Reunión Extraordinaria de Presidentes, Declaración Conjunta, Tegucigalpa, 1 de febrero de 2005 (punto 8).

¹⁰⁰ Cf. SIECA, “Estado de avance de la Unión Aduanera Centroamericana”, agosto de 2004, pág. 4 (extraído del sitio de la SIECA <<http://www.sieca.org.gt>>, visitado el 04/02/2005).

¹⁰¹ Pronunciamiento de los Presidentes Centroamericanos sobre el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Santa Rosa de Copán, Tegucigalpa, 27 de enero de 2002.

¹⁰² SIECA, “Estado de situación...”, cit., p. 14.

¹⁰³ RODAS MELGAR, Haroldo, op. cit., p. 20- 21.

¹⁰⁴ RODAS MELGAR, Haroldo, op. cit., p. 21-27.

Asimismo, los Estados miembros han firmado acuerdos de libre comercio¹⁰⁵ con Chile, Panamá y República Dominicana.¹⁰⁶

Existen además otros vínculos comerciales con Canadá, CARICOM, China, México – en particular, a nivel de acuerdos bilaterales de libre comercio, MERCOSUR y Unión Europea¹⁰⁷.

3.1.4 Sistema de Solución de Controversias

En principio, según lo previsto en el art. 35 del Protocolo de Tegucigalpa, todas las controversias derivadas del mencionado Protocolo y de sus instrumentos derivados y complementarios, incluyendo los tratados constitutivos de los diferentes Subsistemas de Integración, entraban dentro de la competencia exclusiva y excluyente de la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), establecida en el art. 12 del Protocolo.

No obstante, tal como antes se señaló, el art. 35 del Protocolo fue revisado por la Enmienda al Protocolo de Tegucigalpa, suscripta por los Estados miembros (excepto Belice y Panamá), el 27 de febrero de 2002, la cual entró en vigor al año siguiente.

La mencionada modificación del art. 35 – en especial de su párrafo segundo – tuvo por objeto revisar la competencia exclusiva de la CCJ en materia de controversias comerciales, es decir aquellas derivadas del Tratado General de Integración de 1960 y del Protocolo de Guatemala de 1993, así como de los actos e instrumentos adoptados en el marco de éstos. En este sentido, la referida Enmienda permite crear, en el ámbito del Subsistema de Integración Económica, mecanismos de solución de controversias alternativos, incluido el arbitraje comercial, que se ubican al margen de la jurisdicción contenciosa de la CCJ.

Las decisiones adoptadas en el marco de tales mecanismos de resolución de controversias tienen carácter vinculante para los Estados que participen en el conflicto. En último término, la falta de observancia de la decisión (laudo arbitral) puede dar lugar a la suspensión de beneficios equivalentes en relación al Estado reacio.

¹⁰⁵ RODAS MELGAR, Haroldo, op. cit., p. 33- 35; SIECA, “Estado de situación...”, cit., p. 15-16.

¹⁰⁶ Tratado de Libre Comercio con Chile (la negociación de la parte normativa concluyó el 18 de octubre de 1999 y únicamente Costa Rica y El Salvador han finalizado de negociar sus respectivos anexos bilaterales, entrando en vigor para ambos Estados y Chile, respectivamente, el 15 de febrero y el 3 de junio de 2003); Tratado de Libre Comercio con Panamá (la negociación de la parte normativa finalizó el 16 de mayo de 2001, continuando la negociación de los anexos en forma bilateral; a la fecha, sólo El Salvador ha concluido la negociación); Tratado de Libre Comercio con República Dominicana, Santo Domingo, 16 de abril de 1998 (en vigor para todos los Estados).

¹⁰⁷ RODAS MELGAR, Haroldo, op. cit., p. 31- 33 y 35- 38; SIECA, “Estado de situación...”, cit., p. 15 -19.

El mecanismo alternativo de solución de controversias para el ámbito del Protocolo de Guatemala (SIE) fue creado a través de la Resolución N° 106-2003 del COMIECO¹⁰⁸.

- a. El mecanismo se aplica a las controversias que surjan con motivo de la aplicación o interpretación de los instrumentos de la integración económica, como así también con relación a las medidas o proyectos de un Estado miembro que sea susceptible de afectar las corrientes comerciales intrarregionales (art. 3, Mecanismo).
- b. El régimen permite, asimismo, la opción de foro hacia los órganos de solución de diferencias de la OMC. No obstante, hecha la elección por un foro, ello excluye la posibilidad de optar por el otro (art. 4, Mecanismo).
- c. La primera fase del mecanismo son las consultas entre las partes, previéndose que, en cualquier caso, las “soluciones a las controversias comerciales deberán ser compatibles con los instrumentos de la integración económica y no deberán anular o menoscabar las ventajas resultantes de los mismos” (arts. 7 a 9, Mecanismo). La negativa del Estado a responder a la consulta habilita al consultante a optar por la constitución de un tribunal arbitral o solicitar la intervención del COMIECO.
- d. De persistir el diferendo luego de la etapa de consultas, el Estado consultante podrá recurrir al COMIECO, el cual podrá, a su vez, a) convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios; b) recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias; o c) formular recomendaciones (art. 11, Mecanismo).
- e. Luego del vencimiento de los plazos estipulados para la intervención del COMIECO, sin que se haya llegado a un acuerdo, se inicia la siguiente etapa: establecimiento de un tribunal arbitral. Para tal fin, cada Estado miembro designa cinco árbitros¹⁰⁹. La lista final de candi-

¹⁰⁸ Resolución N° 106-2003 (COMIECO-XXVI), del 17/02/2003. Esta norma aprueba varios anexos sobre la materia: “Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica” (art. 1 y anexo 1; en adelante, Mecanismo); “Reglas Modelo de Procedimiento” (art. 2 y anexo 2); y “Código de Conducta” (art. 3 y anexo 3). La Resolución entró en vigor treinta días después de su aprobación (art. 4).

¹⁰⁹ Para ser árbitro se requiere: tener conocimientos especializados o experiencia en Derecho, Comercio Internacional y otros asuntos relacionados con los instrumentos de la integración económica, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales; ser electo estrictamente en función de criterios de objetividad, probidad, fiabilidad y buen juicio; ser independientes, esto es no estar vinculado con los Estados miembros y no recibir instrucciones de los mismos; y cumplir con el Código de Conducta establecido por el COMIECO (art. 18, Mecanismo).

datos es aprobada de común acuerdo por los Estados miembros y depositada en la SIECA (art. 17, Mecanismo).

El tribunal arbitral estará integrado por tres miembros. Cada Estado en la controversia elegirá un árbitro, preferentemente de la lista mencionada¹¹⁰, que no deberá ser de su nacionalidad¹¹¹; podrá asimismo optarse por un candidato no incluido en dicha lista, en cuyo caso cualquier otro Estado en la controversia podrá recusarlo sin causa. El presidente del tribunal es elegido de común acuerdo entre las partes en el litigio; de no lograrse el consenso necesario para ello, una de las partes, seleccionada por sorteo, elegirá al presidente (art. 19, Mecanismo).

f. El laudo podrá ser adoptado por mayoría, pudiendo los árbitros razonar su voto por escrito en relación a las cuestiones con las que disienten; en cualquier caso el laudo definitivo no revelará la identidad de los árbitros que hayan votado con la mayoría o con la minoría. El laudo es irrecurrible y obligatorio para los Estados contendientes, debiendo cumplirse dentro del plazo que él mismo establezca, que no podrá exceder de los seis meses, salvo que los Estados miembros acuerden otra cosa. La decisión del tribunal que declare que la medida impugnada es incompatible con el ordenamiento jurídico invocará para la Parte correspondiente la obligación de abstenerse de ejecutar dicha medida o su derogación, según el caso (arts. 22 y 23, Mecanismo).

g. En cuanto al cumplimiento del laudo, la normativa establece que, a menos que los Estados contendientes notifiquen al COMIECO, dentro del plazo previsto, que la decisión arbitral ha sido acatada en todos sus puntos, el tribunal arbitral examinará si el laudo ha sido observado. Si el tribunal determinara que existe un incumplimiento de su decisión, la Parte vendedora podrá suspender, con relación a la Parte demandada, la aplicación de los beneficios derivados de los acuerdos de integración económica que tengan efecto equivalente. La Parte vencedora procurará, en primer término, que la suspensión abarque el mismo sector o sectores involucrados en el litigio; si entendiera que ello no es factible ni eficaz podrá aplicarla sobre sectores diferentes. La suspensión de los beneficios se extenderá hasta tanto el Estado vencido acate la decisión arbitral o hasta que los Estados en la controversia lleguen a un acuerdo mutuamente satisfactorio sobre el asunto.

Por su parte, si el Estado reclamado considera que el nivel de suspensión

¹¹⁰ Si el Estado no designa un árbitro en el plazo fijado, el mismo será elegido de la lista por sorteo.

¹¹¹ En el supuesto en que dos o más Estados actúen conjuntamente, uno de ellos, elegido por sorteo, seleccionará al árbitro que representará a los mencionados Estados.

de los beneficios es excesivo podrá solicitar al COMIECO la instalación de un tribunal arbitral – en lo posible, conformado por los mismos árbitros que entendieron en la controversia – que resolverá sobre dicha cuestión (art. 24, Mecanismo).

h. Finalmente, cabe destacar que el COMIECO estableció por la citada Resolución 106-2003 las Reglas Modelo de Procedimiento del Mecanismo, las cuales deben respetar los siguientes principios: a) los procedimientos garantizarán el derecho a una audiencia ante el tribunal arbitral, así como la oportunidad de presentar alegatos y réplicas por escrito; y b) las audiencias ante el tribunal arbitral, las deliberaciones, así como los escritos y las comunicaciones presentadas tendrán carácter confidencial (art. 20, Mecanismo). Las Reglas Modelo de Procedimiento serán aplicadas por el tribunal arbitral, salvo pacto en contrario de los Estados contendientes.

3.2 Subsistemas de Integración Social¹¹²

El Subsistema de Integración Social (SIS) se encuentra instrumentado en el Tratado de Integración Social Centroamericana (*Tratado de San Salvador*; 1995), suscrito por los Estado miembros, a excepción de Belice.

El Tratado constituye una derivación del Protocolo de Tegucigalpa y en tal sentido ha de entenderse como un “Subsistema” dentro del SICA, que abarca un sector específico del proceso de integración como lo es la integración social (preámbulo y arts. 3 y 5).

Según su propio preámbulo, el Tratado responde a “[l]a necesidad de establecer un marco jurídico institucional en el área social basado en la premisa de que el ser humano constituye el centro y sujeto primordial del desarrollo, con el objetivo de que garantice el mejoramiento sustantivo de la calidad de vida de los pueblos centroamericanos”.

La integración en el área social ha de ser lograda – según el art. 1 – de forma “voluntaria, gradual, complementaria y progresiva”¹¹³, a través, entre otras herramientas, de la puesta en práctica de “políticas, mecanismos y procedimientos que, bajo el principio de mutua cooperación y apoyo solidario, garantice... el acceso de toda la población a los servicios básicos” (art. 2); de la “coordinación, armonización y convergencia de las políticas sociales nacionales entre sí y con las demás políticas del SICA” (arts. 4 y 8, inc. “c”); de la identificación y tratamiento

¹¹² Tratado de Integración Social Centroamericana, “Tratado de San Salvador”, Cerro Verde, El Salvador, 30 de marzo de 1995. Vigente desde el 15 de mayo de 1996. Depósito: El Salvador, 31 de agosto de 1995; Panamá, 26 de marzo de 1996; Guatemala, 6 de mayo de 1996; Nicaragua, 1 de agosto de 1996; y Costa Rica, 26 de diciembre de 1996. Belice no es parte.

¹¹³ Ver también, art. 5 del Tratado.

conjunto de los problemas sociales de naturaleza regional; y del establecimiento de mecanismos de cooperación e intercambio de metodologías y recursos entre los Estados miembros (art. 8, incs. “b” y “g”)¹¹⁴.

La arquitectura institucional del SIS combina órganos de diferente naturaleza (arts. 9 y 10):

- a) *Órganos*: Consejo de la Integración Social (CIS), Consejo de Ministros del Área Social¹¹⁵ y Secretaría de la Integración Social¹¹⁶;
- b) *Instancia Asesora*: compuesta por la (el) cónyuge de cada uno de los Presidentes de los Estados miembros o su representante personal – que se reunirá, ordinariamente durante las Reuniones de Presidentes, y extraordinariamente cuando así lo estime conveniente –;
- c) *Instituciones*: las instituciones del SICA que tengan dentro del ámbito de su competencias, principalmente, funciones sociales¹¹⁷;
- d) *Institución de Consulta*: Comité Consultivo de Integración Social (CCIS), integrado por los diferentes sectores regionales involucrados especialmente en la integración social centroamericana. A ello cabe sumar las demás instituciones que, en el marco del SIS, fueran creadas o reconocidas por los Estados miembros.

¹¹⁴ El SIS se asienta sobre una base de principios – en concordancia con los principios del SICA – entre los cuales se destacan: a) el respeto a la vida en todas sus manifestaciones y el reconocimiento del desarrollo social como un derecho universal; b) el concepto de la persona humana, como centro y sujeto del desarrollo; c) la consideración de la familia como núcleo esencial de la sociedad y eje de la política social; d) la no discriminación por razones de nacionalidad, raza, etnia, edad, enfermedad, discapacidad, religión, sexo, ideología, estado civil o familiar o cualesquiera otros tipos de exclusión social; e) el respeto al medio ambiente y a los recursos naturales; f) la promoción del acceso universal a la salud, la educación, la vivienda, la sana recreación, así como a una actividad económica digna y justamente remunerada; h) la conservación y el rescate del pluralismo cultural y la diversidad étnica de la región, en el marco del respeto a los derechos humanos; y i) el respaldo y la inclusión de la participación comunitaria en la gestión del desarrollo social (art. 6). En el marco de los objetivos del SICA, el SIS adiciona – entre muchos otros – los siguientes: impulsar la descentralización y desconcentración económica y administrativa, en el diseño y aplicación de las políticas sociales; y promover la igualdad de oportunidades entre todas las personas, eliminando las prácticas de discriminación legal o de hecho (art. 7).

¹¹⁵ Se integra por la Reunión de Ministros de cada ramo social de cada Estado miembro y por la Reunión Intersectorial de los Ministros de estas áreas.

¹¹⁶ Es el órgano técnico y administrativo, que actuará asimismo como Secretaría de los órganos del SIS que no dispongan de una secretaría específica. Está a cargo de un Secretario nombrado por el CIS, por un período de cuatro años, a quien corresponde la representación legal de la Secretaría. Son funciones principales de la Secretaría: velar por la correcta aplicación del Tratado de San Salvador y demás instrumentos jurídicos derivados en materia de integración social; llevar a cabo las actividades que le sean asignadas por el CIS; en materia social, ejercer su capacidad de propuesta; servir de enlace de las acciones de las secretarías sectoriales del SIS; y coordinar los contactos con la SG del SICA. Dispone de autonomía funcional y de personalidad jurídica de derecho internacional.

¹¹⁷ En especial, el Instituto de Nutrición de Centroamérica y Panamá, el Banco Centroamericano de Integración Económica y el Instituto Centroamericano de Administración Pública.

El CIS se compone de los Ministros Coordinadores del Gabinete Social de cada Estado miembro¹¹⁸.

Las reuniones de los órganos del SIS se llevarán a cabo a través de la convocatoria cursada por la Secretaría, de conformidad con los respectivos miembros de los órganos.

El quórum necesario para dichas reuniones requiere la presencia de la mayoría simple de representantes de los Estados miembros.

Los actos adoptados por los órganos del SIS requieren del consenso de los miembros de cada órgano. Sin embargo, ante la falta de consenso, el acto podrá ser igualmente aprobado por algunos Estados miembros, y tendrá carácter obligatorio – si correspondiere – sólo respecto de tales Estados.

Los actos administrativos emitidos en el ámbito del SIS podrán ser: Resoluciones, Reglamentos, Acuerdos y Recomendaciones¹¹⁹. Los tres tipos de actos mencionados en primer lugar serán depositados en la SG del SICA, y “entrarán en vigor en la fecha en que se adopten, salvo que en los mismos se señale otra fecha”. Las Resoluciones y Reglamentos deberán publicarse en los “diarios oficiales” de los Estados miembros.

4. El Sistema Regional de Seguridad Democrática

Los Estados miembros han creado, en el marco del Protocolo de Tegucigalpa, el “Modelo de Seguridad Regional”, a través del Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica de 1995¹²⁰, basado “en la supremacía y el fortalecimiento del poder civil, el balance razonable de fuerzas, la seguridad de las personas y de sus bienes, la superación de la pobreza y de la pobreza extrema, la promoción del desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente, la erradicación de la violencia, la corrupción, la impunidad, el terrorismo, la narcoactividad [y] el tráfico de armas”, como así también “en la democracia y el fortalecimiento de sus instituciones y el Estado de Derecho; en la existencia de

¹¹⁸ Tiene, entre otras atribuciones, las siguientes: velar por el cumplimiento del Tratado de San Salvador; coordinar e impulsar el SIS; formular y actualizar la política social regional, siguiendo, cuando corresponda, los lineamientos que al efecto apruebe la Reunión de Presidentes y las políticas generales que deriven de instrumentos complementarios; promover la coherencia de los acuerdos en materia social celebrados por los organismos centroamericanos; emitir lineamientos y formular propuestas en relación a la participación conjunta de los Estados miembros en las reuniones y foros internacionales sobre la materia; impulsar y dar seguimiento a los acuerdos sobre integración social adoptados por las Reuniones de Presidentes; y elaborar y presentar iniciativas y propuestas en materia social a las instancias regionales competentes.

¹¹⁹ Ver *ut supra*, actos que pueden adoptarse en el marco del SEI.

¹²⁰ San Pedro Sula, Honduras, 15 de diciembre de 1995. Vigente desde el 26 de diciembre de 1997. Depósito: Nicaragua, 1 de agosto de 1996; El Salvador, 10 de marzo de 1997; Honduras, 18 de diciembre de 1997 y Guatemala, 28 de octubre de 1999. Posteriormente adhirió Belice (Acta de Adhesión, Belmopant, Belice, 17 de julio de 2003; vigente desde el 24 de julio de 2003; depósito: en la misma fecha).

gobiernos electos por sufragio universal, libre y secreto y en el irrestricto respeto de todos los derechos humanos” (preámbulo y art. 1).

El mencionado Tratado contiene disposiciones relativas a: Estado de Derecho¹²¹; seguridad de las personas y sus bienes¹²²; combate al terrorismo, la delincuencia transnacional organizada, el tráfico de drogas y el contrabando y circulación de armas (incluyendo las de destrucción masiva, las químicas, radiológicas y bacteriológicas); seguridad regional¹²³, entre otras.

Las *instituciones* encargadas de administrar el régimen establecido en el Tratado son: la Comisión de Seguridad (CS), el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y – en último término – la Reunión de Presidentes.

Cabe destacar, en particular, las atribuciones de la CS, que es una instancia “de ejecución, coordinación, evaluación y seguimiento, de elaboración de propuestas, así como de recomendaciones de alerta temprana, y cuando proceda, de pronta acción” (art. 50). La Comisión esta integrada por los Viceministros de Relaciones Exteriores y Viceministros o autoridades competentes en los ramos de Defensa y Seguridad Pública de cada uno de los Estados miembros¹²⁴. Sus reuniones tendrán lugar, ordinariamente, con la regularidad que establezcan sus miembros, y en forma extraordinaria por decisión de la Reunión de Presidentes, del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores o a

¹²¹ Los principios establecidos en relación al Estado de Derecho son: a) el imperio de la ley, la seguridad jurídica y las libertades ciudadanas; b) el fortalecimiento de las instituciones democráticas en cada Estado miembro; c) la subordinación de las fuerzas armadas, de policía y de seguridad pública, a las autoridades civiles constitucionales; y d) el mantenimiento de un diálogo flexible y activo y la colaboración mutua sobre los aspectos de la seguridad (art. 2).

¹²² Asentado sobre los principios siguientes: a) la seguridad democrática como valor integral, que requiere – en consecuencia – de una visión comprensiva e interrelacionada de todos los aspectos del desarrollo sostenible de los Estados miembros; b) la seguridad democrática como valor inseparable de la dimensión humana; c) la ayuda solidaria y humanitaria frente a las emergencias y desastres naturales; y d) la consideración de la pobreza y de la extrema pobreza, como amenazas a la seguridad de los habitantes y la estabilidad democrática de los Estados miembros (art. 10).

¹²³ Los elementos esenciales en la materia son, entre otros: la igualdad soberana entre los Estados miembros; la solución pacífica de las controversias (art. 45; que incluye un mecanismo regional con eventual intervención de la Comisión de Seguridad, de la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Reunión de Presidentes, arts. 39 a 41); la renuncia a la amenaza o al uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de cualquier Estado miembro; la autodeterminación de la región; la defensa colectiva y solidaria en caso de agresión armada de un Estado tercero contra un Estado miembro (incluyendo un procedimiento en el que pueden llegar a intervenir la Comisión de Seguridad y la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores, arts. 42 a 44); y la integridad territorial de los Estados miembros (art. 26).

¹²⁴ Entre las principales funciones de la CS se destacan: a) ejecutar las decisiones que le encomiende la Reunión de Presidentes y el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y aquellas que ella misma adopte en el marco de sus competencias; b) evaluar el cumplimiento de los acuerdos centroamericanos en materia de seguridad; c) examinar los problemas de seguridad existentes en la región; d) establecer la comunicación y las coordinaciones necesarias, por medio de la SG del SICA, con los demás órganos y secretarías del SICA; e) fortalecer los mecanismos de coordinación operativa en las áreas de defensa, seguridad pública y cooperación humanitaria frente a las emergencias, amenazas y desastres naturales; f) elaborar los informes establecidos por el Tratado; y g) velar por el cumplimiento del Tratado.

requerimiento de algunos de sus miembros, exigiéndose – en cuanto al quórum necesario – la presencia de todos los integrantes.

Las controversias que pudieran originarse con motivo de la aplicación o interpretación del Tratado será sometida a consideración de la Reunión de Presidentes; de continuar el conflicto, se utilizarán los medios de solución pacífica descritos en el propio Tratado (negociación, investigación, mediación, conciliación y arbitraje) y, en su caso, serán sometidas a la jurisdicción de la CCJ.

REFERÊNCIAS

BORBA CASSELLA, Paulo. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo, Brasil: LTr 1997.

CHAMORRO MARÍN, Edgar-NÁJERA, Rubén. Orígenes, evolución y perspectivas de la integración centroamericana. *Panorama Centroamericano – Temas y Documentos de Debate*, Guatemala: INCEP n. 66, noviembre – diciembre, 1996

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 1996, p. 581.

FERNANDEZ-SHAW, Félix. *La Integración de Centroamérica*. Madrid: Cultura Hispánica, 1965.

GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge A. *Conciencia Centroamericana II*, Manágua: Talleres Gráficos de la Universidad Centroamericana, 2000.

GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge A. *Corte Centroamericana de Justicia*. Normativa Jurídica. Managua: CCJ, 1996.

GUERRA BORGES, Alfredo. La reestructuración del Mercado Común Centroamericano: notas para una evaluación crítica. *Revista Integración Latinoamericana*, Buenos Aires: INTAL, n. 195, año 18, noviembre 1993.

HÉRCULES PINEDA, Fabio. Antecedentes del Tribunal de Justicia Centroamericano. *El Tribunal Centroamericano (AA.VV.)* Tegucigalpa: Universitaria, 1995.

RODAS MELGAR, Haroldo – Secretario General de la SIECA – El estado actual y las perspectivas del proceso de integración económica Centroamericana. Modelo de desarrollo territorial, marzo de 2004, p. 7 (extraído del sitio de la SIECA <<http://www.sieca.org.gt>>, visitado el 04/02/2005).

RODRIGUEZ LOUCCEL, Rafael. Integración Centroamericana: evolución y perspectivas. *Revista Integración Latinoamericana*. Buenos Aires: INTAL, n. 201, año 19, junio 1994.

**A BUSCA DA CIDADANIA FISCAL NO
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO:
FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO**

**FISCAL CITIZENSHIP SEARCH ON
THE ECONOMICAL DEVELOPMENT:
TRIBUTE'S SOCIAL FUNCTION**

Maria de Fátima RIBEIRO*
Natália Paludetto GESTEIRO**

RESUMO

Do preâmbulo da Constituição constam como destinação do Estado Democrático, por meio dela constituído, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Já o seu artigo 1º, em seu inciso III, dispõe que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto o seu artigo 170 a coloca como fundamento da ordem econômica brasileira. O seu 3º dispõe que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consistem na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. A tributação não pode ser vista apenas como um instrumento de receita do Estado, mas, sobretudo, como instrumento eficaz de implementação de políticas públicas que possibilitem o desenvolvimento econômico com justiça social. A justa repartição do total da carga tributária entre os cidadãos é imperativo ético para o Estado Democrático de Direito. A política fiscal tem de ser política de justiça e não mera política de interesses. Por

* Doutora em Direito Tributário PUC-SP. Coordenadora e professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR.

** Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR. Professora do Curso de Direito do CESD em Dracena-SP.

isso, tem-se, que o legislador fiscal não pode editar leis de qualquer maneira. Deve observar os princípios de justiça. Leis fiscais sem relação alguma com a justiça não fundamentam o Direito Tributário.

Palavras-chave: função social do tributo, desenvolvimento econômico, cidadania fiscal.

ABSTRACT

The Constitution states that the constituted Democratic State must assure the exercise of social and private rights, liberty, security, welfare, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, plural and non prejudice society. Its 1st. article, III, says that human dignity is one of the Federal Republic of Brazil basis, whereas article 170 puts it as basis of the Brazilian economic order and its 3rd. article says the fundamental objectives of Brazil are: to construction a free, fair and solidary society; to guarantee national development; to eradicate poverty the crimes and reduce social and regional inequality and promote everyone's welfare. Tributes can't be seeing just as a nation's income instrument, but as an effective instrument of public politic implementation that facilitates the economic development with social justice. A fair sharing of the whole tribute among citizens is imperatively ethic for a Democratic State of Law. The fiscal policy has to be a justice policy and not merely one of interest. That's why the fiscal legislator must dictate reasonable laws. It's necessary to observe the justice principles. Treasure laws with no relation to justice cannot establish Tributary Law.

Key-words: tribute's social function; economic development; fiscal citizenship.

1. Função social do tributo: considerações iniciais

Para fins de compreensão da expressão *função social do tributo*, deve-se, primeiramente, considerar que, do preâmbulo da Constituição Federal, constam, como destinação do Estado Democrático, por meio dela constituído, “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Já o artigo 1º da Constituição Federal, em seu inciso III, dispõe que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto o artigo 170 a coloca como fundamento da ordem econômica brasileira.

O 3º artigo da Constituição Federal dispõe que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consistem na construção de “uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos”.

Dessa forma, os tributos, que são a fonte de recursos do Estado, devem lhe proporcionar o alcance das metas previstas no preâmbulo da Constituição Federal, observando os fundamentos da República Federativa do Brasil e seus objetivos, nunca se limitando à simples arrecadação de valores, ou seja, os tributos devem cumprir com sua função arrecadatória e com sua função social simultaneamente.¹

É importante notar que há um distanciamento da realidade social e do disposto em lei. O justo tributário é um conceito complexo e subjetivo mas que deve, obrigatoriamente, passar pela questão da justiça social, pelo contexto constitucional e pela educação tributária da população, assim como pela participação da população nas questões atinentes ao orçamento público, não podendo o Direito Tributário se restringir aos atos de arrecadação de valores para os cofres públicos.

Durante muito tempo, a tributação foi vista apenas como um instrumento de receita do Estado. Apesar de sua missão ser, por si só, relevante, na medida em que garante os recursos financeiros para que o Poder Público bem exerça seu mister, a verdade é que, pouco a pouco, descobriu-se outra faceta não menos importante na tributação. Atualmente, com a predominância do modelo do Estado Social, a despeito dos fortes movimentos no sentido do ressurgimento do liberalismo, não se pode abrir mão do uso dos tributos como eficazes instrumentos de política e de atuação estatal, nas mais diversas áreas, sobretudo na social e na econômica, afirmou o Prof. Leonetti². Ressaltou também, que um dos valores que têm caracterizado o humanismo é a busca da justiça social.³

O contribuinte brasileiro questiona constantemente o aumento da carga tributária. Afinal, vem pagando a expansão do gasto público, sobretudo o custo do endividamento. A mobilização que questionou a Medida Provisória nº 232, exigindo limites na arrecadação, controle dos gastos e dos investimentos realizados pelo Estado, é manifesta questão de cidadania, de transparência na gestão e de maturidade democrática, como será apreciado no item 3.

Tem-se, então, que a carga tributária é elevada e que a contraprestação de serviços precisa ser qualificada. A transferência de expressivos recursos da economia para as contas públicas enfraquece o investimento e reduz o consumo.

¹ Nesse mesmo sentido, escreveu Florido (1987) que um dos temas de nossa época é o da justiça social, em cujo núcleo está o problema do justo tributário. Se o Estado deve intervir através dos impostos no domínio econômico ou se a tributação terá a finalidade de lastrear a atividade governamental ligada exclusivamente à manutenção da soberania, se os impostos devem ser progressivos e pessoais, se é viável o Estado de Bem-Estar Social ou se parodiando o título famoso do livro de Friedrich Von Hayek, há apenas “a miragem da justiça social”, são perguntas de inquestionável atualidade.

² LEONETTI, Carlos Araújo. Humanismo e tributação: um caso concreto. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/68.html>. Acesso em 14 ago. 2004.

³ LEONETTI, Carlos Araújo. Humanismo e tributação: um caso concreto. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/68.html>. Acesso em 14 ago. 2004.

Conforme já foi anteriormente exposto, o não cumprimento da função social do tributo gera uma grave “disfunção social, inibindo o setor privado, desestimulando a economia, gerando menos emprego, enfim, evitando o crescimento e o desenvolvimento do cidadão e conseqüentemente da sociedade”, no que Martins (2002)⁴ concorda com o ex-ministro Paulo Renato Souza⁵ que prevê que a política fiscal implantada pelo governo federal, “a despeito do crescimento da economia no ano passado e da manutenção da inflação sob controle, comprometerá, por muitos anos o crescimento futuro da economia”.

Segundo Souza (2004)⁶, considerando-se a atual política tributária, “não surpreendem duas conseqüências extremamente nefastas para o crescimento e que já são claramente observadas na economia brasileira: o aumento sem precedentes da carga tributária e a limitação dos investimentos públicos necessários para melhorar nossa infra-estrutura”.

Martins (2002)⁷ ressalta que a aplicação do tributo, tão somente na sua função arrecadatória, tem como conseqüências a inibição da produção de bens e serviços, em razão da diminuição da capacidade econômica, advinda do aumento da tributação; a diminuição dos níveis de emprego; a redução do poder aquisitivo do cidadão-contribuinte; a redução do consumo e, também, a diminuição da competitividade do país em relação ao mercado externo. Ou seja, pode causar um enorme prejuízo econômico e social para o país, do que decorre a necessidade de, novamente, se promover um aumento da carga tributária.

2. Política tributária e a função social do tributo

A política fiscal discrimina diferentes espécies econômicas de renda e de capital para sofrerem diferentes incidências econômicas de tributação, no intuito de alcançar seus objetivos econômicos e sociais.^{8,9}

A relação entre o Estado e o contribuinte foi caracterizada durante muito tempo como relação de poder e de coerção.

Em termos constitucionais, destacam-se os princípios que visam a delimitar a atuação estatal. Esta atuação insere-se no contexto da política tributária.

⁴ MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. *A Política Tributária como Instrumento de Defesa do Contribuinte. A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro*. São Paulo: IOB, 2002.

⁵ SOUZA, Paulo Renato. A futura herança maldita. *O Estado de S. Paulo*. 24 abr. 2005, Caderno A (Espaço Aberto).

⁶ SOUZA, Paulo Renato. A futura herança maldita. *O Estado de S. Paulo*. 24 abr. 2005, Caderno A (Espaço Aberto).

⁷ MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. *A Política Tributária como Instrumento de Defesa do Contribuinte. A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro*. São Paulo: IOB, 2002.

⁸ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. Saraiva, São Paulo, 1963, p. 458.

⁹ Neste mesmo sentido, merecem destaque os escritos de Aliomar Baleeiro (1969) quando, na página 42 de sua obra *Uma introdução às ciências das Finanças*, ressalta que são duas as acepções de política fiscal: a primeira como sendo um conjunto de medidas financeiras, empregadas pelo Governo para comando da conjuntura econômica e a segunda como sendo o estudo quer axiológico quer técnico dessas medidas à luz da teoria econômica e financeira.

Tem-se, então, que a política tributária é o processo que deve anteceder a imposição tributária. É, portanto, a verificação da finalidade pela qual será efetivada ou não a imposição tributária.

Deve ser ressaltado que a política tributária, embora consista em instrumento de arrecadação tributária, necessariamente não precisa resultar em imposição. O governo pode fazer política tributária utilizando-se de mecanismos fiscais através de incentivos, de isenções, entre outros mecanismos que devem ser considerados, com o objetivo de conter o aumento ou estabilidade da arrecadação de tributos.

Gustavo Miguez de Mello assevera que a política tributária deve ser analisada pelos seus fins, pela sua causa última, pela sua essência. Na medida em que o poder impositivo deve questionar: Por que tributar? O que tributar? Qual o grau de tributação? Atendendo as perspectivas e finalidades do Estado, estar-se-á executando política tributária.¹⁰

A política tributária poderá ter caráter fiscal e extrafiscal. Entende-se como política fiscal, a atividade de tributação desenvolvida com a finalidade de arrecadar, ou seja, transferir o dinheiro do setor privado para os cofres públicos. O Estado quer apenas obter recursos financeiros.

Através da política extrafiscal, o legislador fiscal poderá estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses da sociedade, por meio de uma tributação regressiva ou progressiva, ou quanto à concessão de incentivos fiscais. Pode-se dizer que, através dessa política, a atividade de tributação tem a finalidade de interferir na economia, ou seja, nas relações de produção e de circulação de riquezas.¹¹

Não é fácil distinguir as finalidades fiscais e extrafiscais da tributação. Seus limites são imprecisos. A extrafiscalidade somente deverá ser reconhecida para justificar carga fiscal muito elevada, quando se ajustar ao planejamento, definido em lei, que fixa as metas de política econômica e social, conforme ensina Mizabel Derzi.¹²

¹⁰ MELLO, Gustavo Miguez de. Uma visão interdisciplinar dos problemas jurídicos, econômicos, sociais, políticos e administrativos relacionados com uma reforma tributária. In *Temas para uma nova estrutura tributária no Brasil*. Rio de Janeiro: Mapa Fiscal Editora, 1978, p. 5. Sup. Esp. I. (Congresso Brasileiro de direito Financeiro).

¹¹ VINHA, Thiago Degelo e RIBEIRO, Maria de Fátima. Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães e FERNANDES, Edison C. (Coords.). *Tributação, Justiça e Liberdade*. Juruá: Curitiba, 2005, p. 659.

¹² DERZI, Misabel. Família e Tributação. A vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 32, p. 153, 1989.

A política fiscal poderá ser dirigida no sentido de propiciar a evolução do país para objetivos puramente econômicos, como seu desenvolvimento e industrialização, ou também para alvos políticos e sociais, como maior intervenção do Estado no setor privado. A determinação do objeto da política fiscal integra as políticas governamentais e estas deverão ser implementadas para atender a função social do tributo.

A Constituição Federal estabelece quais as espécies e as competências tributárias de cada ente político. Assim, os tributos estabelecidos na Carta Política devem ser instrumentos indicados para alcançar a arrecadação preconizada pela política financeira, sem contrariar os objetivos maiores da política econômica e social que orientam o destino do país.¹³

Em 1982, o prof. José Carlos Graça Wagner escreveu que o clamor da sociedade, tanto quanto à excessiva presença do Estado na Economia e o conseqüente nível da carga tributária, como quanto à indagação de qual deve ser o segmento da sociedade que deve pagar a maior parte dos tributos, leva à discussão da própria filosofia do sistema tributário.¹⁴

É no campo tributário que as implicações atingem toda a sociedade e definem a estrutura econômica da nação. A política tributária é o ponto crucial de definição da estrutura da sociedade. Por isso, deve-se examinar o fenômeno da tributação em harmonia com a dimensão social do homem, sem a qual ele não se realiza integralmente, considerando as dimensões individual e familiar. Devem ser pesquisados os próprios fundamentos da tributação, para que ela atenda, já na sua origem, as razões de justiça em relação à oneração do tributo.

De igual modo o Estado poderá atender suas finalidades através da distribuição de riqueza, satisfação das necessidades sociais, de políticas de investimentos, entre outras, que podem ser alcançadas por meio de uma política tributária e não necessariamente pela imposição tributária. Por isso, é necessário repensar o papel do Estado, na função arrecadatória e na prestação de serviços aos jurisdicionados.

A dificuldade de se estabelecer a justa medida, e as razões particularistas, tanto dos indivíduos como do Estado e de seus manipuladores, é que estão na raiz dos conflitos tributários e dos descompassos na justa distribuição dos encargos sobre os diversos segmentos da sociedade.¹⁵

¹³ VINHA, Thiago Degelo; RIBEIRO, Maria de Fátima. Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison C. (Coords.). *Tributação, justiça e liberdade*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 659.

¹⁴ WAGNER, José Carlos Graça. *Tributação social do trabalho e do capital*. São Paulo: Resenha Tributária, 1982, p. 5-6.

¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 19.

No que consiste a tributação social? Não se trata apenas em atender às necessidades mais elementares da população, é mais do que isso. A tributação deve respeitar a dimensão individual e familiar, considerando a capacidade contributiva entre outros princípios constitucionais de proteção ao contribuinte.¹⁶

Sempre que a tributação impedir ou dificultar a realização do essencial, em relação à sociedade ou parte dela e até mesmo a uma pessoa, será desmedida e poderá ter caráter confiscatório. Será desmedida também a tributação, se os governos pretenderem arrecadar tributos, ultrapassando a soma necessária de dinheiro para o atendimento das necessidades sociais. Tal tributação provoca a transferência de valores dos contribuintes para o fisco, sem finalidade social. Enfim, é tributação social aquela que respeita o que é inerente à sociedade, no contexto social dos ditames constitucionais.¹⁷

Por isso, referida tributação deve privilegiar as necessidades essenciais da população, destacando-se a alimentação, saúde, vestuário, moradia, educação, acesso ao trabalho, livre iniciativa, livre concorrência, entre outros pontos. O tributo deve ter uma função social, tendendo a uma distribuição do patrimônio e das rendas.

O poder tributante, ao elaborar sua política tributária, deve levar em conta se o sistema tributário é justo, se o Estrado trata de maneira igual todos os contribuintes que se encontram em situação idêntica, e também se está adequado à distribuição de rendas e o desenvolvimento econômico, favorecendo a política de estabilização da economia, ao combate do desemprego, a inflação, entre outros aspectos.

Para adequar o Sistema Tributário aos interesses do poder público, são idealizadas reformas constitucionais. A reforma constitucional tributária deverá promover, prioritariamente, a função social do tributo, redistribuindo riquezas, promovendo a justiça social. Uma reforma tributária, além de guardar respeito à Constituição Federal, deve representar os anseios da sociedade brasileira, observando como objetivos a promoção da justiça tributária, valendo-se da função social do tributo, que se presta a redistribuir a renda e diminuir a desigualdades sociais e regionais; a desoneração da carga tributária, sobretudo das incidências sobre a produção e a atividade econômica; a simplificação e busca da eficiência do sistema tributário; a preservação do pacto federativo e a salvaguarda do estatuto do contribuinte, com respeito aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Em síntese, a proposta de reforma constitucional desejável é aquela formatadora de um Sistema Tributário Nacional justo e eficiente.¹⁸

¹⁶ VINHA, Thiago Degelo; RIBEIRO, Maria de Fátima. op. cit. p. 661.

¹⁷ WAGNER, José Carlos Graça. *Penalidades e Acréscimos na Legislação Tributária*. Resenha Tributária: São Paulo, 1979, p. 310. Escreve o autor: "A tributação social se atende ao que cumpre ao Estado, por força de sua própria razão de ser, não podendo este, sob a alegação de ser o anseio da sociedade, transcender ao seu fim natural, para ingressar na esfera das demais dimensões humanas. A própria lei tem um limite, que transcende. Esse limite é a natureza humana".

¹⁸ MORAES, Germana de Oliveira. Palestra ministrada no Seminário sobre Reforma Tributária, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em março de 2003, Fortaleza – CE, mimeo.

A tentativa de uma reforma tributária proposta nesses moldes está longe ainda de ser realizada. São constantes, no país, as inúmeras medidas provisórias e os pequenos ajustes que, de forma insignificante, tentam regular o sistema tributário nacional. Pode ser observado que novos tributos foram criados, como é o exemplo da CPMF e o aumento expressivo da carga tributária sobre o contribuinte.

3. A busca da cidadania fiscal

Além da fundamental importância dos ditames das políticas tributária e social, deve ser destacado que o sistema tributário justo é aquele que contempla a sua implementação com base nos princípios constitucionais tributários.

Nessa linha de informação, as Fazendas Públicas desenvolvem Programas de Educação Fiscal visando, acima de tudo, a sensibilizar o cidadão para a função social do tributo, possibilitando conhecimentos sobre Administração Pública, incentivando o acompanhamento, pela sociedade, da aplicação dos recursos públicos. Assim, o governo busca, em suas campanhas, fazer com que a sociedade seja mais participativa e que possa opinar e fiscalizar a ação pública. Embora com o intuito de esclarecer a população sobre a finalidade social do tributo, tais programas, constituem-se de tímidas e incipientes medidas de aproximação entre o fisco e o contribuinte.

Luiz Ricardo Gomes Aranha ressalta que a noção da função social do tributo, em substituição aos conceitos ortodoxos antigos, foi corretamente desenvolvida, com atenção ao dever social do Estado, que compreende obrigatoriamente a justiça fiscal, num autêntico Estado de Direito. No exame que procedeu de variados aspectos do Direito Financeiro, o autor conseguiu demonstrar que nele não é lícito ao Estado alhear-se de problemas relacionados com as necessidades maiores da sociedade.¹⁹

Convém ressaltar a necessidade de maior abordagem sobre o tema pela academia, pelo envolvimento da sociedade civil e pela atuação do Poder Judiciário.

Neste sentido, Klaus Tipke ensina que a ética tributária é a teoria que estuda a moralidade das atuações em matéria tributária desenvolvidas pelos poderes públicos — legislativo, executivo e judiciário — e pelos cidadãos contribuintes. Assim,

[...] se verdade que o Estado fundado na propriedade privada e nos meios de produção, é obrigado a sobreviver mediante tributos, não é menos verdade que sem tributos e contribuintes não se

¹⁹ ARANHA, Luiz Ricardo Gomes. *Direito Tributário: aprendendo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 7.

pode construir nenhum Estado, nem Estado de Direito, nem muito menos um Estado Social, portanto, é princípio de justiça tributária que todos devam pagar tributos com base em sua capacidade contributiva, capacidade que começa ali onde a sua renda exceda o mínimo existencial.²⁰

Por essa razão, este mesmo Estado Social está eticamente obrigado a preservar as fontes tributárias (patrimônio dos contribuintes) ao revés de esgotá-las por prática de tributação excessiva, o que implicará em postura moralmente aética do ponto de vista tributário.

O tributo não deve ser entendido como uma mera obrigação do cidadão, mas como o preço da cidadania. A receita pública, principalmente a proveniente da arrecadação dos tributos, é fundamental para o desenvolvimento, econômico, social e cultural do país. Por isso, tal receita deverá ser aplicada para atender a função social do tributo. Além disso, o Estado tem a responsabilidade de destinar a aplicação adequada os tributos vinculados e dar conta disso à sociedade, na aplicação dos recursos.

A idéia de *cidadania fiscal*, defendida pelo Professor José Casalta Nabais, que a apresenta em uma perspectiva mais ampla (a *cidadania fiscal unilateral* e *bilateral*), deixa antever que a existência de uma *cidadania fiscal bilateral* pressupõe, que aqueles cidadãos que têm o dever de suportar o ônus financeiro do Estado, ou seja, a qualidade de destinatários do dever fundamental de pagar tributos, o tem na medida de sua respectiva capacidade contributiva.²¹ Ou seja, mediante o “reconhecimento ético-tributário de que estamos frente a um Estado Fiscal suportável nos limites dos princípios constitucionais tributários”.²²

A relação jurídica tributária que se estabelece entre o fisco e o cidadão, deve ser contemporaneamente avaliada sob dois aspectos. Do ponto de vista dos efeitos desta relação jurídica, pode-se dizer que ela é *unilateral*, porquanto o cida-

²⁰ TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuintes*. Tradução de Pedro M. Herrera Molina. Marcial Pons. Madrid. 2002. p. 21.

²¹ Algumas reflexões sobre o actual estado fiscal. *Revista Virtual da Advocacia Geral da União*. [AGU] n. 9, p. 12. abril/2001: Disponível em www.agu.gov.br.

²² NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Ética tributária e o Decreto federal nº 4.489/2002. *Jus Navigandi*. Teresina. Disponível em www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3647. Acesso em 28.06.05. A relação jurídica tributária que se estabelece entre o fisco e o cidadão, deve ser contemporaneamente pensada sob dois prismas. Do ponto de vista dos efeitos desta relação jurídica podemos dizer que ela é *unilateral* porquanto o cidadão-carente é protegido neste liame pela intributabilidade do mínimo existencial, isto é, o cidadão-carente na *cidadania fiscal unilateral* tem unicamente a posição de sujeito credor da solidariedade do Estado e o Estado tem unicamente a posição de sujeito devedor desta solidariedade. Já na *cidadania fiscal bilateral* a relação jurídica entre Fisco e cidadão-contribuinte quanto aos seus efeitos é *bilateral*, ou seja, há obrigação para ambas as partes, deveres e direitos do Fisco, ética tributária, deveres e direitos dos cidadãos-contribuintes, ética fiscal privada. Cf. o texto do autor sobre Ética Tributária e Cidadania Fiscal, disponível em: www.tributario.com ou www.jus.com.br. Acessado em 28.06.05.

dão-carente é protegido neste liame pela intributabilidade do mínimo existencial, isto é, o cidadão-carente na *cidadania fiscal unilateral* tem unicamente a posição de sujeito credor da solidariedade do Estado e o Estado tem unicamente a posição de sujeito devedor dessa solidariedade. Já na *cidadania fiscal bilateral*, a relação jurídica entre Fisco e cidadão-contribuinte quanto aos seus efeitos é *bilateral*, ou seja, há obrigação para ambas as partes, deveres e direitos do Fisco, ética tributária, deveres e direitos dos cidadãos-contribuintes, ética fiscal privada.²³ A mais recente mobilização popular contra o aumento da carga tributária, ocorreu com a adesão de diversos segmentos da sociedade organizada, quando da edição da Medida Provisória 232/04. No artigo sobre A Nova Derrama, o presidente da OAB manifestou-se a respeito:

O tributo, em sua acepção original, deve estabelecer o papel do Estado como prestador de serviços ao contribuinte e não como seu patrão e cobrador. O Estado não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de organização da sociedade. Ela é a soberana, não o inverso. Portanto, o mesmo rigor que se estabelece na cobrança de impostos precisa haver na prestação de contas. O nome disso é cidadania e, quanto a isso, lamentavelmente, não avançamos muito, de Tiradentes para cá. As derramas continuam se sucedendo. Faço o preâmbulo para anunciar que, tendo em vista a insaciável voracidade fiscal do Estado brasileiro, que o leva freqüentemente (e é o caso presente) a desconhecer os limites da lei, a Ordem dos Advogados do Brasil instituiu, no dia 25 de janeiro deste ano, uma Comissão Especial de Estudo da Carga Tributária Brasileira.²⁴

A comissão fará um levantamento da situação tributária brasileira, para apresentar, não apenas um diagnóstico de suas impropriedades jurídicas, mas também para formular propostas.

A luta por justiça e transparência tributária é, para a cidadania brasileira, tão relevante quanto a luta contra a ditadura. Sem justiça tributária não há democracia, desenvolvimento ou justiça social.

A necessidade de justiça tributária está presente na maioria das Constituições sob a forma de um princípio, seja implícito ou explícito. No Brasil, por mais que se afirme que esse princípio não é explícito, pode ser entendido como uma consequência do ideal de construção de uma sociedade justa; estaria ele resguardado nas diversas formas através das quais se manifesta, através do princípio da capa-

²³ NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Ética Tributária e cidadania fiscal. Disponível em: www.tributário.com. Acesso em 27.06.05.

²⁴ BUSATO, Roberto. A nova derrama. *Correio Braziliense*: 02 fev.05. Da comissão mencionada no artigo, fazem parte tributaristas e juristas como o ex-secretário da Receita Federal Osiris Lopes Filho (que a coordenará); e os tributaristas Ives Gandra Martins, Hugo de Brito Machado, José Luís Mossmann e Vladimir Rossi Lourenço (do Conselho Federal da OAB).

cidade contributiva, da progressividade, da vedação de confisco, da não-cumulatividade dos tributos entre outros.

4. O tributo como instrumento de desenvolvimento econômico e social: impactos de sua função social

Desenvolvimento econômico não é apenas crescimento econômico e nem tampouco distribuição de riqueza. Pressupõe a distribuição dessa riqueza em favor do bem-estar social e a participação da sociedade.

O tributo como instrumento de política econômica conjuntural e estrutural tornou-se uma ferramenta indispensável no Estado contemporâneo. Em realidade, no estabelecimento das políticas de estabilização macroeconômica, de crescimento, de pleno emprego, de estabilidades de preços e de equilíbrio exterior, o tributo surge como um dos mecanismos indispensáveis para a atuação do Estado. Essa perspectiva permite um quadro interno estável, a partir do qual a inserção internacional ocorrerá em bases sólidas. Há, ainda, uma outra variável a ser considerada na análise dos sistemas tributários dos países desenvolvidos: a tradição jurídica. Essa seria uma outra característica capaz de assegurar a transparência e a segurança jurídica dos sistemas tributários modernos. Não obstante a interferência dos fatores internacionais, a estabilidade econômica lhes permite, paralelamente, conduzir a gestão interna do sistema tributário dentro dos parâmetros da equidade. Neste caso, a igualdade entre o cidadão seria assegurada pela existência de um aparato administrativo avançado e capaz ao mesmo tempo de permitir a rentabilidade dos sistemas tributários e de permitir uma melhor relação entre o fisco e o contribuinte.²⁵

A nova ordem econômica mundial destaca-se pela valorização do trabalho em relação ao desenvolvimento econômico.

Uma política tributária orientada para o desenvolvimento econômico e justiça social que não tiver, na sua essência, o estímulo ao trabalho e à produção,

[...] compensando a redução de encargos pela tributação sobre acréscimos patrimoniais, termina por não provocar desenvolvimento econômico nem justiça social e gera insatisfações de tal ordem que qualquer processo de pleno exercício dos direitos e garantias democráticas fica comprometido.²⁶

²⁵ FALCÃO, Maurin Almeida. Desenvolvimento Econômico e Expansão dos Sistemas Tributários. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/83.html>. Acesso em 22.6.05.

²⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito Econômico e Tributário*. Comentários e Pareceres. São Paulo: Resenha Tributária, 1992, p. 6-7.

De certa forma, para o desenvolvimento econômico nacional neste contexto de globalização, deve ser salientada a redução dos gastos públicos, com um processo de diminuição da carga tributária, capaz de permitir uma maior disponibilidade de recursos para a poupança, investimento ou consumo.

A justa repartição do total da carga tributária entre os cidadãos é imperativo ético para o Estado Democrático de Direito. A política fiscal tem de ser política de justiça e não mera política de interesses. Por isso, tem-se que o legislador fiscal não pode editar leis de qualquer maneira. Deve observar os princípios de justiça. Leis fiscais sem relação alguma com a justiça não fundamentam o Direito Tributário.

A arrecadação de tributos é importante para a economia nacional e internacional, não apenas como fonte de riqueza para o Estado, mas também como elemento regulador da atividade econômica e social.

Nesta linha de raciocínio, deve ser destacado que ,para alcançar uma justiça fiscal, os ditames do princípio constitucional da proporcionalidade devem estar aliados ao princípio da progressividade de alíquotas, na maioria dos tributos. Dessa forma, estar-se-ão alcançando os objetivos da natureza social do tributo com a efetiva aplicação desses princípios constitucionais, possibilitando que o Estado alcance com tributação mais elevada os mais ricos e de forma menos acentuada aqueles que possuem baixo poder aquisitivo, podendo, inclusive, conceder a estes uma isenção no pagamento de tributos. Vale aí o destaque dos cânones de Adam Smith: justiça, certeza, comodidade e economia dos impostos.

Maurin de Almeida Falcão²⁷ ressalta a estreita relação entre nível de desenvolvimento econômico e a configuração dos sistemas tributários. Como fato econômico, político e social, o tributo sofreu, nos dois últimos séculos, a influência do vigoroso debate doutrinário e ideológico, cujas repercussões ainda persistem no limiar do século XXI. Esse contexto foi responsável pela abordagem do tributo como mecanismo de solidariedade social ou, segundo a teoria do benefício, uma contrapartida do tributo recolhido pelo cidadão.

Somente com a socialização dos tributos, através da sua aplicação como instrumento social, é que será possível desenvolver uma política social justa e distributiva, nos anseios da nação e como forma de se alcançar as finalidades que o Estado se prestou a desenvolver, através de sua Carta Constitucional, e que devem nortear todo o procedimento dos Órgãos que compõem a República Federativa do Brasil.

Desse modo, para que o Estado alcance suas finalidades sócio-econômicas e desenvolva uma política governamental em prol dessas finalidades, faz-se necessário o respeito ao princípio da justiça fiscal, o qual somente poderá ser alcançado mediante a conjugação dos princípios da igualdade e seus corolários, em conjunto com o

²⁷ FALCÃO, Maurin Almeida. Desenvolvimento Econômico e Expansão dos Sistemas Tributários. Disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/83.html>. Acesso em 22.05.05.

princípio da função social do tributo, permitindo a todos os cidadãos viver com dignidade, possibilitando o desenvolvimento econômico adequado ao contexto social.

Considerações finais

A administração tributária é um órgão de Estado e por isso, é imperioso submetê-la ao controle da sociedade. É preciso criar medidas que resgatem a noção de cidadania fiscal, de forma a disseminar a consciência da relação direta entre o cumprimento das obrigações tributárias e a cidadania.

Toda e qualquer alteração do Sistema Tributário Nacional deverá ser voltada para a cidadania, ou seja, para o interesse do cidadão contribuinte e da sociedade como um todo. A reforma tributária necessária ao Brasil deve atender aos princípios de justiça fiscal e de distribuição de renda, principalmente, além de outros.

Além de tais posturas, há que se verificar com isso o atendimento à função social do tributo também na política da distribuição da renda.

O sistema tributário deve ter como objetivos o crescimento econômico, a criação de empregos, a redução da dependência de capitais externos, a eliminação da pobreza, as justiças fiscal e social e o desenvolvimento sustentado.

A instituição de qualquer tributo ou seu aumento deverá, necessariamente, atender ao critério da distribuição de renda e riqueza, que será efetivada, entre outras formas, mediante a desoneração tributária da cesta básica, do mínimo existencial e da produção e circulação de remédios.

Todo o sistema tributário deve buscar um equilíbrio entre o fator trabalho e o fator capital.

O contribuinte brasileiro questiona constantemente o aumento da carga tributária. Afinal, vem pagando a expansão do gasto público, sobretudo o custo do endividamento. A mobilização que questionou a Medida Provisória nº 232, exigindo limites na arrecadação, controle dos gastos e dos investimentos realizados pelo Estado, é manifesta questão de cidadania, de transparência na gestão e de maturidade democrática. Mas isso, deverá ser visto, apenas, como o início de um longo caminho que deve ser percorrido para que o tributo alcance a sua função social quando de sua implantação, aumento, arrecadação e principalmente na aplicação dos recursos dele provenientes.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Luiz Ricardo Gomes. *Direito Tributário: aprendendo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução às ciência das finanças*. Rio de Janeiro:Forense, 1969.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

BUSATO, Roberto. A nova derrama. *Correio Braziliense*, 02 fev.05.

DERZI, Misabel. Família e Tributação. A vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, 1989, v. 32, p. 153.

FALCÃO, Maurin Almeida. *Desenvolvimento econômico e expansão dos sistemas tributários*. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/83.html>. Acesso em 22.06.05.

FLORIDO, Irineu. *A repercussão econômica dos impostos*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1987.

LEONETTI, Carlos Araújo. Humanismo e tributação: um caso concreto. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/68.html>. Acesso em 14 ago. 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito econômico e tributário*. Comentários e Pareceres. São Paulo: Resenha Tributária, 1992.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. *A política tributária como instrumento de defesa do contribuinte*. A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro. São Paulo: IOB, 2002.

MELLO, Gustavo Miguez de. Uma visão interdisciplinar dos problemas jurídicos, econômicos, sociais, políticos e administrativos relacionados com uma reforma tributária. In *Temas para uma nova estrutura tributária no Brasil*. Rio de Janeiro: Mapa Fiscal Editora, 1978, p. 5. (Congresso Brasileiro de Direito Financeiro, Sup. Esp. I).

MORAES, Germana de Oliveira. Palestra ministrada no Seminário sobre Reforma Tributária, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em março de 2003, Fortaleza – CE, mimeo.

NABAIS, José Casalta, Algumas reflexões sobre o actual estado fiscal. *Revista Virtual da Advocacia Geral da União*. [AGU] n. 9, p. 12. abril/2001. Disponível em: www.agu.gov.br.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Ética tributária e cidadania fiscal*. Disponível em: www.tributário.com. Acesso em 28.6.05.

_____. *Ética tributária e o decreto federal nº 4.489/2002*. *Jus Navigandi*. Teresina, Disponível em www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3647. Acesso em 27.6.05.

SOUZA, Paulo Renato. A futura herança maldita. *O Estado de S. Paulo*. 24 abr. 2005, Caderno A (Espaço Aberto).

TIPKE, Klaus. TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los contribuintes*. Tradução de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 21.

WAGNER, José Carlos Graça. *Penalidades e acréscimos na legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1979, p. 310.

_____. *Tributação social do trabalho e do capital*. São Paulo: Resenha Tributária, 1982.

VINHA, Thiago Degelo; RIBEIRO, Maria de Fátima. Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison C. (Coords.). *Tributação, justiça e liberdade*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 659.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO E ORDEM ECONÔMICA

CONSTITUTIONALIZE OF THE JURIDICAL BUSINESS AND ECONOMICAL ORDER

Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA¹
Cristiano de Souza MAZETO²

RESUMO

A investigação intenta desvendar o perfil negocial dos pactos, como socializados, contemplando a tutela dos interesses coletivos, influenciada pela ordem econômica. O resgate histórico conduz a abordagem do individualismo negocial, fundada na concepção pretérita do liberalismo. Fases do pensamento jurídico continental são resgatadas a partir da Jurisprudência dos Conceitos, passando pela Jurisprudência dos Interesses, para pousar na Jurisprudência dos Valores, visando a melhor apreensão da constitucionalização, em suas texturas metodológicas. A visibilidade da ruptura paradigmática promove a investigação para permitir alcançar a transcendência de valores e princípios, construindo a constitucionalização. Em consequência, dogmas são relativizados, como a autonomia privada e a livre iniciativa econômica. O contrato assume feição social para atender à necessidade da humanização dos pactos. A ordem econômica e os fins sociais do contrato são vistos como instrumentos hermenêuticos, corporificando, em si mesmos, um autêntico sistema de limites e fins, voltados à contemplação do social.

Palavras-chave: constitucionalização; negócio jurídico; ordem econômica.

ABSTRACT

The investigation attempts to unmask the profile negocial of the pacts, as socialized, contemplating her tutors of the collective interests, influenced by the economical order. The historical ransom leads the approach of the individualism

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP e Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR – Marília/SP.

² Advogado, Professor, Mestrando do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR – Marília/SP.

negocial founded in the past conception of the liberalism. Phases of the continental juridical thought are rescued starting from the Jurisprudence of the Concepts, going by the Jurisprudence of the Interests to land in the Jurisprudence of the Values, seeking the best apprehension of the constitutionalize, in your methodological textures. The visibility of the rupture paradigmatical promotes the investigation to allow to reach the transcendence of values and beginnings building the constitutionalize. In consequence, dogmas are relativizados as the deprived autonomy and the free economical initiative. The contract assumes social feature to assist the need of the humanization of the pacts. The economical order and the social ends of the contract are seen as instruments hermenêuticos, corporification in themselves, an authentic system of limits and ends, returned to the contemplation of the social. **Key-words:** constitutionalize; juridical business; economical order.

1. Introdução

O Direito Negocial, em sua tradição histórica, teve por fim a tutela exclusiva das relações particulares individuais. A própria expressão *negócio jurídico*, passa a ser adotada pela doutrina do século XIX, sendo antes disso, compreendida na categoria do ato jurídico, assim observado pela sistemática do Código Civil de 1916, e somente alterado pelo Código de 2002. Ainda assim, ambos tomaram por destaque a figura nuclear do contrato, como expressão de maior relevância do universo negocial.

Na perspectiva constitucional a tendência individualista vem sendo cambiada pela prevalência da tutela dos interesses coletivos, exigindo um aprimoramento das concepções pretéritas da teoria do negócio jurídico. Assiste-se, no direito pátrio, ao processo da constitucionalização dos direitos, fundamental e indispensável ao ordenamento jurídico.

De acordo com Pietro Perlingieri,

[...] a norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora da relevância jurídica das relações sociais, não somente como regra de hermenêutica, mas como norma de comportamento, apta a incidir sobre as situações subjetivas, funcionalizando-as, conforme os valores constitucionais. Tal postura se apresenta ainda como reação à fragmentação do saber jurídico, à insidiosa e excessiva divisão do direito em ramos e em especializações que, a prevalecer, fariam do jurista, fechado em seu microssistema, se bem que dotado de refinados instrumentos técnicos, um ser insensível ao projeto de sociedade contido na Lei Maior.³

³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Caco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49.

A advertência fachiniana apontava, no início da década de 90, para a mais equivocada das questões, então em debate: “O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribuiu a si próprio o poder de dizer o direito, e assim fazendo delimitou com uma tênue mas eficaz lâmina o direito do não-direito; por essa via, fica fora do sistema o que ao sistema não interessa [...]”⁴

De outra parte, Perlingieri apreende a constitucionalização enquanto exigência da unitariedade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes, em especial, como meio de evitar a degeneração do Estado Democrático de Direito.

Em verdade, Fachin e Perlingieri denunciavam, por discursos distintos, a degradação do sistema jurídico tradicional.

Com a redefinição constitucional do sistema jurídico pátrio, sobressai um modelo aberto – influenciando a conformação dos sub-sistemas – orientando-os, de forma coerente, a partir de uma ordem principiológica nuclear.

Nesse caminhar, não significa setoriar, em campos estanques, os sistemas de regulações de direitos e, sim criar uma “unidade hermenêutica”.⁵ Segundo Tepedino, cria-se um polissistema em conflito ao monossistema em torno do direito civil.⁶

A metodologia constitucional, ao priorizar as relações sociais em seu projeto, modifica, sensivelmente, o foco do sistema normativo. No Direito Civil, as relações privadas são, por assim dizer, realinhadas, alcançando dimensões para além do individualismo estreito, até então, núcleo central da concepção privatista.

Em face do processo de constitucionalização, a regulação das relações privadas se define pela contemplação de novos horizontes, na perspectiva aberta e porosa, havida da absorção do pensamento jurídico contemporâneo, plural, socializado e sensível às condições do sujeito, inserido em seu real universo.

2. O giro metodológico e o aporte constituinte

No passado, o rompimento com o paralelismo lógico-racional resultou no apego à jurisprudência dos conceitos.

A viagem de Jhering em favor da jurisprudência dos interesses partiu da premissa de “que a vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida”⁷.

“Verdadeiramente”, a perspectiva histórica do Direito às suas últimas conseqüências, não apenas as proposições jurídicas, mas

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil*, 1994, p.205.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 17 ago. 2005.

⁶ TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*; 2. ed. São Paulo/ Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 75.

⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. reformulada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991, p. 479.

também os conceitos jurídicos que delas extraem por concentração, se transformam com o tempo: acreditar na inalterabilidade dos conceitos jurídicos romanos é uma posição perfeitamente imatura, que deriva de um estudo da história completamente acrítico. Mas não há dúvida de que, ao reconhecer-se isto, tem de se abandonar à crença de que com os conceitos jurídicos básicos se descobriram os últimos alicerces do Direito, a partir dos quais, através de combinação, podem deduzir-se todas as proposições jurídicas. Vê agora Jhering que a coerência lógica de uma proposição jurídica não é o mesmo que a sua validade prática, declarando-se contra a ilusão da dialética jurídica, que busca dar ao positivo o nimbo do lógico, contra o culto da lógica, que pensa erigir a Jurisprudência em uma matemática do Direito. Jhering opina: Não é o que a lógica postula que tem que acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja isso logicamente necessário ou logicamente impossível.⁸

As incoerências do sistema jurídico, com efeito, são, de há muito, objeto de reflexão e perquirição do jurista de época. O pensamento contemporâneo alcança o ápice estruturado, em verdade, nas bases fundantes, como concebidas pelos primeiros críticos.

Foi ainda Jhering que em 1877, em sua obra “O Fim do Direito”, o primeiro a definir a compreensão do Direito a partir de uma finalização, sistematizada posterior por Karl Larenz, nos anos 60.

Aduz Larenz em precisa síntese:

As frases que acabamos de transcrever contêm o princípio de um programa para uma jurisprudência <<pragmática>>, que tem menos a ver com um conhecimento mais profundo do Direito do que com o <<valor para a vida>> dos respectivos esforços. O problema está em saber-se em que consiste esse <<valor para a vida>> da Jurisprudência, às circunstâncias sociais concretas, ou ao <<sentimento jurídico>>? “A idéia-base da presente obra é a de que o fim é o criador de todo o Direito, de que não existe nenhuma proposição jurídica que não deva a sua origem um fim, ou seja, a um motivo prático”... O eixo da obra de JHERING reside verdadeiramente na questão do sujeito dos fins, do sujeito que está por detrás das proposições jurídicas e que, através delas consegue prevale-

⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. p. 58.

cer. "A resposta óbvia - é o legislador - já não logra satisfazer JHERING, que bem sabe que o legislador conta menos como pessoa individual do que como representante de uma comum vontade ou impulso que congrega todos os cidadãos".⁹

A construção metodológica iniciada por Jhering traz a lume, pela vez primeira, o enfrentamento do oculto que encobria a visão analítica e só então desvela o relevo das **circunstâncias sociais concretas**, como presentemente se pretende alcançar. Na seqüência são questionados o **valor prático para a vida e o motivo prático**, apontando para o sujeito dos fins, porém não para o sujeito-gestor das proposições jurídicas - o legislador. A busca do sujeito conduz ao achamento da figura singular do sujeito de direitos e deveres, o endereçado da norma, até então preterido.

É na jurisprudência dos interesses que efetivamente se torna consistente a compreensão do Direito como tutela de interesses, e, somente no final do século XIX, surge de forma clara à questão, jamais enfrentada, da função social do Direito Privado.

No Direito Continental, a discussão metodológica avança para a Jurisprudência da valoração. Há uma imediata adoção dos princípios ético-jurídicos, com rápida absorção dos princípios elevados em nível constitucional.

Karl Larenz destaca:

Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da <<dignidade da pessoa humana>> art. 1.º da Lei Fundamental, a tutela geral do espaço de liberdade pessoal [...]; o princípio da igualdade, com as suas caracterizações [...], a idéia de Estado de Direito, com as suas concretizações..., à democracia parlamentar e à idéia de Estado Social. É reconhecido que estes princípios hão-de ter-se em conta também na interpretação da legislação ordinária e na concretização de <<cláusulas gerais>>. Como as normas constitucionais precedem em hierarquia todas as demais normas jurídicas, uma disposição da legislação ordinária que esteja em contradição com o princípio constitucional é inválida.[...] Só o Tribunal Constitucional Federal pode

⁹ Deixa antever, JHERING não pensa tanto num fim próprio do Direito (olhado como um todo do ponto de vista do sentido), num fim subsistente em si mesmo, numa objetiva e imanente teleologia do Direito, mas nos fins práticos das proposições jurídicas singulares, fins em virtude dos quais, unicamente, segundo ele crê, essas normas são criadas e podem ser explicadas, claro que não são os fins, como que automaticamente, que podem ser o <<criador>> do Direito, mas apenas o sujeito que estabelece esses fins e prossegue esses fins pela imposição do Direito. (LARENZ, Karl. Ob. Cit. p.59).

decidir sobre se uma disposição do Direito pós-constitucional contradiz a Constituição¹⁰.

Larenz conclui que “a interpretação de conformidade com a Constituição é imprescindível ao processo hermenêutico que retira do texto maior, a compreensão principiológica, mas também recebe a imposição de limites, vale dizer - interpretar conforme a Constituição”.¹¹

Nesta fase, a investigação levada a efeito, intenta apontar o caminho constitucional percorrido pelo Direito Continental visando possibilitar a melhor compreensão, no âmbito nacional, da experiência vivida em igual direção, recepcionando a metodologia constitucional¹². Evidentemente, a brevidade dos resgates são delimitados pela própria temática, sob investigação, não sendo contemplado as diversas discussões doutrinárias consignadas no âmbito da Teoria Geral e Jusfilosofia, cujo estudo se recomenda. Fundamental, contudo, é perceber, nessas texturas constitucionais a limitação decorrente de comando principiológico que determina, seja a interpretação conforme a Constituição.

Karl Larenz expõe, em 1967, as principais instituições do Direito privado a saber:

¹⁰LARENZ, Karl. Ob. Cit. p.479-480. Declarou em muitos acórdãos que uma disposição só é inconstitucional e, portanto, inválida, quando não pode ser interpretada <<em conformidade com a Constituição>>. Examina-se, por conseguinte, em primeiro lugar se uma interpretação, reconhecida como inconstitucional, é, de acordo com os <<métodos de interpretação tradicionais>>, a única possível>> - e então a disposição inválida - ou se também é possível que resulte uma interpretação conforme a Constituição. Se uma interpretação, que não contradiz os princípios da Constituição, é possível segundo os demais critérios de interpretação, há-de preferir-se a qualquer outra em a disposição viesse a ser inconstitucional. A disposição é então, nesta interpretação, válida. Disto decorre, então, que de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência àquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. <<Conformidade à Constituição>> é portanto, um critério de interpretação.

¹¹ LARENZ, Karl. Ob. Cit. p.479-480.

¹² LARENZ, Karl. Ob. Cit. p.481-482. Nos princípios ético-jurídicos de escalão constitucional, como o princípio do Estado de Direito e do Estado Social, bem como o princípio geral da igualdade do art.º 3.º, trata-se, bem entendido, de um Direito diretamente vigente, mas que não está, ou só o está parcialmente, formulado em normas jurídicas, nas quais previsão e consequência jurídica estejam claramente delimitadas. Enquanto <<princípios>> são pautas carecidas de preenchimento, para cuja concretização são convocados tanto o legislador ordinário como a jurisprudência. Aqui vale, segundo a Constituição primado de concretização do legislador. Este significa que onde o princípio deixe em aberto diferentes possibilidades de concretização, os tribunais estão vinculados à escolhida pelo legislador ordinário, não lhes sendo, portanto, lícito substituí-la por outra - porventura, por via de uma interpretação <<conforme a Constituição>> ou de uma correção da lei - que em sua opinião seja de preferir. Só quando - e na medida em que - a regulação encontrada pelo legislador contradiz pura e simplesmente o princípio constitucional, quer dizer, não representa já qualquer possível concretização do princípio, é que se há-de recusar a validade à lei, por inconstitucional. Só existe, portanto, margem para a concretização imediata de um princípio constitucional pelos tribunais quando, ou uma lacuna da lei não pode ser colmatada de outro modo senão por esta via, ou então a própria lei, em especial mediante o emprego de conceitos carecidos de preenchimento, como o de <<bons costumes>>, confere ao juiz uma margem de livre concretização.

[...]os conceitos de propriedade, de responsabilidade, de contrato e das diversas formas de pessoas coletivas de Direito privado – como <<momentos de sentido>> deste conceito concreto-geral de <<peessoa>>. A pretensão deste conceito concreto-geral de <<peessoa>> era, pois a exposição dos <<princípios jurídicos imanentes>> de uma ordem jurídica ou de um setor determinado, tornando visível a sua <<unidade de sentido>> intrínseca.¹³

Através de rápida síntese, é possível observar que, para o Direito Continental, por razões histórico-culturais, não se desvela construção acerca da constitucionalização dos direitos, antes as investigações científicas são desenvolvidas na busca do movimento metodológico responsável pela recepção dos valores, quer dizer, dos princípios e em específico, neste passo, sim, dos princípios constitucionais. Estava lançada a definição de unidade de sentido, presentemente buscada através da denominada unidade hermenêutica.

No Brasil, tornou-se compreensivo o movimento metodológico da constitucionalização face ao império do Estado Militar, que renegou por longos vinte anos as liberdades e garantias constitucionais.

Somente com o Estado Democrático de Direito e Social, tornou-se possível, ainda que com atraso razoável em relação ao Direito Continental, a absorção das pautas axiológicas constitucionais.

Finalmente, destaca-se a socialização do direito em que, no âmbito privado a função social desponta como paradigma da modernidade.

No contexto do negócio jurídico, surge a questão concernente à interpretação dos pactos de conformidade com o modelo adotado para interpretar a lei. A doutrina firma posições, recepcionando igual orientação metodológica no contexto da interpretação negocial. Não há como desconsiderar a adequação da invocação dos princípios constitucionais, no segmento do transito jurídico, onde a autonomia privada vem, a um só tempo, garantida e limitada pelos princípios constitucionais.

3. A constitucionalização do direito civil

A constitucionalização do Direito Civil segue a conformação metodológica do sistema jurídico, a exemplo dos demais subsistemas. A expressiva modificação no campo do privado permanece sendo a mudança do eixo individualista, devido à releitura constitucional promovida nas estruturas do Direito Civil oitocentista, conduzindo-o para a socialização. As relações privadas, finalmente, passam a contemplar os interesses coletivos para além da redoma individual.

¹³ LARENZ, Karl. Ob. Cit. p.708.

“O papel de fio condutor atribuído ao valor constitucional realça um novo Direito Civil e rejeita reformas à moda do século XIX”¹⁴.

Nesse passo, não há como confundir constitucionalização do Direito Civil com a questão atinente a sua publicização. Na publicização, há o movimento de coordenação do Estado no âmbito do Direito Civil, com fundamento nas regras infraconstitucionais. Já na constitucionalização, a coordenação estatal é preterida pela absorção dos valores constitucionais – princípios norteadores das relações privadas. O século XX foi palco dessa viragem.

De acordo com Gustavo Tepedino:

No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais tem assegurado eficácia imediata nas relações de Direito Civil”. “Consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição”.¹⁵

À vista desse movimento metodológico, princípios outros, além daqueles indicados por Tepedino, completam a nova ordem. Assim, “o princípio da igualdade que se ramifica para o Direito Civil visando remover obstáculos, mas que, antes deve ser harmonizado com o sistema que lhe originou”.¹⁶ A grande incidência desse princípio será nas cláusulas gerais, possibilitando que o intérprete adequar seus juízos hermenêuticos e de valor, em conformidade com a ordem social vigente.

De fato, é possível dizer que o Direito Civil deixou de ser um ramo eminentemente privatista, para obter, pela ordem social, um limite de coordenação dessas relações, possibilitando, inclusive, a restrição à livre iniciativa, quando em conflito com a justiça social.¹⁷

Seria dizer, por outro prisma, que o direito privado está socializado, devendo atender mais a um fim coletivo, do que propriamente, a um unicamente

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 88.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição, 1998/1999, p.22 apud., FACHIN, Luiz Edson. Ob. cit. p.89.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 49.

¹⁷ TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 137.

privatista, pois *v.g.* a boa fé passa a ser um efeito colateral para as partes, mais do que propriamente uma necessidade nuclear¹⁸, é dizer que as partes além de se conduzirem para uma finalidade honesta, têm de se dirigir para uma finalidade justa. Finalidade justa reside na consumação da real igualdade das partes, quanto à atribuição da carga de direitos e deveres, equilibradamente distribuídos.

4. O constituir negocial e os fins práticos

4.1 O poder da autonomia privada

O universo negocial contemporâneo toma por eixo os princípios constitucionais voltados para a consecução dos fins práticos, como objetivado pelo sujeito no âmbito contratual. Sendo assim, assume papel de relevo indispensável à observação da autonomia privada em seu novo contorno, de par com a função social dos pactos.

Luiz Edson Fachin, em crítica competentíssima, pontua:

A autonomia privada, vista como um dogma está teoricamente ultrapassada. Permanece, todavia, a indagação sobre o que colocar no lugar de seu conceito, no âmbito dos contratos. Depreende-se, então, a necessidade de nova proposta de reflexão transdisciplinar, para que se possa compreender melhor esse momento. O estabelecimento de uma espécie de cartografia da transdisciplinariedade impõe em repensar do sujeito e do objeto, bem como da metodologia da investigação científica, voltada para esses estatutos jurídicos fundamentais¹⁹.

O repensar, como proposto por Fachin, aponta para a direção oposta à concepção individualista de negócio jurídico, a autonomia privada integral, ilimitada, assegurando ao sujeito plena liberdade de contratar. A manifestação da vontade, por via de consequência, afirmava o dogma da vontade. Inexoravelmente, o contrato assumia a feição de instrumento de opressão no liberalismo, fundado no valor supremo da liberdade do indivíduo.

A transcendência de valores conduz à transcendência de conceitos. Alguns conceitos jurídicos assumem a face de sentenças de mármore. São perpetuados em sua rigidez e então congelam. Foi assim com a autonomia

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de Los Contratos*; Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004, p. 146.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. Ob. Cit., p.253-254.

privada, tida como poder absoluto do indivíduo para contratar. De fato, somente movimentos vigorosos e em conjunto conseguem promover a ruptura com o velho paradigma, para deixar entrar o novo. A autonomia privada, redefinida, assume expressão limitada, em conformidade com a necessidade de conduzir as relações contratuais ao plano do equilíbrio indispensável em razão do perfil negocial socializado.

A autonomia privada, antes entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, como eixo da relação contratual se deslocando da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança.²⁰

Com a crise dos contratos e sua posterior superação, ancorada por significativas transformações, finalmente se conduz a um bem concebido rol de limites que fazem a contenção da autonomia privada, definindo perfil compatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.

Francisco Amaral, por seu turno, reafirma:

O problema da autonomia privada é, portanto um problema de limites que se colocam, por exemplo, com o dever ou a proibição de contratar, a necessidade de aceitar regulamentos predeterminados, a inserção ou substituição de cláusulas contratuais, o princípio da boa-fé, os preceitos de ordem pública, os bons costumes, a justiça contratual, as disposições sobre abuso de direito, etc., tudo isso a representar as exigências crescentes de solidariedade e de sociabilidade ²¹.

O dirigismo contratual realinha a autonomia privada enquanto expressão maior, que foi, da liberdade de contratar, para limitar seu campo de invocação.

Bem observa Judith Martins-Costa ao gizar:

A autonomia contratual não é mais vista como um fetiche impeditivo da função de adequação dos casos concretos aos princípios substanciais contidos na Constituição a as novas funções que lhe são reconhecidas. Por esta razão desloca-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança, diretriz indispensável para a concretização, entre outro, dos princípios de superioridade do interesse comum sobre o particu-

²⁰ MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, G. (coord) *Problemas de Direito Civil*. Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 176.

²¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.345.

lar, da igualdade (em sua face positiva) e da boa-fé em sua feição objetiva.²²

Os limites da autonomia privada implicam a revisão da liberdade de contratar, vale dizer, o princípio da liberdade contratual é tomado em simetria com os princípios da igualdade das partes, prevalecendo o equilíbrio dos interesses, em face da função social dos pactos, enquanto expressão da justiça contratual. Os pactos, agora socializados, buscam seus fins, vale dizer, inclusive os fins práticos.

4.2 A socialização dos pactos

A discussão acerca da socialização dos pactos não é matéria nova, o que há de novo é a expressiva recepção através da qual vem sendo consagrada.

A função social do contrato ganha relevo a partir da Constituição Federal, sendo reconhecida como um dos princípios norteadores do contrato, limitando, por outro lado, o princípio da liberdade de contratar.

Não é demais dizer que os contratos têm uma ligação medular muito grande com o direito de propriedade, com produção de serviços, que, de forma inafastável, a ordem econômica regra a própria vontade de contratar, podendo inclusive limitá-la.²³ Essa estreita conexão de matérias conduz para a abordagem do forte eixo representado pela ordem econômica.²⁴

A Carta Magna de 88 consagra a expressiva contemplação social com reflexos, importantíssimos, nas relações civis. Ganho que tal não pode ser desconsiderado ou inobservado, sob pena de um retrocesso social inaceitável. Nesse particular, pondera Canotilho, em seara própria, invocado pela peculiaridade da advertência.

O princípio da democracia econômica e social aponta para a **proibição de retrocesso social**. A idéia aqui expressa tem sido designada como proibição de – contra-revolução-social – ou da – evolução racionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à as-

²² MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.3, set./dez. 1992, p. 141, apud Gustavo Tepedino (coordenador) – *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.123.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 17 ago. 2005.

sistência, direito a educação), uma vez obtido num determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.²⁵

A partir do momento em que as relações privadas, finalmente estão socializadas, cabe zelar para que interpretações pretéritas ou na contramão da evolução não venham a retirar ganho tamanho, quando nada, negando-lhe eficácia.

A Constituição, da mesma forma que permite a liberdade de contratar, de igual tônus, impõe questões de ordem pública que limitam essa mesma vontade.²⁶

Conforme afirma Lorenzetti,

[...] a Constituição, em sua íntima relação com os contratos, gera a intervenção da ordem pública por razões de emergência econômica, influência dos direitos fundamentais sobre o contrato, influência sobre o objeto e a causa, proteção da capacidade e vontade, proteção constitucional do consumidor, contratos sobre bens coletivos, tutela da autonomia privada e a argumentação constitucional nos casos contratuais, são o que dão o impulso necessário para essa ligação. É colocar os interesses individuais dentro de uma realidade econômica social e real.²⁷

A Constituição Federal, em seu artigo 170 assenta os fundamentos da ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, indicando os fins propostos, ao buscar assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Determina mais, que tais fins sejam alcançados com a observação dos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade e da livre concorrência. A ordem econômica vem, assim, informada por princípios e fins. Limitada de forma especial, pela função social que predomina, alcança o universo negocial, em seu complexo de relações contratuais, redefinidas pelos novos e predominantes valores, emergidos das pautas axiológicas constitucionais.

A previsão constitucional do artigo 170, da Magna Carta é, inegavelmente, núcleo de revalorização do sujeito, aquele mesmo espectador dos fins práticos. A ordem econômica constitucional torna a assentar a dignidade humana do sujeito para então, recolocá-lo nos diversos lugares que realmente ocupa em sociedade. Assim, o primeiro sujeito nomeado pela ordem, é o trabalhador, seguido do em-

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 338-339.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de Los Contratos*: Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 116.

²⁷ ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, 5. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 63.

presário, aquele da livre iniciativa, quiçá o empregador. A esses sujeitos, a promessa de segurança e esperança do trabalho humano digno e da liberdade equilibrada.

Na indicação do cardápio principiológico do artigo 170, e incisos, o sujeito é eleito, sem dúvida, o titular dos ditames da justiça social; define-se como cidadão no âmbito da soberania nacional, seguido do sujeito-proprietário da propriedade privada e funcionalizada. Por fim, o sujeito-consumidor, de bens, serviços, valores, princípios e justiça social. Não há, no ordenamento jurídico pátrio, similar contemplação do sujeito, contextualizado vezes tantas, como sujeito de titularidades, como defende Luiz Edson Fachin.

Ao cabo e ao fim, há uma imperiosa força denunciando a importância, de significado nobre, ainda não revelado, contido na dignidade do sujeito, finalmente nominado sujeito-contratante. Se, em diversos ambientes principiológicos, como analisados, voltados à proteção do contratante no trânsito jurídico negocial, deve ser inferido que os fins sociais do contrato asseguram a dignidade do contratante.

Inegavelmente, o texto constitucional contempla **circunstâncias sociais concretas**, como destacadas por Jhering, mas, pela baixa carga eficaz ainda não foi consolidado **o valor prático para a vida**.

De acordo com Francisco Amaral,

[...]a liberdade de iniciativa econômica, indiretamente se garante a autonomia privada, em face da íntima relação de instrumentalidade existente entre ambas. Conceitos conexos, mas não coincidentes, a autonomia privada tem caráter instrumental em face da liberdade de iniciativa econômica, pelo que as limitações que a esta se impõem também atuam quanto àquela ²⁸.

Pode-se dizer mais: a relação de instrumentalidade, descrita por Amaral, no âmbito da ordem econômica, alcança, naturalmente, a função social, esta sim, conceito unívoco que transporta, a um só tempo, a livre iniciativa e a autonomia privada para a moderna concepção de funcionalização do direito, rompendo, em definitivo, com a herança liberal-individualista.

A economia não é uma situação linear e, por isso, por várias vezes, é necessário que o Estado se faça presente em determinadas circunstâncias, para obter um reequilíbrio de relações²⁹, até mesmo, em casos excepcionais, participando como agente econômico.³⁰

²⁸ AMARAL, Francisco. Ob. Cit. p.344.

²⁹ PEREIRA, Affonso Insuela, *O Direito Econômico na Ordem Jurídica*, São Paulo: José Bushastasky, 1974, p. 152.

³⁰ CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal, *Reflexões sobre a não-intervenção do Estado na "Atividade Econômica", nos termos do Art. 173 da vigente Constituição Federal*, Londrina, 2003.

A Constituição detém um núcleo de sustentação, que são os direitos fundamentais, verdadeiros nortes de aplicação a todas as relações jurídicas³¹, inclusive e em especial para os contratos.

Não basta a garantia procedimental, é preciso que se implemente de maneira concreta os direitos fundamentais que são a expressão da dignidade da pessoa humana.”³²

A Constituição é núcleo de princípios, que por sua vez são carregados de valores e, por conta disso, são fundamentais na conclusão de um contrato em seu objeto e na sua causa, como a socialização do contrato e a boa fé objetiva³³, por serem de observação obrigatória, sob pena de invalidade do vínculo contratual. Ao contemplar as relações de consumo, equalizou relações de hipossuficiência, sempre presentes naqueles contratos, daí a importância de regras constitucionais nessa quadra.

No final, uma volta ao início da Carta Constitucional, ao artigo 1º³⁴, quando estabelece os fundamentos da República reunidos na soberania, cidadania, dignidade humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, somados ao rol de objetivos fundamentais, como referidos no artigo 3º³⁵, possibilitando a organização da ordem econômica fundada em valores e limites, na dicção do artigo 170³⁶, alcançando os pactos e mais que isso, o próprio sujeito dos pactos.

³¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais. Lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.ap?id=3974>>. Acesso em: 27 abr. 2006.

³² COELHO, Paulo Magalhães da Costa, É possível a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora na pós-modernidade? In: *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos: Divisão Jurídica*, Bauru: Edite 44. ed., setembro/dezembro de 2005.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*, Tomo 1, Saraiva, p. 50.

³⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

³⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor.

Destarte, todo contrato resulta em finalidade social, conforme o mandamento institucional da Constituição ³⁷, “para evitar os massacres que o direito civil é incapaz de solver, conforme diz a própria história”. ³⁸

A evidência dos reflexos constitucionais nos contratos são as cláusulas gerais. Por essas, é possível a perfeita adequação do sistema sem as interferências de âmbito externo, buscando, assim, os valores constitucionais que a Constituição fornece³⁹ permitindo o ajuste obrigacional à realidade social.

Justamente por serem cláusulas abertas de possibilidade de o julgador colocar ajustes que a inflexibilidade de antanho não permitia, é aí que a Constituição age com maior potência, ramificando hoje, seus preceitos para o Direito Civil, como é o caso da socialidade tida como princípio, que busca a função social do contrato, limitando a autonomia da vontade e permitindo o reajuste das avenças para um melhor atendimento social. ⁴⁰

Os princípios constitucionais dominam a coordenação dos pactos devendo atender aos preceitos constitucionais, mais especificamente, os da ordem econômica, pela estrita imbricação com o ambiente negocial.

O Código Civil consagra o princípio da função social do contrato, no artigo 421, seguindo a orientação constitucional e, portanto, indicando dupla dimensão. A um, como finalidade enquanto razão; a dois, como limite a liberdade de contratar. Assim, o trânsito jurídico negocial, guardados os limites da autonomia privada, alcança seu fundamento, vale dizer, sua razão contratual, fundada na função social do contrato.

O desafio do Estado Social Democrático de Direito está, nessa perspectiva, em efetivar a ordem econômica, respeitando suas funções. A funcionalização dos institutos jurídicos vem representando a superação do dogmatismo tradicional, cambiada por uma hermenêutica crítica, investigadora de uma ordem jurídica e social adequada às necessidades e valores da sociedade contemporânea⁴¹.

³⁷ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 17 ago. 2005.

³⁸ TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*; 2ª ed., São Paulo – Rio de Janeiro, Renovar, 2202, p. 56.

⁴⁰ HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1028, 25 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8262>>, Acesso em 27 abr. 2006.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.v. 3

⁴¹ FERREIRA, Jussara S.A.B.Nasser, Função Social e Função Ética da Empresa. In: *ARGUMENTUM*-Revista de Direito, Marília: UNIMAR, v. 4, p. 49, 2004.

Considerações finais

- A interdependência dos negócios jurídicos em relação à ordem econômica impõe, por conta da constitucionalização, a revisão dos conceitos jurídicos clássicos, como a autonomia privada, a livre iniciativa e a socialização dos pactos.

- A metodologia constitucional, fortemente marcada pelo pensamento jurídico continental, à altura da Jurisprudência dos Valores, prioriza as relações sociais em seu projeto. Contudo, a questão da função social do direito privado surge apenas no final do século XIX.

- O pensamento precursor de Jhering rompe com a abstração dos conceitos e proposições jurídicas de então. Assim, descreveu a necessidade e importância de apreender o direito, orientado por seus fins, por meio do “valor prático” para a vida, dimensionado pelas circunstâncias sociais concretas. A negação do abstracionismo e formalismo conceitual permite, ao cultor do direito, ver a realidade da vida em sociedade, onde o sujeito de direito se insere.

- O Estado Democrático de Direito consagra a socialização do direito ainda comprometida pela baixa efetividade. Ainda assim, se o valor supremo do liberalismo foi a liberdade do indivíduo, para o Estado Constitucional, o social é o valor supremo.

- A mudança metodológica produz significativo impacto nas relações privadas, alterando a rotação do eixo individualista para deitar tutela em favor dos interesses coletivos. A constitucionalização do negócio jurídico é consequência necessária à humanização dos pactos.

- O dogma da autonomia privada sucumbe, deixando de ser liberal para assumir feição social. Limites são definidos.

- A ordem econômica funcionalizada limita para estabelecer seus próprios fins.

- A relação entre a ordem econômica e a ordem contratual é instrumental. Os princípios e cláusulas gerais são instrumentos hermenêuticos possibilitadores de leituras plurais.

- A função social do contrato, conforme vocação adotada pela ordem econômica, define, igualmente, limites e fins.

De efeito, é possível concluir que a constitucionalização do Direito Civil redefine e limita a autonomia privada, a liberdade de contratar, consolidando a função social dos contratos, em favor da coletividade. O ganho social é fator democratizante que humaniza os pactos.

REFERÊNCIAS

- ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. *Primeiras Linhas de Direito Econômico* 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Reflexões sobre a não-intervenção do Estado na "Atividade Econômica", nos termos do Art. 173 da vigente Constituição Federal*, Londrina, 2003.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa. É possível a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora na pós-modernidade? *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos: Divisão Jurídica*, Bauru: Edite, 44. ed., setembro-dezembro de 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função Social e Função Ética da Empresa. *ARGUMENTUM-Revista de Direito*, Marília: UNIMAR, v. 4, 2004.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1028, 25 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8262>>. Acesso em: 27 abr.2006.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. reformulada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991, p. 479.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 17 ago. 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. Teoria Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 36.

NERY JÚNIOR, Nelson. *O Novo Código Civil*. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale, com coordenação de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003.

PEREIRA, Affonso Insuela. *O Direito Econômico na Ordem Jurídica*. São Paulo: José Bushastasky, 1974.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002,

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aps?id=509>>, Acesso em: 27 abr. 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais. Lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano, 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3974>>. Acesso em: 27 abr. 2006.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TEPEDINO, Gustavo (Coord). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*; 2. ed. São Paulo/ Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

VENOZA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

A TRIBUTAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE REALIZAM OS VALORES DA LIBERDADE, IGUALDADE E SOLIDAREIDADE

TAXING AND FUNDAMENTAL RIGHTS THAT PERFORM FREEDOM, EQUALITY AND SOLIDARITY VALUES

Marlene Kempfer BASSOLI *

RESUMO

O fenômeno dos direitos humanos tem maior destaque a partir dos séculos XVII e XVIII por meio dos embates filosóficos, sociológicos e jurídicos em torno da doutrina do direito natural. O tema evoluiu de modo acelerado após a 2ª guerra mundial. As conquistas foram atingidas no campo dos direitos individuais, políticos, sociais, transindividuais e, no estágio atual, a pauta é o direito ao desenvolvimento dos povos no âmbito social, cultural, político e econômico. Um estudo panorâmico dos ordenamentos jurídicos, em diferentes momentos e Estados da história da civilização contemporânea, permite constatar que os direitos humanos foram contemplados por normas jurídicas, portanto, trazidos por meio do processo da positivação aos ordenamentos jurídicos como direitos fundamentais. Na condição jurídica de direitos fundamentais, viabilizam condutas que realizam valores fundamentais. Devem ser tutelados pelo Estado e contra o poder do Estado. As considerações neste estudo serão no sentido de construir uma interpretação que aponte o dever constitucional imposto ao Estado brasileiro para, por meio das normas tributárias, viabilizar condutas que positivam os valores da liberdade, igualdade e solidariedade realizadores de direitos fundamentais.

Palavras-chave: valores jurídicos; direitos fundamentais; tributação; positivação.

* Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR.

ABSTRACT

The phenomenon of human rights has showed up since the eighteenth and nineteenth centuries during the philosophical, sociological and juridical clash about natural law doctrine. The theme evolves quickly after the Second World War. Conquests were stricken in areas like individual, political, social and trans-individual rights and, nowadays, the agenda is the right to development of peoples in social, cultural, political and economical areas. A panoramic study about legal systems in different moments and different States of the contemporary history of the civilization shows that human rights were contemplated by laws. So, they were brought to the juridical systems like fundamental rights through the confirmation process. They must be protected by the State and against the State power. Considerations in the present study will built an interpretation that aims to the constitutional owe of the Brazilian State to. Through tributary laws, it should enable actions that confirm the values of liberty, equality and solidarity in order to achieve fundamental rights.

Key- words: juridical values; fundamental rights; taxing; confirmation.

Introdução

Os valores da liberdade, igualdade e solidariedade são valores prestigiados em nível universal. Contemporaneamente, várias condutas que os realizam são consideradas como direitos fundamentais. A inefetividade desses direitos é um reclamo no plano jurídico e dos cidadãos. O estudo para demonstrar que há possibilidade jurídica para que se realizem sempre é estimulante, pois instiga a esperança.

As normas jurídicas tributárias de nível constitucional mostram o caminho para realizar os valores jurídicos destacados que se realizam em direitos fundamentais. É uma questão de decisão política governamental da União, Estados, Distrito Federal e Municípios exercer a competência tributária, produzindo normas tributárias com esta finalidade.

1. Aspectos ontológicos e gnoseológicos dos valores, a partir dos estudos de Nicolai Hartmann apresentados por João Maurício Adeodato

O estudo sistematizado dos valores constitui um conhecimento construído a partir da segunda metade do século XIX, embora a preocupação com o tema seja tão antiga quanto a humanidade. Apesar de ser uma disciplina recente¹, já tem denominação própria, que é a Axiologia.

Com o propósito de conhecer aspectos da teoria geral dos valores, para depois se concentrar na axiologia jurídica e demonstrar que os direitos fundamentais são resultantes da posituação de valores, faz-se necessário promover o encontro dos dois termos que permitem esse conhecimento: o objeto, através de estudos da ontologia dos valores e o sujeito cognoscente, por meio dos estudos da gnoseologia dos valores.

Sobre o objeto que se quer conhecer, que são os valores, as investigações são para responder perguntas sobre em quais das esferas ontológicas do ser os valores podem ser localizado?: a esfera dos seres reais ou dos seres ideais? Ou há uma terceira esfera, própria dos valores? Quanto ao sujeito que os quer conhecer, os estudos são no sentido de definir como o homem consegue apreendê-los: é um conhecimento *a priori* ou *a posteriori*? Podem ser conhecidos através da intuição sensível? Intelectual? Emocional?

Muitos estudiosos se dedicaram para apresentar suas respostas. Dentre os estudos da ontologia dos valores, nesta pesquisa, serão destacados os estudos da ontologia do ser em geral de Nicolai Hartmann, a partir da apresentação de João Maurício Adeodato (1996. cap. 5), expondo-se as seguintes principais concepções:

- todo ser pertence a uma ou outra esfera modal: realidade *ou* idealidade;
- todo e qualquer ente é dotado de essência e existência, não importando se o ente é real ou ideal;
- a realidade ou a idealidade são modos do ser. A essência e existência são momentos do ser;
- não são somente os entes da esfera real que existem; os entes da esfera ideal têm sua maneira de existir. São regidos por categorias (princípios) diferentes;

¹ Os valores já eram discutidos por pensadores como Sócrates, Platão, Aristóteles e os escolásticos. Na filosofia considerada da época moderna e contemporânea, entre tantos outros que deram importante contribuição para a Filosofia dos valores citem-se Kant; Lotze, que introduziu o conceito de valor na Filosofia alemã; Brentano; Edmund Husserl; W. Windelband; Max Scheler; N. Hartmann. Do México, temos Risieri Frondizi. Da Argentina, Carlos Cossio. Do Brasil, Miguel Reale e João Maurício Adeodato, estes com especificidade para o campo jurídico.

- há uma inter-relação entre a essência e a existência: a essência de um ente depende da existência e esta depende daquela;
- a esfera real tem características próprias que a diferenciam da esfera ideal:

a) individualidade, pois somente o ente real é material. Não há dois entes reais iguais. Cada um possui características próprias, são peculiares;

b) temporalidade, sendo que estão sujeitos ao tempo, portanto são mutáveis, sendo este o fator da processualidade; o ente real permanece no processo e as mudanças ocorrem em diferentes velocidades, por isto é possível registrar as mudanças, sendo este o fator denominado de identidade; o ente real é sujeito ao processo de mudança que ocorre em dois extremos: o ente surge e desaparece, sendo este o fator que se denomina limitação.

- a esfera real é composta de esferas superpostas: a inorgânica e a orgânica, que correspondem ao mundo físico, e a anímica e espiritual, que correspondem ao mundo psíquico;
- a esfera ideal é composta de esferas de mesmo nível ontológico: a das essências fenomenológicas, da matemática, da lógica e a dos valores;
- o vínculo entre esses dois mundos se dá na medida em que a esfera ideal penetra na esfera real, permitindo sua construção.

O debate filosófico quanto à ontologia do ser em geral não será enaltecido neste trabalho. O corte será no sentido de expor algumas das concepções filosóficas para a ontologia dos valores. Conforme sistematização de João Maurício Adeodato (1996, p. 125, 126 e 128), as posições filosóficas podem ser reunidas em dois grupos:

a) concepção monística, que inclui todos os entes, inclusive a natureza, num mundo indivisível, regido pelo princípio ontológico fundamental da lei da causalidade;

b) concepção dualista, para quem os objetos estão reunidos no mundo da natureza ou real, compreendendo o reino animal, vegetal e o mineral; e, em outra porção, a esfera do mundo humano, onde está a ética. No primeiro mundo estão as leis naturais e o determinismo. No mundo da ética, estão as normas da cultura, da liberdade, enfim, é regido por normas humanas.

Embora classificado por cientistas como aporia, o debate já antigo, entre monistas e dualistas oferece recursos didáticos para reunir os diferentes pensamentos sobre a axiologia.

Os monistas não encontraram eco diante da maioria dos estudiosos dos valores, pois não distinguem uma esfera específica para a ética, para as relações humanas e sociais. Uma das suas leis básicas, a da causalidade, poderia ser aplicada indistintamente, para qualquer campo do conhecimento. Constatou-se, contemporaneamente, um recuo no entendimento sobre pretensão de universalização dos seus postulados.

Para a corrente dualista, as questões axiológicas estão reunidas em duas direções (ADEODATO, 1996, p. 129):

- a) dos pensadores subjetivistas, reunidos sob o título de subjetivismo axiológico para quem o objeto não é por si só valioso, e o valor provém de uma valoração do sujeito, conforme o prazer ou desprazer que esse objeto possa lhe causar;
- b) dos pensadores objetivistas reunidos sob o título de objetivismo axiológico, que defendem existir uma fonte externa ao sujeito que fornece parâmetros para separar os valores dos desvalores. Este grupo abriga as vertentes:
 - b.1) histórica, para quem os valores são criados pelo homem através do processo histórico-cultural;
 - b.2) ontológica, para quem os valores fazem parte de uma das regiões do conhecimento, com categorias próprias, isso é, regidos por princípios básicos que os ordenam. Se os valores existem, podem ser descobertos e não criados pelo homem.

Decidiu-se, para fins deste estudo, pela vertente da ontologia dualista, do objetivismo axiológico, admitindo como corte metodológico que os valores estão junto à esfera ideal, no mesmo nível das essências fenomenológicas, das entidades matemáticas e lógicas.

Nicolai Hartmann, conforme relata Adeodato (1996. caps. 7 e 8 – 2ª parte), considera os estudos gnoseológicos subordinados aos ontológicos. Admitindo a existência de entes reais e entes ideais. O conhecimento dos objetos reais não é exclusivamente *a posteriori*, porque os princípios que o regem são sempre do mundo ideal, portanto, é conhecimento *a priori*.

Defende que o conhecimento é um ato transcendente e que há o ato gnoseológico, sempre mais neutro, objetivo, estimulado pela intuição sensível e intelectual em que o objeto permanece externo ao sujeito, intocado. Há, tam-

bém, o ato teleológico estimulado pela intuição emocional, em que o objeto é interiorizado, envolvendo a parte subjetiva do homem.

Alerta que não há atos puramente gnoseológicos ou somente emocionais, uma vez que não é possível postar-se com completa neutralidade diante do objeto ou fenômeno a conhecer.

Constrói proposições a respeito do conhecimento dos valores, cujos aspectos relevantes para este estudo, podem assim ser resumidos:

- considerando que os valores estão no mundo ideal, o conhecimento deles será sempre *a priori*, mesmo que se revele diante de um fato real através da emoção;
- os valores podem ser intuídos no nível do mundo anímico no estrato espiritual, onde se localiza o homem, ser com consciência. Ele é o ser espiritual que serve de canal de aproximação da esfera real e a esfera ideal, especificamente dos valores;
- o homem une a idealidade e a realidade, quer pelo conhecimento, seja na realização dos valores. Ele é um ser real, portanto, com as características da individualidade e da temporalidade;
- o homem é um ser individualizado, com sentimento, vontade, autoconsciência;
- o homem tem necessidade de se inter-relacionar com os membros da coletividade. É a intersubjetividade que caracteriza esse ser espiritual, que inserido na realidade espacial e temporal, constrói a história;
- o homem enquanto indivíduo ou se relacionando manifesta-se, ou seja, “qualquer ação, todo discurso, qualquer expressão de conduta do indivíduo já é uma objetivação, um ato de exteriorização...” (ADEODATO, 1996, p. 186).

Para Nicolai Hartmann (*apud* ADEODATO, 1996), o valor é captado pelo homem e separa-se de quem o captou e lhe deu significado. Penetra na intersubjetividade e adquire um significado. Ao ser vivenciado já está objetivado, mas pode não ser consolidado. A consolidação é que dará ou não ao valor o qualificativo de independente ou dependente, respectivamente. Quanto mais tempo o valor permanecer, mais independente será do espírito vivo que o percebeu e vivenciou. Após ser objetivado, passa a compor a história do homem que é real.

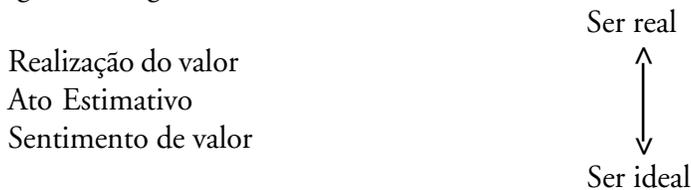
Acrescenta que o conhecimento dos valores é em um único ato, sobretudo emocional e secundariamente racional. Embora a intuição axiológica ocorra em cada sujeito, esse fato não autoriza a afirmar que não sejam objetivos. A objetividade fica evidente à medida que há valores que permanecem na esfera ideal e aqueles não vivenciados, não significa dizer que eles não existam. Assim, defende

que os valores são percebidos fenomenicamente, de modo análogo ao ato de conhecimento que se dá por meio de um ato transcendente. Alerta que é diferente do ato transcendente gnoseológico, pois o sujeito se aproxima dos valores e os insere na realidade, por meio de um ato teleológico estimulado pela intuição emocional.

Busca aplicação do método fenomenológico e afirma que esse ato teleológico pode ser dividido em três momentos:

- a) intui emocionalmente o valor e através de um ato de conhecimento, da intuição intelectual, decide como orientará sua ação, determinando um fim a ser atingido;
- b) após, escolhe os meios para atingir o fim estabelecido;
- c) finalmente, há a realização do valor no mundo real.

Adeodato (1996, p. 146) apresenta um esquema da perspectiva gnoseológica-axiológica de Hartmann:



Conclui que, para conciliar a afirmação de que o conhecimento dos valores se dá por via emocional e racional, deve-se percorrer o caminho fenomenológico do ato valorativo:

- a) fase mais importante é a do impacto emocional diante de algo. É momento desligado da reflexão, quando ocorre o contato do sujeito com o dever ser ideal, através da intuição emotiva; é a consciência do valor e não a de princípios; não é uma visão pura do valor, mas um sentimento que existe, independentemente da experiência;
- b) segue a etapa da reflexão, em que o sujeito usa o raciocínio, estimulado pela intuição intelectual embora ainda sob o impacto da intuição emocional;
- c) o sujeito procura a fonte do sentimento de valor que apreendeu. É o momento predominantemente intelectual, denominado ato gnoseológico, em que o valor é efetivamente objeto de conhecimento.

1.1 O Direito e os valores

Os valores estão presentes, sempre, nas relações intersubjetivas, quer na construção gnoseológica do ser espiritual de Hartmann (*apud* ADEODATO, 1996); quer na necessidade de vivenciá-los na realidade social de Carlos Cossio (1946) e Miguel Reale (1994); na influência das situações circunstanciais (sociais, culturais) em que se encontra o objeto e o sujeito a que se refere Riseli Frondizi (1979); na ênfase ao aspecto da imediatividade do conhecimento pela emoção do homem, que é provocada pela vivência, conforme Johannes Hessen (1974).

Essa intersubjetividade é identificada, também, no momento jurídico da vida humana, portanto, é possível acolher as conclusões filosóficas e filosófico-jurídicas para este campo do conhecimento.

Conforme Adeodato (1996, p. 167-169), ao expor os estudos de Hartmann, o direito pode ser conceituado como um fenômeno real e espiritual, dirigido por valores ideais, inseridos na realidade. Delimita que a ciência do direito não tem por objeto de estudo a pesquisa dos valores e sua hierarquia e sim de que toma como indiscutíveis pressupostos axiológicos e estabelece seu próprio esquema de produção normativa. Acredita num auto-aperfeiçoamento ético, que no campo do direito, se dará pela influência da esfera axiológica sobre a esfera real.

A partir dessas premissas, as construções filosóficas que Hartmann fez em torno da ontologia e gnoseologia axiológicas aplicadas ao direito e que serão consideradas são as seguintes:

- todo direito caminha para o direito ideal, que corresponde à esfera do dever ser ideal da ontologia dos valores. Ao ser projetado na realidade, instiga ou inibe comportamentos em busca da realização de valores.
- o valor inicia sua trajetória na realidade por meio do homem, que, no seu agir, é que faz a ponte entre a conduta real e os valores ideais.
- o homem tem necessidade de se relacionar com outros seres espirituais, formando uma coletividade. Estabelecem-se as relações intersubjetivas que permitem a identificação dos fenômenos sociais, entre eles o Direito e a criação da história.
- a interpessoalidade, por vezes, ultrapassa os interesses do indivíduo e por isso as relações nem sempre estão em harmonia. Surge o poder jurídico-político, para interferir com mecanismos contra o individualismo. Esse poder é um mecanismo para proteger-se do individualismo. As exteriorizações do relacionamento humano são as fontes que permitem a criação do direito.
- as relações intersubjetivas lidam com valores que se pretende conso-

lidar, proteger. É o momento em que se recorre à norma jurídica escrita. É o direito real, fenômeno empírico guiado por valores ideais.

- a norma positiva, com o valor que jurisdicizou, aprisiona no presente e para o futuro. Contra esse aprisionamento, é possível defesa, ou seja, não aceitando os valores que herdou. É a dinâmica do fenômeno jurídico em busca, incessante, pelo auto-aperfeiçoamento.
- os valores apreendidos pelo Direito e apresentados sob forma de enunciados deônticos são os mínimos indispensáveis para realizar outros valores, colocados em nível mais alto na tábua de valores de uma coletividade. Assim como há uma hierarquia dos valores em geral, é possível estabelecer uma hierarquia entre os valores captados e materializados pelo Direito. A codificação permite criar instituições como a sanção organizada, o constrangimento pela violência legal e outras, para defesa dos valores captados e selecionados para reger as relações intersubjetivas.
- sendo o Direito dirigido por valores positivados, e para conhecer aqueles aprisionados pelo instrumento da codificação, segue-se a teoria gnoseológica geral dos valores: é predominantemente intuitivo (pela via emocional), mas também racional. Captar o valor positivado é, portanto, ato teleológico e intelectual.

2. Positização dos valores jurídicos na perspectiva de direitos fundamentais

Os valores, ao serem vivenciados nas relações humanas, instigam comportamentos valiosos. Esses comportamentos permitem identificar uma das possíveis realizações de determinado valor. Um homem, por exemplo, quando recolhe do chão um outro homem machucado, tem um comportamento qualificável como de solidário, tendo realizado, nessa oportunidade, uma das inúmeras vivências reais do valor solidariedade. Outro homem, diante de mesma situação, poderá deixar o homem no chão, sendo esta omissão um comportamento de desvalor ou de não solidariedade. Tais descrições permitem afirmar que, no plano das relações humanas, ao vivenciar o valor liberdade, tem-se a possibilidade de comportamentos que realizem valores ou desvalores.

Na história das civilizações, há registros que permitem concluir que, infelizmente, os humanos, nas suas vivências, nem sempre têm comportamentos valiosos, mesmo que sendo, por isso, recriminados por ordens normativas religiosas, éticas, costumeiras. Talvez motivados por esta constatação, buscou-se outro

mecanismo para estimular a realização de comportamentos valiosos e sancionar aqueles que por ação ou omissão realizam desvalores.

O Direito é um dos possíveis caminhos para viabilizar a realização de valores, uma vez que tem mecanismos para tanto. Compõem o ordenamento jurídico as normas jurídicas que trazem o instrumento da sanção e, por meio do Estado, possibilitam punir os comportamentos que não realizam valores indicados e que se quer preservar. Para tanto, é necessário que os valores presentes nas relações humanas sejam valores jurídicos. É possível trazer os valores e desvalores do plano fático das relações humanas, onde é vivenciado, ao plano jurídico. O meio será percorrer o processo de positivação, ou seja, produzir normas jurídicas em cuja estrutura sintática estarão identificadas as condutas que realizem valores (condutas jurídicas) e as que realizam desvalores (condutas antijurídicas).

O percurso dessa positivação será diferente, conforme seja o modelo de Governo que cada nação escolheu. Em um governo republicano, como é o modelo do Brasil, a decisão sobre quais os valores e os desvalores que devem reger as relações intersubjetivas será construída em um processo democrático representativo. O conjunto dos valores escolhidos e das condutas jurídicas e antijurídicas normatizadas irá compor o ordenamento jurídico nacional.

Para a doutrina hartmanniana, o Direito toma os valores como pressupostos, não sendo objeto de investigação sua ontologia ou o seu processo de conhecer. O direito tem seus mecanismos próprios para, através da sanção estatal, obrigar ou permitir condutas que realizem os valores selecionados e proibir condutas de desvalor.

Uma vez qualificados como valores e desvalores jurídicos, por meio da positivação, será possível tomá-los como objeto de estudos. Este será um dos planos da Filosofia do Direito e da Ciência do Direito. Tais estudos, entre outras conclusões, permitirão apontar a hierarquia dos valores jurídicos e o seu papel na interpretação do Direito, de modo que, ao serem produzidas as normas jurídicas abstratas e gerais e as concretas e individuais, sejam prestigiadas as condutas humanas que os realizem.

A tábua de valores sociais pode ou não coincidir com a tábua de valores jurídicos. Esta é uma decisão política que será tomada por ocasião da positivação. É certo que a história humana, a partir da modernidade, recortada no marco da proposta de organização política construída pelo “contrato social”, mostra a preocupação de buscar, por meio do Estado, a realização dos valores que compõem a tábua de valores sociais.

No que diz respeito aos estudos dos direitos humanos, as buscas foram no sentido de garantir condutas que viabilizassem valores considerados fundamentais. As vivências políticas e sociais, especialmente a partir dos séculos XVII e

XVIII, na Europa, com a ascensão da burguesia capitalista, a construção do Estado Moderno, confirmam esse objetivo.

Entre as sistematizações da Filosofia e da Filosofia do Direito, são apontadas duas importantes contribuições para os estudos dos direitos humanos: a primeira é a vertente do jus naturalismo, defendendo que os direitos humanos derivam da lei natural; de que são anteriores e superiores às limitações da sociedade; que eles têm primazia sobre os direitos positivados. A segunda vertente, também chamada de histórica, defendendo que os direitos humanos são variáveis e relativos conforme o tempo, o lugar e o grau do desenvolvimento da sociedade, portanto, os direitos humanos têm por fundamento as necessidades humanas e se modificam conforme essas necessidades.

O embate entre as duas doutrinas, longe de terminar, expõe pontos em comum. Destaque-se a defesa de que as condutas que realizam tais direitos devem ter especial atenção na vivência humana, uma vez que são consideradas como realizações de valores fundamentais.

Estudos dos ordenamentos jurídicos modernos e contemporâneos, em diferentes Estados, tanto os nacionais quanto os internacionais, permitem constatar que os direitos humanos estão contemplados em normas jurídicas. Em diferentes graus, foram trazidos por meio da positivação, a partir e para o plano das relações humanas como direitos jurídicos. Passaram à denominação de direitos fundamentais. Nesta condição jurídica, devem ser tutelados pelo Estado e contra o poder de dominação do Estado.

Considerando-se uma avaliação axiológica do tema, a partir da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) e da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), constata-se que, inicialmente, buscou-se positivizar o valor liberdade tutelando, por meio de normas jurídicas, condutas individuais que garantissem a sua realização. Foram desenvolvidos estudos e propostos modelos de Governo, de Estado e Econômicos que protegessem a liberdade individual. Foi o auge do liberalismo filosófico, político e econômico. Constatou-se que o valor liberdade, ao ser positivado por meio das estruturas dos referidos modelos, projetou o individualismo humano e reduziu as possibilidades de realização de outro valor fundamental, que é o valor igualdade.

Movimentos sociais e políticos importantes se engajaram em torno de estudos e propostas com outros parâmetros sociais, políticos e econômicos, para privilegiar as condutas que realizem o valor igualdade. Foi o momento do socialismo filosófico, político e econômico. Por meio da positivação dessas novas estruturas, sobressaíram-se as conquistas dos denominados direitos mínimos de igualdade e garantidos pelo Estado. Embora qualificadas por estudiosos como modelos utópicos, talvez tenha sido o período contemporâneo da humanidade

em que os direitos fundamentais pudessem ter sido qualificados como muito próximos aos direitos naturais do homem.

A luta pela realização do valor igualdade é mais desafiadora do que a luta pela realização do valor liberdade. Esta afirmação se faz sob a ótica de que, para realizar a igualdade, é preciso conviver com as diferenças, enfrentar as desigualdades, para a igualdade se impor. Para tanto, deve-se exercitar o valor da solidariedade. As condutas solidárias viabilizam condutas de igualdade. As condutas de liberdade individual, nem sempre.

As conquistas dos direitos fundamentais, denominados direitos sociais e transindividuais, representam a positivação dos valores da igualdade e da solidariedade.

Os valores não são excludentes, ou seja, a convivência humana demonstra que diferentes valores compõem as diferentes tábuas de valores individuais e coletivas. Elas expõem que os valores estão ordenados em grau de importância e que se modificam no tempo. Essas constatações devem ser consideradas no momento da positivação, de modo que o Direito possa ser mecanismo de mudança e estabilidade.

A convivência social e jurídica com os valores da liberdade, da igualdade e da solidariedade estimula um conjunto de condutas que realizam um valor superior: o valor da dignidade da pessoa humana.

3. Normas tributárias e a contribuição para efetivar direitos fundamentais

É antigo o reclamo universal quanto à inefetividade dos direitos fundamentais. A responsabilidade é atribuída ora aos indivíduos ou à sociedade, ora ao Estado e por vezes a ambos. O fato é que, ainda na atualidade, depois de muitos séculos, continua a busca por mecanismos de efetividade desses direitos.

O modelo do liberalismo econômico e político, que defende um Estado mínimo, importante para tutelar as liberdades individuais e políticas que esse movimento positivou, não foi suficiente para viabilizar condutas que realizam outros valores fundamentais. A realidade atual comprova que a presença de um Estado maior, interventor, é indispensável para concretizar conquistas de direitos fundamentais. Para tanto, será útil identificar os instrumentos disponíveis ao Estado para cumprir com mais essa atribuição.

Entre as atribuições que compõem a essência do Estado, está a de produzir normas jurídicas que impõem aos cidadãos o dever de pagar tributos. A arrecadação desse dinheiro tem várias finalidades, em especial, manter a estrutura estatal, justificável somente para realizar interesses públicos. Por meio dela, é possível o próprio Estado viabilizar políticas públicas realizadoras de direitos fundamentais.

Além de tal objetivo, é dever do Estado, no âmbito do direito, intervir nas relações privadas por meio da tributação, observar os enunciados constitucionais a partir dos quais se constroem normas jurídicas que indicam caminhos para a realização e preservação de valores fundamentais, destacando-se a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

Para estudo dos instrumentos tributário que podem viabilizar condutas que realizem os valores referidos, serão consideradas as seguintes premissas:

1. direitos humanos contemporâneos são aqueles que já estão integrados à ordem jurídica brasileira, denominados direitos fundamentais individuais, sociais e transindividuais;
2. os direitos fundamentais, ao longo da história humana, representaram e representam a positivação de valores universais, destacando-se, para este estudo, a liberdade, a igualdade e a solidariedade; o conjunto das condutas que os realizam possibilita realizar o valor superior da dignidade humana;
3. há uma ordenação constitucional de valores fundamentais e aqueles, acima indicados, estão colocados no ponto mais alto da tábua de valores jurídico-constitucionais; eles se positivam por meio de direitos objetivos como direito ao alimento; direito à moradia; direito à saúde, direito ao conhecimento, direito à liberdade, direito ao trabalho. Esses direitos garantem a dignidade humana mínima.

3.1 Tributação e o valor liberdade

Na Constituição Federal do Brasil, está indicado, a partir do seu preâmbulo, o valor liberdade como um dos valores jurídicos do Estado brasileiro. Ao apontar este valor entre os direitos fundamentais, consagra-se a conquista na luta dos povos pelo reconhecimento do direito à diversidade e também a um mínimo de liberdades individuais, protegidas por mecanismos jurídicos estatais. Pode-se conferir tal positivação no **Art. 5º**, em vários de seus incisos. Tendo em vista o propósito desta pesquisa, tem-se como destaques: a legalidade e a imunidade tributária.

O **Art. 5º, II** enuncia o direito a uma esfera reservada à liberdade de condutas privadas, sem interferência do Estado. A este direito contrapõe-se o dever do indivíduo de comportar-se conforme decisão estatal, vertida em norma jurídica, produzida em um processo legislativo. É a norma constitucional de que os destinatários da norma jurídica devem portar-se conforme seja conduta permitida, obrigatória ou proibida.

Essa liberdade é também assegurada diante da tributação, nos termos do **Art. 150, I** da Constituição Federal, na medida em que exige dos cidadãos a conduta obrigatória de pagar tributos, conforme estiver determinado em norma jurídica. Expõe, também, o direito a condutas que não podem ser alcançadas pela tributação. Possibilita ao cidadão a liberdade de escolha entre condutas tributadas e não sujeitas à tributação. Nesta possibilidade está a raiz do direito ao planejamento tributário. Portanto, a norma constitucional denominada Princípio da Legalidade Tributária, além de delimitar com precisão condutas tributáveis, possibilita a realização concreta do valor fundamental da liberdade, por meio do reconhecimento ao planejamento tributário.

Outras condutas que positivam a liberdade são tuteladas pela imunidade tributária. Conforme definição de Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 185), a imunidade trata de competência tributária, ou seja,

[...] classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas

O alcance deste instituto tributário é, também, proteger da tributação condutas que possibilitam realizar valores constitucionais. Por meio da imunidade, exclui-se a possibilidade de produzir normas de comportamento cujo objeto seja o dever de pagar tributo. Essa norma constitucional tem por destinatários os entes federados e deve ser observada por ocasião do exercício da competência tributária.

Conforme o disposto no **Art. 5º, IV e IX** da Constituição Federal, tem-se o direito à liberdade de expressão, que é instrumento de comunicar o conhecimento no seu mais amplo sentido. Protege-se o direito fundamental à liberdade de manifestar opiniões, de expressar-se através da arte, da palavra escrita, enfim, das mais diversas formas de expressão. Para a efetividade deste direito, é correta a interpretação jurídica de que não importa o veículo utilizado uma vez que a cada momento estão disponíveis novas e múltiplas tecnologias. Os materiais, equipamentos, insumos, são necessários para viabilizar condutas que promovam a liberdade de expressão, devem estar protegidos pela imunidade. Esse direito não pode ser inviabilizado ou restringido por normas de conteúdo tributário, conforme se reconhece a partir dos enunciados do **Art. 150, VI, “d”**, da Constituição Federal.

Adiante, no **Art. 5º, VI**, tem-se a proteção ao direito fundamental da liberdade religiosa. É a consolidação da vitória das lutas pela separação da institui-

ção Estado do poder religioso. Deve-se respeitar a liberdade de opção entre as mais diversas formas de manifestações da fé humana. Assim, toda estrutura material, pessoal, necessária e construída para a profissão dessa fé estão protegidas da tributação, conforme se pode confirmar por meio do **Art. 150, VI, “b”**, da Constituição Federal.

Neste mesmo **Art. 5º, XV**, trata-se da liberdade de locomoção no território nacional, reconhecido como o direito de ir e vir. Essa liberdade será garantida a partir do momento em que se reconhece a titularidade do Estado sobre determinados bens, qualificando-os como públicos e, em consequência, viabilizar o uso comum. Somente assim é que se compatibiliza a liberdade de locomoção com o direito constitucional à propriedade privada. Nos termos constitucionais, a ninguém é dada legitimidade de locomover-se, desrespeitando a propriedade privada. Para possibilitar a convivência desses dois direitos fundamentais, são necessárias as vias públicas para uso comum. Esta liberdade tem especial tutela no ordenamento jurídico, bastando conferir que é assegurada por meio do *habeas corpus*, e as condutas que possam restringir ou inviabilizá-la são criminosas (seqüestro, cárcere privado).

No contexto tributário, o **Art. 150, V**, da Constituição Federal imuniza a liberdade de locomoção. Permite a cobrança de pedágio pelo serviço de conservação da via pública e não pelo seu uso. Se assim não se interpretar, estar-se-ia inviabilizando a liberdade ora tratada, confirmando-se um retrocesso histórico. Para não incorrer nesta inconstitucionalidade, diante da opção estatal de cobrar pedágio, deve-se assegurar uma via pública como alternativa à via pública pedagiada. Com a via alternativa utilizada livremente por todos, garante-se a liberdade de locomoção, e com a via pedagiada de uso específico e divisível, possibilita-se o usufruto para aqueles que assim o desejarem. Definir via alternativa é dever do Estado, para que o cidadão possa ter garantido esse direito que, certamente, está no rol dos direitos naturais do homem.

É garantia constitucional a liberdade para organizar-se sob qualquer forma de associação, nos termos do **Art. 5º, XVII**, inclusive sob denominação de partido político, conforme está no **Art. 17**. Por meio da instituição partidária é que será possível o exercício da cidadania passiva, permissão que está no **Art. 14, § 3º, V**. Filiar-se a partido político é condição para ser representante popular e participar democraticamente na formação da vontade nacional. Os partidos políticos são a célula-mãe da democracia, no Brasil. Dessa forma, as iniciativas de formação partidária, de manutenção do pluripartidarismo, viabilizam o direito fundamental à liberdade política na versão da democracia. Portanto, o exercício das liberdades políticas deve ser protegido de qualquer mecanismo restritivo, entre eles o tributário. Assim, está assegurado pela imunidade tributária do **Art. 150, VI, “c”**.

3.2 Tributação e o valor igualdade

Em várias passagens do texto constitucional, é possível apontar enunciados que indicam a presença do valor jurídico da igualdade. No modelo de governo republicano, no modelo de Estado Federal, para as condutas estatais diante das relações internacionais, para as relações internas e internacionais no plano econômico e, especialmente, na condição de direito fundamental.

Filósofos, cientistas do Direito, da Ciência Política, da Sociologia, têm se debruçado para investigar o alcance do valor igualdade e a importância de enaltecer condutas que a efetivem.

Os estudiosos do Direito confirmam que é possível positivizar como fato jurídico e antijurídico as condutas que realizem valores (igualdade) e desvalores (desigualdade). Assim, pode-se afirmar que, por meio de normas jurídico-tributárias positivadas em nível constitucional, o Estado, no exercício da competência tributária, deverá produzir normas infraconstitucionais para que o valor igualdade alcance o plano das relações humanas.

No *caput* do Art. 5º e inciso I da Constituição Federal, tem-se a igualdade formal, no sentido de que todos os destinatários de uma norma jurídica deverão a ela se submeter, sem qualquer distinção. Aplicada esta regra às normas tributárias, todos os praticantes de eventos tributários que, por força da incidência normativa, possam ser considerados fato jurídico tributário, devem figurar em relação jurídica tributária. Este é um dos sentidos que se pode atribuir às disposições do Art. 150, II.

Se a igualdade formal é da estrutura no modelo de Estado republicano, tem maior envergadura o valor igualdade na acepção de igualdade material. Para que esse valor fique exposto em sua plena extensão, exige-se que sejam consideradas as diferenças, as diversidades. Esta interpretação pode ser confirmada, mais uma vez, com as disposições do Art. 150, II que não permite tratamento desigual entre os iguais. Quaisquer mecanismos, tributários ou não, que inviabilizem esta norma serão inconstitucionais.

Por ocasião da indicação do tributo como fonte de receitas públicas, imediatamente a igualdade material passa a estar em pauta. É preciso definir critérios para selecionar aqueles que deverão pagar tributos. Sem esta definição, ter-se-ia apenas a igualdade formal.

No Brasil, são considerados materialmente iguais para pagar impostos aqueles que têm capacidade contributiva, nos termos do Art. 145, § 1º. No texto constitucional, por exemplo, nos artigos 153, 155, 156, estão indicadas as pessoas físicas ou jurídicas que preenchem esse requisito.

Diante dos impostos, há indicação constitucional de mecanismos tributários específicos para a realização do valor igualdade, tais como:

- as alíquotas progressivas: em razão do valor venal do imóvel, para cobrar Impostos sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (**Art. 156, § 1º, I**); para diferentes valores da renda, para tributar por meio do Imposto de Renda (**Art. 153, § 2º, I**); para diferentes tamanhos da área rural, para tributar pelo Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (**Art. 153, § 4º, I**);
- a imunidade tributária frente ao Imposto Territorial Rural para pequenas glebas rurais (**Art. 153, § 4º, II**);
- tratamento tributário diferenciado para empresas de pequeno porte e microempresas (**Art. 170, IX e Art. 179**);
- a competência tributária para produzir normas de isenção.

Para as taxas, a igualdade se viabiliza por meio do critério da retributividade. Deve ser indicado como contribuinte aquele que provoca uma despesa especial ao Estado pelo exercício do poder de polícia ou pela prestação de serviço público específico e divisível nos termos do **Art. 145, II**.

Com a contribuição de melhoria, a igualdade se materializa ao serem selecionados aqueles que auferem valorização imobiliária em decorrência da construção de obra pública nos termos do **Art. 145, III**.

3.3 TRIBUTAÇÃO E O VALOR SOLIDARIEDADE

O valor da solidariedade inspira condutas de compartilhar, generosidade, incluir, possibilitar, universalizar, e tem como desvalores o individualismo, egoísmo, excluir, impossibilitar.

Sob aspectos de direitos fundamentais, esse valor se realiza diante de diversas condutas reunidas, contemporaneamente, sob o título de direitos para todos. São aplaudidos pelos defensores do Estado do bem-estar social. Pretendem viabilizar direitos para todos à alimentação, conhecimento (educação), saúde, trabalho, lazer, segurança, moradia, indicados na Constituição Federal nos **artigos 6º, 193, 196, 203, 205, 215**. Nesta categoria estão também os direitos transindividuais. Para este estudo, tem-se em vista aqueles pertinentes à preservação ambiental, ao desenvolvimento sócio-econômico sustentável, conforme enumera o **Art. 225** da CF.

A atuação do Estado dirigida a possibilitar os direitos que positivam o valor solidariedade se verifica, por meio da tributação, quando recolhe dinheiro com a cobrança das contribuições sociais, autorizada constitucionalmente, para

atender ações nas áreas de saúde, previdência e assistência social, nos termos dos artigos 195; 212, § 5º da CF; 85 e 90 do ADCT.

Para alcançar a efetividade dos direitos ora em consideração, há autorização constitucional (Art. 167, IV) para vinculação de receitas tributárias, de modo que se reserve dinheiro que irá financiar ações viabilizadoras de tais direitos, como por exemplo, a destinação ao Fundo de Combate à Pobreza, instituído nos termos do Art. 80 do ADCT .

Também possibilita acesso a bens essenciais utilizar o mecanismo da alíquota seletiva autorizada nos Art. 153, § 3º, I (IPI), Art. 155, § 2º, III (ICM), Art. 82, §§ 1º e 2º ADCT (ICM e ISS). Por meio dessas alíquotas, os produtos, mercadorias e serviços são tributados de modo diferenciado. Alíquotas percentualmente maiores ou menores, conforme critério de essencialidade. Com alíquotas menores, tais bens tornam-se mais baratos e assim acessíveis à aquisição. Isto é constatável uma vez que, pelo fenômeno econômico da repercussão, os custos tributários são repassados ao preço final e assumidos pelo consumidor. Dessa forma, as alíquotas menores ou até mesmo a isenção devem ser garantidas aos bens de consumo que sejam necessidades humanas mínimas.

Tratando-se de alimentos, aqueles que compõem a cesta básica devem ser tributados conforme a norma constitucional da seletividade. Tratando-se de moradia, da mesma forma, para materiais essenciais à edificação, em tamanho e padrão definidos como razoáveis para habitar. E assim para demais direitos fundamentais mínimos, proporcionando-se acessos a cestas básicas de saúde (remédios para enfermidades comuns); para a cultura; para o ensino fundamental privado (Art. 208 e Art. 209), uma vez que o Estado tem atuado insuficientemente para atender a demanda.

Viabilizar condutas solidárias é dever do Estado, portanto, quando a sociedade civil se organiza para tanto, passando a atuar por meio de instituições no terceiro setor, tem direito à imunidade tributária (Art. 150, VI, “c”).

Essa interpretação é extensiva a condutas de solidariedade para com o meio ambiente. A empresa, quando, além de cumprir sua função social de preservar o meio ambiente (Art. 170, VI), toma mais atitudes de preservação ou de apoio a instituições ambientalistas do terceiro setor, poderá pleitear incentivos fiscais. É a empresa que tem condutas de responsabilidade social.

Quanto às ações do Governo para a tutela ambiental, podem ser sustentadas, em parte, pela cobrança de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico-CIDE (Art. 177, § 4º). Inclusive, essa arrecadação tributária tem vinculação para gasto em projetos ambientais, conforme está no Art. 177, § 4º, II, “b”. Com esse mecanismo se possibilitam, efetivamente, atitudes de proteção que são solidárias.

A propriedade é um direito individual, mas somente justificável se cumprir função social. Esta qualidade é definida em nível constitucional no **Art. 182**, §§ 2º e 4º para a propriedade urbana, **Art. 186** para a propriedade rural e **Art. 170 III** para atividades econômicas. Entre os requisitos para alcançar essa consideração, estão a destinação da propriedade territorial para morar, para praticar atividades econômicas, produzir alimentos, cumprir normas de respeito ao trabalho, preservar meio ambiente, uso racional dos recursos naturais. São condutas de compartilhar, de universalizar, portanto, que devem ser implementadas para que o valor solidariedade possa se realizar. As normas tributárias também devem estar dirigidas para essas finalidades. A Constituição federal determina que assim seja conforme é possível concluir a partir da interpretação do **Art.153**, § 4º, para o ITR, e **Art. 156**, § 1º, I para o IPTU.

Considerações finais

Embora a ciência do direito não tenha por objeto de estudo a pesquisa sobre os valores em geral e os tome como indiscutíveis pressupostos, conforme anota Nicolai Hartmann, alguns aspectos de orientação ontológica e gnoseológica dos valores servem para embasamento filosófico desses estudos:

i) os valores existem, estão na esfera ideal, projetam-se sobre a esfera real, podem ser descobertos pelo homem, que faz a ponte entre a esfera ideal e a real;

ii) nem todos os valores são captados pelo homem, mas não é nota essencial para sua existência a sua realizabilidade;

iii) não sendo realizado no processo histórico, em determinado momento e lugar, não significa que não existam, isto é, da mesma forma que um círculo, que também está na esfera dos objetos ideais, não deixa de existir se não corresponder ao desenho de um círculo perfeito;

iv) o valor em sua plenitude não está ao alcance do indivíduo e mesmo quando captado na forma de dever ser ideal e alcançar o patamar do valor realizado individual ou coletivamente não se exaure, assim, sempre haverá a realizar, por exemplo, justiça, igualdade, fraternidade;

v) por ser um ente ideal, o conhecimento do valor é *a priori*, ou seja, é um ato transcendente intuitivo e racional;

vi) é intuitivo, ao permitir unir a esfera real com a ideal e é racional, a partir do momento em que se procura a fonte do sentimento do valor.

O direito reúne as normas jurídicas dirigidas às condutas humanas, construídas a partir e para o plano das relações humanas. Tem por finalidade realizar valores. O caminho a percorrer entre o valor em si e a conduta que o realiza pode ser descrito também em linguagem jurídica. Por meio do processo de positivação, haverá a juridicização de condutas que realizam valores (condutas

jurídicas) e aquelas que realizam desvalores (condutas antijurídicas). Ambas compõem a estrutura sintática das normas jurídicas. Dessa forma, pode-se afirmar que, por meio das normas jurídicas, têm-se condutas que permitem ou obrigam a realização e a preservação de valores e aquelas que proíbem a concretização de desvalores. Estas, punidas com sanção jurídica.

Há valores que foram elevados à categoria de valores humanos fundamentais, e sua realização, no plano das relações intersubjetivas, continua sendo objetivo dos povos. As condutas que permitem apontar a realização de tais valores podem ser reunidas sob o título de direitos naturais do homem. Ao serem positivados em normas jurídicas, são denominados de direitos fundamentais.

Tem-se reconhecido os direitos fundamentais individuais que positivam, com prevalência, o valor liberdade; os direitos sociais e os transindividuais que positivam, com prevalência, os valores da igualdade e solidariedade; e, a partir das décadas de 1970-1980, o direito fundamental ao desenvolvimento dos povos, condição para os demais direitos fundamentais conquistados se efetivarem.

Entre os valores positivados em direitos fundamentais, para este estudo, destacaram-se os valores liberdade, igualdade e solidariedade. A opção se fez, pois o conjunto das condutas que os realizam permite afirmar que outro valor de superior hierarquia, simultaneamente, se concretiza: o valor da dignidade humana.

A inefetividade dos direitos fundamentais é uma constatação jurídica e fática generalizada. As normas de conteúdo tributário podem dar efetividade a determinados direitos fundamentais:

i) o valor liberdade, manifestado por condutas que realizam as liberdades de expressão, religiosa, locomoção, de organização político-partidária, é protegido da tributação por meio da imunidade. A esfera de liberdade privada também é tutelada pela norma constitucional-tributária, que exige norma jurídica de incidência tributária para obrigar ao pagamento de tributo somente nas hipóteses tributárias indicadas;

ii) o valor igualdade, enquanto igualdade formal diante da norma tributária, exige de todos os destinatários a sua obediência, sem distinção ou preferência. Enquanto igualdade material tributária, realiza-se ao serem selecionados critérios que possibilitem reconhecer diferenças. A capacidade contributiva seleciona cidadãos-contribuintes que realizam eventos descritos pela hipótese tributária denotativos desse critério para pagar impostos; a retributividade pelo exercício do poder de polícia ou prestação de serviço público específico e divisível, sendo o critério para selecionar cidadãos-contribuintes que pagarão taxas; a valorização

imobiliária decorrente de obra pública é o critério para selecionar cidadãos-contribuintes para pagar contribuição de melhoria. Para alcançar a igualdade material por meio do imposto, há o mecanismo da alíquota progressiva e também o dever de tratamento tributário diferenciado para empresas de pequeno porte e microempresas;

iii) o valor solidariedade se realiza com condutas de compartilhar, de incluir, e permite a universalização de acesso e manutenção de direitos fundamentais para todos. O mecanismo das alíquotas seletivas possibilita que bens essenciais recebam a incidência tributária com alíquotas menores, portanto, acessíveis ao consumo por terem um valor menor. As normas tributárias que instituem contribuições sociais permitem arrecadação para financiar a seguridade social, na qual estão condutas dirigidas à saúde, previdência e assistência social. A propriedade privada é aceita quando cumpre sua função social; no caso de ser urbana, quando destinada, por exemplo, à habitação e, sendo rural, quando for produtiva, houver a preservação do meio ambiente, entre outros requisitos. A tributação da propriedade deve ser com alíquotas progressivas para alcançar essa finalidade. Ao cumprir o dever de estimular condutas solidárias, o Estado não terá competência (imunidade) para tributar o patrimônio, a renda e os serviços da sociedade civil organizada atuante no terceiro setor.

Fica demonstrado que as normas jurídicas tributárias de nível constitucional também possibilitam a realização dos valores da liberdade, igualdade e solidariedade, no plano das relações intersubjetivas. Diante da relevância jurídica dos direitos fundamentais, todos os entes federados devem exercer plenamente as competências tributárias autorizadas em nível constitucional, para a efetividade de tais direitos. Essa atribuição está imposta, nos termos do Art. 23 da Constituição Federal, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios: zelar pela guarda da Constituição.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSSIO, Carlos. *La plenitude del ordenamiento jurídico*. Buenos Aires: Losada, 1946.

FRONDIZI, Risieri. *¿Qué son los valores? – Introducción a la axiología*. 3. ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1979.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 4. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1974.

REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO*

RIGHT, GLOBALIZATION AND THE NEW WORK RELATIONS

Lourival José de OLIVEIRA**
Cristiane Carvalho Burci FERREIRA,
Giovana Benedita Jáber Rossini RAMOS
Marli da Rocha MAGRI**

RESUMO

A acelerada revolução tecnológica trouxe, dentre outras consequências, a transformação nas relações de trabalho. Toavia a automação não revolucionou só o mercado de trabalho e a indústria, mas a sociedade como um todo. A humanidade de hoje depara-se com novas relações de trabalho ou de modo de produção, que é chamada de globalização sócio-econômica. Um fator essencial para a globalização é o fator tecnológico. Novas formas de competição surgiram entre as empresas que buscam vantagens, na disputa de um lugar no mercado. A qualificação da mão-de-obra não é mais um fator de tanta importância, pois num modo de produção altamente tecnificado necessita-se de um número menor de trabalhadores qualificados, embora a qualificação seja um dos elementos necessários para a empregabilidade. Os empregadores buscam trabalhadores com conhecimentos técnicos, com espírito de iniciativa e capacidade de comunicação. A flexibilização nas relações de trabalho, com vistas à modernização do próprio Direito do Trabalho deve ser trilhada a partir dos valores contidos na Constituição Federal, desta-

* Trata-se de produção do Projeto de Pesquisa: "Direito, globalização e as novas relações de trabalho", coordenado pelo Prof. Lourival José de Oliveira desenvolvido no Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR.

** Doutor em Direito pela PUC/SP, Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – Marília/SP.

*** Mestrandas do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – Marília/SP, integrantes do Projeto de Pesquisa: "Direito, globalização e as novas relações de trabalho."

cando-se: a valorização do trabalho humano, a justiça social, a busca do pleno emprego e, por fim, a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: avanço tecnológico; novas relações de trabalho; tecnologia; valorização do trabalho humano.

ABSTRACT

The fast technological revolution has brought, among other consequences, changes in work relations. But automation has not only changed the labor and industry market, but also the entire society. Humanity nowadays faces new work relations or ways of producing which is so called social economical globalization. Technology is an essential factor for globalization. New ways of competition came up among the companies that look for advantages in the market. Qualified workers is no longer important for a means of production highly technical needs fewer qualified workers, although qualification is one of the necessary elements of employment. Employers look for workers who have technical knowledge, initiative and communication skill. Flexibility in work relations towards modernization of work right must follow the values in the Federal Constitution, highlighting: human work valorization, social justice, search for job and finally, human being dignity.

Key-words: technological advances; new work relations; technology; human work valorization.

1. Introdução

Desde os primórdios de sua história, o homem, enquanto ser racional, vem exercendo sua capacidade criativa com ênfase para melhorar suas condições de vida e, mais especificamente, do trabalho. Retrata Marx, na obra *O Capital*, com inarredável propriedade: “O que distingue as diferentes épocas econômicas não é o que se faz, mas como, com que meios de trabalho se faz. Os meios de trabalho servem para medir o desenvolvimento da força humana de trabalho e, além disso, indicam as condições em que se realiza o trabalho” (apud GAMA, 1986, p. 208).

Quanto à inovação tecnológica na busca da melhoria dos padrões de vida e de subsistência humana, vale destacar Anita Kon, que discorre da seguinte forma:

[...] o desenvolvimento de novas tecnologias tem sido, no decorrer da evolução da sociedade, um agente relevante que conduz à expansão das oportunidades de combinações de recursos materiais e humanos disponíveis. A inovação tecnológica, portanto, decorre da necessidade de aumento da produtividade e da efi-

ciência no uso dos recursos, e como consequência são observados reflexos consideráveis no caráter e na natureza do trabalho humano (KON, 1999, p. 61).

Nas últimas décadas, no entanto, a revolução tecnológica, somada ao processo de globalização, assumiu proporções homéricas. As transformações advindas da soma desses dois fatores mudaram radicalmente a natureza do trabalho humano, que requer com urgência a definição de novos paradigmas, para, no âmbito nacional, concatenar o Estado com a realidade vigente e, no cenário internacional, impedir a coisificação do trabalho humano, transmutado em mercadoria, com um simples valor de custo, medido pelas diretrizes econômicas. Em suma, a tecnologia deve ser colocada como ferramenta do desenvolvimento humano, parte integrante de um processo e não como o mero significado da redução de custos em vistas de uma maior lucratividade.

Caso assim seja apresentado o fator tecnológico, ter-se-á um instrumento de dominação econômica, destinada a fazer aumentar as desigualdades sociais.

2. Conceito de tecnologia

Segundo aponta Ruy Gama (1986, p. 11), existem duas vertentes principais e divergentes acerca da conceituação de tecnologia, sendo que uma se refere à tecnologia como o próprio fazer, e outra ao estudo daquelas atividades dirigidas à satisfação das necessidades humanas. Em sua tese de livre-docência, Gama leciona que:

A tecnologia moderna foi se constituindo a partir do século XVII, *pari passu* ao desenvolvimento do capitalismo e à substituição do modo de produção feudal/corporativo, e do sistema do modo de transmissão do conhecimento apoiado na aprendizagem, pelo emprego do trabalho assalariado e o sistema escolarizado de transmissão de conhecimento. (1986, p. 30).

O mesmo autor toma como ponto de partida, no seu trabalho, o seguinte conceito de tecnologia:

Tecnologia: estudo e conhecimento científico das operações ou da técnica. Compreende o estudo sistemático dos instrumentos, das ferramentas e das máquinas empregadas nos diversos ramos da técnica, dos gestos e dos tempos de trabalho e dos custos, dos materiais e da energia empregada.[...] (GAMA, 1986, p. 30).

A tecnologia tão benéfica ao avanço da humanidade, resultado da *práxis* e da pesquisa humana ao longo da história, possui também suas facetas negativas, do ponto de vista social. O tempo que encurta distâncias, tornando o mundo cada vez mais rápido, ressalta as diferenças econômicas, culturais e sociais existentes entre os países, transformando o planeta numa pequena aldeia global (BAUMAN, 1999).

Referindo-se à profundidade da revolução tecnológica, Ladislav Dowbor relata:

Hoje vivemos uma profunda revolução tecnológica. Nos últimos vinte anos, acumularam-se mais conhecimentos tecnológicos do que em toda a história da humanidade. Isto tem um lado positivo, sem dúvida pela produtividade crescente que conseguimos pelos avanços na saúde, na informação e tantos outros. Mas a verdade é que o dramático avanço tecnológico, sem um avanço comparável em termos institucionais, se torna explosivo para a humanidade [...]. Em outros termos, quando o homem maneja instrumentos tecnológicos de impacto planetário, não pode mais resumir a sua filosofia de organização social na sobrevivência do mais apto, no 'vença o melhor'. Melhorar radicalmente a nossa capacidade de governo tornou-se uma questão de sobrevivência. A dramática diferença entre a rapidez do avanço das técnicas e a lentidão do avanço das instituições nos coloca como que no comando de um imenso avião moderno, tendo no painel os modestos controles de um fusca. Há uma disritmia letal no desenvolvimento da nossa sociedade. (DOWBOR, 1999, p. 10)

Não se pode descurar de que o desenvolvimento tecnológico não se deu de forma homogênea, no mundo. A inovação tecnológica está diretamente ligada ao volume de investimento, e, portanto, os países mais ricos tornam-se, via de regra, mais desenvolvidos. Consolida-se a desigualdade estrutural, quando os países subdesenvolvidos ou periféricos colocam-se como meros receptores do conhecimento tecnológico alheio e, por não possuírem os seus próprios, relegam-se tão somente à condição de base de fabricação mundial em virtude do fornecimento de mão-de-obra barata (KON, 1999, p. 62-63).

Todos os frutos de processos inventivos, bem como a tecnologia, têm seu destino traçado pela conduta humana, sendo uma questão de condução, de destinação e não de mera tendência ou vocação. Em ambientes competitivos, nos quais muitos se beneficiam, o impacto tecnológico é criativo. Quando monopolizado por poucos, é devassador. (BORTOLOTTI, 2000, p. 189). Segundo Marx, a tecnologia apresenta-se como a ciência que revela os mistérios do trabalho, da sociedade e do próprio Homem (apud GAMA, 1986, p. 208).

Dentro deste estudo, requer-se buscar o significado ideológico de tecnologia, que aparentemente quer significar desenvolvimento. Contudo, não é pelo fato de atualmente se produzir, em determinados países, por exemplo carros, que aquele país será tecnologicamente desenvolvido. Da mesma forma, a tecnologia voltada puramente para a redução de custos não significa melhoria das condições sociais ou divisão de rendas. Pode significar “ostracismo social”, na medida em que é dominada por um pequeno número de trabalhadores.

3. A tecnologia e a necessidade de qualificação da mão-de-obra

No séc. XVIII, a Inglaterra passou a ser conhecida como o “país do capitalismo”, desenvolvendo a indústria têxtil resultante das primeiras invenções: máquinas de fiar e fio de seda. Em 1769, foi inventada a máquina a vapor por James Watt, passando a fornecer energia às indústrias e liberá-la da energia hidráulica (GOMES, 2003, p. 108).

O empregador possuía o monopólio da produção e controlava o trabalho, impondo unilateralmente sofridas condições de trabalho aos trabalhadores, que se sujeitaram a elas para não enfrentar o desemprego. Alguns teóricos explicam em virtude do fato de o trabalhador ter uma concorrente: a máquina. O Estado moderno, desde então, incentivava e dirigia os investimentos para a reestruturação industrial, a fim de inserir a economia no grande mercado mundial, participando com investimentos públicos no financiamento privado.

O Estado Contemporâneo caracteriza-se por seu compromisso com metas políticas, sociais e econômicas. (ROBORTELLA, 1994, p. 133 e ss). Modifica-se gradualmente a atitude do empresário com relação à mão-de-obra, agora considerada mais um ativo do que um passivo. Quanto maior a evolução tecnológica, mais preciosos os recursos humanos qualificados, tornando paradoxal a tendência à precarização dos postos de trabalho.

Luiz Carlos Amorim Robortella (1994, p. 133 e ss) comenta que, de um apertar de botão, de um programa de informática, pode depender toda a atividade empresarial. No mundo globalizado, a revolução tecnológica fez com que as empresas, devido à competitividade de mercado, modificassem a sua linha de produção, buscando enaltecer a qualidade de seus produtos, com mudanças significativas inerentes à política de pessoal. Atualmente, as empresas buscam criatividade, conhecimento geral, o saber multifacetado e, com isso, passam a exigir de cada trabalhador a tecnologia da informação, a força de trabalho intelectual e comunicativa.

O trabalhador de alta tecnologia, com pleno domínio dos segredos e do núcleo principal da empresa, acaba por exercer sua atividade sem dependência hierárquica. Esta expressão, “sem dependência hierárquica”, dá lugar a um controle mais efetivo das ações dos empregados por outros empregados, na medida em que se constroem sistemas de gerenciamento interligados. O trabalho pode ser executado em locais diversos, mediante sistemas de comunicação e de informática que favorecem o empregador, ao permitir o controle do empregado mesmo que a distância, tomando-se como exemplo o alastramento do teletrabalho. O Professor Robertella tece comentários, considerando esse novo controle utilizado por meio dos avanços tecnológicos, como uma “telesubordinação” ou “teledisponibilidade”. E diz que, se depender dessa forma de tecnologia, o empregador pode tornar mais amplo seu poder diretivo da empresa (ROBORTELLA, 1994, p. 133 e ss).

O mercado “mundializado” amplia ainda mais suas conseqüências, pois o cidadão-trabalhador, quando não é excluído e condenado ao universo da informalidade, é integrado e submetido à lógica avassaladora do capital transnacionalizado. Um exemplo dessa situação é a empresa Nike, que trabalha com produtos relacionados ao esporte. Ela terceiriza a sua produção, habilitando fornecedores da Indonésia à Polônia, dependendo de onde encontrar os menores custos (MARTIN, 1995, p. 25-30).

Nos países subdesenvolvidos, o Estado ainda traça timidamente programas de qualificação, de inclusão no mercado de trabalho e estuda formas de reestruturação do processo educativo, a fim de melhor preparar seus profissionais e tentar amenizar o caótico quadro de desemprego. Por sua vez, os empresários que anseiam por esses novos profissionais não podem esperar, dadas as exigências do mercado. O trabalhador sem qualificação, de seu lado, tem pouquíssimas chances de encontrar nova colocação, uma vez que seu perfil está cada vez mais distante da necessidade do mercado globalizado e da alta tecnologia com que ora se depara. Aqueles trabalhadores, sem qualificação técnica, pelo que se constata, serão jogados à própria sorte. Daí uma das conseqüências da evolução tecnológica nas relações de trabalho – o desemprego, na sua fase de extinção da necessidade daquele determinado tipo de trabalho.

4. Tecnologia e desemprego

Nos tempos atuais, as empresas vêm-se inseridas num mercado globalizado e buscam adotar o perfil imposto por essa nova realidade de produzir mais e melhor, com cada vez menos custo. O avanço tecnológico apresenta-se, aparentemente, como a fórmula para se alcançar o aumento da capacidade produtiva, a diminuição do tempo, a melhoria na qualidade e a uniformidade do produto.

No entanto, o desenvolvimento da tecnologia, juntamente com a globalização, gera grandes modificações nas relações de trabalho que se externam através de vários reflexos, dos quais se destacam: a necessidade de mão-de-obra qualificada, para que se possa implantar e dirigir esse novo aparato tecnológico; o surgimento de novas formas de trabalho, para se amoldarem às necessidades decorrentes do novo perfil do empresariado; e a diminuição da necessidade de mão-de-obra desqualificada ou com pouca qualificação.

Os profissionais altamente qualificados têm colocação garantida no mercado de trabalho e sua mão-de-obra é extremamente valorizada, conforme registra Denize Pazello Valente: “[...] É neste contexto, de reconhecimento da fábrica como organismo complexo, capaz de ajustar-se às necessidades oligopolistas de competir em qualidade e diferenciação de produtos, que requer um trabalhador criativo, capaz de interagir com o novo processo de trabalho” (VALENTE, 2003, p. 439).

Sobre o mesmo tema, afirma Dallegrave Neto:

A forma como o trabalhador é inserido na linha de produção se altera de acordo com o modelo de produção. De Taylor a Ford. De Ford ao Toyotismo. Em cada quadrante impõe-se ao trabalhador a necessidade de adquirir o perfil de ‘operário padrão’, status recebido por aquele que melhor consegue se adaptar às mutantes formas de produção com vistas à maximização dos lucros. É preciso ter um baixo grau na escala RM (resistência à mudança), sob pena de exclusão do mercado (2002, p. 60).

Os processos produtivos hodiernos demandam pouquíssimas mãos para sua completa execução, ou, são executados exclusivamente por máquinas, dado o avanço da tecnologia. Conseqüência disso é que, aumentada a produtividade de trabalho para um mesmo nível de produção, o número de trabalhadores é cada vez menor (CATTANI, 1991, p. 51). É o chamado desemprego estrutural, mais grave e arrasador do que o simples desemprego conjuntural, e que vem se proliferando especialmente nos países periféricos, como o Brasil, nos quais a grande massa de trabalhadores possui o perfil da mão-de-obra não especializada.

Wagner Giglio (2001, p. 408) comenta o prejuízo que o desemprego traz para o país, no nível macroeconômico, com o enfraquecimento do mercado interno e o aumento da dependência frente ao capital externo e às organizações internacionais, e, no planomicroeconômico com a redução do poder aquisitivo do trabalhador, processo que se traduz em um círculo cada vez mais vicioso. Nesse contexto, não se pode olvidar que o desemprego coloca em risco o maior valor da sociedade, qual seja, a dignidade da pessoa humana, uma vez que o trabalho se tornou atividade inerente ao homem. Neste sentido, vale citar:

[...] Enfim, resta cada vez mais evidenciada a humilhação do trabalhador que se vê transformado em servo da máquina. Desconsiderada sua dignidade humana, é obrigado a se submeter às piores condições de trabalho que lhe são impostas pelo empresário, que tudo faz para negligenciar o caráter social de sua atividade econômica” (GOMES, 2003, p. 103).

Vê-se que, das inúmeras conseqüências trazidas pela evolução da tecnologia, nas relações de trabalho, destaca-se o desemprego, tanto pela proporção que vem adquirindo, quanto pela sua relevância. Trata-se de um problema real e de grande profundidade para o qual se deve atentar e lutar arduamente. Assim como o trabalho se tornou a base da sociedade com o decorrer da história humana, “[...] o não-trabalho assume, igualmente, um papel fundamental”. (CATTANI, 1991, p. 40)

A grande questão a ser colocada é: como reverter esse processo?

5. A tecnologia e a valorização do trabalho humano

Transformada a liberdade em mera abstração, em face da Revolução Industrial que eclodiu no século XIX, o trabalhador acabou sendo abandonado pelo Estado Liberal e passou a ser considerado como simples meio de produção. Competindo com a máquina, se sujeitava à jornada de trabalho que superava os limites de sua própria resistência física, para, ao final de cada mês, receber parco salário e não ter que se sujeitar ao desemprego. Dessa época remontam as divergências existentes entre o avanço tecnológico e a valorização do trabalhador (GOMES, 2003, p. 108).

A exploração do homem pelo homem tornou-se cruel, sua dignidade vem sendo diminuída de forma atroz. A fraternidade, uma das bandeiras sustentadas no século XVIII restou esquecida. José Afonso da Silva expressa que “[...] essa prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica reporta como prioridade sobre os demais valores da economia de mercado. Aí sim, terão estes valores, potencialidades transformadoras” (SILVA, 1997, p. 720).

Os princípios e regras constitucionais têm por fim proteger a pessoa humana, o bem jurídico trabalho, que recebeu pela Constituição Federal de 1988 a conotação de valor social, tornando-se um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito (art.1º, IV). A Lei Maior brasileira também proclama que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho (art. 170 da C.F.) e que a ordem social tem por base o primado do trabalho (art. 193 da C.F.).

Além disso, a vigente Constituição Federal reconhece que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo da ordem jurídica. A atuação governa-

mental não pode estar condicionada apenas aos interesses econômicos, deixando o trabalhador abandonado em meio às leis de mercado, posto ser ele detentor de direitos fundamentais que extrapolam o âmbito nacional, por serem consagrados mundialmente.

A Constituição Federal de 1988 apresenta ainda alguns pontos de flexibilidade, adequando-se às exigências do mercado globalizado, ao trazer transformações que buscam beneficiar empregadores e trabalhadores. Tome-se, como exemplo, o art. 7º, inciso XI, que baseando-se na relação entre salários e produtividade ou rendimento líquido, prevê “a participação nos lucros ou resultados desvinculada da remuneração” (SILVA, 1998, p. 89).

O desenvolvimento tecnológico revolucionou não só o mercado de trabalho e da indústria, mas a sociedade como um todo. A facilidade na circulação de informações e de produtos tem sido a principal forma de expressão cultural, transformando o modo de pensar e agir das pessoas.

O professor Cattani afirma que não se pode tratar o avanço tecnológico como a grande causa do desemprego e desvalorização do trabalho que atinge os países menos desenvolvidos, inclusive o Brasil. Cita, como exemplo, a situação dos EUA:

O percentual de desemprego nos Estados Unidos causa inveja aos europeus. [...] Nos Estados Unidos, a duração de desemprego é relativamente curta. O fluxo de entradas e saídas é mais rápido, fazendo com que apenas 11% dos trabalhadores estejam empregados há mais de um ano (CATTANI, 1991, p 55).

Ressalta Luiz Carlos Amorim Robortella: “O importante é adaptar as normas e a política do trabalho às realidades nacionais e que as normas sejam efetivamente cumpridas, dentro da idéia de que o desenvolvimento econômico não é incompatível com o progresso social” (ROBORTELLA, 1994, p. 133 e ss). Desta feita, tudo parece indicar que a questão do desemprego não estaria centrada no desenvolvimento tecnológico e sim em políticas desenvolvimentistas, em ações do poder público e formas de convivência da comunidade em geral com essas novas formas de organização empresarial.

6. Os novos paradigmas empresariais

Ocorreram várias mudanças que caracterizaram uma revolução empresarial. As novas formas de prestação de serviços, a presença feminina na fábrica, os novos hábitos e locais de trabalho fizeram com que o Estado fosse reconstruindo a sua atual forma de participação na relação de trabalho. A empresa não mais se identifica exclusivamente com o seu proprietário ou controlador, mas representa também a sua diretoria, seus executivos, seus téc-

nicos e seus trabalhadores. O capital e o trabalho não são mais os únicos fatores de produção. Acrescenta-se a esses a tecnologia, que garante a produtividade da empresa. Hoje, os fatores mais importantes do crescimento econômico são: a organização, o conhecimento e a aquisição da tecnologia. A função do empresário também mudou. Houve a reestruturação da empresa, justificando-se o novo estudo do direito que incide sobre a empresa.

Segundo Wald, para o empresário, o ciclo da revolução tecnológica, que teve seu início com a criação da máquina a vapor e se desenvolveu na segunda metade do século XX, com a utilização da energia atômica e a introdução da informática, provocou uma verdadeira Revolução Industrial (apud DRUCKER, 1993, p. 107 e ss).

Exige-se, em virtude da globalização, que o *manager* contemporâneo seja um líder de sua equipe, um conhecedor da realidade do seu tempo, um organizador da produção e da comercialização e que saibam exatamente quais são os interesses da empresa, dos seus empregados e das necessidades, tanto do mercado externo como interno. O planejamento empresarial deve admitir a ocorrência de futuros alternativos, prevendo-se a necessidade de reciclagem contínua. Hoje, cabe adequar esse planejamento ao mundo externo, que é marcado por uma nova fase, surgida com o desaparecimento das distâncias e com a presença marcante das empresas multinacionais.

As próprias qualidades básicas do empresário sofreram modificações. Não lhe basta ser racional e audacioso. Agora, o empresário precisa ter intuição e ponderação. Exige-se que seja um administrador eficiente e um hábil negociador, dominando as técnicas da informação e da comunicação. A evolução da empresa constitui um elemento básico para a compreensão do mundo contemporâneo. A empresa passa a ser o quinto pilar do direito privado, ao lado da propriedade, da família, do contrato e da responsabilidade, tornando-se o centro da atividade econômica. Para Arnold Wald, a criação da empresa moderna representa, na história da humanidade, uma mudança de civilização tão importante quanto o fim do estado paleolítico, ou seja, o momento em que o homem deixou de viver exclusivamente da caça para dedicar-se à agricultura, abandonando o nomadismo para se fixar na terra (apud GHOSN, 2003, p. 313).

A atual passagem para uma economia global permite a emergência de um conjunto ainda maior de novas empresas globais. Compra global, produção global e vendas globais estão todas combinadas numa impecável cadeia global de suprimento. Um exemplo é a tomada do controle da Chrysler pela Mercedes, tanto das oportunidades, quanto dos problemas. Se as duas se acertarem, sua fusão irá criar uma nova empresa, nem alemã nem americana. Será uma empresa global, com ambos os lados tendo muito a aprender um com o outro. Uma produz carros para o mercado de massa e a outra para o mercado de luxo. Uma é

conhecida por seus *designs* inovadores e os da outra nunca mudam. Uma tem problemas de qualidade, sendo que a outra é conhecida por sua alta qualidade. Uma vende localmente, mas compra peças globalmente, sendo que a outra vende no mundo inteiro, mas compra peças localmente. Devido a esses fatores, as pesquisas indicam que é pouco provável a ocorrência de quedas de vendas, ao mesmo tempo, em todos os seus mercados combinados. Quando a Europa estiver mal, a América estará bem (apud GHOSN, 2003, p. 313 e ss).

Outro exemplo de uma união bem sucedida é a que a Renault conseguiu fazer com a Nissan, realizada sob a liderança de Carlos Ghosn, com respeito à manutenção da cultura própria de cada uma das empresas, sem prejuízo da criação de uma nova cultura comum a ambas.

Diante dos avanços tecnológicos, da concorrência entre as empresas e da busca pelo lucro, os empresários foram impulsionados a construir uma nova empresa. As empresas tiveram que se adaptar a esse novo cenário mundial, em virtude de suas próprias sobrevivências. São mudanças exigidas para que elas se relacionem entre si e com a sociedade.

Surgem novos contextos empresariais, tais como: terceirização, quarteirização, o trabalho a domicílio, entre outros, que trazem como conseqüências a produção de postos de trabalho com baixos salários, quadro de demissões crescentes, inclusive com trabalhadores mais experientes.

Um exemplo é o que ocorreu no processo das privatizações em empresas estatais como a reestruturação da telefonia, no Brasil. A reestruturação da telefonia modernizou os serviços ao consumidor, mas as terceirizações reduziram os salários dos trabalhadores do setor em até 40%.¹ Além dos novos contextos empresariais, a organização empresarial atual tem que ser eficiente. Hoje, a empresa faz parte de um ambiente “aberto” de organização, ou seja, a forma com que ela se relaciona com o ambiente é que define se ela terá sucesso ou não.

Aquela empresa que não se adaptar ao novo ambiente surgido ou às mutações desse ambiente onde está inserida (forma de produzir, consumidores, características do seu produto, enfrentamento das contingências políticas e instabilidades econômicas) perecerá. As que conseguirem acompanhar os processos de transformação, como que prosseguindo com um processo de mutação sintonizada com o meio em que vivem, poderão sobreviver.

¹ Dados da conclusão da tese de doutorado de Sirlei Márcia de Oliveira apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da USP.

Considerações finais

1. As transformações advindas dos avanços tecnológicos mudaram radicalmente a natureza do trabalho humano, que requer com urgência a formação de novos paradigmas. A revolução tecnológica fez com que as empresas modificassem sua linha de produção e passassem a exigir de cada trabalhador uma maior qualificação e produtividade;
2. O trabalho da era tecnológica pode ser executado em locais diversos, sem a necessidade de contato direto, mediante sistemas de comunicação e informática, que favorecem ao empregador o controle do empregado mesmo à distância, ampliando ainda mais o poder diretivo da empresa;
3. Criaram-se ideologias mercadológicas com base na competição bruta, nutrindo a necessidade da redução cada vez maior de custos, para fins de obtenção do lucro barato. O número de trabalhadores exigidos pelos processos produtivos modernos é cada vez menor, principalmente os de mão-de-obra não especializada, gerando o que passou a ser denominado de desemprego estrutural, que exclui de vez a grande massa de trabalhadores do mercado de trabalho, extinguindo as vagas que antes eles ocupavam;
4. A Constituição Federal deve ser interpretada de forma a sempre ser objetivada a concretização dos valores sociais nela concentrados. Nenhum processo de flexibilização pode ser despojado do atendimento ao princípio da valorização do trabalho, que concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana. O trabalhador é detentor de direitos fundamentais, resguardados no plano internacional pelos direitos humanos e, especificamente no Brasil, pela eleição do bem jurídico trabalho como valor fundante do Estado Democrático de Direito. Desta feita, a valorização do trabalho humano deve ser uma preocupação mundial no aspecto social, e no político, pautar todas as ações governamentais;
5. A política pública, principalmente a busca da qualificação da mão-de-obra, é de grande importância para o enfrentamento pelo homem das novas necessidades do mercado, tratando-se de uma necessidade básica que exige do Estado ações públicas nesse sentido.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BORTOLOTTO, Christhyanne Regina. In: *Direito so Trabalho & Direito Processual do Trabalho*. Aldacy Rachid Coutinho e outros (coord.). Curitiba: Juruá, 2000.
- CATTANI, Antonio David. *A ação coletiva dos trabalhadores* Porto Alegre: SM Cultura-Palmarica, 1991.
- DALEGRAVE NETO, José Afonso. Transformações das relações de trabalho á luz do neoliberalismo. In: COUTINHO, Audacy Rachid. *Transformações do Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2002.
- DOWBOR, Ladislaw. Globalização e tendências institucionais. In: DOWBOR Ladislaw Dowbor et al. *Desafios da globalização*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GAMA, Ruy. *A tecnologia e o trabalho na história*. São Paulo: Nobel/Edusp, 1986.
- GIGLIO, Wagner D. Desemprego: causas, efeitos e perspectivas. *Revista LTR Legislação do Trabalho*. LTr, v. 65, n. 04, abril 2001.
- GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Flexibilização da Legislação Trabalhista. In GARCIA, Maria. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 11, julho-setembro, 2003.
- KON, Anita. Tecnologia e trabalho no cenário da globalização. In: DOWBOR Ladislaw Dowbor et al. *Desafios da globalização*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. *A armadilha da globalização*. Trad. Waldtraut U. E. Rose. 5. ed. São Paulo: Globo, 1999.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. *O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil*. São Paulo: LTr, 1998.
- VALENTE, Denise Pazello. Direito do Trabalho: flexibilização ou flexploração? In COUTINHO, Audacy Rachid et al (coord). *Transformações do Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2003.

WALD, Arnold. A empresa no terceiro milênio. In: FONSECA, Rodrigo Garcia da. Aspectos Jurídicos. Rodrigo Garcia da Fonseca. *apud* DRUCKER, Peter F. *Innovation and Entrepreneurship*. New York: Harper Business, 1993, p. 107 e ss.

ELEMENTO INTEGRADOR DA DEMOCRACIA, COMO FORMA DE SE GARANTIR UM MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL

DEMOCRACY INTEGRATING ELEMENT AS A WAY OF GUARANTEEING A HEALTHY ENVIRONMENT

Daniela Braga PAIANO¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a importância do Estado Democrático de Direito para que se possa reconhecer e garantir direitos fundamentais do homem. Dessa forma, serão expostas as formas de governo, em especial a Democracia, e como ela difere das demais. A democracia, por assumir um caráter valorativo, pode tanto ser uma forma de governo boa ou má, quando exercida em um ambiente político maculado pela corrupção. Tomando como exemplo o Brasil, o problema da corrupção, advindo desde a raiz da formação desta sociedade, é vivenciado até os dias atuais, principalmente no plano federal, que enfrenta uma grave crise política; aponta-se que uma das formas para se corrigir o presente erro seria a conscientização política da sociedade para que possa escolher e cobrar melhor seus representantes, visto que, a maior arma na mão dos povos regidos por essa forma de governo, como no caso do Brasil, é o voto. É por ele que se pode corrigir esse mal em sua origem. Em um segundo momento, será verificada a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, passando por sua fase evolutiva até o momento atual, no qual, às vezes, se vê prejudicado por carecer de instrumentos hábeis para sua garantia. Ao abordar este assunto, estudar-se-á a fase evolutiva dos direitos fundamentais, denominando-os como direitos de primeira, segunda e terceira dimensões. No campo dos direitos de terceira dimensão, está

¹ Mestranda em Direito pela UNIMAR-Marília/SP, Especialista em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente/SP, Professora de Direito na UNOPAR, em Londrina/PR, e ICES, em Cambé/PR.

inserida a proteção ao meio ambiente saudável para as gerações presentes e futuras, hoje em um plano internacional. Está intimamente ligada à própria condição de sobrevivência do homem, haja vista que, se não se garantir um meio ambiente saudável, equilibrado e sustentável (como hoje é denominado), coloca-se em risco a própria espécie humana.

Palavras-chave: democracia; dignidade da pessoa humana; meio ambiente.

ABSTRACT

The current work has the aim to analyze how important is the Democracy State so people can have their rights recognized and protected. This way, it will expose different kinds of government, especially Democracy and how it is different from the others. It can have a valuable sense, which can assume positive and negative aspects, mainly when its scenery is stained by corruption. Brazil is an example where the corruption problem comes from the very beginning of its society until today, mainly concerning with the federal level of government, which is facing a deep political crisis. A way to correct this mistake is to make the population conscious of the importance of choosing and charging politicians they choose, since that the greatest power on people's hand is the vote. It's a way to correct this evil from the beginning. Later, the importance of the right of dignity of human being will be analyzed, explaining its evolution until the current days – when there still is no effective protection. In this part of the work, the evolution of the basic rights of men will be studied, calling them as rights of first, second and third dimension. The third one is the protection of health and clean environment for the current and future generations, in an international level of recognition. For this reason, it is closely connected with the survival of mankind, when it is true that if men do not guarantee a health and clean environment their own existence will be put in risk.

Key-words: democracy; dignity of human people; environment.

1. República, democracia e Estado Democrático de Direito

A palavra **democracia**, de origem grega, tem como significado:

1. governo do povo; soberania popular; democratismo. [cf. vulgocracia.]
2. Doutrina ou regime político baseado nos princípios da soberania popular e da distribuição equitativa do poder, ou seja, regime de governo que se caracteriza, em essência,

pela liberdade do ato eleitoral, pela divisão de poderes e pelo controle da autoridade [...].(FERREIRA, 1986, p. 534)

Democracia será estudada aqui como forma de governo dirigida ao povo, pelo povo e do povo, podendo ser exercida de forma direta ou indireta, se exercida por seus representantes. Difere da Monarquia por esta ser uma forma de governo exercida por apenas uma pessoa, e da Aristocracia, que é exercida por poucos. Ricardo Ribas da Costa Berloff acrescenta a este conceito que Democracia visa a “consagrar a liberdade do indivíduo, sua igualdade perante os demais e a responsabilização pessoal pelos atos praticados.”(2004, p. 217)

Com efeito, já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e no Art. 1º, institui-se no Brasil, o Estado Democrático de Direito, mencionando as seguintes finalidades:

[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].(BRASIL, 2004, p. 17)

Um fato a ser analisado e já apontado por Norberto Bobbio (1999, p. 141-144), é a Democracia assumir um caráter axiológico, podendo ser uma forma de governo boa ou má. Para o autor, ela terá um aspecto positivo quando, como forma de governo, busca atingir a muitos, quer por meio da lei, que se coloca igual para todos, não importando quais diferenças as pessoas possam ter, quer pelo respeito à liberdade. Ela assumirá um caráter negativo, analisando tanto o sujeito governante como o modo de governar. O autor aponta como consequência disso a incompetência dos governantes, a demagogia, a má formação de partidos políticos e as várias alterações na lei, acarretando insegurança e corrupção.

Dessa forma, quando se analisa o cenário político atual do Brasil, vê-se a adequação de muitos fatores que levam ao exercício da má democracia. As várias adversidades existentes nesta sociedade tão heterogênea, não são respeitadas, a ponto de serem transformadas em fatores de discriminação e desigualdade. Ademais, é comum serem noticiados fatos como corrupção e favorecimento político, desencadeando uma sociedade hierarquizada e verticalizada, na qual prevalecem interesses da burguesia, em detrimento dos menos favorecidos. Isto aponta para uma necessidade de maior conscientização da população para o exercício da democracia de forma plena, correta e imparcial, tanto na hora de escolher seus representantes, por meio do voto, quanto na hora de cobrar explicações da má gestão pública. Porém, o mal hoje vivido na sociedade brasileira não é um fato novo. Seu início

data desde sua criação, eivada de aspecto negativo, sem ter conseguido, até o atual momento livrar-se dele. Nesse sentido, ao analisar a formação da democracia na sociedade brasileira, Sérgio Buarque de Holanda afirma:

A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. (HOLANDA, 1995, p. 160).

Verifica-se, por meio da História, que as evoluções e deturpações enfrentadas pelo modo de governar deram origem à Monarquia, Aristocracia e Democracia. Como esta parte do estudo é voltada à Democracia, esta se apresenta sob duas maneiras, quanto à forma de seu exercício: democracia direta e representativa (embora alguns autores mencionem democracia direta, semidireta e indireta ou representativa).

A Democracia direta propriamente dita, segundo Ricardo R. da Costa Berloff, “seria aquela em que o povo, em assembléia plenária, decide acerca dos assuntos de governo de forma individual, diretamente. [...] Na democracia direta teríamos a fusão da figura do governante e do governado numa integração de absoluta igualdade política” (BERLOFFA, 2004, p. 226-227). Dada sua limitação de abranger um número pequeno de pessoas, é difícil exercer uma democracia direta nesses moldes. Também, quando se fala em democracia direta (ou semidireta, como tratada por alguns autores), ocorre pela “formação de representantes do povo que decidirão em princípio sobre os assuntos em debate facultando-se, acessoriamente, o acesso individual a *posteriori*”. (Idem, *ibidem*)

Nesse mesmo sentido, Norberto Bobbio divide a democracia direta da seguinte maneira:

Sob o nome genérico de democracia direta entendem-se todas as formas de participação no poder, que não se resolvem numa ou noutra forma de representação (nem a representação dos interesses gerais ou política, nem a representação dos interesses particulares ou orgânica): a) o governo do povo através de delegados investidos de mandato imperativo e portanto revogável; b) o governo de assembléia, isto é, o governo não só sem representantes irrevogáveis ou fiduciários, mas também sem delegados; c) o *referendum*. (BOBBIO, op. cit, p. 154)

A Constituição Federal de 1988 prevê três formas de democracia direta: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (Art. 14 e outros). Tanto o plebiscito

quanto o referendo são consultas feitas ao povo. Enquanto, no primeiro, essa consulta é feita para que o povo decida sobre um assunto de seu interesse, acerca de uma decisão a ser tomada, o segundo é feito para manter uma decisão já existente ou reformulá-la. Na esteira de raciocínio de Diogo de F. Moreira Neto, é “uma hipótese de auto governo popular restrito aos precisos termos que lhe são sujeitos à apreciação”. (1992, p. 113). Já a iniciativa popular, é uma forma de participação popular, em atos legislativos e não administrativos, para que se possam propor leis de interesse da sociedade.

Quanto à outra forma de Democracia, a representativa ou indireta, é a forma de governo pela qual os cidadãos de certa sociedade, com capacidade para tal, elegem, mediante o voto, seu representante no poder público. O voto, instrumento de valor imensurável neste tipo de Democracia, determinará quem será o governante daquela sociedade, legitimando seu exercício do mandato pelo sufrágio popular. Esta é a forma mais abrangente de participação popular, alcançando todos os cidadãos capazes e não impedidos de votarem. Com efeito, Norberto Bobbio afirma que:

[...] existe um nexo representativo (ou república) e dimensão do território, e que portanto a única forma não autocrática de governo possível num grande Estado é o governo por representação, que é uma forma de governo democrático corrigido, temperado ou limitado e enquanto tal tornado compatível com um território muito vasto e com uma população numerosa [...]. (BOBBIO, op. cit, p. 151)

O exercício do voto não faz distinção entre as pessoas, não importando quais sejam as diferenças existentes entre elas; basta que preencham os requisitos legais para votar. Pode-se afirmar que a democracia representativa é uma das melhores formas de governo, porém, como já destacou o autor acima citado, “o ideal de democracia ainda está longe de ser alcançado” (BOBBIO, 1988, p. 71).

Diante da atual realidade vivida pela sociedade brasileira, a escolha correta do governante será crucial para que essa sociedade possa se desenvolver e ser instrumento de diminuição de desigualdades sociais. A população deve tomar consciência do valor e da responsabilidade de seu voto. Por meio da conscientização política é que se poderá eleger um bom governante e viver-se numa democracia boa.

Antônio Carlos Wolkmer ensina:

Em suma, antes de transformar e democratizar o Estado, é essencial educar e mudar as pessoas para o exercício de uma convivência responsável e participativa, muitas das quais ocuparão o governo, exercerão e manipularão o aparelho do Estado no futuro” (WOLKMER, 1990, p. 19).

Dessa forma, a conscientização política e o livre exercício da Democracia são requisitos para que a população saiba exigir o respeito a seus direitos fundamentais, conquistados sob árduas batalhas. Mesmo porque, para que se respeite o meio ambiente, é necessário que o legislativo seja formado por políticos conscientes e honestos, que formulem leis neste sentido, bem como que propiciem o exercício dessas leis, via judiciário, como maneira de se respeitar seus cidadãos, sem deixar que a lei caia no vazio. Assim, afirma Helena Singer:

O nexo entre políticas públicas em todas as áreas e os direitos humanos faz-se pela democracia como fundamento da ordem social. O § 3º do artigo XXI da Declaração de 1948 legitima o sufrágio universal, as eleições periódicas e o voto secreto como instrumentos únicos a garantir a soberania da vontade do povo. (SINGER, 2000, p. 81).

Quando se fala em conscientização política, é necessário falar também sobre desenvolvimento cultural, uma vez que, quanto maior o desenvolvimento cultural de um povo, maior será seu conhecimento sobre política. Devido a isso, existe um elo entre Democracia e direitos humanos fundamentais: “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia, sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”. (BOBBIO, 1992, p. 1).

Fábio Konder Comparato explica, em sua obra:

Em suma, o reconhecimento dos direitos humanos depende estreitamente do grau de desenvolvimento dos povos, mas não há reversivamente, desenvolvimento autêntico sem o progressivo respeito aos direitos humanos. Trata-se de realidades interdependentes, que se exigem reciprocamente e se completam evolutivamente. Para sua concretização, é indispensável romper a estrutura clássica do Estado e constituir um novo órgão, diverso dos Poderes tradicionais, incumbido de planejar e construir a sociedade futura. (1989, p. 55)

Verificar-se-á, no item posterior, como ocorreu o processo de reconhecimento dos direitos humanos e qual é sua importância para um meio ambiente saudável e equilibrado.

2. A dignidade da pessoa humana como direito fundamental – sua conquista e evolução

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais, valores voltados para o homem, não foram prontamente reconhecidos. Sua conquista foi objeto de luta e divergências, tendo custado muitas vidas aos que a buscaram. Na medida em que surgem situações nas quais o homem se torna desprotegido do arbítrio social e estatal, este reconhecimento impõe-se necessário como forma de proteção a uma vida digna.

Dada a sua complexidade, a dignidade da pessoa humana envolve aspectos das mais variadas realidades. Prima-se, sob a luz do direito de igualdade, que todo homem, pela condição de ser, ele, humano, deva ser respeitado como tal, coibindo-se toda conduta que tente desrespeitar este princípio. Embora essa igualdade tenha nascido desde que o homem é homem, seu reconhecimento apenas aconteceu em 10 de dezembro de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, data da sua aprovação na Organização das Nações Unidas - ONU, como produto da necessidade para a proteção de todos os povos, depois das atrocidades cometidas durante as guerras. As guerras marcam um período de multiplicação e universalização desses direitos.

A respeito da dignidade da pessoa humana, afirma Fábio Konder Comparato: “Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele (sic) próprio edita” (2003, p. 21).

A denominação “direito fundamental” caracteriza-se pelo fato de que eles existem para facilitar a vivência humana, sendo certo que sua restrição a dificultaria ou a tornaria impraticável. Dessa forma, para que se tenha vida em sociedade harmônica, esses direitos fundamentais devem ser previstos, respeitados e exercitáveis. Embora as pessoas tenham suas características peculiares, que as tornam diferentes uma das outras, sua condição humana lhes dá o direito de serem respeitadas como tal e as faz com que respeitem o próximo. Por isso, Dalmo de Abreu Dallari afirma que “[...] as pessoas são diferentes, mas continuam todas iguais como seres humanos, tendo as mesmas necessidades e faculdades essenciais” (DALLARI, 2004, p. 14).

As liberdades individuais primeiro foram concedidas às camadas mais abastadas da sociedade, depois passaram a restringir os poderes monárquicos, acarretando o fortalecimento da burguesia.

Fábio Konder Comparato (op. cit, p. 95) afirma que, com a independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 04 de julho de 1776, inicia-se a democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o

respeito aos direitos humanos, reafirmada depois pela Revolução Francesa. Todavia, apenas em 1948, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, é que o homem teve efetivamente esses direitos reconhecidos e garantidos.

Com a positivação dos direitos do homem, a lei deixa de ser emanada pela religião e pelos costumes e passa a ser ditada pelo próprio homem, por conta de sua vontade soberana (autodeterminação dos povos).

A internacionalização dos direitos humanos teve início com a luta contra a escravidão, a regulamentação do trabalhador assalariado, e a busca pelo valor da dignidade da pessoa humana, que não mais suportava as atrocidades cometidas pelo totalitarismo. Seu início, como já afirmado acima, foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, logo após a Segunda Guerra Mundial. Sendo assim, por força de convenções, tratados e acordos internacionais, difundidos pela ONU, grande responsável pela conscientização mundial da importância dos direitos humanos, “o ser humano é objeto de preocupação e defesa global”(ROBERT; SÉGUIN, 2000, p. 15).

Assim, nas palavras de José Afonso da Silva: “Bem se sabe que os direitos fundamentais são históricos: nascem e se transformam” (SILVA, 2002, p. 51). Partindo desse pressuposto, o autor cita a divisão dos direitos fundamentais em: de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões, embora ele mencione gerações. Tendo em vista que a palavra *dimensão* significa tamanho, volume ou, em sentido figurado, importância, prefere-se esta a geração. Enquanto geração tem sentido de vida nova, um novo começo, em dimensão, há o sentido de que os direitos vão se incorporando, melhorando, ampliando, e não nascendo cada qual a seu tempo, sem relação com o anterior.

Os de primeira dimensão, chamados direitos civis, foram assegurados pela Declaração de Virgínia, nos Estados Unidos, e pela Revolução Francesa. Distinguem a demarcação entre Estado e não-Estado, com cunho individualista, tanto quanto ao modo de exercício, ao sujeito passivo do Direito, bem como ao seu titular, marcados pela doutrina liberal. São os direitos à liberdade, segurança e propriedade.

Os de segunda dimensão, marcados pela doutrina socialista, reivindicavam direitos sociais - Estado de bem-estar social. Porém, aqui, o sujeito passivo da relação não é mais o homem, mas sim o Estado. Tem-se como exemplo o direito à saúde, à habitação, à educação, ao salário suficiente à sobrevivência, dentre outros.

Para se adequarem ao contexto social vivido atualmente, os direitos evoluíram para o que chamamos hoje de terceira e quarta gerações. Seguindo pensamento do jurista Celso Lafer: “Estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade” (2003, p.130).

Nessa última dimensão de direitos, os chamados direitos coletivos, estão presentes o direito ao meio ambiente equilibrado, direito à paz, ao desenvolvimento e regulamentação quanto às relações de consumo.

A tríade Território-Povo-Governo, que forma o Estado, abalou-se com a Primeira Guerra Mundial. Uma das conseqüências da guerra foi que as pessoas perderam seus lares, territórios e identidade. Pela expulsão de seu Estado, as pessoas se tornavam apátridas, passando a ser descartáveis.

Dessa forma, conforme ensinado por Hannah Arendt, em *Origens do Totalitarismo*, a guerra é a ruptura dos direitos humanos; o pós-guerra é a reconstrução destes, para restabelecer o valor dos indivíduos.

Celso Lafer contraria a concepção de que todos são iguais perante a lei, afirmando:

Nós não nascemos iguais: nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um dado – ele não é um *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política (LAFER, op. cit, p.150).

Sendo assim, os direitos humanos são tidos como construção de igualdade, e a cidadania, como o direito, a ter direito na visão de Hannah Arendt, na obra mencionada.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, esses direitos ficaram caracterizados pela universalidade e indivisibilidade, consoante se extrai do ensinamento de Flávia Piovesan.

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa (IOVESAN, 2003, p. 68).

Assim sendo, eles formam uma unidade indivisível, de modo que, se violado um dos direitos acima descritos (sociais, políticos...), os demais também o serão.

Note-se que existe um contraponto entre esses dois posicionamentos. Para o primeiro, o homem não nasce igual, mas essa igualdade é legitimada por uma convenção social. Seu posicionamento contraria o ensinamento cristão de

que todos sejam iguais, por serem imagem e semelhança de Deus, não podendo haver diferença entre eles. Para a autora, a condição humana é o único requisito para a caracterização de sua proteção. Ou seja, mesmo antes de seu nascimento, se tiver vida humana, ela já é passível de proteção. Enquanto, para o autor mencionado, a condição carece de reconhecimento, para a segunda, tanto o reconhecimento como o exercício são prévios.

Entende-se, pelo posicionamento da autora, que esta segue a teoria dos direitos naturais, segundo a qual “todos” são iguais perante a lei, são direitos que antecedem a própria existência humana, e não necessitam de nenhum reconhecimento por parte do Estado para serem exigidos, existe uma consciência de seu reconhecimento. Contrapondo-se a essa corrente, Celso Lafer, pelo que ficou dito em sua obra, é adepto da teoria positivista, ou seja, sem o reconhecimento estatal, esses direitos não poderão ser exigidos.

3. O respeito à dignidade da pessoa humana como forma de respeito ao meio ambiente

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, esculpido no Art. 225 da C.F./88, é tido como direito fundamental. Ele adquire esse caráter, porque ele antecede o direito fundamental maior, que é o direito à vida. “Na verdade, estamos diante de um desdobramento da proteção do direito à vida, pois a salvaguarda das condições ambientais adequadas à vida, dependem logicamente da proteção dos valores ambientais” (GOMES, 1999, p. 172).

Conforme se verifica da evolução dos direitos, acima mencionada, eles passam de um caráter individualista para o sentido de coletivo, no qual, pode-se afirmar que existem bens, devido ao seu interesse pertencer não apenas a uma pessoa em particular, pertence a várias pessoas, tal como o meio ambiente. Dessa forma, seguindo entendimento de Cinthia Robert e Elida Séguin:

Por estas razões a preservação do ambiente é um interesse difuso. Cabe ao Direito proteger os interesses plurindividuais que superem as noções tradicionais de direitos individuais homogêneos. Interesse difuso é o **direito transindividual** (grifo da autora), de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas sem qualquer distinção específica, semelhante à tutela prevista no art. (sic) 81, da Lei nº 8.078, de 01.09.1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor. (ROBERT; SÉGUIN, op. cit, p. 42)

Ao falar de direitos humanos, verifica-se que estes envolvem diversas espécies, as quais comportam subdivisões. Dentre estas, está o direito ao meio ambiente saudável, previsto constitucionalmente, em vários dispositivos, mais espe-

cificamente no Art. 225 da C.F./88. A proteção dada ao meio ambiente como uma espécie de direitos humanos ocorre devido à sua íntima ligação à própria condição de sobrevivência humana. É notável hoje em dia a consequência climática, dentre tantas outras enfrentadas pelo homem, decorrente do descaso com o meio ambiente. Tendo em vista que o termo *meio ambiente* engloba aspectos naturais, culturais, artificiais e de trabalho, pode-se afirmar que a proteção dada a ele, é estendida às suas diversas formas de apresentação. Nesse sentido:

O Meio Ambiente interfere e condiciona o ser humano, que vive dentro de uma teia de relações. Essas interações se processam em dois níveis: o da biosfera, e o da sociosfera. No Meio Ambiente Natural temos a prevalência dos condicionantes naturais. A sociosfera ou meio social, caracterizada pelos valores e normas ligadas ao grupo e ao tempo, com enfoque cultural. Por isto, tem-se o Meio Ambiente Natural, o Meio Ambiente Artificial e o Meio Ambiente Cultural (ROBERT; SÉGUIN, op. cit, p. 42).

Ao discorrer sobre a evolução dos direitos do homem, Norberto Bobbio explica que, em um primeiro momento, ocorre a proteção dos direitos de liberdade para os direitos sociais e políticos, ao passo que, num segundo momento, a titularidade de direitos deixa de ser de cunho individual e passa a ter grupos de pessoas como seus titulares, levando-se em conta as especificidades do ser humano, e até outros grupos que não o homem, incluindo o meio ambiente. Ele afirma:

Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras ‘respeito’ e ‘exploração’ são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem. (BOBBIO, 1992, p. 69)

A preocupação hoje gira em torno dos limites ecológicos com os direitos humanos. Como já alertado por Klaus Bosselmann: “Refere-se ao fato que liberdade individual não é apenas determinada por um contexto social – a dimensão social dos direitos humanos-, mas também por um contexto ecológico.” Ele mostrou que os séculos XVIII, XIX e XX foram marcados pelo princípio da liberdade, igualdade, fraternidade, respectivamente, e o XXI, o autor propõe que deveria ser o século da consciência ecológica, sendo esta a base comum para os direitos humanos e o meio ambiente.²

² BOSSELMANN, Klaus. *Human rights and the environment: the search for common ground*. (Direitos humanos e meio ambiente: a procura por uma base comum). – Trad. Daniela Paiano. In: *Revista de Direito Ambiental* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, ano 6, julho, p. 36 - 52, set. 2001.

Considerações finais

Demonstrou-se que, dentre as formas de governo existentes, a Democracia pode ser apresentada tanto com aspectos positivos quanto negativos (democracia boa ou má). Ela se torna a melhor forma de governo, desde que não seja eivada de vícios, caso em que se tornaria uma Oclocracia. Seu aspecto positivo é que ela alcança um maior número de pessoas, uma vez que todos podem (salvo impedimento), pelo voto, escolher quem serão seus representantes no governo. Uma vez escolhidos, esses representantes agem em nome do povo, não podendo exercer atos incompatíveis com os princípios que regem a administração pública.

Ocorre que a Democracia, no Brasil, já foi implantada em uma sociedade em que prevaleciam favorecimentos pessoais e, embora tenha evoluído muito, ainda existem resquícios dessa imoralidade.

A proteção dos direitos fundamentais aconteceu paulatinamente, tendo sido conquistados e inseridos no mundo jurídico, na medida de sua evolução. Sua tutela no âmbito nacional, não se deu somente na Constituição Federal, mas também por meio de tratados, dos quais o Brasil é signatário. Ocorreu o que se pode denominar uma internacionalização dos direitos humanos fundamentais.

Impõe-se, então, uma conscientização política da sociedade, para que se possa exercer a “democracia boa”, sem deturpações e desvinculada de favorecimentos pessoais, como forma de se garantir os direitos fundamentais da pessoa humana, de reconhecimento tão buscado e cuja efetivação ainda não se dá por completa.

REFERÊNCIAS

BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. *Introdução ao curso de teoria geral do Estado e ciências políticas*. Campinas: Bookseller, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. 15. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral de política*. trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

_____. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BOSELMANN, Klaus. Human rights and the environment: the search for common ground. (Direitos humanos e meio ambiente: a procura por uma base

comum). Trad. de Daniela B. Paiano. In: *Revista de Direito Ambiental* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, ano 6, julho – setembro de 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Para viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. ampliada, 31. impr., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GOMES, Luís Roberto. Princípios Constitucionais de Proteção ao Meio Ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista do Tribunais, v. 16, ano 4, outubro-dezembro de 1999.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 5. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SILVA, José Afonso da. Fundamentos Constitucionais da Proteção do Meio Ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, ano 7, jul. - set. 2002.

SINGER, Helena. A USP e os Direitos Humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França (org.). *Dissertações e teses da USP: 1934-1999*. São Paulo: EDUSP, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. In: D'ANGELIS, Wagner Rocha. *Direito Internacional do Século XXI: integração, justiça e paz*. Curitiba: Juruá, 2003.

ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. *Direitos Humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

RELAÇÕES DE CONSUMO VIA INTERNET: REGULAMENTAÇÃO

CONSUMERS RELATIONS THROUGH THE INTERNET: REGULATIONS

Rogério Montai de LIMA*

RESUMO

No presente estudo, foram abordadas as relações de consumo nos contratos eletrônicos, dando enfoque especial para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a proteção jurídica dos consumidores na Internet.

Ficou demonstrado que os contratos eletrônicos não constituem um novo instituto jurídico, mas uma modalidade de contratos que apenas se diferencia dos tradicionais em relação ao seu instrumento de formação, qual seja, o meio eletrônico, e, portanto, aplica-se a ele toda a legislação vigente, inclusive as normas de proteção do Código de Defesa do Consumidor, notadamente quando envolver relações de consumo com fornecedores nacionais.

Observou-se, ainda, que embora aplicável a legislação vigente ao comércio eletrônico, a falta de regulamentação específica gera um grande desconforto nessas transações, principalmente no tocante à segurança, causando um óbice no crescimento desse tipo de comércio.

Palavras-chave: Internet; comércio eletrônico; contratos; relações de consumo.

ABSTRACT

In the present paper, the author has treated the consume relations on electronic contracts, focusing mainly on the Consumer Defense Code to these contracts and the judiciary protection of the consumers who use the Internet. It is demonstrated that electronic contracts are not a new juridical institute, but a modality of contracts

* Mestrando em Direito pela UNIMAR – Marília/SP. Advogado. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina.

that only differ from the traditional ones in relation to the formation tool, that is, the electronic way. Therefore, all the present legislation, including the protection rules of the Consumer Defense Code, especially when involving consume relations with national providers are applied to them. It has been observed that although the actual legislation is applicable to the electronic commerce, the lack of specific regulation generates a huge discomfort in these dealings, mainly referring to security, which causes an obstacle on the increasing of this type of commerce.

Key-words: Internet; electronic commerce; contracts; consume relations.

Introdução

A rede mundial de computadores vem causando alterações de grande relevância, na vida do homem contemporâneo; é inegável que a humanidade deu um salto tecnológico admirável, com o advento e o progresso diuturno da Internet.

O Direito, por seu turno, tem por escopo regular a vida social, garantindo à coletividade o mínimo de dignidade e justiça. Dessa forma, a ciência jurídica amolda-se incessantemente às conversões que lhe infunde a mesma sociedade que dirige, adaptando-se às novas tendências comportamentais.

A Internet trouxe à baila vários problemas jurídicos, que aumentam à medida que cresce a utilização das redes de computadores e a popularização da Internet. Destaca-se, assim, o avanço do comércio eletrônico, que traçou novas dimensões aos contratos tradicionais, enfatizando a necessidade de regulamentação desse instrumento.

Surge, assim, o dever inerente aos operadores do direito de se aprofundar nos estudos do tema, a fim de buscar respostas para os carentes de solução.

Ao tratar da questão da relação de consumo, é inevitável a existência de preocupação com o consumidor, de saber se existe uma norma apta para a proteção de seus direitos.

Versando especificamente sobre as relações de consumo formalizadas via Internet, esta preocupação se torna ainda mais consistente, haja vista que, no âmbito nacional, não há legislação específica para regulamentar essa matéria.

Tem-se, daí, que o direito não pode ficar alheio à evolução tecnológica, mas convir como mecanismo de fomento ao desenvolvimento das relações contratuais na Internet.

Relações na Internet: legislação aplicável

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, em seu art. 5º, XXXII, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Para esse fim, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor, sob a Lei n. 8.078/90, que rege as relações de consumo, protegendo o consumidor, parte vulnerável dessa relação de eventuais abusos do fornecedor.

Cumprir observar que o art. 5º da Constituição Federal constitui-se em cláusula pétrea e encontra-se dentro do título que trata dos direitos e garantias fundamentais.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei complexa e interdisciplinar, que se constitui num micro-sistema jurídico, por abranger normas de diversos ramos do direito, seja material ou processual, seja civil ou penal.

A proteção do consumidor tem sido, entre as várias questões suscitadas pelo comércio eletrônico, uma das mais complicadas, já que não tem regulamentação própria.

O comércio eletrônico não possui regulamentação jurídica específica, no Brasil, sendo aplicável a ele, no que couber, a legislação existente, por analogia. Dessa forma, as relações de consumo formalizadas em meio eletrônico não podem ficar sem proteção somente pelo fato de não existirem, no ordenamento jurídico brasileiro, normas específicas de proteção a estes consumidores.

O fato de terem sido realizadas compras em estabelecimentos virtuais - e não em estabelecimentos físicos, como de costume - em nada altera os direitos garantidos aos consumidores pelo Código de Defesa do Consumidor, quando cabível, estando o comércio eletrônico de bens e serviços sujeitos a esse diploma legal, aplicando-se, portanto, a estas relações todas as disposições contidas nessa legislação.

Os contratos formados na Internet são contratos a distância e, sendo assim, apresentam maiores problemas ao consumidor, principalmente no que tange à insegurança dessas relações.

As desvantagens dos contratos a distância, segundo Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz (*apud* MARTINS, 2000, p. 97), são:

- a) o fato de os consumidores estarem sujeitos a solicitações repetidas por parte de certos fornecedores, mediante técnicas agressivas de contratação, de modo a constituir uma intromissão na sua vida privada;
- b) o adquirente, ao basear sua manifestação de vontade em simples imagens ou descrições, corre o risco de receber um objeto que não corresponda exatamente às suas expectativas;
- c) entre a perfeição do contrato e a entrega medeia um intervalo, cuja lentidão pode ser incômoda;
- d) a possível dificul-

dade, para o adquirente do produto ou serviço, de fazer valer seus direitos em face de um vendedor à distância, em caso de defeito do objeto; e) em casos extremos, pode até mesmo ocorrer que, após a celebração do contrato e pagamento, o comprador não receba a mercadoria desejada, além de não poder sequer se reembolsar, em virtude da insolvência ou mesmo do desaparecimento do vendedor.

Resta, ainda, saber se as relações de consumo no *e-commerce* diferem das tradicionais, aplicando-se a elas a mesma legislação existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Tatiana Machado Corrêa, (2004) aponta algumas diferenças entre as relações de consumo tradicionais e a formada via Internet, asseverando que esta última:

- A) não estabelece um contato pessoal entre o consumidor e fornecedor;
- B) É mais difícil para o consumidor apurar a idoneidade/honestidade do produto/prestador de serviços e vice-versa;
- C) Não há certeza de que a prestação contratual de uma ou de outra parte será cumprida;
- D) É mais difícil descobrir o endereço e a idoneidade real do fornecedor que pode se ocultar através de um endereço eletrônico para praticar atos lesivos como o estelionato;
- E) Há dificuldade de se provar o negócio jurídico firmado por um “click” “sim” no “mouse”, sem qualquer contrato assinado pelas partes.

Um dos problemas de maior peso, em se tratando de contratos na Internet, é justamente o de que esta rede não conhece barreiras geográficas, acabando com as noções de territorialidade.

Trata-se, portanto, de uma questão delicada, de difícil resolução, posto que ainda não existe uma norma clara e objetiva que disponha sobre tal assunto.

Contratos eletrônicos de consumo

Os contratos de consumo são aqueles previstos no Código de Defesa do Consumidor, celebrados numa relação de consumo.

Na definição de Roberto Senise Lisboa (1999, p. 5), relação de consumo é “o vínculo jurídico por meio do qual se verifica a aquisição pelo consumidor, de um produto ou de um serviço, junto ao fornecedor”.

A relação de consumo tem como elementos o fornecedor, o consumidor, o objeto da prestação (produto ou serviço) e a causa. Para uma maior compreensão do alcance das normas de consumo, imprescindível se faz uma breve análise de cada componente dessa relação.

O art. 3º *caput* do CDC traz o conceito legal de fornecedor, dispondo:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Como se pode observar, o conceito inserido pelo CDC é muito amplo e não acarreta maiores problemas, no que concerne à sua compreensão.

Já em relação ao consumidor, embora o Código de Defesa do Consumidor traga em seu bojo seu conceito, como se observa do art. 2º desse estatuto¹, em outros dispositivos traz outras definições, figuras equiparadas ao consumidor, fornecendo, assim, quatro formas de definição de consumidor em seus artigos 2º *caput*; 2º, parágrafo único; 17 e 29.

A definição de consumidor utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º *caput*, é muito genérica, podendo abranger inclusive uma empresa (pessoa jurídica) que adquirir produtos ou serviços como destinatária final, ou seja, não visando lucro na relação.

No parágrafo único do art. 2º, o CDC equipara a consumidor todas as pessoas que tenham intervindo nas relações de consumo, ainda que não determináveis.

No art. 17 do CDC², encontra-se outro tipo de consumidor, qual seja, as *vítimas do evento*. Destarte, são também consideradas consumidor as pessoas que, embora não tenham adquirido o produto ou serviço, sofreram acidentes de consumo em razão da utilização destes.

Ainda tratando do conceito de consumidor, o art. 29 do CDC³ equipara a estes todas as pessoas, ainda que indetermináveis, expostas às práticas comerciais abusivas de fornecedores.

¹ “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou Jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

² “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

³ “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Analisando todas essas figuras comparadas a consumidor, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor teve uma especial preocupação com os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, protegendo não só um consumidor individual, mas uma massa de consumidores.

Os objetos da relação de consumo são o produto e o serviço e encontram-se definidos nos parágrafos do art. 3º do CDC, *in verbis*:

Art.3º [...]

§1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Por fim, para que a relação de consumo se torne completa, é necessária a causa, ou seja, o objetivo da relação de consumo deve ser a aquisição de um produto ou serviço como destinatário final, o que pressupõe o atendimento de uma necessidade própria do consumidor e não de uma atividade comercial que vise a lucro.

Ressalte-se, ainda, que na falta de quaisquer desses requisitos especificados, não há que se falar em relação de consumo, não incidindo as normas do Código de Defesa do Consumidor, mas a legislação civil ou comercial.

Os princípios básicos que se aplicam nos contratos paritários, acima assinalados, notadamente o princípio da autonomia contratual, não se aplicam nos contratos de consumo, pois nestes visa-se a resguardar o equilíbrio contratual, já que, de modo geral, os contratos de consumo são contratos de massa ou de adesão, presumindo-se estar o consumidor em situação desfavorável frente ao fornecedor, que, de maneira unilateral, estabelece as cláusulas que regem o contrato, devendo haver um tratamento diferenciado para o consumidor, fazendo, desta forma, prevalecer a justiça contratual.

Fernando Noronha (*apud* MANDELBAUM, 1996, p. 179) aponta três problemas dos contratos de consumo, quais sejam, o de saber se as cláusulas devem ou não ser consideradas como integrantes do contrato, o relativo à validade de tais cláusulas e, por fim, a questão atinente à proteção do consumidor.

Via de regra, os contratos de consumo apresentam-se como contratos de adesão, com cláusulas pré-estabelecidas pelo proponente, não tendo como o consumidor discuti-las, cabendo a este somente a aceitação em bloco de tais cláusulas, fato este que pode fazer com que se reúnam, nesses tipos de contratos, várias cláusulas abusivas.

As transações realizadas via Internet envolvem um fornecedor de bens ou serviços, um consumidor, usuário da Internet que adquire, como destinatário final, os produtos ou serviços colocadas à disposição num *website* pelo fornecedor e por fim, uma contratação bilateral, consistente num contrato eletrônico. Trata-se, portanto de uma relação de consumo sobre a qual incidirão as normas de proteção ao consumidor.

Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi (2000, p. 123) ensinam que, “[...] além do preço e qualidade do produto, o consumidor busca, através da contratação via Internet um modo menos burocrático e mais rápido, almejando privacidade, confiabilidade e segurança”.

A maior parte dos contratos celebrados via Internet é de consumo e entre esses, há superioridade dos *click-through agreements* ou *mouse-click contracts* traduzidos para o português como contratos por clique, que são aqueles aceitos mediante a confirmação realizada através de um mero clique num *mouse*.

Na Internet há muitas ofertas públicas permanentes que ficam à disposição em um *website* à espera de ser acessadas por um usuário que envie uma aceitação para tal proposta. São contratos que contém cláusulas uniformes, bastando que o consumidor, usuário da Internet, preencha os campos faltantes com os seus dados, aceitando todas as condições daquele contrato através de um simples clique.

Estes contratos caracterizam-se principalmente pela existência de cláusulas pré-estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços. Trata-se de um contrato por adesão.

O contrato de adesão surgiu como consequência do avanço tecnológico, que resultou na massificação dos negócios e, para satisfazer a essa necessidade, criam-se os contratos que possibilitem a oferta de serviços ou produtos fabricados em massa, oferecidos ao público em modelos uniformes. Porém, cabe salientar que não constituem nova modalidade contratual, mas tão-somente uma nova técnica de contratação.

O art. 54 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) define a figura dos contratos de adesão, dispondo:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Cláudia Lima Marques (1999, p. 53-54), ao definir aos contratos de adesão, discorre:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi (2000, p. 123) destacam entre as principais características de um contrato de adesão ou contratos de massa - como também são conhecidos - “a predisposição negociai unilateral, a generalidade, a uniformidade, a abstração, a inalterabilidade e a adesão pelo consumidor”.

Renata Mandeibaum (1996, p. 153) aponta como principais características do contrato de adesão:

- a) adesão em bloco: a adesão se faz a todo um conjunto de condições e estipulações predispostas;
- b) vontade sem discussão: a adesão constitui uma verdadeira declaração da vontade sem discussão alguma, a liberdade do contratante fica restrita à possibilidade de contratar ou não;
- c) confiança do aderente: principalmente no aspecto que vamos abordar como foco central do presente trabalho, o contrato de consumo como um contrato de adesão, está clara a confiança que o aderente deposita no estipulante, ao eleger determinada marca, por influência da publicidade, tradição no mercado, marca, etc.
- d) liberdade viciada: a liberdade de contratar é substituída pelas necessidades do tráfico mercantil de agilização, com conseqüente padronização e predeterminação das condições, que degenerou em império de vontade e foi substituída pela pressão realizada pelos hierarquicamente superiores.

Portanto, esse tipo de negociação prescinde de uma prévia negociação entre os contratantes, a fim de ajustar as condições do contrato, posto que tais cláusulas já estão pré-estabelecidas pelo fornecedor, dependendo apenas da adesão pelo usuário.

Fábio Ulhoa Coelho (2000, p. 202-203) assinala por seu turno, quatro características básicas de um contrato de adesão:

[...] pré-estabelecimento (estipulação anterior à formação do vínculo contratual), unilateralidade (formulação por apenas uma das partes do negócio), uniformidade (referência a todos os negócios daquele feito a serem concretizados), rigidez (expectativa de inalterabilidade) e abstração (referência a todas as pessoas interessadas em concretizar o negócio).

Para Cláudia Lima Marques (1999, p. 54), os contratos de adesão apresentam três características importantes, quais sejam:

1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

A formação nesses tipos de contratos se dá com a anuência do consumidor, ou seja, quando ele aceita ou adere às condições impostas pelo fornecedor, sendo que, antes disso, o contrato redigido não vincula nenhuma das partes.

Se a redação do contrato for dúbia, ou seja, se houver mais de uma interpretação possível, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC⁴). Outrossim, as cláusulas estabelecidas individualmente, tais quais as escritas à mão ou à máquina após a impressão do contrato, prevalecem sobre as gerais.

O parágrafo terceiro do art. 54 do CDC estabelece, ainda que, “os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”. Preocupando-se com a proteção do consumidor, dispõe este mesmo artigo, em seu parágrafo quarto: “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

Desses dispositivos decorre uma importante consequência: os contratos não obrigam os consumidores, se estes não tiverem conhecimento de seu conteúdo ou ainda se redigidos de forma a dificultar a sua compreensão, conforme se observa no art. 46 do diploma consumerista, que dispõe:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Caso não seja observada essa disposição, o CDC garante a não vinculação do consumidor aos contratos ou seja não houve o prévio conhecimento de seu conteúdo, dificultando a compreensão do consumidor. Assim, se as cláusulas não

⁴ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

Ressalte-se que o Novo Código Civil introduziu dispositivo semelhante em seu art. 423, *in verbis*:

“Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

forem prévia e adequadamente apresentadas ao consumidor, este não se vincula ao contrato. O mesmo ocorre em relação às cláusulas de difícil compreensão, independentemente da intenção do fornecedor, pois as cláusulas devem ser claras.

O que ocorre, na realidade, é que o consumidor, na maioria das vezes, não se dispõe a promover a leitura por completo do contrato e, assim, os contratos de adesão não têm suas cláusulas lidas com a devida atenção, devendo, portanto ser observada, nesta relação, a boa-fé objetiva, prevalecendo a interpretação mais favorável ao consumidor.

Os contratos realizados entre o provedor de acesso à Internet e os usuários dessa rede, por exemplo, geralmente são contratos de adesão, estando sujeitos às normas do CDC.

Cumprе ressaltar que, dentre os contratos eletrônicos de consumo, realizados via Internet, os mais comuns não são os contratos que têm por objeto um bem, mas sim os de prestação de serviços, notadamente os serviços de *home-banking*.

Uma vez delineado o tema atinente a relações de consumo e contratos, no Código de Defesa do Consumidor, resta saber se este instrumento é apto para a aplicação nos contratos de consumo realizados *on-line*, seja entre fornecedores nacionais ou seja internacionais.

Responsabilidade civil do provedor de acesso à internet

Conforme já visto, o fornecedor ou consumidor de bens e serviços via Internet conecta-se a essa rede por intermédio de um provedor de acesso, que nada mais é senão um intermediário nas transações comerciais celebradas *on-line*.

Todavia, é inegável a relação de consumo existente entre estes provedores e os usuários de Internet, posto que se obrigam, perante este último, a prestar serviços de conexão, assumindo uma obrigação de prestação de execução continuada.

Tratando, pois, de relação de consumo, o provedor de acesso, responderá civilmente por eventuais falhas na execução de seu serviço, já que entre ele e o usuário da rede há um contrato de consumo, que também será regido pelo CDC.

O CDC, no art. 14⁵ dispõe que os fornecedores de serviço respondem por danos causados em razão de vício na prestação do serviço, independentemente da existência de culpa.

⁵ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Tal responsabilidade é chamada objetiva, já que o consumidor não precisa demonstrar que houve culpa na realização dos serviços prestados pelo provedor, mas apenas demonstra o prejuízo causado, em razão da prestação desse serviço. Porém, o provedor poderá se eximir dessa responsabilidade, se puder provar que não existe defeito na prestação de seu serviço ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou terceiro, conforme se denota do parágrafo terceiro do art. 14 do CDC⁶.

O intermediário, provedor de acesso, em princípio não responde pelas contratações formadas na rede, porém responderá no caso de acarretar prejuízo às partes de uma contratação eletrônica, por sua ação ou omissão como prestador de serviços de conexão, ainda que esse contrato não envolva a sua participação.

O art. 7º do CDC, em seu parágrafo único, dispõe: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Desta narração conclui-se que o provedor de acesso à Internet responderá solidariamente com o fornecedor, em razão de sua ação, omissão ou negligência na prestação de seus serviços.

Entretanto, não pode o provedor de acesso ser responsabilizado pela falta ou quebra de segurança em um site de um fornecedor, pois isto é de responsabilidade da loja virtual.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, não será responsável o provedor de acesso à Internet por anúncios de publicidade abusivos ou enganosos, expostos aos seus assinantes pelos fornecedores de produtos ou serviços, pois funcionam como um instrumento para viabilizar a conexão à Internet, nada tendo a ver com os anúncios públicos nos *websites*, a menos que tais anúncios sejam referentes ao seu próprio negócio.

Por intermediar a divulgação de informações questionáveis, o Projeto de Lei 1.589/99, elaborado pela OAB/SP, visando a estabelecer regras de comércio eletrônico, a validade e a força probatória dos documentos eletrônicos e a assinatura digital, estabelece a responsabilidade do provedor, a partir do momento em que tomou conhecimento do uso indevido da rede, ficando obrigado a tomar atitudes, a fim de evitar a conduta irregular do usuário.

⁶ Código de Defesa do Consumidor, § 3º do art. 14:

“§ 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

Mecanismos alternativos de resolução de disputas

Em razão da falta de regulamentação sobre direitos dos consumidores na Internet, em diferentes ordenamentos jurídicos, surgiu a necessidade de se criar elementos alternativos de proteção, que visem a assegurar as relações de consumo no meio virtual.

Foi assim que nasceram os denominados “Mecanismos Alternativos de Resolução de Disputas”, também conhecidos pela sigla ADR, que em inglês significa *Alternative Dispute Resolution*, que têm sido adotados por vários países no mundo inteiro.

Tais mecanismos objetivam a proteção institucional das relações de consumo, através de meios não tradicionais já existentes no mundo jurídico, ou seja, a resolução de conflitos por meio do Judiciário, que despende de muito tempo para incorporar uma solução definitiva, como é sabido.

Dessa forma, um consumidor que se sentisse lesado diante de um problema criado em virtude de uma transação *on-line*, ao invés de recorrer às vias tradicionais, demandando contra o fornecedor através do Poder Judiciário, poderia se valer de outros meios para a resolução desse conflito, buscando um órgão criado especificamente para a resolução desse tipo de problema.

As formas alternativas de proteção ao consumidor de Internet mais utilizadas têm sido a mediação e a arbitragem, dirimindo diversas disputas de consumo *on-line*, tendo sido, na maior parte das vezes, mais eficazes e efetivas que os mecanismos tradicionais.

Tais mecanismos alternativos não existem somente para dirimir conflitos de consumo na Internet, mas há também os criados especialmente com a finalidade de prevenir a ocorrência de tais conflitos. Ronaldo Lemos da Silva Júnior (2001, p. 163) diz que as empresas que adotam essa forma criam verdadeiros códigos de conduta *on-line*, estabelecendo padrões específicos para as relações de consumo.

O mesmo mestre Ronaldo Lemos da Silva Júnior (2001, p. 161) garante que “a tendência é de que em um futuro muito próximo, todos os sites de *e-commerce* filiem-se a algum órgão de resolução de disputas”.

A criação do Instituto Brasileiro de proteção e defesa dos consumidores de internet

A proteção ao consumidor tem aumentado crescentemente, em todo o mundo, inclusive nas contratações eletrônicas, graças ao avanço tecnológico e do comércio eletrônico.

Foi nesta seara que, no Brasil, um grupo de estudiosos houveram por bem a criação de uma entidade não governamental, com o objetivo principal de

defesa e proteção dos direitos do consumidor na Internet, aprimorando as relações e consumo no fornecimento de produtos e serviços em meio eletrônico.

O IBCI - como ficou conhecido o Instituto Brasileiro de Proteção e Defesa dos Consumidores de Internet - visou à elaboração de um código deontológico aplicável às relações de consumo via Internet, para estabelecer princípios morais e éticos nessas relações.

Esse Instituto também apóia o consumidor utilizando-se da mediação e da arbitragem. Pela mediação, seria possível ao IBCI aproximar as partes numa tentativa de uma composição amigável entre consumidor e fornecedor. Já pela arbitragem, que passou a ser possível em nosso ordenamento jurídico, a partir da Lei n. 9.307/96, seria formado um Conselho de Especialistas do IBCI, o qual solucionaria o litígio entre as partes, isso se ambas concordassem com a aplicação da arbitragem. Com essas medidas, seria possível evitar a excessiva demora de um processo no Poder Judiciário.

Há previsão de que dentro de pouco tempo o IBCI esteja efetivamente servindo à sociedade de consumidores via Internet, aumentando, com isso, os meios de proteção à disposição do consumidor e, conseqüentemente, fornecendo-lhe maior segurança nessas contratações.

Considerações finais

A popularização da Internet trouxe uma forte contribuição e até um incentivo nas contratações eletrônicas, atingindo uma grande massa de usuários de Internet, incentivando, dessa forma, os empresários a integrar-se ao *e-commerce*.

Diante da lacuna existente na legislação sobre os contratos eletrônicos e as relações de consumo na Internet, é certa a aplicação de toda a legislação vigente, posto que, conforme analisado, os contratos eletrônicos diferem dos tradicionais somente no que concerne à sua formação, que se dá em meio eletrônico. Porém, é inegável que esta falta de normalização específica causa um grande desconforto nestas contratações, uma vez que fica por conta da interpretação doutrinária e dos tribunais a resolução de possíveis conflitos envolvendo tais questões.

Ao operador do direito compete acompanhar a evolução social e tecnológica para que, assim, busque a correta aplicação do direito às novas situações, seja interpretando uma lei já existente para aplicar-lhe a um novo instituto, seja, ainda, buscando novas soluções para essas transformações sociais, adequando-se às necessidades que surgem no dia-a-dia.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.

CORRÊA, Tatiana Machado. Popularização da Internet, relações de consumo e sua proteção pelo direito. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1800>>. Acesso em 22 ago. 2004

LISBOA, Roberto Senise. *Relações de consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 9.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 1.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos via Internet: problemas relativos à sua formação e execução. *Revista dos Tribunais*, fase. civ., ano 89, v. 776, p. 92-106, jun. 2000.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, p. 105-129, out./dez., 2004.

SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL:
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO X PASSIVO AMBIENTAL

SUSTAINABLE DEVELOPMENT: CONSIDERATIONS ON
THE ECONOMICAL DEVELOPMENT X
ENVIRONMENTAL LIABILITIES

Alexandra BARP¹
Junio MANGONARO²

RESUMO

As atividades econômicas empresariais e seus efeitos sobre o meio ambiente são questões mundialmente discutidas, tendo em vista a sua importância para a coletividade. Assim, visando a compensar ou minimizar os impactos ambientais negativos das atividades econômicas potencialmente poluidoras, há que se determinar uma legislação específica, disciplinadora de procedimentos tecnológicos e operacionais, capazes de eliminar ou reduzir poluentes. Além das normas legais, outras recomendações e propostas, ainda sem regulamentação, estão sendo implementadas no sentido da efetiva responsabilidade e das obrigações quanto à restauração de danos ao ambiente. Sob essa ótica, o passivo ambiental vem se incorporando como um instrumento de gestão, uma vez que não pode ser ignorado pelas empresas empreendedoras.

Palavras-chave: Direito econômico; desenvolvimento sustentável; empresa; passivo ambiental.

ABSTRACT

The enterprise economic activities and its effects on the environment are issues discussed worldwide, due to the importance of these subjects for the community. Thus, in order to compensate or minimize the negative environmental impacts of the potentially polluting economic activities specific, technological and operational procedures disciplinary law has to be determined. It has to be capable

¹ Mestranda em Direito na UNIMAR – Marília/SP. Advogada e professora na Cesufoz - Foz do Iguaçu-Pr

² Mestrando em Direito na UNIMAR – Marília/SP, professor universitário em Londrina.

to eliminate or to reduce pollutants. Beyond the legal rules other recommendations and proposals, still without regulation, are being developed towards the effective responsibility and the obligations on the restoration of environmental damages. Hence the environmental liabilities are incorporating themselves to the tools as a management instrument, since it cannot be ignored by the enterprising companies.

Key-words: economy law; sustainable development; companies; environmental liabilities.

1. Apresentação

O presente ensaio diz respeito ao desenvolvimento sustentável e sua relação com a preservação do meio ambiente.

Hodiernamente, não há como admitir que a atividade empresarial pautada na obtenção de lucro deixe de respeitar os ditames de uma política ambiental que beneficie toda coletividade, pois, como se sabe, o Direito Ambiental visa à manutenção do meio ambiente equilibrado para as futuras gerações.

Por ser o meio ambiente questão relativa a toda a coletividade, as atividades econômicas empresariais e seus efeitos sobre o meio ambiente são questões mundialmente discutidas, pois, como se vê, não se pode manter um meio ambiente equilibrado sem sacrificar, em parte, o desenvolvimento econômico.

Assim, objetivando compensar ou minimizar os impactos ambientais negativos das atividades econômicas potencialmente poluidoras, há que se determinar uma legislação específica, disciplinadora de procedimentos tecnológicos e operacionais capazes de eliminar ou reduzir poluentes. Além das normas legais, outras recomendações e propostas, ainda sem regulamentação, estão sendo implementadas no sentido da efetiva responsabilidade e das obrigações quanto à restauração de danos ao ambiente. Sob essa ótica, o passivo ambiental vem se incorporando como um instrumento de gestão, uma vez que não pode ser ignorado pelas empresas empreendedoras.

Este trabalho avalia a questão da compatibilização do passivo ambiental com o desenvolvimento econômico, sendo certo que só com a harmonia desses dois itens é que a coletividade poderá desfrutar, futuramente, de um meio ambiente sadio e equilibrado.

2. Apontamentos iniciais acerca do direito

É verdade, que o objeto do Direito compreende as relações humanas, nos seus mais variados graus. São dados ao Direito os mecanismos necessários

para condicionar os comportamentos humanos dentro do que “deve-ser” considerado como viável, bom, para uma certa sociedade, em determinado tempo e espaço.

Numa visão kelsiana, a compreensão do Direito se dá com a compreensão do chamado hipotético condicional, ou seja, ao Direito é dada a tarefa de reger as relações humanas, por meio de um “dever-ser” modalizado nas estruturas deônticas do permitido, proibido e obrigatório.

A concepção formalista do Direito de Kelsen, para quem o Direito é norma, e nada mais do que norma, se harmoniza com a compreensão da regra jurídica como simples enlace lógico que, de maneira hipotética, correlaciona, através do verbo *dever ser*, uma consequência C ao fato F³. Ocorre, entretanto, que não são todas as relações humanas aptas a aplicação deôntica, na medida em que algumas relações são analisadas apenas na esfera econômica, sociológica, filosófica, mas não jurídica. Trata-se do fato que “não existe no mundo jurídico”⁴. Logo, o jurista não deve preocupar-se com a simples existência ou não do fato, mas sim a sua existência jurídica, a sua normatização, a jurisdicização de um “dado-fato”.

Assim, a organização de todo o conjunto das relações jurídicas relevantes ao Direito compreende o chamado ordenamento jurídico, que resulta na imperatividade⁵ da norma jurídica, diferenciando cada ramo do direito de acordo com “as diversas situações concretas em que os seres humanos se interrelacionam [...] tendo assim conteúdo de relacionamento familiar, contratual, trabalho, etc”⁶. Vale dizer:

A ciência jurídica toma determinados fatos da realidade natural ou social e juridiciza, fazendo incidir normas de valor ou desvalor, impondo sanções ou atribuindo efeito jurídico criador, modificador ou extintivo de direitos⁷.

Nesse sentido, sendo o Direito o reflexo dominante de cada época, necessário, pois, averiguar como o conteúdo das normas jurídicas é preenchido ainda, quando levado em consideração o “dado-de fato” ambiental-econômico.

³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 94.

⁴ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42.

⁵ Imperatividade que segundo Kant trouxe às normas jurídicas a classificação de “imperativos categóricos”, devendo ser observadas as condutas humanas segundo uma certa prescrição normativa, diferenciando-as, assim, das regras atinentes ao campo da Moral.

⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 03.

⁷ PETERS, Edson Luiz; PIRES, Paulo de Tarso de Lara. *Manual de Direito Ambiental*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 19.

Realiza-se, nesse momento, um corte metodológico, na tentativa de se definir se as relações ambientais são objetos de jurisdicização e, por conseguinte, objeto de análise normativa.

Observe-se, todavia, que toda estrutura econômica está enfocada na questão que permeia o homem, desde os tempos mais antigos, ou seja, a satisfação de necessidades ilimitadas frente ao emprego de recursos escassos. Por conseguinte, os recursos naturais ganham relevância em um cenário econômico de produção, principalmente pós Revolução Industrial, ante a possibilidade da jurisdicização, para que a atividade econômica opere dentro dos parâmetros da máxima eficiência.

Se a humanidade vive inelutavelmente sob os parâmetros da escassez e se a noção básica de economia é indissociável da existência dos chamados bens escassos, pode-se entender que os bens econômicos são aqueles dotados de utilidade para o homem e cujo suprimento seja escasso⁸.

Assim, o mercado deve encontrar um equilíbrio entre oferta e demanda. Em outras palavras, os mercados constituem uma maneira eficiente de organizar as atividades na economia. Mas, esse próprio mercado traz em si algumas respostas que os economistas chamam de “externalidades negativas”, isto é, algumas falhas produzidas, como por exemplo a poluição, a degradação ambiental etc. E, sendo alguns dos recursos ambientais de livre acesso, os agentes econômicos tendem a impor aos demais usuários um custo externo representado por uma perda incompensada em seu bem-estar⁹. Por isso, há a necessidade de uma legislação ambiental que regule em nome de um “bem estar coletivo” a utilização dos recursos naturais (finitos), estabelecendo-se limites em termos de geração de resíduos, por parte dos agentes econômicos, como abaixo se vê:

[...] a legislação ambiental fixa as normas que instrumentalizam e delimitam a extensão do debate social em torno das tensões dialéticas entre a conveniência econômica de apropriação dos recursos naturais e a necessidade de conservação dos processos ecológicos básicos. É exatamente dentro desses parâmetros definidos pelo ordenamento jurídico que a sociedade expressa suas demandas em relação aos problemas ambientais, discutindo os critérios e as medidas destinadas à melhoria dos índices de qualidade de vida¹⁰.

⁸ CARNEIRO, Ricardo. *Direito Ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 61.

⁹ *Ibidem* nota 08, p. 65.

¹⁰ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 99.

Imprescindível dizer que o que se busca (como se verifica no próprio texto constitucional) não é a intocabilidade do meio ambiente, mas uma utilização racional e adequada.

Tanto é assim que a Constituição Federal elenca, no Art. 170 em seu inciso VI, como princípio basilar da ordem econômica, a preservação do meio ambiente, *in verbis*:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – **defesa do meio ambiente**;
- [...]

Na lição de Celso Fiorillo¹¹:

Ao tratarmos dos princípios relativos ao meio ambiente, tivemos a oportunidade de abordar o princípio do desenvolvimento sustentável, o qual se encontra constitucionalmente amparado no art. 225, que prevê o dever da coletividade e do Poder Público de preservar o meio ambiente para presentes e futuras gerações. [...]

O simples argumento de que, em princípio, não podemos destruir o bem ambiental – a VIDA –, por força do que determina o Art. 225 da CF (ao contrário dos bens ligados à pessoa humana pela estrutura jurídica da propriedade, em que existe até mesmo a possibilidade de o proprietário destruir a coisa), já é suficiente no sentido de corroborar a natureza jurídica do bem ambiental como única e exclusivamente ao uso comum do povo e, por via de consequência, elaborada na ordem econômica do capitalismo visando atender às relações de consumo, mercantis e outras importantes relações destinadas à pessoa humana, dentro de uma nova concepção constitucional criada em 1988, que tem na dignidade da pessoa humana seu mais importante fundamento.

¹¹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 99.

Ademais, a legislação infraconstitucional corrobora na concretização e harmonização entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental. Segundo Art. 4º, inciso I, da Lei n. 6.938/81, o primeiro objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente corresponde ao desenvolvimento econômico-social, com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

Assim, modelos de desenvolvimento que não estão sustentados na manutenção da qualidade de vida, são falaciosos, pois é dever de todos a preservação da qualidade ambiental, haja vista que pela letra do Art. 225:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ao mesmo tempo em que a coletividade tem direito a um ambiente sadio, também lhe é atribuído a obrigação de preservá-lo e defendê-lo. Dessa forma, busca-se uma coexistência harmônica entre a economia e o meio ambiente, porque, se deve permitir o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos de hoje existentes não se esgotem para as presentes e futuras gerações. Esses argumentos são verídicos, pois como bem se sabe, a própria relativização da propriedade é possível, quando se busca proteção ambiental. Por outras palavras, o Poder Público está autorizado a limitar sempre que necessário o direito de propriedade, quando estiver em questão a tutela, a preservação do meio ambiente. Na lição de Edis Milaré:

Nos termos da Constituição, estão desconformes – e, portanto, não podem prevalecer – as atividades decorrentes da iniciativa privada (da pública também), que violem a proteção do meio ambiente. Ou seja, a propriedade privada, base da ordem econômica, deixa de cumprir sua função social – elementar para sua garantia constitucional – quando se insurge contra o meio ambiente¹².

Em conseqüência, torna-se cada vez mais atual o desafio de repensar o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental sob a ordem jurídica. Resta, pois, nesse sentido, analisar os problemas ambientais provenientes de atividades empresariais, também conhecidos como passivo ambiental.

¹² MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 186.

3. Do passivo ambiental e sua influência na atividade econômica

A preservação do meio ambiente, através do manejo adequado dos recursos naturais, passou a constituir-se numa das preocupações da sociedade moderna, não podendo nenhuma nação eximir-se de suas responsabilidades, tendo em vista que o meio ambiente apresenta sinais de fraqueza frente as diversas ações destrutivas do homem. Assim, em virtude da escassez dos recursos naturais, é necessário que o homem atinja um nível de consciência capaz de modificar o atual estágio de degradação do meio ambiente.

Com a promulgação da Constituição de 1988, com a adoção de princípios básicos de preservação do meio ambiente, foi melhorando a conscientização da sociedade, através da inserção de disciplinas que tratam da matéria educação ambiental na estrutura curricular dos colégios e universidades, sendo esta possibilidade prevista pelo Art. 225 do Estatuto Constitucional.

Estes e outros elementos contribuíram para que os estudiosos chegassem à conclusão de que os recursos naturais são bens escassos e que é necessário o manejo adequado, principalmente pelos que degradam o meio ambiente com o intuito de obter lucro.

Sem esgotar o tema, deseja-se abordar o passivo ambiental de forma clara, uma vez que este corresponde às dívidas ambientais das empresas, ou seja, representam os danos causados ao meio ambiente, representando, assim, a obrigação, a responsabilidade social das empresas com os aspectos ambientais.

Hodiernamente, o passivo ambiental tem gerado reflexos das mais diversas formas de condução da atividade empresária, isto é, inviabilizando em alguns casos até mesmo atos de fusão ou incorporação de empresas, em razão de seus grandes débitos junto ao meio-ambiente. Ressalte-se que o passivo ambiental funciona como um elemento de decisão no sentido de identificar, avaliar e quantificar posições, custos e gastos ambientais potenciais que precisam ser atendidos a curto, médio e longo prazo.

Vale dizer que, em termos contábeis, passivo significa obrigação da empresa com terceiros, sendo que tais obrigações, mesmo sem uma cobrança formal ou legal, devem ser reconhecidas. Por isso, o passivo ambiental representa os danos causados ao meio ambiente, ou seja, a obrigação, a responsabilidade social da empresa com aspectos ambientais.

Nessa proposta, no balanço patrimonial de uma empresa é incluído, através de cálculos estimativos, o passivo ambiental (danos ambientais gerados), e, no ativo (bens e direitos), são incluídas as aplicações de recursos que objetivem a recuperação do ambiente, bem como investimentos em tecnologia de processos de contenção ou eliminação de poluição¹³.

¹³ KRAEMER, Maria Elisabeth Pereira. Passivo Ambiental. Disponível em <<http://ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./gestão/indez.html&conteudo=/gestao/passivoambiental.html>>, acesso em 22 de novembro de 2005.

Para Patrícia Mousinho, o conceito de passivo ambiental é “o conjunto de obrigações contraídas de forma voluntária ou involuntária, que exigem a adoção de ação de controle, preservação e recuperação ambiental”.

O conceito apresentado pela autora supracitada apresenta dois outros termos interessantes, quais sejam: a preservação e a conservação, sendo que o primeiro significa manter intactos os recursos naturais, enquanto conservar significa explorar os referidos bens de forma sustentável. Percebe-se que o passivo ambiental constitui-se em uma obrigação imposta ao empresário de não degradar o meio ambiente, mesmo não tendo, o empresário, iniciado suas atividades, pois constitui-se em um dever ser ou dever-obrigação. A doutrina considera passivo ambiental diversos atos praticados pelo empresário, principalmente a obrigação de controle do lançamento de objetos, gases ou rejeitos de qualquer dívida no meio ambiente. Pode ainda ser considerado passivo ambiental a obrigação imposta ao empresário de armazenar e dispor, de forma adequada, os resíduos que produza ou adquira, e da obrigação de recuperação de áreas por ele degradadas, além da imposição de constituir uma reserva de preservação, mesmo que de forma voluntária. Outrossim, não há um conceito jurídico propriamente dito do que deve ser entendido por passivo ambiental. Mas, segundo Edson Luiz Peters e Paulo de Tarso de Lara Pires, pode se conceituar o que é passivo ambiental da seguinte maneira¹⁴:

É o valor monetário composto basicamente de três conjuntos de itens: o primeiro, composto das multas, dívidas, ações jurídicas (existentes ou possíveis), taxas e impostos pagos à inobservância de requisitos legais, o segundo, composto dos custos de implantação de procedimentos e tecnologias que possibilitem o atendimento às não conformidades, e o terceiro, dos dispêndios necessários à recuperação de área degradada e indenizada à população afetada.

Ainda, tem-se que dizer que o passivo ambiental representa toda e qualquer obrigação de curto e longo prazo, destinada única e exclusivamente a promover investimentos em prol de ações relacionadas à extinção ou amenização dos danos causados ao meio ambiente, inclusive percentual do lucro do exercício, com destinação compulsória, direcionado a investimentos na área ambiental.

No entanto, embora nascido nas ciências contábeis, o Direito se apropriou de tal conceito, trazendo novos contornos, ou seja, vinculando-se a idéia de responsabilização por práticas, neste caso, danosas ao meio ambiente. Por isso, torna-se impossível uma empresa não ter passivo ambiental, haja vista, conforme

¹⁴ PETERS, Edson Luiz; PIRES, Paulo de Tarso de Lara. *Manual de Direito Ambiental*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 19.

acima explicado, que todos, inclusive a atividade empresarial, são responsáveis pela proteção do meio ambiente.

Falando sobre o tema, Maria Suely Moreira alega que são obrigações inerentes ao passivo ambiental:

- a) controlar o lançamento de efluentes e as emissões atmosféricas;
- b) armazenar e dispor adequadamente os resíduos;
- c) recuperar uma área degradada
- d) obrigação (mesmo voluntária) de preservar uma reserva ecológica, entre outras¹⁵.

Com isso, vê-se que a preservação ambiental e o desenvolvimento social estão ligados pela necessidade do bem comum, porque não se pode admitir indústrias extremamente desenvolvidas, mas com um passivo ambiental que envergonha um país. Hoje, não há como ignorar que o passivo ambiental representa os danos causados ao meio ambiente, bem como a irresponsabilidade da empresa frente aos aspectos ambientais. Outrossim, os passivos ambientais ficaram amplamente conhecidos pela sua conotação mais negativa, ou seja, as empresas que o possuem agrediram significativamente o meio ambiente e, dessa forma, têm que pagar vultosas quantias a título de indenização de terceiros, de multas e para a recuperação de áreas danificadas. Esses gastos não são planejados, por isso, afetam drasticamente qualquer programação de fluxo de disponibilidades, independentemente do porte da organização. Tão alto quanto os custos dos recursos físicos necessários para a reparação dos danos provocados pelas referidas situações, ou até mais, são os gastos requeridos para retração da imagem da empresa e de seus produtos, essencialmente quando tais eventos são alvo da mídia e da atenção dos ambientalistas e ONGs, conforme ressalta a Professora Maria Suely Moreira¹⁶.

Contudo, tem-se que dizer que os passivos ambientais não possuem apenas aspectos negativos, pois podem advir de atitudes responsáveis, como as decorrentes da manutenção de sistema de gerenciamento ambiental, os quais requerem pessoas para a sua operacionalização. Tais sistemas exigem ainda a aquisição de insumos, máquinas, equipamentos, instalações para funcionamento, o que, muitas vezes, será feito na forma de financiamento direto dos fornecedores ou por meio de instituição de crédito. Esses são os passivos que devem dar origem aos custos ambientais, já que são inerentes à manutenção normal do processo operacional da empresa.

¹⁵ MOREIRA, Maria Suely. *Passivo Ambiental: o conceito em debate*. Disponível em <<http://www.indg.com.br/iso14000/texto3.asp>>, acesso em 28 de novembro de 2005.

¹⁶ MOREIRA, Maria Suely. *Passivo Ambiental: o conceito em debate*. Disponível em <<http://www.indg.com.br/iso14000/texto3.asp>>, acesso em 28 de novembro de 2005.

Todavia, não se pode dizer que só aspectos negativos decorrem do passivo ambiental, uma vez que sua implementação pelas empresas acaba gerando um bem maior, qual seja: a recuperação do meio ambiente pela sociedade. Observa-se que, com a dinâmica dos negócios, os passivos ambientais devem ser tratados com muita atenção e devem fazer parte da tomada de decisões das organizações na aquisição de outras empresas, na formação de *cluster*, nas fusões, nas análises de riscos do negócio, na venda da empresa e na concepção de novos produtos, dentre outras transações pertinentes ao assunto, pois, dependendo da situação, podem inviabilizar a atividade empresarial no seu todo.

Nesse sentido, cabe a seguinte posição:

[...] Dentro deste aspecto pode-se analisar o meio ambiente como objeto de um território em relação aos empreendimentos empresariais ali instalados, sendo o meio ambiente, ponto de referência, objeto dos interesses dos empresários, e a partir do exercício das atividades empresariais (industriais, comerciais, e de prestação de serviços), de forma direta, ou através do consumo dos produtos e serviços, pelos consumidores, sendo este de forma indireta, faz surgir o chamado “passivo ambiental”, na medida da ocorrência das degradações ambientais.

Os empresários têm que contabilizar o seu passivo, incluindo o saldo negativo dos prejuízos causados ao meio ambiente, mesmo que o empresário adote o princípio do poluidor, pois conforme constante no parágrafo anterior, o passivo pode ser constituído de forma indireta, na medida da fabricação de produtos ou prestação de serviços, pelos empresários, sendo consumidores, surgindo os rejeitos, principalmente, as embalagens dos produtos, quando a estas, por exemplo, não são recicláveis ou os empresários não definem uma política de recolhimentos dos rejeitos, como é o caso das baterias de aparelhos celulares, dos pneus, ou, ainda, das embalagens plásticas dos refrigerantes¹⁷.

Após essas considerações, pode-se dizer que, num primeiro momento, o passivo ambiental apresenta-se como a obrigação que possui o empresário de destinar parte de suas preocupações e, conseqüentemente, de seu lucro, para medidas preservativas do meio ambiente, sendo que, nessa visão, há um distanciamento do conceito em relação à essência da palavra passivo, uma vez que os gastos ou a assunção de obrigações pelo empresário, para preservação dos recursos naturais,

¹⁷ SANTOS, Jonábio Barbosa dos. As empresas e o passivo ambiental. *Juris Síntese* nº 54, jul/ago 2005.

especificamente, deveriam ser elementos essenciais e pré-requisitos para a regularização da atividade econômica a ser desenvolvida pelo empresário.

No meio empresarial, os argumentos acima elucidados demonstram que o termo ou expressão, *passivo ambiental*, é utilizado de forma indiscriminada, sem explicar-se a sua essência, devido à existência de duas espécies de passivo ambiental, como se vê:

A **primeira espécie** ou modalidade de passivo ambiental, de ordem legal, não sendo propriamente ambiental, constitui-se a partir da obrigação de reparar ou compensar os prejuízos ou degradações causadas ao meio ambiente, devido ao manejo inadequado dos recursos naturais ou do meio ambiente, motivo pelo qual é chamado de passivo econômico, por materializar-se em uma dívida oriunda de uma reparação de dano ambiental, tendo suas raízes no princípio do poluidor-pagador, em que poderá haver a degradação dos recursos naturais desde que o degradador responda economicamente pelo dano. Este princípio muito embora seja o mais utilizado pela doutrina e pelas políticas públicas de preservação ambiental, não deve ser visto de forma absoluta, pois na grande maioria das vezes não se consegue com precisão a mensuração do dano ambiental, não se conseguindo fixar um quantum reparatório que absolva todos os reflexos da atuação danosa do empresário. A **segunda espécie** de passivo ambiental é utilizada como sinônimo de degradação do meio ambiente, não possuindo qualquer elemento ou ponto de congruência com o passivo contábil ou com o econômico, por ser equivalente à própria devastação do meio ambiente, entretanto, também se mostra falha esta visão ou entendimento pela dificuldade de mensuração da devastação¹⁸. (grifos do original)

No atual conceito do saldo do *passivo ambiental*, não estão incluídas as degradações anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988, pois a escassez dos recursos naturais prejudica o meio ambiente, como também a empresa utilizou os recursos naturais, uma vez que, esta fica impossibilitada de continuar a exercer a sua atividade econômica, caso o seu passivo ambiental líquido seja negativo, devido à empresa não ter tomado as cautelas necessárias para a preservação ou manejo adequado dos recursos naturais. Desse modo, as atividades econômicas e seus efeitos sobre o meio ambiente são questões que devem ser ampla-

¹⁸ CARNEIRO, Ricardo. *Direito Ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 101.

mente discutidas, pois se tem que tentar minimizar os impactos ambientais negativos ao máximo, já que a preservação do meio ambiente é necessidade de todos os indivíduos. Aliás, esse entendimento somente foi possível a partir de uma maior conscientização da sociedade, intensificando-se a partir de princípios norteadores inseridos na Constituição Federal de 1988.

4. Considerações finais

A definição legal de meio ambiente surgiu com o advento da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, segundo a qual o meio ambiente é o conjunto de condições de leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, obriga e rege a vida em todas as suas formas.

Essa expressão não é uma expressão jurídica, mas sim de outras ciências, das quais o Direito se apropriou, como faz com muitos outros termos. A esse fenômeno, chamado de transposição (ocorre toda vez que a ciência jurídica toma determinados fatos da realidade natural ou social e juridiciza), faz incidir norma de valor ou desvalor, impondo sanções ou atribuindo efeito jurídico criador, modificador ou extinto de direitos.

O *passivo ambiental*, na atualidade, se apresenta como um desafio a ser ultrapassado não apenas pelos empresários, mas por toda a sociedade, na medida em que cada cidadão deve ser responsável pelos danos que cause ao meio ambiente, devendo, inclusive, buscar formas de repará-los, além de adotar medidas preventivas. Deve ser assim, pois o meio ambiente é um recurso escasso, devendo ser preservado.

Sob essa ótica, vê-se que o papel do legislador é importantíssimo, pois ele deve estabelecer regras claras, objetivas e de efetividade prática, visando, principalmente, a contabilização dos passivos das empresas, como também estabelecendo medidas punitivas para quem deixar de contabilizá-los, sendo também necessário a uma contribuição significativa das demais ciências, principalmente a ciência contábil, responsável direta pela efetividade e escrituração do passivo ambiental, segundo determinação legal e de conformidade com os regramentos estabelecidos pela Ciência Jurídica.

Sendo assim, apesar da necessidade das medidas apresentadas, no presente trabalho, a maior de todas as providências a ser efetivada, não apenas pelos empresários, mas por toda a sociedade, é o oferecimento de um meio ambiente saudável às futuras gerações, pois destes mesmos recursos deverão se utilizar.

No campo empresarial, a solução para fazer cessar a degradação ambiental é o estabelecimento de políticas de incentivo às empresas não degradadoras do meio ambiente, estimulando, também, os empreendedores que desrespeitem o meio ambiente a investirem em pesquisa, na busca de encontrarem mecanismos capazes não somente de cessar a degradação, mas também de recuperar o que já foi degradado. Quiçá a compatibilização do ativo e do passivo ambiental, pois só

assim se conseguir-se a efetivação de um dos fundamentos basilares da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- CARNEIRO, Ricardo. *Direito Ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HERCKERT, Werno. *Ativo e passivo ambiental*. Disponível em: www.gestiopolis.com/canales/financeira/articulos/64/acpasambi.htm, 2004.
- KRAEMER, Maria Elisabeth Pereira. Passivo Ambiental. Disponível em <<http://ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./gestão/indez.html&conteudo=/gestao/passivoambiental.html>>, acesso em 22 de novembro de 2005,
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- MOREIRA, Maria Suely. *Passivo Ambiental: o conceito em debate*. Disponível em <<http://www.indg.com.br/iso14000/texto3.asp>>, acesso em 28 de novembro de 2005.
- PETERS, Edson Luiz; PIRES, Paulo de Tarso de Lara. *Manual de Direito Ambiental*. Curitiba: Juruá, 2000.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Jonábio Barbosa dos. As empresas e o passivo ambiental. *Júris Síntese* nº 54, jul/ago 2005.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

A INFLUÊNCIA DOS CARTÉIS INTERNACIONAIS NAS POLÍTICAS MACROECONÔMICAS BRASILEIRAS

INTERNATIONAL CARTEL INFLUENCE ON THE MACRO-ECONOMICAL BRAZILIAN POLICIES

Junio César MANGONARO *

RESUMO

O presente estudo descreve o instituto da concorrência, com retrospectiva histórica no âmbito internacional. Através de análise comparativa, avalia a concorrência como instrumento de implantação de políticas públicas, demonstrando também a experiência da União Européia. Faz estudo de casos apontados nos cartéis do aço, da Lisina e de vitaminas. Demonstra, ao final, que os cartéis provocam distorções no comércio internacional e que as regiões consumidoras dos produtos cartelizados são naturalmente perdedoras, ao terem seus termos de troca deteriorados.

Palavras-chave: concorrência internacional; cartéis; políticas públicas.

ABSTRACT

The present study describes the institute of competition with an international history flashback. Through a comparative analysis, it evaluates the competition as a tool of establishing public policies, also showing European Union experience. It shows study cases pointed on steel, lysine and vitamins cartels. In the end, it demonstrates that cartels promote distortions on world trade and that consumption regions of cartel products are natural losers by having their changing terms deteriorated.

Key words: international competition; cartel; public policies.

* Mestrando em Direito da UNIMAR-SP, Especialista em Direito do Estado - UEL-PR. Professor em Direito Empresarial da Universidade do Norte do Paraná-UNOPAR e Faculdade Metropolitana-IESB de Londrina-PR, Advogado.

Introdução

O slogan da concorrência, embora com vasta antecedência histórica, ganha no final do século XIX e início do século XX, contornos mundiais. Aquele que detém o melhor preço e a melhor qualidade será o escolhido dos consumidores.

Entretanto, aquilo que nasceu para ser livre – a concorrência – passa a servir de pretexto para a manipulação dos grandes agentes econômicos¹ nas estruturas de mercado, ou melhor, certos agentes passam a deter o poder de definir a quantidade, qualidade e, principalmente, o preço do produto ou serviço.

O Estado é chamado, ou melhor, obrigado a intervir na ordem econômica, de forma que pudesse a preservar o próprio discurso liberal, razão pela qual no Brasil as regras de livre iniciativa e livre concorrência ganharam *status* constitucional, fundadores da República Federativa do Brasil.

Ocorre, entretanto, que para a concretização de seus “espaços de dominação” certas empresas aderem de forma desenfreada a comportamentos competitivos, subvertendo a ordem econômica, acarretando infrações que na visão de Luiz Fernando Shuartz (2005), correspondem a

[...] toda conduta ou estratégia que cause ou possa causar de modo ‘artificial’ (isto é, não justificável a partir da lógica que rege o processo dinâmico de geração/diluição de vantagens decorrentes de inovações) uma redução no nível das pressões competitivas num mercado ou um bloqueio no tocante ao incremento do mesmo.²

Uma das principais práticas antitruste corresponde à formação de cartel. Caracteriza-se por um acordo entre empresas, que atuam em um mesmo mercado, com a finalidade de dividirem mercados entre si e estipularem conduta comercial concertada de preços entre os “concorrentes”, mais próximos dos de monopólio.

Por gerarem graves conseqüências aos consumidores, bem como à economia como um todo, tais práticas são combatidas internacionalmente.

Logo, pretende-se com este trabalho desenhar o perfil do cartel como conduta ilícita e, desse modo, averiguar se há ingerência dos chamados cartéis internacionais na condução das políticas públicas nacionais, aqui instrumentalizadas pelo direito da concorrência.

¹ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. São Paulo: Record, 2000, p. 21.

² SCHUARTZ, Luiz Fernando. Dogmática Jurídica e Lei 8884/94. *Revista Discente-UFRJ*. Disponível em: <<http://www.nua.ie.ufrj.br>>. Acesso em 10. abr. 2005.

A par de uma resposta satisfatória, utiliza-se o estudo de casos concretos já descobertos e punidos pelos governos norte-americano e da União Européia.

1. Concorrência como instituto jurídico relevante

1.1 Aspectos gerais

Para iniciar qualquer reflexão acerca do Direito Econômico, mais especificamente sobre o Direito da Concorrência, mister se faz uma análise histórico-econômica do modo como se processou o nascimento da concorrência como categoria da Ciência Econômica. Igualmente, faz-se, necessário averiguar o modo como a concorrência se fixou como objeto relevante nos ordenamentos jurídicos de vários países ou, no termo utilizado por Paula Forgioni, concorrência como “valor digno da tutela de um ordenamento jurídico”³.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda⁴ concorrência corresponde ao “1. ato ou efeito de concorrer. 2. Afluência simultânea de pessoas para o mesmo lugar. 3. *Disputa, competição*” (grifo nosso). Dessa maneira, “concorrer com” abriga, etimologicamente, o sentido de competição, rivalidade, disputa. Competição exprime a sobrevivência do mais forte.

No campo econômico, concorrência é o fenômeno que ocorre sempre que há duas pessoas dispostas a negociar (sentido amplo), seja para trocar, comprar ou vender bens ou serviços⁵.

Há, assim, a formação de um processo cíclico em que referidas transações – intermediação – beneficiam os concorrentes, na medida em que prevalecerão os “mais aptos”; a economia, quando da maximização dos lucros; e, aos consumidores, quando da geração de maior quantidade, qualidade e diversidade de bens e serviços.

1.2 Antecedentes históricos

Os primeiros registros sobre temas relacionados à concorrência datam da Antigüidade grega, onde se constatavam a existência de certas regulamentações, no que tange às condutas monopolistas, em grande parte, impulsionadas pelo Estado.

³ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 25.

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Dicionário Aurélio*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, p. 128.

⁵ VIDIGAL, Geraldo. *Apud FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 51.

No mundo romano, o Édito de Zenão, de 483 a.C., regulamentou a política de monopólio, de acordo de preço, a fim de impedir, em suma, o abuso de preços.⁶

No sistema feudal, as atividades produtivas tinham por finalidade direta, e acima de tudo, a própria manutenção de quem as realizava. Caracterizava-se, assim, por um sistema familiar, onde a economia se calcava nas trocas de mercadorias, dentro de uma cultura subsistencial. Não havia qualquer interesse para a produção de um excedente de modo significativo.

Lentamente, os mercados, como hoje conhecidos, foram surgindo com o mínimo da produção acumulada nas terras feudais.

[...] o comprar e vender a partir de amostras dos bens, e não a compra e venda direta dos bens propriamente, assim como a aparição de intermediárias – os comerciantes – entre o produtor de um bem e o consumidor deste bem, requererem o transcurso de bastante tempo e certa especialização dos produtores em atividades diferenciadas.⁷

Contudo, a partir da primeira revolução industrial (séc. XVIII), eliminou-se a produção *direta* dos meios de vida pessoal e familiar. Generaliza-se o produzir para *intercambiar*.

A razão substitui todo o imaginário espiritual do mundo feudal. Perde-se o temor de Deus, passando à ciência a tarefa de explicar o funcionamento do mecanismo do mundo. Lançam-se assim, as bases da doutrina do liberalismo econômico que ganhou em Adam Smith seu maior expoente.

Dyle Campello delimita as idéias liberais do início do séc. XXIX, ao afirmar que:

[...] os economistas clássicos não admitiam a interferência governamental nos mecanismos de mercado. Acreditavam que o livre jogo do sistema de preços, providencialmente conduzido pelo interesse próprio e pela *competição empresarial livre e perfeita*, substituiria vantajosamente as coordenações impostas por mecanismos artificiais. As forças imanentes do mercado tenderiam sempre a corrigir os desequilíbrios econômicos resultantes de eventuais desajustamentos entre as decisões individuais e empresariais de consumo e produção ou de poupança e investimentos. (grifos nossos)⁸

⁶ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 45.

⁷ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido*. Porto Alegre: Loivraria do Adrogado, 2002, p. 93.

⁸ CAMPELLO, Dyle. *O direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 05.

A livre concorrência passa a ser encarada como a solução para os danos causados pelos monopólios. Assim, o mercado, por si só, era capaz de auto-regular-se, ou seja, a partir do momento em que a concorrência tornou-se instituto a ser buscado, ou melhor, a ser desejado pelos agentes econômicos, as condutas prejudiciais de um mercado monopolista seriam rechaçadas, beneficiando, em contrapartida, o próprio consumidor.

Foi no o século XIX, sob o prisma de uma produção em massa, que os empresários constataram, que a concorrência pura e simples, ou seja, nos moldes inicialmente sustentados, não trazia todos os benefícios inicialmente propagados (preços inferiores aos de monopólio, melhora da qualidade dos produtos etc.). Certos limites deveriam ser impostos como forma de evitar que a livre concorrência ganhasse contornos predatórios, ou seja, de que a liberdade de alguns agentes não viesse a limitar ou, até mesmo, excluir, a liberdade de outros⁹

Destarte, sob essa nova redimensão do aspecto concorrencial, restou promulgado, nos EUA, em 1890, o *Sherman Act*, considerado o marco normativo do antitruste, complementado em 1914 pelo *Clayton Act*.

No Brasil, embora o primeiro dispositivo legal seja datado de 1945, com o Decreto-Lei 7.666, foi somente com a Lei 8.884/94 que a concorrência, se tornou instituto juridicamente relevante, na acepção *stricto sensu* do termo.¹⁰

1.3 Objeto do direito da concorrência

Verifica-se, pois, que a primeira idéia da concorrência tinha como plano de fundo ideológico o fundamento da liberdade. Esta era considerada como a rainha mestra de a toda atuação dos organismos privados na economia.

Sob o enfoque darwiniano, apenas os “aptos” seriam capazes de continuar dentro de uma relação concorrencial, estando os “não aptos” fadados ao fracasso empresarial. Nas palavras de Washington Peluso de Souza, “a vitória, na concorrência, definia o Poder Econômico do vitorioso e este, por sua vez, decorria do funcionamento *natural* da economia de mercado”¹¹.

Entretanto, levado ao extremo – como o foi – referido discurso tornou-se paradoxal, na medida em que o domínio exclusivo daquele considerado “apto”, conduziria a própria anulação da concorrência no referido setor de atuação.

Assim, fizeram-se necessárias

⁹ CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas da. Apud FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 31.

¹⁰ CAMPELO, Dyle. Op. cit, p. 59.

¹¹ SOUZA, Washington peluso Albino. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. São Paulo: Sérgio Fabris, 1997, 1612.

Regras que garantissem a lealdade de comportamento dos agentes econômicos, sem as quais a concorrência, ainda, que existente e livre, desandaria em um processo autofágico que favorecia o restabelecimento de estruturas monopolistas e oligopolistas.¹²

Portanto, diante do “desfiguramentos dos princípios ideológicos da livre concorrência”¹³, o Estado incumbiu-se na tarefa de ditar regras ao Poder Econômico Privado.

Nasce, desse modo, toda a disciplina jurídica do Direito Econômico e, em especial, o ramo do direito da concorrência, referindo-se, em suma, aos comandos estatais com destinatário direto o conteúdo do poder privado econômico, ou seja, a ação econômica praticada pelo particular.

Houve a constatação de que as limitações do mercado não levariam a sua eliminação, “mas ao acoplamento a ele de um outro centro decisório destinado precisamente a suprir as suas inoperacionalidades e a garantir adimplemento de certos objetivos, mediante a aplicação da política econômica”¹⁴. Refere-se, neste ponto, ao Estado. Cabe, neste momento, determinar que o Direito Econômico é o ramo do direito que “vai situar a empresa, na vida econômica, como agente executivo da política econômica empenhada no cumprimento dos princípios ideológicos que norteiam toda a ordem jurídico-econômica de uma nação”.¹⁵

Assim, com o cumprimento dos chamados princípios ideológicos da ordem jurídico-econômica é que se analisa a concorrência como valor em si considerado. Valor este que deve receber tutela jurídica, estabelecendo, de antemão, as condições do lícito e do ilícito, do justo e do injusto.

E, na hipótese de abuso do poder econômico, poderá o Estado atuar diretamente, cumprindo mais de perto sua função repressiva, na tentativa de deixar claros os objetivos-fins a serem perseguidos por toda a nação e não simplesmente pelo poder econômico privado.

Dessa forma, são, na expressão de Washington Peluso, os “princípios constitucionais ideológicos” que dão todo o suporte para a formulação das “regras do jogo” da concorrência, impondo-se de imediato a conduta dos legisladores ordinários, bem como às modalidades de atuação dos agentes econômicos, públicos e privados.

¹² SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencional: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70.

¹³ SOUZA, W. P. A. . Op. cit, p. 164.

¹⁴ NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 17.

¹⁵ SOUZA, W. P. A. . Op. cit, p.181.

[...] não permanece a convicção de que o interesse social se cumpra pela garantia de equilíbrio entre os interesses particulares. Trata-se de conduzir os próprios destinos da sociedade por caminhos econômicos considerados ideologicamente como mais justos e mais desejáveis.¹⁶

Deixa-se claro que, embora o direito da concorrência tenha surgido com a finalidade precípua de evitar os efeitos “autodestrutíveis” do mercado, o fato é que hodiernamente, se deve agregar a esta concepção o entendimento de que o direito da concorrência se tornou um instrumento de consecução de política pública de que lança mão o Estado, para direcionar o sistema econômico e, por conseguinte, o próprio desenvolvimento social como um todo.

1.4 Falhas no mercado: caracterização dos cartéis

Em contraposição aos avanços surgidos com o ideal liberalizante, um desafio se tornou a mola propulsora para que a própria operacionalidade do sistema concorrencial pudesse se realizar, qual seja, o combate às imperfeições do mercado.

Na lição de Fábio Nusdeo “a mecânica operacional do sistema passava a rodar em falso, produzindo resultados também falhos, distanciados do esperado e, em muitos casos, francamente inaceitáveis”.¹⁷

Conclui-se que existiam falhas do próprio mercado, ou seja, o mercado não era, em si mesmo, viável, operacional.

Segundo a classificação utilizada pelo Prof. Nusdeo, ao estabelecer as principais falhas do mercado, elas podem ser: a mobilidade dos fatores, o acesso às informações relevantes e a concentração econômica, resta, para o presente artigo, o exame apenas desta última.¹⁸

Assim, a concentração econômica representa a própria negação de um mercado atomizado, isto é, um mercado com um bom funcionamento, eis que não se encontrará presente uma pluralidade de agentes, compradores e vendedores.

Com o acelerar-se da revolução industrial, em um número crescente de setores algumas unidades lograram antecipar-se as outras em obter as vantagens de redução de custos pelo aproveitamento das economias de escala. Mas isto implicou a elevação substancial de seu volume de produção e de vendas e, conseqüentemente, a redução do volume produzido pela demais. Es-

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 221.

¹⁷ SOUZA, W. P. A. . op. cit, p.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 139.

tas últimas viam-se gradualmente expelidas do mercado por não poderem concorrer com os preços e mesmo a qualidade das principais, que acabaram por se ver sozinhas no mercado, tornando insubsistente o pressuposto da atomização, base da concorrência. Estava, assim, instalado o processo de oligopolização de inúmeros setores da economia, o qual cria uma certa barreira à entrada novas unidades e, quanto mais ele for chegando ao monopólio, maior o seu poder de impor preços altos pelos seus produtos, apropriando-se de uma parcela da renda do consumidor. Ademais, o monopolista pode controlar não apenas o preço mas também a quantidade oferecida e, por esta forma, distorcer todos os mecanismos de autocontrole do mercado, além de adquirir, em alguns casos, dimensões tais que o tornam politicamente perigosos.¹⁹

Observa-se, dessa maneira, que a concentração econômica se configura com a formação de mercados monopolistas (apenas um único vendedor) e oligopolistas (poucos vendedores), representando uma falha na própria estrutura do mercado, reconfigurando seu mecanismo decisório.

Entretanto, essa é a conduta, em sua grande maioria, dos agentes econômicos que, atrás de supremacia de conseqüente dominação do mercado, agrupam-se para anular a competição e eliminar as eficiências necessárias para o bem-estar econômico.

Partem da premissa de que a concorrência é prejudicial a competidores e, para quem “concorre”, o ideal é afastá-la.

Dentro, pois, do ideal estruturante da falha de mercado acima denominada de concentração econômica, é que se dá uma das infrações à ordem econômica qual seja, formação de cartel, assunto central do presente trabalho.

2. Cartéis: enfoque internacional

2.1 Conceito de cartel

A concorrência é necessária, na medida em que gera benefícios em diversos segmentos como, por exemplo, menores preços, maior quantidade, maior qualidade e diversidade de bens e produtos.

¹⁹ NUSDEO, Fábio, op. cit, p. 149.

Como consequência, a competição obriga seus participantes a investirem em tecnologias e melhorias, a fim de que seus produtos, entre os semelhantes que existem, sejam os escolhidos por quem os consome.

Dessa forma, a manutenção das falhas mercadológicas não somente é querida, mas impulsionada, muitas vezes, pelos próprios agentes econômicos, a fim de manter sua supremacia, sua posição dominante dentro do mercado.

É, pois, justamente, na manutenção de um *habitat* imperfeito de concorrência que muitos competidores buscam, através da celebração de acordos, regular ou neutralizar a força concorrencial de seu oponente. “A união entre agentes pode proporcionar um poder econômico tal que permite aos partícipes desfrutar de uma posição de indiferença e independência em relação aos outros agentes econômicos”²⁰.

Tais acordos, conforme já mencionado, compreendem, *lato sensu*, decisões de associações de empresas, práticas concertadas ou orquestradas, de caráter explícito ou implícito. São horizontais, quando celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante²¹, ou verticais, em mercados diversos, isto é, quando participantes de uma mesma cadeia produtiva decidem não competir²².

Assim, é através de políticas combinadas em torno de itens como preços, cotas de produção, distribuição e divisão territorial, que *players* tentam obter maior lucratividade, por meio de anulação da competição.

Por lesivos aos princípios constitucionais norteadores da concorrência (livre iniciativa e livre concorrência), tais acordos ganham *status* internacionais de ilicitude.

Na tentativa de conquista de posição monopolística e domínio de mercados, grupos de “competidores” celebram acordos, reduzindo a própria competição entre os mesmos. E, se tais acordos se referirem ao mesmo mercado relevante (acordos horizontais), estaremos diante dos *cartéis*.

Conforme a lição de Néelson de Andrade Branco e Celso de Albuquerque Barreto:

[...] o cartel representa um acordo, um ajuste, uma convenção, de empresas independentes, que conservam, apesar desse acordo, sua independência administrativa e financeira. [...] o Cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na

²⁰ FORGIONI, Paula. Op. cit, 1998, p. 321.

²¹ OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 218.

²² FORGIONI, Paula. Op. cit, 1998, p. 323.

aquisição da matéria-prima, seja na conquista dos mercados consumidores, operando-se, dessa forma, a eliminação do processo normal de concorrência²³.

Desse modo, entende-se por cartel todo acordo firmado entre concorrentes de um mesmo mercado, normalmente estabelecendo a redução da produção ou a fixação de preços.

No contexto da legislação nacional, um acordo que não restrinja a livre concorrência ou não produza os efeitos inseridos nos incisos do art. 20 da Lei 8.8884/94 não será considerado ilícito, e como tal não haverá que se falar em cartel.

2.2 Internacional cartel

Sendo uma das modalidades de cartel, o internacional cartel caracteriza-se por acordos realizados em escala mundial; envolvimento de altos executivos no conluio; uso de associações e empresas fantasmas para acobertar transações; policiamento do acordo para que hajam de forma “honesta”, o que pode incluir a figura de um auditor; uso de esquema de compensação²⁴.

A primeira punição de cartel internacional foi em 1907, *U. S v. American Tobacco*. Uma das condutas imputadas foi o acordo entre empresas de cigarro norte-americanas e britânicas, que estabelecia que cada uma não atuaria no país da outra e dividiria o restante do mercado mundial entre as empresas.

Entretanto, o combate aos cartéis ganhou novo fôlego a partir dos anos 90, devido à crescente globalização do comércio, que facilitou a formação desses grandes acordos ilícitos internacionais.

Segundo Paulo de Tarso, ao comentar a difusão dos cartéis em razão do processo de mundialização da economia, o único meio de deter essa tendência “é o estabelecimento de condições que tornem o risco da descoberta de um cartel, portanto, o risco da punição mais alto que a probabilidade dos lucros excepcionais obtidos com a conduta colusiva”²⁵ (*idem, ibidem*).

²³ *Apud* FORGIONI, Paula, *Op. cit.* p. 323.

²⁴ SPRATLING, Gary. *Negotiating the waters of International Cartel Prosecutions – Agreements in International Cases – Speech presented in the Thirteenth Annual National Institute on White Collar Crime at The Western St. Francis Hotel, San Francisco, California, March 4, 1999*. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches_1999.htm>. Acesso em 3 jan. 2002.

²⁵ *Idem, ibidem*.

Todavia, o que se busca na presente estudo, não são as formas de punição dos cartéis internacionais, assunto secundário, mas averiguar se atuações dos cartéis, em especial os internacionais, afetam os objetivos macroeconômicos de política de concorrência, no Brasil, entendida aqui como instrumento de implementação de políticas públicas, desafio que passará a ser tratado.

3. A concorrência como instrumento de implementação de políticas públicas

Restou pacífico que as normas antitrustes não podem ser consideradas como regras isoladas de conduta concorrencial entre os agentes econômicos e seu possível abuso de poder. Vai além, ao determinar que tais normas mantêm uma conotação instrumental, isto é, correspondem em mecanismo de atuação do Estado para a realização e consecução de políticas públicas.

Na lição de Forgini, as normas antitrustes são, antes de tudo, “técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência.”²⁶

Observa-se, assim, da referida lição, duas conclusões primordiais, ou seja, o Direito Econômico, mais especificamente, o Direito da Concorrência pode ser utilizado – e o é – como instrumento de uma determinada política. Outrossim, tal política não estará adstrita aos meandros discricionários do poder, uma vez que deve cumprir com a finalidade precípua de combate aos abusos do poder econômico. Em outras palavras, deve corresponder à materialização dos princípios econômicos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como os objetivos fundamentais traçados na Constituição Federal (Art. 3º).

3.1 Aspectos gerais – da experiência européia ao Brasil

Todo o processo de caracterização do Direito Concorrencial como instrumento de concretização de políticas públicas é decorrente da própria revisão do papel do Estado junto à economia.

A partir do início do século XX, a interferência do Estado passou de episódica para uma atuação organizada e sistemática. Era necessário colocar um freio aos abusos capitalistas ou, nas palavras de Eros Grau²⁷, necessário “defender o capitalismo das capitalistas”, razão pela qual a intervenção estatal ganhou contornos de licitude.

²⁶ FORGINI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 81.

²⁷ GRAU, Eros, *apud* FORGINI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 8.

Nesse ponto, interessante notar que:

[...] essa atuação do Estado, incentivada pela teoria econômica da época (principalmente pelas idéias de Lord Keynes) e mesmo pela Igreja Católica (pregando que ao Estado caberia promover o bem-estar social), transmuda-se em disciplina jurídica da atividade privada, com a implementação de políticas públicas.²⁸

O Estado passa a valer-se de regras jurídicas na realização de sua política econômica.²⁹

Assim, um dos primeiros diplomas legais a tratar da concorrência como instrumento de política econômica se deu em 1951, com o Tratado de Paris (que instituiu a Comunidade Européia do Carvão e do Aço – CECA), ao estabelecer um mercado comum e a proibição, dentro desse mercado, de quaisquer práticas restritivas que tendessem à sua divisão (Art. 2º). Mais adiante determinou (Art. 5º) a garantia da concorrência como uma das funções da CECA.

Já nos Art. 65 e 66 do Tratado de Paris foram estabelecidos os efetivos instrumentos para a implementação da política conforme fixado nos primeiros dispositivos do diploma³⁰, ao vedar qualquer tipo de associações que tente impedir ou falsear o funcionamento normal da concorrência, considerando nulos tais acordos, proibindo-os de ser invocados perante qualquer órgão jurisdicional dos Estados-membros.

Constata-se, assim, o combate a cartéis como um dos objetivos gerais prosseguidos pelo Tratado, lançando as bases de uma filosofia comunitária antitruste ou, em outras palavras, uma filosofia comunitária de realização de política pública concorrencial.

Tal afirmação se confirma com o Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia – CEE, em 25.03.1957, que surgiu com o objetivo de reestruturar a economia dos países signatários do Tratado do continente europeu, destruído outrora pela Segunda Guerra Mundial.

Seguindo a tradição que se iniciou com o Tratado de Paris, a proteção da concorrência na Europa é vista como um instrumento de que as autoridades devem lançar mão para implementação da política e obtenção do fim maior proposto.³¹

²⁸ Op. cit., p. 79.

²⁹ COMPARATO, Fábio KONDER. O indispensável direito econômico. In: *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva. 1996. Cap. 3, p. 463-467.

³⁰ FORGINI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 85.

³¹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2000, p. 1036.

Assim, o direito da concorrência ganha uma nova postura e surge como política pública com orientação para uma economia de livre mercado capaz de atender aos objetivos traçados nos diplomas legais, em geral nas cartas constitucionais.

No Brasil, assim como em toda parte do mundo, a concorrência também se insere como medida de implementação de políticas públicas sociais. Não é demais citar os ditames constitucionais inseridos nos Art. 170 e 173 § 4º, ambos da Constituição Federal.

Outrossim, interessante notar que o Art. 1º, inciso IV, da Carta Magna estatui o princípio da livre iniciativa como sendo um dos princípios fundamentais a manutenção da República Federativa do Brasil.

Logo, identifica-se como finalidade central da legislação de defesa de concorrência, à luz dos objetivos e princípios constitucionais que fundamentam a República, estruturar a atividade econômica, assegurando-lhe um nível de concorrência e cooperação entre os agentes, capaz de promover o desenvolvimento econômico e social do país, cumprindo, dessa forma, com os objetivos consagrados no Art. 3º da Constituição Federal.

Por sua vez, o Art. 1º da Lei 8.884/94, parágrafo único já diz, por si só, a quem se destina a defesa da concorrência:

Art. 1º. Parágrafo único. “A **coletividade** é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.” (grifo nosso).

Tais dispositivos demonstram que, qualquer que seja a política pública desenvolvida pelo Estado (por exemplo, urbana ou agrária, nos termos constitucionais), deverá estar ciente de que o respeito aos princípios gerais são as linhas mestras de toda atividade estatal, condicionando, nesse aspecto, toda atividade particular.

Nesse sentido, tem-se a única ementa de Ato de Concentração (nº 34/95, de 30 de setembro de 1998) que, de forma expressa, analisa a atuação do CADE como mecanismo de aplicação de políticas públicas.

POLÍTICA PÚBLICA – CONDUTA INFRATIVA SOB JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA DE OUTRO ÓRGÃO GOVERNAMENTAL – INICIATIVA DO CADE – ADMISSIBILIDADE. O CADE, como ente integrante da Administração Pública e principal advogado da concorrência no Brasil, não pode e não deve ficar à margem de discussões quando esteja em jogo o *interesse da coletividade* ou a disciplina do mercado, independentemente da área envolvida, tais como na de privatização ou de Regulação ou Comércio Exterior. Na hipótese de o Tribunal Administrativo não ser provocado por qualquer

ente ou indivíduo que se sinta lesado por infração à ordem econômica, deve ele mesmo agir de modo próprio e acionar os demais órgãos de governo competentes para que tais práticas sejam questionadas e investigadas em suas implicações concorrenciais.³² (grifo nosso).

Trata-se, pois, de decisão proferida em razão de falhas acometidas no setor de medicamentos brasileiro, demonstrando, claramente, como o direito concorrência pode se afigurar com o instrumento de consecução de políticas públicas.

Mais significativo se torna o conteúdo do próprio voto do Conselheiro-Relator, Mércio Felsky:

[...] acho oportuno, portanto, que o CADE continue envidando esforços no sentido de se somar aos diversos órgãos da Administração Pública e da sociedade civil envolvidos com a saúde e com a defesa da concorrência, para um esforço conjunto de ações que efetivamente respondam aos interesses públicos³³.

Nesse ponto, resta averiguar se há influência nas consecuições das políticas nacionais da existência de práticas anticoncorrenciais em nível internacional, no caso os cartéis.

4. Estudo de casos

4.1 Início das condenações por cartel - Cartel do aço

Antes de adentrar ao estudo específico dos cartéis internacionais e sua influência no mercado brasileiro, mister salientar que a experiência brasileira no combate à referida prática infrativa é recente.

O primeiro cartel efetivamente condenado, no Brasil, foi o cartel do aço. Refere-se ao Processo Administrativo nº 08000.015337/94, que investigou formação de cartel pelas empresas CNS, Usiminas e Cosipa, com o intuito de fixar preços de oferta no mercado de aço plano.³⁴

Ao término do processo, restou configurada a conduta colusiva de preços das empresas investigadas, visando a aumentar os seus lucros, enquadrando-se, pois, na conduta tipificada no art. 20, inciso I, c/c artigo 21, inciso I da Lei 8.884/94.

³² Idem, p. 1037.

³³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE. *Guia Prático do CADE: A defesa da concorrência no Brasil*. São Paulo: CIEE, 2000, p. 41.

³⁴ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. Relatório de Atividades 2002. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae/noticias>>. Acesso em: 23 de out. 2003.

O CADE condenou os três maiores produtores de aço brasileiro ao pagamento de R\$ 51 milhões (1% do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo), ficando a decisão como marco histórico dos órgãos antitrustes brasileiros ao combate dos cartéis. Entretanto, foi com o cartel internacional da lisina que a atuação brasileira ganhou contornos internacionais, tornando-se a primeira, e a mais exemplar atuação dos órgãos brasileiros face às condutas internacionalmente ilícitas.

4.2 Cartel Internacional da Lisina

O cartel da lisina funcionou de junho de 1992 a junho de 1995. As práticas mais comuns das empresas participantes eram fazer acordos em nível mundial sobre:

- a) os preços de lisina para ração animal, assim como seus incrementos;
- b) o volume de vendas de cada participante no mercado mundial;
- c) a forma e as datas para o anúncio dos preços.

Ademais, restou apurado que os representantes das empresas mantinham reuniões periódicas, durante os encontros da Associação Internacional de Produtores de Aminoácidos (AAMIA), a fim de definir se as práticas acima mencionadas estavam sendo cumpridas.

Desse cartel resultaram condenações impostas pelos Estados Unidos (aproximadamente 90 milhões de dólares) e União Européia (impôs multas superiores a 110 milhões de euros). Ressalta-se que, todas as empresas participantes do cartel eram não comunitárias, mas atuantes no mercado comum europeu.³⁵

4.2.1 Influências no Brasil

Analogicamente às condutas norte-americana e européia, o Brasil está somando esforços no combate do cartel da lisina, ou melhor, os efeitos gerados no mercado nacional com o cartel internacional.

Corresponde ao Processo Administrativo nº 08012.004897/00-23, em que é representante a SEAE/MF e representadas ADM Exportadora e Importadora S/A, Ajimoto Interamericana Ind. e Com. e Sumitomo Corporativo do Brasil S/A.

³⁵ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. Relatório de Atividades 2002. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae/noticias>>. Acesso em: 23 de out. 2003.

Embora não houvesse unidades produtoras de lisina, no Brasil, a conduta entrou em análise pelo Sistema Brasileiro da Concorrência, na tentativa de se averiguar possíveis impactos desse cartel sobre os consumidores brasileiros.

Observou-se que, durante a operação do cartel internacional (junho de 92 a junho de 95), ocorreram importações de lisina no mercado nacional.

Em pesquisa realizada junto à Secretaria da Receita Federal, 98% do volume importado em 1995 (4.400 toneladas) tiveram sua origem identificada, demonstrando grande participação das Representadas (ADM e AJIMOTO), conforme o gráfico abaixo, elaborado pela SEAE.

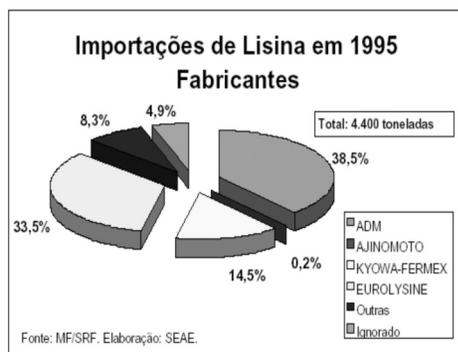


Figura 01: Importações de Lisina por firma Produtora (em quantidade)

Continuando sua análise econômica, a SEAE demonstra o faturamento dos fabricantes de lisina, decorrente de importações brasileiras, no ano de 1995. Conforme se infere do gráfico abaixo, do total de US\$ 10,7 milhões já apurados, aproximadamente US\$ 9,3 milhões foram gastos com o produto fabricado pelas empresas participantes do cartel.³⁶

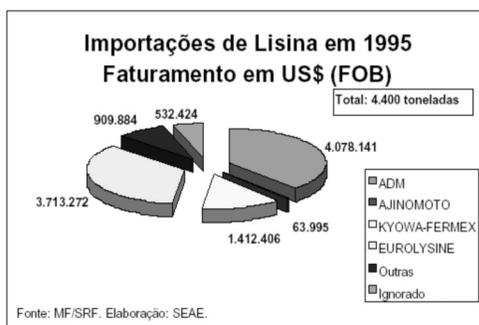


Figura 02: Importações de Lisina por firma Produtora (por faturamento)

³⁶ Idem.

Sendo o Brasil uma das áreas geográficas em que as empresas dividiram o mercado mundial, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda, conclui que os consumidores brasileiros foram lesados no período em que ocorreu o cartel, uma vez que pagaram preços mais elevados do que os que vigorariam na ausência do cartel.

Desse modo, a SEAE recomendou

[...] a punição às representadas nos termos da Lei 8.884/94 por prática de cartel, que outrora restaram comprovadas em outras jurisdições e com efeitos no território nacional, uma vez que as representadas, na condição de subsidiárias e distribuidoras exclusivas das firmas do cartel tinham atuação direta no mercado interno, vendendo aos consumidores nacionais o produto fabricado pelo cartel, a preços superiores aos que vigorariam na ausência deste acordo.³⁷

Vale salientar que a conclusão da SEAE é apenas recomendativa, ou seja, tem apenas função auxiliar no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, não podendo emitir decisões de cunho vinculativo, tarefa que compete ao CADE, após análises instrumentais realizadas pela SEAE e SDE.

Até o presente momento, não restou proferida decisão definitiva pelo CADE. Espera-se, ao menos, que as recomendações da SEAE sejam mantidas quando de decisão final, afirmando assim o caráter instrumental do direito da concorrência como política pública, bem como a possibilidade de efeitos negativos nessas políticas, quando influenciadas por cartéis internacionais.

4.3 Cartel das vitaminas

Caracterizado como um dos maiores cartéis internacionais da história, o cartel de vitaminas foi um dos mais duradouros e prejudiciais cartéis já investigados pela Divisão Antitruste norte-americana, lesando bilhões de dólares do comércio internacional, de 1990 a 1999.

O conluio envolveu altos executivos e recrutou poderosas empresas, ao todo sete: duas suíças, uma canadense, uma alemã e três japonesas, que formaram cartel, negociando e dirigindo suas atividades.

As empresas Hoffmann – La Roche e BASF acertaram, com outras grandes do setor de vitaminas, a eliminação da competição, nos Estados Unidos e em outros lugares do mundo. As acusações foram:

³⁷ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. Relatório de Atividades 2002. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae/noticias>>. Acesso em: 23 de out. 2003.

- a) fixar e aumentar preços das vitaminas A, B2, B5, C, E, ácido fólico, betacaroteno e carotenóides;
- b) determinar o volume de vendas e divisão de mercados;
- c) dividir os contratos de fornecimento de vitaminas e contratos de licitações.

O cartel contava com um sistema rigoroso de controle da aplicação de seus acordos, com reuniões regulares para o acerto das condutas, sendo que em uma dessas reuniões, no Haváí, o Departamento de Justiça norte-americano conseguiu obter provas para punir o comportamento anticompetitivo das empresas em mais de US\$ 1 bilhão, tendo também condenado altos executivos à prisão.

4.3.1 Influências no Brasil

Em parecer técnico, a SEAE encaminhou ao CADE proposta de penalização de empresas farmacêuticas por participação no cartel das vitaminas.

Para a Secretaria de Assuntos Econômicos, as empresas F. Hoffmann – La Roche Ltda, Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S/A, Basf S/A, Aventis Animal Nutrition, Brasil Ltda e Rhône-Poulenc Anima Nutrition, causaram fortes impactos no mercado brasileiro, quando da importação dos diversos tipos de vitaminas das empresas participantes do cartel internacional.

Segundo relatório da SEAE,

Na América Latina, à época do cartel, havia apenas uma planta da Basf para síntese de vitamina B5, sendo todos os demais produtos importados. As empresas participantes do cartel chegaram a importar 80% do total de importações das vitaminas A e E. No caso das outras vitaminas estima-se que a participação seja semelhante.³⁸

Assim, a exemplo do processo contra as empresas de lisina, foi através da análise do setor importador que se concluiu, no caso das vitaminas, que o consumidor brasileiro foi afetado pelo ilícito internacional. Logo, recomendou-se a punição dos envolvidos.

Entretanto, até o presente momento aguarda-se manifestação do órgão responsável, CADE.

³⁸ Idem.

Considerações Finais

O Direito da Concorrência surgiu com a finalidade de evitar os efeitos autodestrutíveis do mercado – as crises capitalistas – protegendo a livre concorrência.

Hodiernamente, pelo seu poder de conduzir o mercado, aditou-se àquela concepção de Direito da Concorrência o entendimento de ser um instrumento de política pública, de que lança mão o Estado para direcionar o sistema econômico.

E, constatada a interação existente entre os sistemas econômicos mundiais, fato corroborado pelo processo de globalização, é imperioso afirmar que influências existem sim, no campo nacional, quando da constatação de cartéis internacionais.

Ora, “os cartéis provocam distorções no comércio internacional. As regiões consumidoras dos produtos cartelizados são naturalmente perdedoras, ao terem seus termos de troca deteriorados.”³⁹

Desse modo, a partir do momento em que é detectada a existência de um cartel internacional e, por conseguinte, venha a sofrer a devida repressão, nas mais diversas modalidades, segundo os mais variados sistemas de controle antitruste diretamente os mercados em que atuava será, em certa medida, beneficiado, restabelecendo-se os ditames da livre concorrência.

Na lição de Danile Goldberg uma política pública consistente “deve ser capaz não só de alocar recursos de forma a gerar a maior quantidade possível de benefícios à sociedade, como também distribuir esses benefícios de forma eqüitativa.”⁴⁰

Pois bem, na negação desse argumento, ou seja, dessas duas variáveis – quantidade e distribuição eqüitativa de benefícios — encontram-se os próprios efeitos de um mercado cartelizado, onde o que menos existe será a preocupação com a quantidade, nem tão pouco com a distribuição dos benefícios de modo eqüitativo à sociedade, exceto, é claro, aos seus próprios agentes econômicos.

Os agentes econômicos visam a seus lucros. Entretanto, esse objetivo nem sempre coincide com o interesse público. Nesse caso, o Estado, mais do que buscar uma forma ideal de arranjo do mercado, passa a controlar a conduta do agente econômico e, em consequência, dirigindo e impulsionando o próprio sistema econômico.

Certo, pois, que independente do lugar em que ocorrer o antitruste, em havendo prejuízos locais, os mesmos devem ser devidamente compensados, de forma a assegurar a todos existência digna, reforçando a coesão social e, principalmente, fortalecendo o Estado Democrático de Direito.

³⁹ OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 54.

⁴⁰ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Relatório de Atividades 2002*. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/sde>>. Acesso em: 14 de outubro de 2003.

REFERÊNCIAS

- CAMPELLO, Dyle. *O Direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro, 2001.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CARVALHO, Leonardo Arquimino. *Direito antitruste & relações internacionais*. Curitiba: Juruá. 2001.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA -CADE. *Guia Prático do CADE: A defesa da concorrência no Brasil*. São Paulo: CIEE. 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva. 1996. Cap. 3.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Dicionário Aurélio*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.
- FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito da concorrência*. São Paulo: Singular. 2000.
- NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: Panorama no Brasil e no Mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. São Paulo: Record. 2000.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Dogmática Jurídica e Lei 8884/94. *Revista Discendente-UFRJ*. Disponível em: <<http://www.nuca.ie.ufrj.br>>. Acesso em: 10 abr. 2005.
- SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Relatório de Atividades 2002*. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/sde>>. Acesso em: 14 de outubro de 2003.
- SOUZA, Washington Peluso Albino. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. São Paulo: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1977.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA PERANTE AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS MULTILATERAIS: OMPI, OMC, UNCTAD E UNCITRAL

TECHNOLOGY TRANSFER IN INTERNATIONAL MULTISIDED ORGANIZATIONS: WIPO, WTO, UNCTAD AND UNCITRAL

Carolina Spack Kimmelmeier*
Priscila Yumiko Sakamoto**

RESUMO

Trata o presente estudo da transferência de tecnologia e o seu suporte jurídico existente em organizações internacionais multilaterais. Objetiva-se analisar as normas e diretrizes oriundas desses sujeitos de direito internacional, bem como as discussões e projetos nelas existentes, enfatizando-se sua relação com o desenvolvimento e os conflitos de interesses entre Estados receptores e fornecedores de tecnologia. Para tanto, expõe-se o conceito, as características fundamentais e os objetivos da transferência de tecnologia e analisa-se a atuação de organizações internacionais multilaterais, tais como OMPI, OMC, UNCTAD e UNCITRAL, quanto a essa temática. A partir dessa análise, constata-se que essas organizações focam a transferência de tecnologia e seu suporte jurídico a partir das mais variadas dimensões: proteção de direito de propriedade intelectual, liberalização do comércio mundial, defesa da concorrência, fluxos de investimentos e tributação, dentre outros. Dentre estas, destaca-se nesses fóruns multilaterais o papel da transferência de tecnologia como instrumento para o desenvolvimento. Também se observa que os marcos normativos formulados ou em debate por essas organizações são compostos, preponderante-

* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora da Universidade Estadual de Maringá e da Faculdade Metropolitana de Maringá - PR.

** Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora da Faculdade Dom Bosco de Cornélio Procopio - PR.

mente, por disposições programáticas, as quais refletem a tensão entre países exportadores e importadores de tecnologia.

Palavras-chave: transferência de tecnologia; organizações internacionais multilaterais; desenvolvimento.

ABSTRACT

The present study is about technology transfer and its law support in international multisided organizations. The objective of the paper is to analyze the rules and guiding lines from these international right organizations. It also aims at the discussions and projects in them, focusing its relations with the development and conflicts amid receptor nations and technology suppliers. In order to do so we are going to show the concepts, fundamental characteristics, and the objectives of technology transfer and also analyze the performance of international multisided organizations such as WIPO, WCO, UNCTAD and UNCITRAL on theses matters. By this analysis we conclude that these organizations focus technology transfer and its law support in several ways: protection of intellectual property right, world trade liberalization, competition defense, investment and taxing flow and so on. Among these ways, the role of technology transfer as a tool for development in these organizations is one of the most important one. We also observe that the rules mark formulated studied by these organizations are made mainly by programming dispositions that reflect the tensions among exporting countries and technology importers

Key-words: technology transfer; international multisided organizations; development.

1. Considerações iniciais

A tecnologia ocupa papel de inegável proeminência no contexto sócio-econômico. No plano empresarial, é ela fator que garante a conquista de novos mercados, bem como a manutenção do agente econômico em um contexto cada vez mais competitivo. Pelo prisma do Estado e da sociedade, observa-se que a detenção da tecnologia é critério fundamental para uma adequada inserção no cenário internacional e também que esta, quando adequadamente utilizada, contribui sobremaneira para o bem-estar de seus cidadãos.

No plano normativo, essa evolução tecnológica conduz à regulamentação, para assegurar a propriedade dessas inovações, e, também, sua transferência. Constata-se, portanto, que há interesse que a tecnologia possa ser intercambiada

entre os agentes econômicos. Tem-se, assim, o instituto da transferência de tecnologia, o qual será analisado primordialmente pelo prisma da atuação de certas organizações internacionais multilaterais.

A partir desta análise, objetiva-se alcançar uma melhor compreensão do papel desse instituto perante o contexto multilateral, sua relação com o desenvolvimento e os conflitos de interesses existentes entre países fornecedores e receptores de tecnologia.

Como fonte de pesquisa, focaram-se principalmente, além de literatura nacional específica sobre o tema transferência de tecnologia, os documentos oficiais das referidas organizações intergovernamentais.

Para tanto, faz-se a divisão do presente artigo em duas partes: a primeira voltada para o instituto em si da transferência de tecnologia, seus objetivos e suas principais características, e a segunda, dirigida à análise das disposições normativas e das discussões e projetos presentes em organizações internacionais multilaterais que se ocupam de tal matéria, focando-se em quatro dessas organizações, quais sejam, OMPI, OMC, UNCTAD e UNCITRAL, haja vista o relevante papel destas perante o cenário multilateral.

2. Transferência de Tecnologia: Conceito, Objetivos e Características

O desenvolvimento e aperfeiçoamento de tecnologia é parte constante da atividade empresarial. Claude Dehan afirma que a tecnologia “é a ciência da técnica, a reflexão sobre as técnicas que as descreve que faz a sua história, e de maneira mais operacional, conceitua e formaliza as atividades técnicas.”¹.

Jorge Sábató, por sua vez, a conceitua como:

o conjunto ordenado de conhecimentos empregados na produção e comercialização de bens e serviços, e que está integrada não só por conhecimentos científicos – provenientes das ciências naturais, sociais, humanas, etc. -, mas igualmente por conhecimentos empíricos que resultam de observações, experiência, atitudes específicas, tradição (oral ou escrita), etc.²

As Nações Unidas, por sua vez, conceituam a tecnologia como “o conjunto de conhecimentos, experiências e competências técnicas necessárias para a fabricação de um ou mais produtos.”³

¹ apud Prado, 1997, p. 8.

² apud Barbosa, 1981, p. 3

³apud Prado, 1997, p. 11.

É usual que o detentor da tecnologia apresente interesse em permitir que outros se utilizem daquela, pagando-lhe a respectiva contraprestação pecuniária, bem como há o interesse da outra parte em explorar essa tecnologia, evitando assim os custos de pesquisa e desenvolvimento, mas beneficiando-se com seus resultados. Tem-se, assim, em linhas gerais, as motivações que levaram à criação do instituto da transferência de tecnologia.

Tal conjunção de interesses usualmente se materializa, mediante a celebração do contrato de transferência de tecnologia. Essa espécie contratual, via de regra, é condicionada por uma série de preceitos legais, os quais são informados, basicamente, por dois valores, nem sempre compatíveis: promoção do progresso tecnológico da entidade receptora e proteção da propriedade industrial do transmitente.

Cumprir destacar que é comum que essa espécie contratual seja celebrada entre partes residentes, em Estados distintos, revestindo-se assim de caráter internacional ⁴. Com relação à denominação das partes, usualmente se utilizam os termos transferente e receptor/licenciado.

Pela ótica brasileira, se observa na esfera estatal ênfase aos interesses da entidade receptora e no próprio desenvolvimento nacional. Nesse sentido, a Diretoria de Transferência de Tecnologia (DIRTEC), vinculada ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), define esse instituto da seguinte forma: “ a transferência de tecnologia é uma negociação econômica e comercial que desta maneira deve atender a determinados preceitos legais e promover o progresso da empresa receptora e o desenvolvimento econômico do país” ⁵.

É, em síntese, a transferência de tecnologia um processo de negociação de conhecimentos, onde a parte transferente procura comercializar a tecnologia por ela desenvolvida, de forma regrada e amparada pela propriedade intelectual, e que se concretiza através da celebração de um contrato específico.

O objetivo principal do transferente é aproveitar todas as possibilidades de explorar a tecnologia, de modo a maximizar a sua rentabilidade, conferindo a terceiros o direito de utilizá-la. De acordo com Prado ⁶, os objetivos do transferente são: maximizar a remuneração da tecnologia, mediante a otimização de sua exploração, além de usá-la como forma de ingresso em novos mercados. Assim, o transferente tem a oportunidade de recuperar os investimentos despendidos com a pesquisa e desenvolvimento da tecnologia negociada e reinvesti-los em novas

⁴ Vale ressaltar que nada impede que o contrato de transferência seja celebrado entre partes de um mesmo Estado. Todavia, o mais usual é que esse se revista de caráter internacional, haja vista a existência de Estados exportadores e importadores de tecnologia. MACULAN FILHO, 1981, p. 11.

⁵ Conforme *site* oficial do INPI. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/>>

⁶ PRADO, 1997, p. 17.

pesquisas e novas tecnologias, mantendo-se o ciclo e a sua competitividade no mercado internacional.

O receptor da tecnologia, por sua vez, possui como objetivo a obtenção de inovação e a capacitação tecnológica⁷. Com isso, pode garantir a sua manutenção ou ocupação de setores do mercado, apresentando um diferencial frente aos seus concorrentes e aperfeiçoando produtos ou processos, adequando-os às exigências do consumidor, aumentando sua lucratividade, sem ter despendido tempo e investimentos com pesquisas e desenvolvimento de técnicas, pois, com o contrato de aquisição de tecnologia, todas elas já vêm prontas.

Contudo, segundo enfatiza-se, não basta receber a tecnologia, é preciso que a empresa aprenda a explorá-la adequadamente, ou seja, é fundamental que haja capacitação tecnológica, para que haja autonomia operacional do receptor em relação ao transferente.

Nessa linha de raciocínio, tem-se destacado, nas negociações entre sujeitos localizados em países com diferentes níveis de desenvolvimento, a importância da existência de um sistema protetivo do receptor, tendo em vista o evidente desequilíbrio de força entre as partes. Assim, segundo Prado⁸, no âmbito interno, o Estado poderia interferir, publicando normas cogentes, que regulam o conteúdo do contrato e são informadas pela ordem pública, controlando a formação, a execução dos contratos⁹ e a remessa de remuneração para o exterior.¹⁰

Portanto, no que se refere à autonomia, pode-se ter relativa liberdade para a auto-regulação dos interesses, devendo observar os limites impostos, tanto pelo sistema jurídico do Estado do receptor, como do transferente, assim como, também, respeitar as convenções e tratados internacionais, firmados pelos Estados negociantes e regulamentados por organizações internacionais.

Concluída a fase das negociações, onde restam definidos os objetivos dos contratantes, a tecnologia a ser transferida e demais termos gerais da transferência, passa-se para a fase de redação do contrato e as suas cláusulas.

Prado¹¹, seguindo o entendimento de Guillermo Cabanellas, prefere não utilizar a classificação tradicional que divide as cláusulas contratuais em cláusulas essenciais, naturais e acidentais, pois defende que a única cláusula essencial, dentro dessa classificação, seria a obrigação do titular da tecnologia de a transferir para o

⁷ PRADO, 1997, p. 26.

⁸ Idem. p. 64.

⁹ No Brasil, o controle da formação e execução dos contratos é feito através obrigatoriedade da averbação dos mesmos pelo INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

¹⁰ No Brasil, o controle de remessa de remuneração para o exterior é feito concomitantemente pelo Banco Central e pela Secretaria da Receita Federal, conforme a correspondente legislação.

¹¹ PRADO, 1997, p. 83. O autor cita CABANELLAS, que, por sua vez, menciona outros autores que seguem o mesmo entendimento, na sua obra *Contrato de licencia y de transferencia de tecnologia em el derecho privado*, Buenos Aires: Heliasta, 1980, p. 17-18 e 31.

receptor, já que a remuneração como contraprestação principal seria facultativa, embora bastante comum. E isso, segundo o autor, levaria a um entendimento de que todas as demais cláusulas seriam necessariamente consideradas como naturais.

Dessa maneira, esse autor¹² classifica as cláusulas do contrato de transferência da seguinte maneira: cláusulas centrais, complementares e usuais.

Segundo essa mesma classificação, as cláusulas centrais, as quais são as diretamente relacionadas com a tecnologia, seriam, por sua vez, subdivididas em cláusulas relacionadas com a transferência e as cláusulas relacionadas com a exploração de tecnologia.

As primeiras versariam sobre os seguintes aspectos:

- a) o **objeto do contrato**, que genericamente é a transferência de tecnologia, através da cessão ou da licença de uso;
- b) a **definição da tecnologia** a ser transferida, inserindo nas cláusulas contratuais aspectos que caracterizam e individualizam as técnicas, os suportes físicos, as patentes e o know-how envolvidos no negócio;
- c) os **melhoramentos tecnológicos**, em que tanto o transferente como o receptor, ou ambos, podem assumir o compromisso de repassar os melhoramentos alcançados durante a vigência do contrato, ou em determinado prazo;
- d) as **garantias de resultado**, em que, de maneira geral, a tecnologia transferida é garantida pela patente, porém, quando a tecnologia também envolve know-how, é necessário que se identifique a obrigação do transferente em garantir ao receptor os resultados almejados na contratação.

Já as cláusulas relativas à exploração da tecnologia versariam sobre:

- a) o **território**, ou seja, a delimitação do território e da atuação do receptor, resguardando a concorrência leal;
- b) o **sublicenciamento**, quando for conveniente para o transferente e/ou para o receptor;
- c) a **assistência técnica**, fornecimento, pelo transferente, de informações e conhecimentos essenciais para a facilitação da exploração da tecnologia pelo receptor;
- d) a **exploração mínima**, em que o receptor deverá alcançar certo nível mínimo de exploração de tecnologia, sob pena de perder a exclusividade, aplicação de multa ou rescisão contratual por parte do transferente.

¹² PRADO, 1997, p. 84 e ss.

As cláusulas complementares são aquelas que não estão diretamente relacionadas, porém complementam o contrato internacional de transferência de tecnologia. Dessa maneira, tratam sobre:

- a) a **exclusividade da exploração** da tecnologia em determinado território, que pode ser absoluta ou relativa, observadas as restrições à livre concorrência;
- b) a **licença mais favorecida**, quando o contrato for de licença não-exclusiva, e o licenciador/transferente contrate com terceiros de forma mais vantajosa, essa cláusula vem assegurar ao licenciado/receptor a faculdade de modificar seu contrato, para termos idênticos aos termos mais favoráveis;
- c) a **remuneração**, em que ficam estabelecidos os royalties, a remuneração fixa, além da moeda de referência, de pagamento e garantias;
- d) a **confidencialidade** sobre o know-how, tendo em vista que esses conhecimentos não são resguardados pela patente, necessitando de proteção contratual.

Finalmente, observam-se as cláusulas usuais nos contratos internacionais, que compreendem o termo inicial, as causas de extinção ou termo final e a legislação eleita pelas partes para regular o contrato.

Dessa forma, observa-se que normalmente os ordenamentos jurídicos não dispõem de uma normatização específica de tal modalidade contratual. Assim, as partes apresentam relativa liberdade em sua negociação. Todavia, é de se ressaltar que a autonomia da vontade pode restar delimitada por disposições normativas. Essas podem ser originárias do ordenamento jurídico de um dos Estados, ou decorrer de compromissos firmados perante organizações intergovernamentais. É justamente essa dimensão regulatória internacional da transferência de tecnologia e principalmente os projetos e discussões em andamento nesse âmbito e sua relação com o desenvolvimento que esse trabalho focará.

3. Organizações internacionais multilaterais e a transferência de tecnologia

A contratação da transferência de tecnologia afeta não apenas interesses exclusivamente nacionais, mas outros que são considerados como pertinentes para foros multilaterais, tais como, liberalização comercial, melhor inserção dos países em desenvolvimento no comércio mundial, livre concorrência, proteção dos direitos de propriedade intelectual, fluxos de investimentos e, preponderantemente, a relação dessa espécie contratual com o desenvolvimento.

Assim sendo, esse capítulo aborda o tratamento conferido e perspectivas existentes nessa área, selecionando certas organizações internacionais. São essas: OMPI, OMC, UNCTAD e UNCITRAL.

3.1 OMPI

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) é organização internacional, criada em 1970, e que integra o quadro das Nações Unidas desde 1974, sendo considerada por esta como instituição especializada. Sua missão básica é promover a proteção da propriedade intelectual mundialmente, através da cooperação entre Estados, inclusive administrativa, bem como com outras organizações internacionais.

Segundo o acordo firmado entre ONU e OMPI, esta também apresenta como objetivo fundamental fomentar o desenvolvimento industrial e cultural, estimulando a atividade criadora e a transferência de tecnologia.

A Convenção de Paris, a qual trata especificamente da propriedade industrial, todavia não aborda a transferência de tecnologia. Pode-se dizer, entretanto, que seu objetivo de estabelecer princípios e garantias mínimas para a proteção da propriedade industrial favorece os fluxos de tecnologia, na medida em que possibilita maior segurança jurídica em tal matéria, servindo de estímulo para que o detentor da tecnologia firme contratos de transferência de tecnologia¹³.

Nessa perspectiva, pode-se mencionar como exemplo o art. 2 da Convenção de Paris sobre Propriedade Industrial, que garante o tratamento nacional aos demais Estados que façam parte de tal Convenção.

Além da Convenção de Paris, merece destaque o *Licensing guide for developing countries*, publicado em 1977, o qual estabelece parâmetros para a remuneração dos contratos de transferência de tecnologia.

Cumpra mencionar que, de um modo geral, a sistemática de proteção no âmbito da OMPI foi considerada como insuficiente e as negociações para sua reformulação foram prejudicadas pelo conflito de interesses entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos. Assim sendo, e tendo em vista que tal impasse afeta o comércio internacional, essa matéria passou a ser objeto de discussões específicas em outro fórum, qual seja, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC)¹⁴.

¹³ PRADO, 1997, p. 72-73.

¹⁴ PIMENTEL, 2002, p. 2-4.

3.2 OMC

A OMC foi criada em 1995, sendo sucessora do GATT (*General Agreement of Tariffs and Trade*) e se volta para a construção e aperfeiçoamento de um sistema multilateral de comércio. A transferência de tecnologia é abordada pela OMC, primordialmente através do TRIPS, e mais recentemente é objeto de análise específica pelo Grupo de Trabalho sobre Comércio e Transferência de Tecnologia.

No que diz respeito ao TRIPS, também conhecido como ADPIC (Acordo sobre os aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio), a questão da transferência de tecnologia é influenciada, primordialmente, pelas seguintes disposições abaixo comentadas.

O preâmbulo do próprio TRIPS reconhece necessidade de maior flexibilidade para a implantação de leis e regulamentos em países menos desenvolvidos, de maneira a permitir o desenvolvimento de uma base tecnológica.

O art. 7, por sua vez, ao dispor sobre os objetivos do TRIPS, estabelece que a proteção e aplicação dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a transferência de tecnologia, levando em conta o benefício mútuo de fornecedores e usuários, o bem estar econômico e social e o equilíbrio entre os direitos e obrigações, ou seja, o reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual pelos países em desenvolvimento encontra-se relacionada à contrapartida da transferência de tecnologia em benefício destes.

O art. 8, em seu item 2, sob o título de princípios, dispõe que medidas apropriadas, desde que sejam consistentes com as demais disposições do acordo, possam ser necessárias para prevenir o abuso dos direitos de propriedade intelectual pelos detentores ou afastar práticas que injustificadamente restrinjam o comércio ou afetem negativamente a transferência de tecnologia internacional.

O art. 40, seção 8, por sua vez, versa sobre o controle de práticas anticompetitivas relacionadas a licenciamento. Estabelece, em seu item 1, que certas práticas e condições estabelecidas podem impedir a transferência de tecnologia e serem consideradas anticompetitivas. No item 2, é expresso que disposições nacionais que versem sobre a coibição de práticas anticompetitivas podem ser adotadas, desde que em consonância com as demais disposições desse acordo.

O art. 60, item prevê que Estados-membros desenvolvidos forneçam incentivos a empresas localizadas em seus territórios, para promover a transferência de tecnologia para países menos desenvolvidos.

Observa-se, em relação ao marco regulatório da OMPI, um relativo avanço com tais disposições, vez que essas reconhecem a transferência de tecnologia como um dos objetivos da proteção à propriedade intelectual (art. 7º), a necessidade de tratamento diferenciado para países em desenvolvimento (preâmbulo e art. 66) e

que práticas abusivas que prejudiquem injustificadamente tal transferência (art. 8) ou que sejam consideradas anticompetitivas (art. 40) devam ser reprimidas.

Especificamente com relação ao mecanismo previsto no art. 66, item 2 do TRIPS, o *Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* decidiu, no ano de 2003, que os países desenvolvidos devem apresentar, a cada três anos, relatório detalhado sobre as medidas adotadas, buscando conferir maior eficácia ao compromisso em questão ¹⁵.

Entretanto, de um modo geral, é considerado que o TRIPS compreende disposições programáticas, que atendem preferencialmente aos interesses dos países desenvolvidos ¹⁶.

Um aprofundamento da questão da transferência de tecnologia, no âmbito da OMC, decorre da Declaração Ministerial de Doha, a qual, em seu art. 37, estabeleceu a criação de um grupo de trabalho sobre comércio e transferência de tecnologia. O objetivo deste é analisar as relações entre comércio internacional e transferência de tecnologia, bem como, maneiras de incentivar o fluxo de tecnologia dos países desenvolvidos para aqueles em desenvolvimento ¹⁷.

O grupo de trabalho em questão se reporta ao Conselho Geral e, conforme a Conferência Ministerial de Hong Kong, em 2005, tem este examinado estudos realizados pelo próprio grupo e outras instituições, tais como a UNCTAD, bem como propostas de Estados- membros.

Dentre as comunicações apresentadas ao grupo de trabalho, destaca-se aquela elaborada pela União Européia, no ano de 2002. Esta propõe uma metodologia de trabalho para esse Grupo. Sugere-se enfoque voltado para: a) entendimento comum da definição de transferência de tecnologia; b) identificação dos canais de transferência de tecnologia e c) as condições que tornam tais canais mais efetivos ¹⁸.

Para tanto, sugere-se, num primeiro momento, a compilação das disposições e discussões relevantes sobre tal temática, já realizado por outros comitês e grupos de trabalho da OMC ¹⁹, bem como dos acordos internacionais e outros documentos relevantes existentes em tal área. Também se propõe que os Estados-

¹⁵ IP/C/28 (OMC).

¹⁶ PIMENTEL, 2002, p. 5-6.

¹⁷ Assim dispõe o mencionado art. 37, da Convenção Ministerial de Doha: "We agree to an examination, in a Working Group under the auspices of the General Council, of the relationship between trade and transfer of technology, and of any possible recommendations on steps that might be taken within the mandate of the WTO to increase flows of technology to developing countries. The General Council shall report to the Fifth Session of the Ministerial Conference on progress in the examination." WT/MIN(01)/DEC/1 (OMC).

¹⁸ WT/WGT/1, p. 1 (OMC).

¹⁹ Como exemplo de comitês e grupos de trabalho pertinentes tem-se: Conselho em comércio de serviços; Conselho em comércio de bens; o Conselho sobre o TRIPS, o Grupo de trabalho sobre a relação entre comércio e investimento; e o Comitê sobre comércio e desenvolvimento.

membros e outras organizações internacionais sejam convidados a apresentar comunicações, relatando seus instrumentos normativos e experiências existentes.

Outros Estados-membros, como Canadá²⁰ e Suíça²¹, seguindo a recomendação da União Européia, apresentam comunicação que versa sobre o relato das estratégias adotadas por esses países, na área de transferência de tecnologia, em relação aos países em desenvolvimento.

A comunicação conjunta de Cuba, Egito, Honduras, Índia, Indonésia, Quênia e Zimbábue, por sua vez, se volta para as disposições existentes sobre transferência de tecnologia, em diversos acordos firmados no âmbito da OMC. Sugere-se que o Grupo de Trabalho analise mecanismos para torná-las eficazes, bem como que investigue quais as medidas que prejudicam os fluxos de tecnologia²².

No ano de 2006, Cuba apresentou uma nova comunicação ao Grupo de Trabalho, que propõe, em síntese, as seguintes sugestões: que a OMC contribua mais ativamente para promover o fluxo de tecnologia de países em desenvolvimento; que o Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio e o Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias requerem disposições mais significativas, em matéria de transferência de tecnologia para países em desenvolvimento, de forma que esses possam efetivamente participar do comércio internacional, ou seja, os países desenvolvidos devem garantir, através de mecanismos eficazes, a transferência de tecnologia, de forma preferencial, aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, a fim de propiciar o equipamento e a tecnologia necessários para que estes cumpram os padrões técnicos do comércio internacional, bem como os procedimentos sanitários²³.

Entretanto, a Conferência Ministerial de Hong Kong, de 2005, já enfatizou anteriormente que, em matéria de transferência de tecnologia, alguns membros acreditam que as pesquisas devem ser aprofundadas, antes de se apresentar uma definição da relação ente comércio e aquela, e, conseqüentemente, que é prematuro discutir possíveis recomendações. Acrescentou também a ênfase dos países desenvolvidos, quanto ao perigo de adotar medidas coercitivas para o setor privado, no que diz respeito ao fluxo de tecnologia, e que isso iria prejudicar o investimento estrangeiro direto²⁴.

Em resumo, por certo, a criação e atuação do grupo de trabalho em questão representa um avanço em tal temática. Entretanto, é preciso aguardar o desen-

²⁰ WT/WGTTT/2 (OMC).

²¹ WT/WGTTT/W/7 (OMC).

²² WT/WGTTT/3 (OMC).

²³ WT/WGTTT/W/12 (OMC).

²⁴ Disponível no site oficial da OMC: <http://www.wto.org/english/theWTO_e/minist_e/min05_e/brief_e/brief14_e.htm>

rolar dos trabalhos deste e de seus resultados, para uma avaliação mais consistente. Fica claro, desde já, o embate entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e que há uma tendência de resistência à adoção de quaisquer medidas de caráter mais coercitivo em relação aos países desenvolvidos. Resta observar se as atividades do grupo de trabalho em questão não se reduzirão a uma “carta de boas intenções”, sem maiores repercussões práticas.

3.3 UNCTAD

A UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), organização vinculada à ONU, tem como missão promover a integração dos países em desenvolvimento na economia mundial. Para tanto, atua em três grandes áreas: como um fórum intergovernamental de deliberações, visando à construção de um consenso entre Estados-membros; desenvolve pesquisas, análise de políticas e coleta de dados e providencia assistência técnica para países em desenvolvimento.

Dentro dessa perspectiva, essa organização é responsável por variados estudos e iniciativas relacionadas à transferência de tecnologia.

Destacam-se, primeiramente, publicação específica sobre tal matéria, intitulada “Transfer of technology”, publicada em dezembro de 2001. Esta identifica e analisa duas espécies de políticas quanto a essa temática.

A primeira, chamada de “regulatória”, busca intervir no mercado, corrigindo desigualdades entre o transferente e o receptor, já que esse último é visto com parte mais fraca. Tal intervenção estatal visa, por exemplo, tornar sem efeito disposições contratuais que sejam indevidamente favoráveis ao fornecedor da tecnologia, ou então, o estabelecimento das chamadas garantias de resultados.

A segunda modalidade valoriza o livre mercado. Assim, deixa de lado a perspectiva intervencionista, e passa a enfatizar a criação de condições de livre mercado. Como principais características dessa política, tem-se: a valorização da proteção dos direitos relacionados à tecnologia, através da normativa de proteção da propriedade intelectual; a ausência de intervenção direta nas negociações e no conteúdo dos contratos de transferência de tecnologia, salvo quando esses implicam em prática anticompetitiva, e fim da obrigação de estabelecimento de garantias de resultado. É essa abordagem que tem prevalecido nos acordos internacionais atualmente.

A UNCTAD, através de um Encontro de experts em disposições internacionais sobre transferência de tecnologia, o qual ocorreu em junho de 2001, se propôs identificar medidas que promovam o acesso e transferência de tecnologia, particularmente naqueles classificados como menos desenvolvidos. Nesse encon-

tro, foi elaborada comunicação em que se elencaram práticas que contribuem para o incremento da transferência de tecnologia, quais sejam ²⁵ :

a) celebração de acordos internacionais com mecanismos de financiamento e monitoramento, a exemplo do que ocorre na área ambiental ²⁶ . Estes seriam particularmente interessantes na área de infra-estrutura, saúde, nutrição e telecomunicações;

b) conferir maior efetividade às disposições do TRIPS sobre transferência de tecnologia;

c) criação nos Estados receptores de um marco regulatório “hospitaleiro” ao investimentos diretos estrangeiros e que assegure efetivamente a proteção de direitos de propriedade intelectual.

Visando a estimular tais práticas, sugere-se como medidas que podem ser adotadas no âmbito da UNCTAD: a) fornecer assistência a países em desenvolvimento a fim de aumentar sua capacidade de discutir e negociar disposições sobre transferência de tecnologia em acordos internacionais; b) maior investigação de maneiras que favoreçam a concretização dos compromissos internacionais na área de transferência de tecnologia; c) elaborar lista de medidas eficazes adotadas por países desenvolvidos que incentivem a transferência de tecnologia para países em desenvolvimento; d) assistir países interessados em conciliar os padrões TRIPS com suas necessidades nacionais, bem como na criação e implementação de política de defesa da concorrência que se volte para tal temática.

Ao final das discussões e das manifestações do Estados-membros, foram firmadas as seguintes propostas: a) fornecimento de assistência financeira aos países em desenvolvimento, especialmente os menos desenvolvidos, para reforma da estrutura legal e administrativa, tornando-a compatível com padrões internacionais de proteção da propriedade intelectual, especialmente aqueles estabelecidos através do TRIPS; b) fornecimento de assistência na elaboração de acordos específicos de transferência de tecnologia; c) fornecimento de assistência para que países em desenvolvimento identifiquem barreiras à transferência de tecnologia; d) organização de seminários e workshops sobre questões legais pertinentes.

Com a Conferência Ministerial, realizada em São Paulo, e a partir do Plano de Ação de Bangkok, essa organização se volta para a criação de um programa de trabalho voltado para a transferência de tecnologia e propriedade intelectual (TOT-IP).

²⁵ TD/B/COM.2/37. (UNCTAD).

²⁶ Como exemplo de tais acordos, pode-se citar o Protocolo de Montreal e Convenção sobre diversidade biológica.

Essa iniciativa visa auxiliar os países em desenvolvimento a participar de forma consistente nas discussões internacionais sobre transferência de tecnologia e identificar políticas que os integrem na economia mundial. Para tanto, o programa se volta para a pesquisa e análise de políticas, assistência técnica e promoção do diálogo entre as partes envolvidas.

A partir dessa perspectiva, são apresentados os seguintes objetivos específicos: aprofundar a compreensão da relação entre transferência de tecnologia e desenvolvimento, construindo um consenso internacional quanto a essa temática; examinar as implicações dos acordos de comércio e investimentos regionais e bilaterais para as políticas de transferência de tecnologia dos países em desenvolvimento; identificar os mecanismos para que a transferência de tecnologia desenvolva as capacidades tecnológicas dos países em desenvolvimento; apresentar mecanismos para incluir essa dimensão da transferência de tecnologia através de cláusulas em acordos internacionais, regionais e bilaterais; estabelecer um fórum para a troca de experiências e melhores práticas na formulação de políticas de transferência de tecnologia voltadas para o desenvolvimento.

Como medidas específicas, esse programa de trabalho tem se concentrado até o presente momento na coleta de informações específicas e análise e divulgações destas por meio de publicações.

Tem-se assim uma séria de estudos de casos envolvendo indústrias específicas em países em desenvolvimento, buscando apreender dessas experiências medidas eficazes para a transferência de tecnologia. Dentre essas publicações encontra-se inclusive a atuação da Embraer, no Brasil ²⁷.

Também desenvolveu o grupo de trabalho uma publicação intitulada “Facilitando a transferência de tecnologia para países em desenvolvimento: uma pesquisa das medidas adotadas internamente pelos países”, a qual se volta para as medidas e incentivos conferidos às empresas e instituições públicas em países desenvolvidos para facilitar o fluxo de tecnologia para os países em desenvolvimento, tais como, investimento, treinamento e financiamento ²⁸.

E também no campo das publicações, foi elaborado um “Compêndio de acordos internacionais em transferência de tecnologia: instrumentos selecionados”, o qual abrange trechos de instrumentos internacionais, tanto no âmbito multilateral, regional, interregional e bilateral, fornecendo pertinente subsídio para o conhecimento dos compromissos firmados até o presente momento, bem como dos diferentes enfoques adotados quanto à matéria ²⁹.

²⁷ ITE/IPC/2003/6 (UNCTAD)

²⁸ ITE/IPC/2004/5 (UNCTAD)

²⁹ ITE/IPC/Misc.5 (UNCTAD).

A partir das medidas propostas no âmbito da UNCTAD, observa-se que esta optou por uma visão da transferência de tecnologia mais identificada com a segunda espécie de política, ou seja, que se afasta da interferência direta do Estado e que visa a assegurar os direitos de propriedade intelectual, compatibilizando tal aspecto com o desenvolvimento através de medidas a princípio não coercitivas.

3.4 UNCITRAL

No âmbito da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional), a matéria da transferência de tecnologia é abordada pelo Guia Jurídico, para a redação de contratos internacionais de construção de instalações industriais e pelo Guia jurídico, para as transações internacionais de comércio compensatório.

O Guia em matéria de construção de instalações industriais é texto que foi adotado em 1987. Visa a fornecer subsídios para as questões que surgem em tal matéria, desde a fase pré-contratual até a pós-contratual, levando em conta, especialmente, as peculiaridades dos compradores localizados em países em desenvolvimento. Seu capítulo VI se dedica exclusivamente à questão da transferência de tecnologia em tal modalidade contratual³⁰.

O item 1 desse artigo esclarece que, por transferência de tecnologia, nesse contexto, se compreende os processos tecnológicos, conhecimentos e capacitação técnica necessários para que o adquirente possa explorar e manter a instalação industrial. Conforme o item 2, tais obrigações podem ser satisfeitas através de distintas disposições contratuais.

São previstas formas distintas de transferência de tecnologia: licenciamento de propriedade intelectual (item 3); desenvolvimento de operação conjunta entre as partes (item 4º); a comunicação de conhecimentos técnicos confidenciais (item 5); a capacitação de pessoal do adquirente ou o fornecimento de documentos apropriados para a assistência técnica e manutenção (item 6.).

A descrição da tecnologia varia conforme as disposições contratuais convencionadas (item 11). As restrições a serem impostas ao adquirente devem levar em consideração a legislação vigente em seu Estado que limite tais restrições, bem como devem elas serem realmente necessárias para a proteção de interesses, desde que legítimos do fornecedor (item 12 a 16).

As garantias de resultado podem ser previstas em conformidade com as demais disposições contratuais (item 17). A remuneração pela tecnologia pode ser

³⁰ S/n (UNCITRAL).

variável ou fixa (item 18 a 20). É possível a inclusão de garantia de titularidade dos direitos transferidos e de não violação de direitos de terceiros (item 21). A cláusula de confidencialidade, se desejada pelo fornecedor, deve definir claramente o seu alcance e prever situações em que o adquirente possa ser obrigado a revelar tais informações (item 23 e 24).

É necessária a definição precisa e clara das obrigações de capacitação de pessoal do adquirente, envolvendo a quantidade de pessoas, suas qualificações, lugar, duração, qualificação e experiência dos instrutores e condições de pagamento da capacitação (item 27 a 31). No caso de transferência de informações técnicas e habilidades mediante documentação, deve constar a descrição dos documentos e as datas de envio destes (item 33 a 34).

O Guia jurídico para transações internacionais de comércio compensatório³¹ trata de texto adotado em 1992, com objetivo semelhante ao anterior. A questão da transferência é abordada no capítulo VI – Determinação do preço, no item E, o qual versa sobre a determinação do preço nas transações envolvendo transferência de tecnologia. Os itens 32 a 38 esclarecem que as principais formas de fixação de remuneração são a fixa (*lump-sum*) e a variável (*royalties*). Após várias considerações sobre cada uma dessas formas, considera que ambas apresentam vantagens e desvantagens, as quais devem ser avaliadas conforme o caso concreto, buscando a que seja mais conveniente à operação e que se adeqüe melhor ao ordenamento jurídico dos Estados envolvidos.

4. Conclusão

A transferência de tecnologia é objeto de análise de diversas organizações internacionais, no âmbito multilateral. Isso se deve em grande parte ao usual caráter internacional de tal negócio jurídico, bem como das repercussões que este acarreta para a liberalização comercial, a proteção dos direitos de propriedade intelectual, a defesa da concorrência, fluxo de investimentos, a tributação, entre outros aspectos que ultrapassam a dimensão nacional. Dentre essas diversas repercussões, é inegável o destaque que apresenta o fluxo de tecnologia para os países em desenvolvimento, com condicionante para uma adequada inserção destes na economia internacional.

No plano das organizações internacionais multilaterais, tem-se que, num primeiro momento, com a Convenção de Paris, a preocupação era a garantia de padrões mínimos de proteção aos direitos de propriedade intelectual, sem qual-

³¹ Segundo o sumário do *Guia Jurídico*, “comércio compensatório” é denominação que abrange transações em que uma parte fornece mercadorias, serviços ou tecnologia ou outro valor econômico para a segunda parte e em troca, a primeira parte adquire bens, serviços, tecnologia ou outro valor econômico da segunda parte. Caso haja extinção de um dos contratos, também há a do outro. S/n (UNCITRAL).

quer disposição específica sobre o contrato de transferência de tecnologia ou sua relação com o desenvolvimento.

Posteriormente, diante das críticas a essa sistemática, ela passou a ser abordada pela OMC, mais especificamente, através do TRIPS e do Grupo de Trabalho sobre Comércio e Transferência de Tecnologia, entre outros. Com relação ao primeiro, embora a transferência de tecnologia seja eleita como um dos objetivos da proteção dos direitos de propriedade intelectual, as demais disposições sobre tal matéria apresentam até o presente momento caráter programático, embora os países em desenvolvimento venham reivindicando políticas mais eficazes nesse sentido.

O Grupo de Trabalho sobre transferência de tecnologia no âmbito da OMC, por sua vez, reitera o propósito de estimular o fluxo de tecnologia para países em desenvolvimento, apesar de indícios de resistência dos países desenvolvidos à proposição de qualquer medida de caráter coercitivo ao setor privado. Resta saber se esse não se constituirá em apenas mais um exemplo de “boas intenções”.

Paralelamente à OMC, também há o trabalho desenvolvido pela ONU, através da UNCTAD e da UNCITRAL. A UNCTAD se dedica, mais prioritariamente, ao estudo da transferência de tecnologia e seu impacto sobre o desenvolvimento, visando a estabelecer medidas que possam incentivá-la, sem entretanto ser favorável às políticas diretamente intervencionistas ou regulatórias.

A UNCITRAL, por sua vez, apresenta Guias Jurídicos voltados para contratos internacionais em matéria de instalações industriais e comércio compensatório. Esses Guias inserem em seu contexto a transferência de tecnologia, buscando estabelecer critérios legais que afastem impasses entre contratantes e entre esses e os Estados envolvidos.

Conclui-se, finalmente, que, a partir da atuação de tais sujeitos internacionais, surgem limitações ou garantias aos contratantes e também obrigações positivas ou negativas aos Estados, tais como, o incentivo à transferência de tecnologia através de financiamentos, ou a vedação da intervenção direta na contratação, a menos que haja abuso de direito ou prática anticompetitiva. É de se destacar ainda o conflito de interesses entre países exportadores e importadores de tecnologia, o qual influencia sobremaneira a atividade desses organismos internacionais.

REFERÊNCIAS

PRADO, Maurício C. de Almeida. *Contrato Internacional de Transferência de Tecnologia: patente e know-how*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARBOSA, A. L. Figueira. *Propriedade e Quase-propriedade no Comércio de Tecnologia*. Brasília: CNPq, 1981.

CRUZ FILHO, M. F.; MACULAN, A. M. *Propriedade industrial e transferência de tecnologia: alguns efeitos da legislação para a empresa nacional*. Brasília: CNPQ, 1981.

PIMENTEL, L. O. O acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio. *Revista Sequência*, n. 44, CPGD/UFSC, jul. 2002.

OMC. *Implementation of Article 66.2 of TRIPS Agreement*. IP/C/28 20.02.03. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org>>. Acesso em: 15.02.06.

OMC. Ministerial Conference. *Ministerial Declaration*. WT/MIN(01)/DEC/1 Disponível em: <<http://www.wto.org/english>> Acesso em: 20.08.02.

OMC. Working group on trade and transfer of technology. *Trade and transfer of technology: communication from de European Communities*. WT/WGTTT/1. 10.06.02. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org/zip/radA5FEA/ddf.zip>>. Acesso em: 30.09.02. p. 01.

OMC. Working group on trade and transfer of technology. *Technology transfer – the Canadian experience: communication from de Government of Canada*. WT/WGTTT/2. 09.10.02. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org/zip/rad56C57/ddf.exe>>. Acesso em: 13.10.02.

OMC. Working group on trade and transfer of technology. *Creating incentives for the transfer os environmentally sound technologies (EST): communication from Switzerland*. WT/WGTTT/W/7. 09.05.03. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org>>. Acesso em: 10.03.06.

OMC. Working group on trade and transfer of technology. *Provisions related to transfer of technology in WTO agreements: communication from Cuba, Egypt, Honduras, India, Indonesia, Kenya and Zimbabwe..* WT/WGTTT/3. 10.10.02. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org/zip/rad56C57/ddf.exe>>. Acesso em: 13.10.02.

OMC. Working group on trade and transfer of technology. *Comumunication from Cuba*. WT/WGTTT/W/12. 14.03.06. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org>>. Acesso em: 10.03.06.

UNCTAD. Comission on investment, technology and related financial issues. *Internacional arrangements for transfer of technology*. TD/B/COM.2/37. Disponível em: <<http://www.unctad.org/en/pub/pubframe.htm>>. Acesso em: 20.09.02.

UNCTAD. *Transfer of technology*. UNCTAD/ITE/IIT/28 Disponível em: < <http://www.unctad.org/en/docs/psiteiid28.en.pdf> >. Acesso em: 20.09.02.

UNCTAD. *Transfer of technology and Intellectual Property (TOT-IP) Website*. <http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=3423&lang=1>

UNCTAD. *Facilitating transfer of technology to developing countries: a survey of home country measures*. IPC/2004/5. 2004. Disponível em :< http://www.unctad.org/en/docs/iteipc20045_en.pdf > Acesso em 20.02.06

UNCTAD. *Compendium of international arrangements on transfer of technology: selected instruments*. IT/IPC/Misc.5 Disponível em: <<http://www.unctad.org/en/docs/psiteipcm5.en.pdf>> Acesso em 20.02.06

UNCITRAL. *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*. Disponível em: < <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/lgconstr-e.pdf>>. Acesso em: 10.10.02.

UNCITRAL. *Legal guide on international countertrade transactions*. p. 64 e ss. Disponível em: < <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/countertrade/countertrade-e.pdf> >. Acesso em: 10.10.02.

PROJETOS DE PESQUISA DO
CORPO DOCENTE DO
PROGRAMA DE MESTRADO EM
DIREITO UNIMAR
2005

ESTADO CONTEMPORÂNEO, DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA

Maria de Fátima RIBEIRO
Ruy Jesus Marçal CARNEIRO

O projeto tem como objetivo dimensionar a estrutura e o papel do Estado de feição contemporânea, em âmbito de capitalismo periférico, tabulando a pesquisa com as políticas tributárias que oxigenam as reformas estruturais em andamento. Cogita de um novo modelo de Estado brasileiro, inserido na justaposição hemisfério norte/desenvolvido e hemisfério sul/dependente, sob manipulação de uma contextualização de poder triádico. O projeto promove uma releitura das dimensões fiscais do entorno político brasileiro, no antigo sistema colonial, no imperialismo informal da Segunda fase da Revolução Industrial e no contexto contemporâneo de políticas econômicas globalizantes. O projeto vislumbra as políticas tributárias brasileiras como tipos weberianos ideais de modelos de acumulação primitiva e de acomodação de interesses transitórios. Faz acurado levantamento semiológico das exações de nosso modelo tributário, percebendo a dicotomia tributos vinculados/tributos não vinculados como instrumental retórico que disfarça a guerra fiscal, em ambiente de federalismo vertical. Aponta a utilização sistemática de contribuições como elemento de projeto de concentração de receitas sob a guarda do poder central federal, em detrimento de realidades normativas constitucionais óticas outras, como estados e municípios. O projeto avalia as razões explicativas de tal comportamento normativo, que asfixia ensaios pretéritos de desenvolvimento sustentável. Enfoca o Estado brasileiro como mediador entre interesses de instituições financeiras internacionais e centros tradicionais internos de domínio: denuncia que focos oligárquicos aliaram-se a atores globais. Avalia propostas de reformas tributárias declinadas a partir de meados da década de 80, quando o ideário conservador do reaganismo e do tatcherismo ganhou o espaço ideológico do pós-guerra, anunciando o fim da guerra fria, sufocando utopias, encerrando a história e apresentando o último homem, na denúncia de Francis Fukuyama. O projeto analisa pragmaticamente a realidade local, demonstrando que o Estado brasileiro contemporâneo implementa política tributária de malignidade mefistofélica, prestando-se a atender interesses vinculados

aos atores do Consenso de Washington, promovendo internamente o empobrecimento e o desmanche da infra-estrutura necessária para o implemento de práticas de desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: estado; políticas tributárias; modernidade.

A DINÂMICA DA EMPRESA E A SOCIEDADE CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE

Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA

O foco do projeto visa agregar a Teoria Geral do Direito Civil e o Novo Direito da Empresa, constante do Código Civil de 2002. Busca-se com o seu desenvolvimento, o estudo da empresa como sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica que regula as relações entre indivíduos, neste caso, as pessoas jurídicas. Além do enfoque principal, buscar-se-á, também a reflexão e o estudo da empresa, como se ela fosse considerada um ente composto de esferas concêntricas em suas diversas manifestações, como, por exemplo: (a) a da estrutura fixa e estratégica da empresa, (b) a da estrutura dinâmica da empresa (operação), além das conseqüências do contato da empresa com a sociedade civil. Será realizada abordagem adicional dos serviços auxiliares e a estrutura formal da empresa. Além das questões acima suscitadas, buscar-se-á analisar a teia legislativa em que a empresa está inserida e, ainda, os direitos e os interesses da comunidade que a sociedade empresária deverá respeitar e atender, como pode ser verificado em relação às obrigações sociais e ambientais das companhias.

Palavras-chave: empresa; função social; obrigações sociais.

A EMPRESA BRASILEIRA, A REGULAÇÃO ESTATAL E O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

Oscar Ivan PRUX

O projeto tem por objetivo formatar os contornos da relação entre a empresa brasileira e o intervencionismo estatal, no ambiente contemporâneo de mundialização do capital. Preocupa-se primeiramente com aspectos metodológicos e conceituais que informam a interface entre direito e economia. Principia com revisão bibliográfica de autores que percebem o econômico oxigenando o direito. Estabelece diálogo com textos marxistas que configuram o direito como categoria de superestrutura, em oposição a modelos econômicos de infra-estrutura. Avança para a tradição weberiana que centra o direito como racionalização do mundo da vida, da *Lebenswelt*, regulamentando burocraticamente todos os instantes da vida produtiva. Centra-se na tradição do movimento Law and Economics, vinculado à direita norte-americana, demorando-se em Richard Posner, em princípios de eficiência, no teorema de Coase. Bem desenhada a base metodológica, o projeto avança para o esmiuçamento de temas vinculados a ensaios explicativos dos porquês da interferência do Estado na atividade empresarial. É quando o projeto encontra-se com os corifeus do neoliberalismo, a exemplo de Friedman e de Hayek e de seus críticos, a propósito de Michael Hardt, de Antonio Negri, de Joseph Stiglitz e de François Chesnais. Desenham-se os atores: FMI, Banco Mundial, OMC. Explicita-se o Consenso de Washington. Aprende-se o cardápio recessivo do FMI para a periferia do sistema globalizado, compreendo-se os desideratos do capital internacional para o Brasil: mão-de-obra barata, reserva de recursos ambientais e fonte de retorno fácil para capital aplicado, por meio da atividade bancária e de imposições fiscais. O projeto em seguida percebe o papel da empresa brasileira nesse contexto, quando refém de amplo intervencionismo estatal que se diz mínimo, vê-se obrigada a despedir empregados, reduzir custos, recolher tributos, sustentar a máquina burocrática. O projeto então ganha foros epistemológicos mais pragmáticos e faz incursões mais práticas, sentindo estatisticamente a situação do empresariado da região de origem dos mestrandos. Trata-se, pois de análise interdisciplinar da internacionalização das reformas macroeconômicas atuais e seus reflexos na atividade empresarial brasileira. Vislumbra a complexa normatividade

de um mundo de instabilidade financeira, tratando o chamado trilema regulatório evidenciado por Michel Chossudovsky, que se preocupou com o papel simbólico da normatividade jurídica num mundo dirigido por interesses de um capitalismo internacional voraz e agressivo, que reprograma as relações entre a empresa brasileira e o papel do Estado.

Palavras-chave: estado; mundialização do capital; livre iniciativa

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Lourival José de OLIVEIRA

Com o processo de globalização, a empresa passou a concentrar parte do poder que antes pertencia quase que exclusivamente ao Estado. Ao mesmo tempo, passou também a desempenhar uma função de máxima importância na produção e distribuição de bens, assumindo a obrigação de gerar um crescimento sustentável de modernização produtiva, de forma a atender as necessidades de produção dentro de um mercado competitivo, que a cada vez exige a redução de custos e a melhoria da quantidade/qualidade nos produtos produzidos. Para o cumprimento dos objetivos apresentados e visando um processo sustentável de modernização, a empresa promoveu mudanças substanciais nos seus modos de produção (automação, informatização). Por outro lado, em um país periférico como é o caso do Brasil, houve significativa redução do número de empregos, resultado em parte desse novo modo de produzir. Como consequência, não houve por assim dizer, ao mesmo tempo em que se buscou o chamado crescimento sustentável, a mesma preocupação no que se refere ao melhoramento dos salários e da qualidade de vida da população, concluindo-se em tese que a empresa brasileira não está cumprindo o seu papel na sociedade. Com o avanço da chamada “teoria da empresa”, amparando-se também no desenvolvimento das próprias ciências sociais (administração, economia, sociologia e etc.), apareceu uma nova concepção de direito empresarial, contido em uma nova interpretação do fenômeno empresarial, constituído pelo empresário, atividade empresarial, pelo patrimônio empresarial, com a convergência de interesses, tornando-se a empresa por consequência, um conjunto orgânico, reunindo empresários, trabalhadores e sociedade em geral. Dela depende diretamente a subsistência da maior parte da população ativa, principalmente através do trabalho assalariado. Por esta razão é importante situar a empresa como centro das atenções, ainda daqueles que diretamente não estejam empregados ou os que estão avessos ao mundo econômico. Em um primeiro momento tem-se a necessidade de ser efetivada uma ação conjunta entre os trabalhadores, o Estado e os empresários, visando fazer de todas as metas uma única e principal meta, sob o risco de não ser cumprida a finalidade da

empresa moderna, que é a melhoria das condições de vida em sociedade. Os compromissos assumidos pelo Estado junto aos órgãos de financiamento internacional fizeram com que crescentes processos de privatização contribuíssem com a perda de parte de sua potencialidade, causada principalmente pela escassez dos investimentos públicos. Ao mesmo tempo em que o Estado moderno periférico sofre esse processo de “redução”, a empresa se transforma, cresce sua importância na sociedade, alterando sua estrutura, envolvendo-se nos complexos problemas econômicos e sociais. Por conta dessas modificações, tem-se um efeito direto no Direito do Trabalho, de forma que se torna necessário avaliar toda a importância nesta nova e complexa conceituação de empresa. As inovações técnico-organizacionais, as hierarquias funcionais, a participação dos empregados nos destinos da empresa, as novas demandas de mercado, os processos de automação, a flexibilização funcional, a nova noção territorial de produção e a recomposição de empregos são alguns dos pontos de estudo e de avaliação necessários para a compreensão dessa nova realidade empresarial.

Palavras-chave: direito; globalização; trabalho.

REFLEXOS E CONTROLES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA INICIATIVA PRIVADA

Marlene Kempfer BASSOLI

O Direito Positivo se apresenta como uma camada de linguagem, de cunho prescritivo, que sob aspecto metalingüístico, tem por objeto as realidades empíricas, quer dizer, os fatos trazidos pela experiência das relações intersubjetivas. Para ordenar tais convivências, o Direito é um poderoso instrumento, uma vez que através de seus mecanismos, entre eles a imputação, permite selecionar os valores que uma sociedade com estabilidade espacial, em determinado tempo, pretende ver realizados. A criação do Estado pelos indivíduos permitiu atribuir a responsabilidade de ser agente realizador dos valores que foram elevados à categoria de valores jurídicos e que, em um Estado Constitucional, estão registrados já a partir do preâmbulo da Constituição. Toda a estrutura estatal concebida somente se justifica para que os valores positivados sejam efetivamente realizados. Para tanto, pode-se iniciar o percurso, já partir do processo legislativo de produzir normas abstratas e gerais até alcançar o grau máximo de concretude do valor quando se produz a norma concreta e individual, que por sua vez legitima as ações materiais do Estado. Os dirigentes do Estado que galgaram tal posição em processo democrático de eleição, não têm liberdade para escolha de outros valores. Estão vinculados às escolhas feitas pela sociedade, que no Brasil, ocorreu em outubro de 1988 quando foi promulgada a Constituição da República Federativa. Assim, ao deflagrarem as ações de governo devem estar atentos a tais compromissos, uma vez que por ser o Estado agente regulador, fiscalizador, incentivador e planejador, resta-lhe o dever de cumprir com os ditames constitucionais, apontando as direções a seguir, uma vez que na Constituição de um Estado Social-liberal, há fundamento para diversas ideologias. A sociedade tem o direito de exigir a conformação das ações ou políticas sempre em direção da realização dos valores jurídicos que elegeram. Alguns dos mecanismos destes controles estão já sistematizados pelo Direito. Outros, no entanto, precisam ser indicados e avaliados, devem ser instrumentalizados para que o controle seja efetivo. Com este projeto de pesquisa pretende-se avaliar quais seriam os mecanismos judiciais para controle de políticas

públicas e trazer à discussão alternativas de controles que possam servir de substrato para futura positivação. O enfoque deste controle será nas políticas que têm reflexos diretos e indiretos no setor empresarial, de modo que a iniciativa privada possa efetivamente cumprir com seu papel de agente que deve se somar aos esforços do Estado nas suas intervenções, quando direcionada a efetiva realização dos valores jurídicos.

Palavras-chave: políticas públicas; constituição; iniciativa privada.

CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA APLICAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

No exercício de atividades empresariais têm surgido freqüentes conflitos entre a aplicação da legislação ambiental e os direitos fundamentais, notadamente com o direito à livre iniciativa. O projeto buscará fazer uma análise das relações entre Direito Ambiental e Economia. Outro objetivo será o de identificar os principais conflitos entre a preservação do meio ambiente e o exercício de atividades econômicas. Buscar-se-á proceder a um estudo da constitucionalização do Direito Ambiental com a criação do bem ambiental e avaliar suas implicações no dia-a-dia da empresa. Por meio de uma revisão de literatura e pesquisa de campo buscar-se-á identificar os principais conflitos surgidos entre o direito à livre iniciativa e exercício de atividades empresariais e a preservação do meio ambiente equilibrado. Identificados os principais problemas o projeto buscará identificar soluções e proceder a uma avaliação jurídica do tratamento dado aos problemas identificados, nos níveis administrativo e jurisdicional. Espera-se chegar a um conhecimento sobre a conflituosidade existente entre a busca do desenvolvimento sustentável e os limites estabelecidos para a atividade empresarial.

Palavras-chave: meio ambiente; conflitos ambientais; economia ambiental; direito ambiental.

A NOVA ORDEM MUNDIAL E AS CONDIÇÕES SÓCIO-ECONÔMICAS DO BRASIL NA DÉCADA DE 90: DESIGUALDADE OU PROSPERIDADE SOCIAL?

Profa. Dra. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Durante a década de 90 o Brasil passou por profundas transformações decorrentes da nova ordem mundial e das políticas governamentais adotadas desde o início do governo Collor, tendo em vista a inserção do país no mercado mundial. Abertura comercial, amplo processo de privatização, inovações tecnológicas, ajuste fiscal e, como consequência, crescimento econômico, foram questões amplamente discutidas pelos meios de comunicação. Em contrapartida, verificamos as consequências sociais do livre comércio adotado pelo programa neoliberal, a abertura de mercado e a livre concorrência propiciaram um aumento no volume de importações o que ocasionou o fechamento de um grande número de pequenas e médias empresas e, como consequência a eliminação de 1,2 milhão de postos de trabalho, acentuando drasticamente as taxas de desemprego verificadas durante a década de 90. A questão do desemprego nos remete, em termos sociais, à questão central do chamado processo de globalização, ou seja, os comumente designados como excluídos. Teoricamente a taxa de desemprego deveria estar em uma correlação inversa ao crescimento econômico, o que não pode ser constatada no Relatório das Nações Unidas de 1999, onde aponta uma queda do Brasil do ranking mundial de Desenvolvimento humano. O presente estudo procura estabelecer a correlação entre as taxas de desemprego verificadas durante a década de 90, em decorrência das transformações advindas do chamado processo de globalização, e a queda da posição do Brasil no Relatório das Nações Unidas para o Desenvolvimento “Globalização com uma face Humana” (1999), com o objetivo de demonstrar a correlação inversa entre as taxas de desemprego e o chamado “índice de pobreza” verificado no país durante a década de 90, retratado pelos Relatórios do Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento, especificamente de 1996 (Crescimento Econômico e Desenvolvimento Humano) e 1999 (Globalização com uma face humana).

Palavras-chave: globalização; nova ordem mundial; década de 1990; crescimento econômico; livre comércio; desemprego.

ESTADO-NAÇÃO E NEOLIBERALISMO NO BRASIL: OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO NA SOBERANIA NACIONAL

Profa. Dra. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Esta pesquisa baseia-se no estudo da possível interferência do chamado processo de globalização, e sua expressão política o neoliberalismo, na soberania nacional, visto que o referido processo acarretou transformações nos aspectos sociais, políticos e econômicos da grande maioria das nações. Para tanto, a etapa inicial do trabalho consiste no levantamento histórico do conceito clássico de soberania (Bodin, Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu), onde foi verificada sua inviabilidade para a atualidade, pois estamos diante de um momento histórico complexo, múltiplo e contraditório. Posteriormente pretende-se a análise do contexto atual, ou seja, as principais características do chamado processo de globalização e do programa neoliberal, assim como algumas conseqüências no Brasil, principalmente no que diz respeito ao papel do Estado na atualidade, enfatizando a questão da soberania, tanto a interna quanto a externa. O período histórico selecionado para a análise consiste na década de 1990, precisamente no governo de Fernando Collor de Mello, visto como o início do processo de inserção do país na nova ordem mundial, e posteriormente intensificado no governo de Fernando Henrique Cardoso, caracterizado por amplo processo de privatização, estabilidade monetária, assim como outras medidas políticas, econômicas e sociais. A presente pesquisa pretende concluir a análise com uma abordagem acerca do conceito de soberania na atualidade, já que o conceito clássico tornou-se inviável frente às transformações político-econômicas advindas da nova ordem mundial.

Palavras-chave: globalização; neoliberalismo; soberania nacional.

FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ÉTICA DA EMPRESA.

Prof. Dra. Jussara Susi Assis Borges Nasser Ferreira

A funcionalização é inerente ao próprio direito. A função social é meio de efetivação dos objetivos do Estado Social. Pode-se afirmar, que não há direito que não vise o alcance de fins sociais. A Constituição Federal funcionaliza institutos clássicos do direito privado. A intervenção na ordem econômica delimita a autonomia privada assegurando a livre iniciativa. A globalização de mercados exige o repensar da teoria da empresa contemporânea. A complexidade das atividades empresariais extrapola as molduras normativas do direito fazendo emergir quantidade considerável de novas situações negociais, presentes nos mercados globais. O desafio do Estado Social Democrático de Direito está, nesta perspectiva, em efetivar a ordem econômica respeitando suas funções. A funcionalização dos institutos jurídicos vem representando a superação do dogmatismo tradicional, cambiada por uma hermenêutica crítica, investigadora de uma ordem jurídica e social adequada às necessidades e valores da sociedade contemporânea. A empresa contemporânea ressurge mais humanizada e voltada em suas funções não só para o interesse econômico, mas também buscando atender aos interesses sociais e éticos. O exercício das atividades empresariais tem como diretriz máxima os princípios constitucionais, informadores da ordem econômica. A livre iniciativa é significativa de estar livre para entrar e permanecer no mercado exercendo livremente suas atividades, respeitados os limites funcionais. Os maiores limites constitucionais à livre iniciativa decorrem do controle do abuso de poder econômico, da proteção ao direito do consumidor e da função social. São princípios específicos, norteadores da função social da empresa, os seguintes: princípio da dignidade empresarial, princípio da moralidade empresarial e princípio da boa-fé empresarial. A função social da empresa delimitada pela ordem econômica constitucional e de acordo com o pensamento funcionalista passa a ser definida na perspectiva da busca de equilíbrio entre os interesses da empresa e os interesses da sociedade de consumo. São ainda funções sociais da empresa: o desenvolvimento regular de suas atividades empresariais com a observância dos mandamentos constitucionais; o dever de atender os interesses coletivos de todos os envolvidos na rede de produção e circu-

lação de riquezas; eleição de políticas econômicas, sociais e éticas, indicativos de preços justos e concorrência leal; geração de empregos; manutenção regular do recolhimento de tributos e por fim, agir de acordo com os usos e costumes sociais. A função social da empresa conduz à responsabilidade social. O direito projetado prevê a alteração do artigo 165 da Constituição Federal instituindo a Carta de Responsabilidade Econômico-social e a obrigatoriedade do balanço social da empresa. Na esteira da função social da empresa desponta a função ética da empresa determinada pelas regras do próprio mercado. Uma empresa que não adote comportamento ético compatível tem dificuldades de se impor nos mercados locais e globais. As funções social e ética da empresa são diferenciais capazes de indicar ao empresário como agir corretamente, maximizando o efeito das ações positivas, assegurando a empresa permanecer no mercado de forma mais humanizada, menos patrimonializada e de forma equilibrada.

Palavras-chave: empresa; função social; princípios específicos.

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

1 - OBJETIVOS:

O Programa de Mestrado em Direito tem por meta realizar os seguintes objetivos:

- qualificar habilidades, aprofundando níveis de compreensão e aptidão para captar a complexidade e dinâmica do fenômeno jurídico;
- concentrar a investigação científica a partir dos núcleos temáticos contidos na área de concentração e especificados nas linhas de pesquisa contemplando a articulação interdisciplinar;
- gerar mudanças capazes de oportunizar a atuação do profissional do direito no ensino jurídico contemporâneo, face às tendências decorrentes do processo de globalização e disseminação das inovações tecnológicas;
- implementar e divulgar o conhecimento científico, cultural e tecnológico, gerado no programa, dando prioridade à produção científica e conseqüente divulgação, visando fornecer aos mestrandos subsídios para expandir e aprofundar conhecimentos técnicos na área de concentração.

2 - ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:

Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social

3 - LINHAS DE PESQUISAS:

A linha de pesquisa tem por escopo proporcionar as condições necessárias à reflexão da temática que comanda o programa, a partir de sua área de concentração.

Linha de Pesquisa 1 – *Relações empresariais, desenvolvimento e demandas sociais*

Esta linha abarca as pesquisas que dizem respeito ao desenvolvimento econômico a partir do papel a ser desempenhado pela empresa, tendo por norte as demandas provenientes da sociedade brasileira.

Linha de Pesquisa 2 – *Empreendimentos econômicos, processualidade e relações jurídicas*

A segunda linha de pesquisa está vocacionada à cobertura do segundo vértice que deve sustentar a área de concentração, estando presentes, aqui, as possibilidades de reflexão acerca da dinâmica jurídica que se fazem presentes nas relações empresariais, nas relações de consumo e nas relações entre Estado e a Empresa.

4 - DURAÇÃO DO CURSO:

De 24 a 30 meses.

5 - NÚMERO DE VAGAS:

Serão ofertadas 25 (vinte e cinco vagas).

6 - OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE:

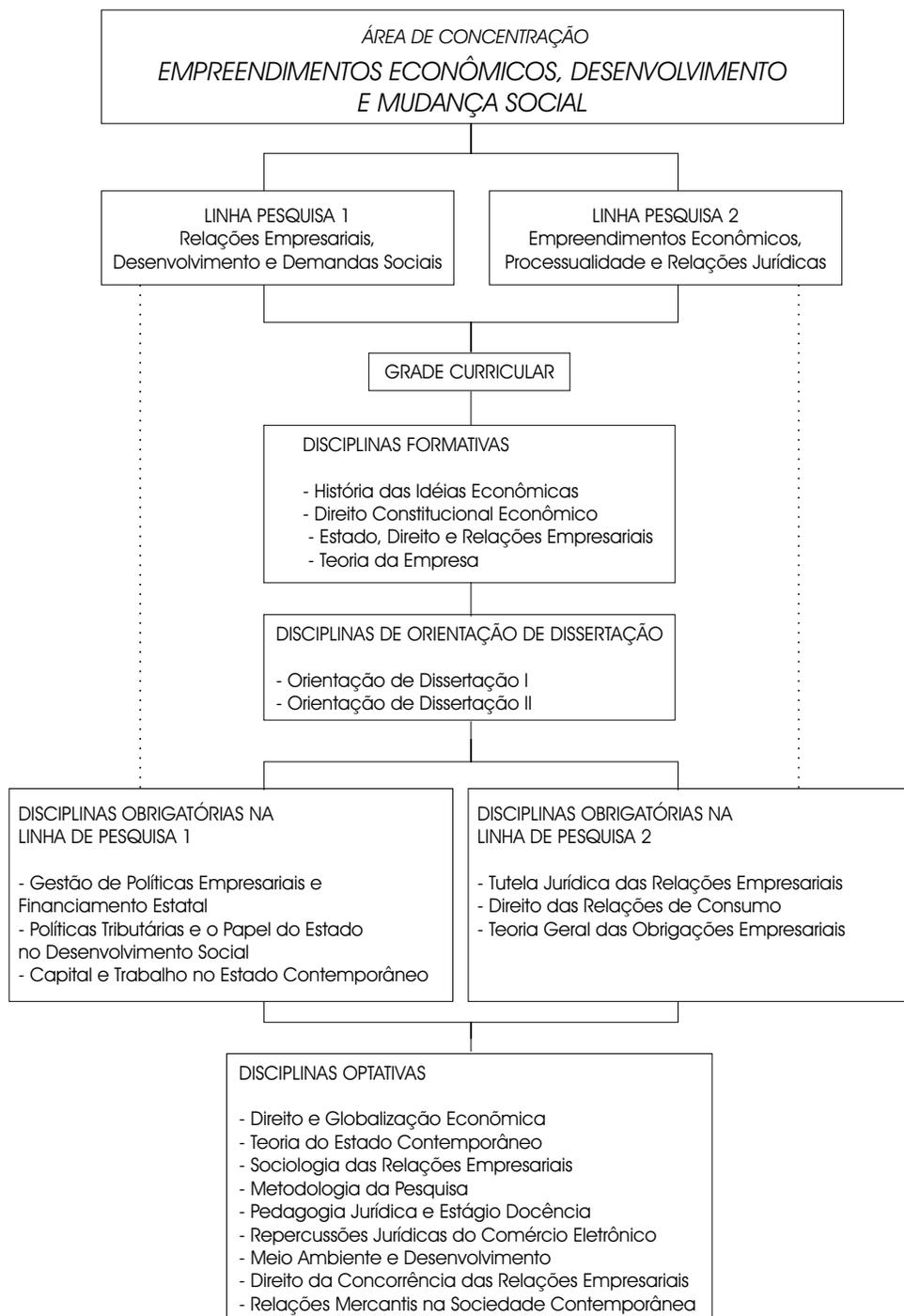
Para concessão do título de Mestre, além do cumprimento das demais exigências regimentais, o mestrando deverá prestar e ser aprovado no Exame de Qualificação e no Exame de Proficiência em uma das seguintes Línguas Estrangeiras: Inglês e Espanhol e Italiano.

Deverá apresentar, defender e ser aprovado na Dissertação de Mestrado realizada de acordo com as normas regimentais.

7 - SITUAÇÃO INSTITUCIONAL:

Curso reconhecido pela CAPES pela Portaria Do MEC nº 4.310 de 21 de dezembro de 2004, publicada no DOU de 23.12.04, Seção I.

8 – ORGANIZAÇÃO CURRICULAR



9 - CORPO DOCENTE:

Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira – Doutora em Direito das Relações Sociais – PUC/SP, com especialidade em Direito Civil/Direito Obrigacional/Direito Negocial

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira - Doutor em Direito das Relações Sociais – PUC/SP, com especialidade em Direito do Trabalho

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro – Doutora em Direito do Estado – PUC/SP, com especialidade em Direito Tributário e Direito Constitucional – Coordenadora do Programa

Profa. Dra. Marlene Kempfer Bassoli – Doutora em Direito do Estado – PUC/SP, com especialidade em Direito do Estado e Gestão de Políticas Públicas

Prof. Dr. Oscar Ivan Prux – Doutor em Direito das Relações Sociais – PUC/SP, com especialidade em Direito do Consumidor e Direito Econômico

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza - Doutor em Direito das Relações sociais - PUC-SP, com especialidade em Direito Ambiental e Direito Processual Civil

Prof. Dr. Richard Paulo Pae Kim – Mestre em Direito Econômico e Financeiro e Doutor em Direito Administrativo pela USP, com especialidade em Direito Obrigacional e Empresas. (**Professor convidado**)

Prof. Dr. Ruy de Jesus Marçal Carneiro – Doutor em Direito do Estado – PUC/SP , com especialidade em Direito Constitucional e Constitucional Econômico

Profa. Dra. Suely Fadul Villibor Flory – Doutora em Educação – UNESP, com especialidade em Metodologia da Pesquisa Científica e Comunicação

Profa. Dra. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer – Doutora em Educação – UNESP, com especialidade em Metodologia do Ensino

10 - PROCESSO DE SELEÇÃO:

O processo seletivo consta de:

PROVA ESCRITA DISSERTATIVA

ENTREVISTA

PRE-PROJETO DE DISSERTAÇÃO

CURRICULUM VITAE

Previsão para abertura de novo processo seletivo em novembro de cada ano.

As inscrições serão realizadas na Secretaria do Programa de Mestrado - Pró-Reitoria de Pós-Graduação – Campus Universitário – no horário das 14h00min às 17h30 e das 19h00 às 22h00, de Segunda à Sexta-feira.

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Profa. Dra. Maria de Fatima Ribeiro

Vice-Coordenadora

Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Informações:

Pró-Reitoria de Pós-Graduação

Secretaria do Programa de Mestrado em Direito

Telefones: (14) 2105-4028 e Telefax (14) 2105-4100

Av. Higyno Muzzi Filho nº 1001 – CEP 17.525-902 – MARILIA – SP

E-mail: propos@unimar.br

mestradodireito@unimar.br

Home page: <http://www.unimar.br>

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista de Direito da UNIMAR – ARGUMENTUM tem como objetivo principal divulgar trabalhos elaborados pelo corpo docente e discente da Faculdade de Direito da UNIMAR.

As contribuições podem ser enviadas nas seguintes formas: trabalhos originais, artigos, resenhas.

Solicita-se observar as instruções abaixo para o preparo dos trabalhos:

1. Trabalhos de 10 a 30 páginas, com 30 linhas, no espaço 1,5 cm, margens de 2,5cm e Letra Times New Roman (corpo 12), com duas (2) cópias impressas em A-4 e uma cópia em disquete em formato DOC.

2. Os artigos devem ser encaminhados à Comissão Editorial da Revista devendo conter as principais conclusões do trabalho e obrigatoriamente um resumo, em português e inglês, na seguinte forma:

a) Título (também em inglês) do trabalho deve ser conciso e indicar o conteúdo.

b) Nome do autor (com chamada de rodapé, referente aos autores, deve-se constar o cargo, a disciplina que o autor ministra e a Faculdade a que pertence, sendo em numeração consecutiva chamada de números-índices colocados logo após o nome de cada autor).

c) Resumo pode vir de várias formas: apresentar apenas um sumário das idéias do autor, narrar as idéias mais significativas, condensar o conteúdo de modo que dispense a leitura do texto original. O resumo é constituído de um só parágrafo, com até 250 palavras. (NBR 6028/1990). Será seguido de indicação dos termos de indexação (palavras-chave). A tradução para o inglês formará o *abstract* e *key-words*.

d) As referências do texto deverão ser feitas numericamente, citando-se o autor quando estritamente necessário.

e) As tabelas deverão ser numeradas com algarismos arábicos, sempre promovidas de títulos explicativos e constituídas de modo a ser inteligíveis independentemente do texto. Não devem ser usadas linhas verticais. As horizontais devem aparecer para separar o título do cabeçalho e este do conteúdo, além de uma ao final da tabela.

f) As Referências deverão observar as normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) 6023/2002 e 10520/2002. Só serão incluídos trabalhos citados no texto ou tabela(s) que deverão ser inseridos em ordem alfabética e da seguinte forma:

Periódicos: Nome de todos os autores. Título do artigo, Título do periódico, local, volume, paginação inicial-final, ano de publicação.

Exemplo:

COUTO, R.H.; Pereira, J.M.S. Estudo da polinização entomófila em Cucurbeta pepo (abóbora italiana). *Científica*. São Paulo, v. 18, p.21-9, 1990.

MENU, B. *La condition de la femme das l'Égypte pharaonique*. Révue Historique de Droit Français et Étranger. Paris, v.67, n. 1, p. 3-35, jan/mar. 1989.

Livros: Autores. Título da publicação, nº de edição, local: firma editora, ano de publicação, páginas consultadas.

Exemplo: GARCIA, W. *Administração educacional em crise*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

Sem autor expresso: CULTURA de algodão. Conj. Econ. Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 5-15, 1967.

Capítulo de livro: ALMEIDA, J. B. De solos dos pampas. In ALVAREZ, V. V. H. FONTES, M.P.F. (Ed.). *O solo nos grandes domínios morfoclimáticos do Brasil e o desenvolvimento sustentado*. Viçosa SBSC/UFV, 1996, p. 289-306.

Trabalhos em Anais de Congresso, Simpósio etc.

Exemplo: REIN, T. Uso eficiente dos fertilizantes fosforados e solubilidade. In Simpósio Nacional do Setor de Fertilizantes, 1, São Paulo, 1994, *Anais...* São Paulo: Finep, 1994, p. 101-125.

Citações:

1. “Especificar no texto a(s) páginas(s), volume(s), ou seção(ões), da fonte consultada, se houver. Este(s) deve(m) seguir a data, separado(s) por vírgula e precedido(s) pelo designativo, de forma abreviada, conforme NBR 10520, que os caracteriza”.

Exemplos: A proteção do lítio começa em Searles Lake, Califórnia, em 1928 (MUMFORD, 1949, p. 513)

Oliveira e Leonards (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfíroides pequenos é muito clara”.

2. “As transcrições no texto de até três linhas devem ser encerradas entre aspas duplas. As aspas simples são utilizadas para indicar citação no interior da citação”.

Exemplos: Barbour (1971, p. 35) descreve: “[...] o estudo da morfologia dos terrenos [...]” ou

“Não se mova, faça de conta que está morta”. (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

3. “As transcrições no texto com mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor que a do texto utilizado e sem aspas”. (NBR 10520)

Na internet; RIBEIRO, P. S. G. Adoção à brasileira; uma análise sócio-jurídica. Datavenia, São Paulo, ano 3, n.18, ago. 1998. Disponível em

<<http://www.datavenia.inf.br/fran-ameart.html>>. Acesso em 10 set. 1998.

4. “As citações devem ser indicadas no texto por um sistema numérico ou autor-data. Qualquer que seja o método adotado deve ser seguido consistentemente ao longo de todo trabalho, permitindo sua correlação na lista de referências ou em notas de rodapé”.

Todos os trabalhos serão examinados por consultores científicos e pelo Conselho Editorial. Os que precisarem de modificações serão devolvidos ao(s) autor(es) para revisão, até serem definitivamente aprovados. São de exclusiva responsabilidade dos autores opiniões e conceitos emitidos nos trabalhos.

A Revista ARGUMENTUM reserva-se o direito de não publicar o trabalho enviado ou utilizá-lo em outra edição.

