

# Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul

PAULO BORBA CASELLA

## S U M Á R I O

1. Introdução. 2. Natureza jurídico-política do processo de integração europeia e suas transformações conceituais: a soberania. 3. Direito internacional privado e âmbito territorial de aplicação do direito da concorrência na Comunidade Europeia. 4. Direito econômico e sua possível extra-territorialidade. 5. Necessidade de regulamentação econômica em mercado comum: os artigos 85 e 86 do Tratado de Roma e estrutura atual do Mercosul. 6. Conclusão: necessidades e perspectivas.

### 1. *Introdução*

Abordar a temática da soberania em relação ao direito da concorrência, em sua aplicação por tribunal supranacional, utilizando enfoque comparativo entre a Comunidade Europeia (CE) e o Mercado Comum do Cone Sul (Mercosul), neste momento em que se enceta a negociação do Tratado definitivo, nesta prestigiosa *Revista de Informação Legislativa*, visa alertar os integrantes do Congresso Nacional e profissionais da área jurídica quanto à necessidade premente de inserir regulamentação adequada versando dois dos campos principais de atuação ou influência do novo fenômeno de integração regional sobre os sistemas jurídicos e econômicos dos países integrantes, nesta fase em que se pretende passar das negociações à implantação.

O enfoque comparativo entre os dois fenômenos de integração, sem esquecer diferenças temporais e contextuais, significa colocar diversidade conceitual, na medida em que se contrapõe realidade e perspectiva, em campo de extrema relevância para a essência

Paulo Borba Casella é professor de direito internacional e direito da integração econômica (FDUSP). Advogado em São Paulo. Doutor em direito (USP); "Dess" em direito do comércio internacional (Un. Paris X).

da integração econômica, a saber: o direito da concorrência e sua aplicação judicial.

No começo do século, pesquisa realizada mostrava que desde o Imperador Guilherme II até as bailarinas do *Moulin Rouge*, todos se diziam socialistas. Às conclusões desse jornalista não identificado, aduzia Georges Vedel, analisando *mitos da Europa e Europa dos mitos*, em 1958,<sup>1</sup> naquela altura, todos se sentiriam *européus*. Reagindo a questão equivalente, entre nós, muitos seriam favoráveis à integração. Mas cabe indagar, qual é a integração que desejamos? E como deverá ser construída essa integração no Cone Sul? Será o Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, o instrumento apto a colocar as bases sobre as quais o Tratado definitivo, a ser celebrado, nos permita alcançar as finalidades a que se propôs? A questão da soberania em relação ao direito da concorrência e sua aplicação, pela necessidade de regulamentação abrangente e detalhada, cuja implementação seja assegurada por indispensável tribunal supranacional, gerindo a uniformidade de interpretação e aplicação dessa regulamentação, é campo que se reveste de dimensão e valor comparativo paradigmáticos, entre a CE e o Mercosul, em razão da inexistência de padrão de comparação.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Georges Vedel, *Mythes de l'Europe et Europe des mythes* (R.M.C., 1. 1958).

<sup>2</sup> Abordando a matéria, v. Paulo B. Casella, "o direito da concorrência na CEE e no Mercosul" (palestra na Associação dos Advogados de São Paulo, proferida em 19 de março de 1992, no curso "As tendências de integração e globalização dos sistemas jurídicos e o direito brasileiro: algumas influências e perspectivas"; também disponível em vídeo da AASP); "Enfoque comparativo do direito da concorrência na CEE e no Mercosul" (palestra na Comissão Jurídica da Câmara de Comércio França-Brasil, São Paulo, em 28 de abril de 1992; tb. editado no bol. *Atualidades Jurídicas*, n.º XXXIII, 06/92, toda a edição); "Análise comparativa da concorrência na CE e no Mercosul" (palestra no II Seminário Mercosul, promovido pelas Câmaras Alemãs do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, realizado em Porto Alegre, em 2 de julho de 1992); "Droit de la concurrence dans la ce et le Mercosul: essai d'une approche comparative" (*Lettre du Brésil*, Rio de Janeiro, n.º 165, set. 92); "Direito da Concorrência na CE e no Mercosul" (in *Mercosul: das negociações à implantação*, coord. L.O. Baptista e A.A. Mercadante, São Paulo, Ed. LTr, no prelo, 1993); b/c "A comparative approach to Competition Law in the E.C. and the Mercosul" (palestras no Instituto Europeu da Universidade de Sarre, Saarbücken);

A partir de constatação da realidade atual e em vista das necessidades imperativas de construção da integração econômica, poderia o bem intencionado leitor ter o cuidado de tentar, antecipadamente, comparar os artigos referentes ao direito da concorrência, abuso do poder econômico, *dumping* e subsídios estatais, no Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, e no Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991 – a proximidade das datas, mais do que mera coincidência, me parece antes hipótese passível de explicação arquetípica: o esforço para assemelhar o continente, como busca de equiparação do conteúdo, na linha dos estudos de C.G. Jung ou Mircea Eliade, fenômeno presente desde a pintura mágica das cavernas paleolíticas.<sup>3</sup> Mas esse frustrado leitor, por mais bem intencionado que fosse, me faz lembrar a história do pregador que se despede de

e nos Institutos Max Planck de Heidelberg e Hamburgo, neste último conjuntamente com a Deutsche-Brasilianische Juristenverein, em 19, 20 e 23 de julho de 1993; tb. editado na série dos *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Saarbrücken*, 1993, no prelo).

<sup>3</sup> A respeito, v., de Herbert Kühn, *Eiszeitmalerei 50000 – 10000 v. Chr.*, (Munique, R. Piper & Co. Verlag, 1958); Walter Torbrügge, *Europäische Vorzeit* (Munique, Naturalis Verlag, s/d); Magnus Backes e Regine Dölling, *Die Geburt Europas* (Munique, Naturalis Verlag, s/d); Colin Renfrew, *Before Civilization: the radiocarbon revolution and prehistoric Europe* (Londres, Penguin; 1st. publ. by Jonathan Cape, 1973; reprint, 1990); John Reader, *Man on Earth: a celebration of Mankind* (New York, Harper & Row, 1st. publ. 1988) e Jaquetta Hawkes (assisted by David Trump), *The Atlas of Early Man: concurrent developments across the Ancient World 35,000 B.C.-A.D. 500* (Londres, Macmillan, 1976).

No caso de Carl G. Jung, mais do que remissão específica, trata-se de situar o conjunto da obra, seja na versão original, ou em traduções, como a excelente tradução de R.F.C. Hull (*Collected Works of C.G. Jung*, eds. H. Read, M. Fordham, G. Adler e W. McGuire; New York, Bollingen Foundation, Princeton Univ. Press) esp. *Symbols of transformation* (vol. 5, 1st. pb. ed., 1976) e *The Archetypes and the collective unconscious* (vol. 9, part. 1, 1st. pb. ed., 1980).

Numerosos estudos de Mircea Eliade abordam a questão do valor paradigmático da repetição. A respeito, e.g., *La nostalgie des origines: méthodologie et histoire des religions* (Paris, Gallimard, 1971; reimpr. 1991); *Le mythe de l'éternel retour: archétypes et répétition* (1949; Paris, Gallimard; nouv. éd., 1969); *Rites and Symbols of Initiation: the mysteries of birth and rebirth* (New York, Harper & Row, 1st. publ. 1958; 1st. Harper Colophon ed. 1975).

sua grege, exortando-os a lerem o cap. XVII do Evangelho segundo Marcos antes da pregação do domingo seguinte. Nosso pregador, no domingo seguinte, encontra a igreja cheia, e, em resposta à pergunta, quem tivesse lido que se levantasse, ergue-se a comunidade como um só homem. Para ouvir do pregador que, aqueles que afirmavam ter lido o cap. XVII de Marcos, bem a eles se destinava o sermão, versando sobre a mentira, pois o Evangelho segundo São Marcos somente conta dezesseis capítulos.

O "direito da concorrência", em enfoque comparativo entre a CE e o contexto atual do Mercosul, implica contraposição entre o ser e dever-ser – com sérias e abrangentes dúvidas quanto ao verdadeiro alcance de qual essência ou mesmo aparência poderá vir revestir a segunda hipótese, que tanto pode vir a ser parcela mais ou menos significativa da vida econômico-jurídico-política e institucional do Cone Sul, como, em outro extremo, pode não ter passado de *wishful thinking*, desprovido de alcance sobre a vida real, superado como mais uma de tantas iniciativas hegemônicas e/ou integracionais esvaziadas pela evolução subsequente da História.

Desnecessário seria, se não mesmo tedioso, impor retomada do processo histórico da integração europeia ocidental, à partir do imediato pós-guerra de 1945 – tanto mais porque isto já foi muitas vezes feito<sup>4</sup> –, mas é indispensável insistir, sob pena de distorcer qualquer ensaio de análise comparativa: o processo de integração europeia somente pode ser captado e estudado como consequência direta e necessária da II Guerra Mundial, e não pode ser visto exceto em relação a tal pano de fundo, catastrófico, certamente, mas condição vital para os processos subsequentemente encetados.

Encetando o esforço comparativo, pode-se dizer que, felizmente, nunca se experienciou catástrofe continental de dimensões ainda que vagamente comparáveis às catástrofes europeias: as escaramuças neste extremo sul do continente americano não têm destaques

<sup>4</sup> Paulo B. Casella, *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico* (São Paulo, no prelo, 1993; esp. parte inicial, caps. i., ii. e iii.).

muito mais consideráveis do que as lutas entre Brasil e Argentina pela província Cisplatina, ou aos estragos da Guerra do Paraguai, pela qual os outros tem até hoje sentimentos contraditórios, em suma, tudo em pouco passou de rivalidades entre vizinhos, mais afeitas a exacerbar diferenças do que a criar clima de entendimento que possa almejar a algo além das fronteiras nacionais.

Cabe, ainda, ressaltar a diversidade de momento histórico da Europa Ocidental no imediato pós-guerra, e do Cone Sul nos dias atuais: a integração pode ser necessária em ambos os casos, mas, por pior que estejamos, não estamos em situação comparável, e o discurso de integração, que representou a superação de conflitos seculares e o experimento de era nova de convivência regulamentada e incrementada institucionalmente, sobreveio à catástrofe e destruição humana e material nunca antes experimentada na História, e não somente sujeita às flutuações de alianças políticas na Europa.<sup>5</sup>

Esse conjunto de fatores não encontra paralelo em nosso contexto porquanto, embora estejamos em situação equivalente a de país saído da guerra, econômica, social, institucional, e talvez, agora, também psicologicamente derrotados, não temos nenhum mecenas querendo financiar nossa reconstrução, sob a forma de nova edição do Plano Marshall – veja-se a relutância em desencadear ajuda de magnitude eficaz à Europa Central – por mais que se especule que o Brasil poderia ser peça relevante em jogo internacional, por exemplo, em relação a parceiros comerciais da importância do Japão.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Paulo B. Casella, *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico* (São Paulo, no prelo, 1993; esp. parte i., "natureza jurídica da Comunidade e de seu ordenamento", caps. iv., v. e vi.).

<sup>6</sup> Nesse sentido Leo Hollerman, "The role of Brazil in Japan's economic strategy: implications for the United States" (J.W.T., 24.1990.1, pp. 25/37).

Dentre muitos estudos a respeito do contexto europeu a partir da II G.M., v., e.g.: Winston S. Churchill, *The Sinews of peace: post-war speeches* (Londres, Cassel & Co., 1948); A. -H. Robertson, *Legal problems of European integration* (Rcadi, 1957- i. L 91, pp. 105/211); Arnold J. Zurcher, *The struggler to unite Europe: 1940-1958* (New York, NYUP, 1958); William Diebold Jr., *The Schuman Plan: a study in economic cooperation* (1950-1959 (New York, Praeger, 1959); Ernst B. Haas, *The uniting of Europe: political, social and economic* (continua)

Na Comunidade Européia temos realidade de vivência de décadas de ordenamento jurídico novo, de natureza *sui generis* e caráter supranacional, enquanto o Mercosul é um projeto, um plano, que tanto pode ser sério, como pode se esvaziar em torno de interesses eleitoreiros e conjunturas partidárias. A comparação entre a Comunidade Européia e o Mercosul, nas matérias do direito da concorrência e da supranacionalidade no exercício da função jurisdicional, constituem inevitável contraposição entre o *ser* e o *dever-ser*. Ora, tal circunstância, se não compromete a possibilidade da análise – por contrapor o que é e o que pode vir a ser –, ao menos cria-lhe consideráveis riscos adicionais. Contudo, o valor da tentativa estaria em buscar o que de bom se alcançou e como algo equivalente poderia ser tentado, entre nós, com nossos vizinhos.

Por mais admirável que seja a obra de edificação da unidade européia, essa não é a nossa realidade.<sup>7</sup> Devemos enxergar o que fazem os outros, sem nos esquecermos da ação na contemplação, mas buscando adap-

tar o que existe, em termos conceituais e institucionais, às nossas condições e necessidades.<sup>8</sup>

Temos de evitar fracassos anteriores, no sentido da *alalquização*<sup>9</sup> ou *aladização* do Mercosul – na esperança de que a necessidade de alertar para o risco justifique o uso de tão discutíveis neologismos. Temos de ensaiar deixar de lado a emotividade institucionalmente irracional de nossa psiquê coletiva, com suas condicionantes muito bem caracterizadas por J.O. de Meira Penna, em diversos estudos (1967, 1972, 1974, 1980, 1985, 1988, 1991, 1992),<sup>10</sup> e tentarmos, ao menos teoricamente, ser objetivos em nossa avaliação: existem condições viáveis para construção integrada subcontinental? É como deve esta ser implementada?

Tenho, pessoalmente, algumas inquietações a respeito: são justamente os discursos que me fazem duvidar da realidade das intenções grandiloquentemente proclamadas. Enquanto permanecermos repetindo discursos, como o do presidente argentino, na reunião de cúpula de outubro de 1991, segundo o qual "realizamos em dois anos o que os europeus levaram mais de vinte anos para alcançar", desculpem-me a franqueza, mas não conseguiremos, muito possivelmente,

(continuação da nota 6)

*forces* 1950-1957 (Stanford, Stanford UP, 1961); Rolf H. Foerster, *Die Idee Europa 1300-1946: Quellen zur Geschichte der politischen Einigung* (Munique, DTV, 1963); James Caporaso, *The structure and function of European Integration* (Pacific Palisades, Calif., Goodyear, 1974); Leon Hurwitz (ed.), *Contemporary perspectives on European integration: attitudes, non-governmental behaviour and collective decision-making* (Westport, Greenwood Press, s/d-(c) 1980); Pascal Fontaine, *Uma nova idéia de Europa: a declaração Schuman, 1950-1990* (Luxemburgo, Spoce, 1990).

<sup>7</sup> A bibliografia disponível a respeito da Comunidade Européia está tomando dimensões desumanas. Dentre muitos excelentes manuais e tratados disponíveis, referiria bibliografia elencada em meu *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico* (op.cit., 1993). I.a., v., de Hans Smit & Peter Herzog (eds.), o alentado e respeitável *The Law of the European Economic Community* (Columbia Law School Project on European Legal Institutions, 6 vols., New York, Matthew Bender, publ., com atualização periódica, desde 1976); D. Lasok e J. W. Bridge, *Law & Institutions of the European Communities* (Londres, Butterworths, 5.ª ed., 1991), Dick Leonard *Dicionário da CEE* (trad. Pedro Martinho, Lisboa, Silabo, 1991), b/c, entre nós, Vera Thorstensen, *Comunidade européia: a construção de uma potência econômica* (São Paulo, Brasiliense, 1992) e *Comunidade européia: líder do comércio mundial* (São Paulo, Ed. Aduaneiras, 1993).

<sup>8</sup> J. Renato C. Freire e Paulo B. Casella, *Contratos financeiros internacionais* ("considerações sobre o direito comparado", São Paulo, Ed. RT, 1993).

Hannah Arendt, *Vita activa oder Vom tätigen Leben* (Munique, R. Piper Verl. / Stuttgart, W. Kohlhammer Verl., (c) 1960).

<sup>9</sup> Expressão utilizada por Ib Teixeira, em sua nota "A busca de um grande mercado" (Conjuntura econômica, abril de 1991, no subtítulo: "como evitar um nova Alalc?").

<sup>10</sup> José Osvaldo de Meira Penna, *Política externa, segurança e desenvolvimento* (Rio, Agir, 1967); *Psicologia do subdesenvolvimento* (Rio, APEC Ed., 1972); *Em berço esplêndido: ensaios de psicologia coletiva brasileira* (Rio/Brasília, José Olympio/INL, 1974); *O elogio do burro* (Rio, Agir, 2.ª ed., 1980); *O Brasil na idade da razão* (Rio/Brasília, Forense Univ./INL, 1980); *A ideologia do século XX: uma análise crítica do nacionalismo, do socialismo e do marxismo* (São Paulo, Convívio, 1985); *A Utopia Brasileira* (Belo Horizonte, Itatiaia, 1988; Prêmio Banorte, da Fundação Joaquim Nabuco, do Recife, 1989); *O dinossauro: uma pesquisa sobre o Estado, o patrimonialismo selvagem e a nova classe de intelectuais e burocratas* (S. Paulo, T.A. Queiroz Ed., 1988); *Opção preferencial pela riqueza* (Rio, Inst. Liberal, 1991); *Decência, Já!* (S. Paulo, Nórdica/Inst. Liberal, 1992).

sequer vencer a inércia para sair do ponto inicial.

Em nível nacional, a vivência de dois anos do projeto Mercosul já vem marcada por marchas e contramarchas habituais, desde a alternância de resistência e entusiasmo, que vêm manifestando alguns setores empresariais, até a consolidada resistência institucional do Judiciário em relação a qualquer tribunal supranacional, com interpretação e aplicação uniforme, de caráter vinculante, sem falar nos federais desmandos governamentais, como bem exemplificam as vicissitudes do efêmero *Ministério Extraordinário para Assuntos de Integração no Cone Sul* (instituído pelo Decreto de 2 de setembro de 1991, sem número), cuja memória só não é triste por ser sobremodo inexpressiva – estipulava como a primeira dentre suas atribuições "incentivar a formação de consciência nacional favorável à integração, com a divulgação do projeto e de seus objetivos junto à opinião pública, às lideranças políticas, empresariais, trabalhistas e acadêmicas", seguida de seis outras. Ora, poucos meses depois, extingue-se o Ministério, sem se dar qualquer satisfação a respeito dos motivos que nortearam sua criação ou sua extinção. Em poucos meses, atingiu-se o objetivo? Não, indubitavelmente não. Desistiu-se da empreitada? Infelizmente, esta parecia ser a única conclusão possível, não fosse a necessidade de refletir inconfessáveis acomodações políticas circunstanciais, que no mínimo carecem de toda seriedade.

Estamos diante de oportunidade que pode representar marco histórico, e não apenas histriônico, de superação de desavenças e bairrismos tão desnecessários quanto retrógrados, mas caberá ver, passados alguns anos, se efetivamente algo de concreto aconteceu. Quem sabe teremos ido além do discurso tanto mais ufanista quanto mais se teme destituído de alcance sobre a realidade. Esperemos por isso. A experiência recente, interligando EUA-Canadá-México, é exemplo de tentativa com muitas possibilidades de dar certo, no quadro da Zona Norte-Americana de Livre Comércio, ou Nafta, sem exageros nem maiores pretensões.

Tenho a grande vantagem de não ser governo nem oposição – não tendo, dessa forma, dever funcional de defender, nem tampouco compulsão de criticar –, também a vantagem de não estar vinculado a posições corporativas de qualquer ordem, que me imponham posição pré-determinada a respeito de integração, seja européia, seja no Cone Sul – além da vantagem circunstancial de ter estado estudando, há alguns anos, o direito comunitário, na construção de novo conceito de Europa.<sup>11</sup> Minha tese, em suma, poderia ser enunciada: seria conveniente estarmos em vias de encetar algo semelhante à construção da Europa comunitária ou mesmo da Nafta entre nós. Infelizmente, como já disse, tenho algumas dúvidas. E penso podermos utilizar perfeitamente como dado de comparação conceito de soberania em relação ao direito da concorrência, na CE e no Mercosul, e seu controle supranacional em nível jurisdicional.

## 2. Natureza jurídico-política do processo de integração européia e suas transformações conceituais: a soberania

O direito internacional público clássico destinava-se a reger as relações de coordenação entre soberanias nacionais, entendidas como poderes máximos e independentes, na ordem internacional. O ordenamento jurídico comunitário não somente representa fenômeno novo, como acarreta profundas transformações, em relação a conceitos jurídicos clássicos, tais como bastião de conservadorismo intelectual, o conceito de soberania estatal, como instância última e incontestável de expressão do poder político. Cabe, aqui, considerar as relações entre o ordenamento comunitário e o direito internacional público, na relação de ambos com o conceito de soberania.

Pode-se enquadrar o ordenamento comunitário, no direito dos tratados tradicional, enquanto resultante de convenções internacionais, como expressão de direito regulador

<sup>11</sup> Desde 1986, inclusive tendo passado metade do ano de 1991 entre Florença, Heidelberg e São Paulo, fazendo pesquisas e freqüentando especialistas nesse campo experimental, denominado direito comunitário.

de sistema internacional de caráter regional. Embora teoricamente sustentável, tal formulação colide frontalmente com a vida, a evolução e o funcionamento das Comunidades e de suas instituições, na prática. Esse sistema experimental, o direito comunitário, vai além das relações interestatais de coordenação, reguladas pelo direito internacional clássico, que se mostrou insuficiente para assegurar base útil de sustentação para os complexos problemas enfrentados pelo ordenamento comunitário.

Cabe então situar o direito comunitário e o direito internacional público em suas interações e relações recíprocas. Para tanto, caberá, *ab initio*, distinguir o ordenamento comunitário do ordenamento internacional.

É, hoje, indiscutível que a Comunidade seja sujeito pleno de direito internacional, não sendo questionável sua capacidade de manter relações externas, celebrar acordos com terceiros Estados e mesmo estar sujeita à responsabilidade internacional. Em suma, está a Comunidade habilitada a integrar as relações internacionais. Isso não deve significar, alerta o antigo Juiz do TJCE Pierre Pescatore,<sup>12</sup> que a estrutura interna da Comunidade seja considerada como parte desse sistema internacional, o que acarreta a criação de um falso problema, porquanto "todos os Estados mantêm relações internacionais, celebram e ratificam tratados internacionais e observam direito internacional consuetudinário em seus territórios", e prossegue, "a ninguém ocorreria tratar esses ordenamentos internos nacionais como parte do direito internacional, por tal razão", cabendo atentar, isto sim, para a "natureza jurídica de sua ordem interna, ou seja, a natureza de sua constituição, e o perfil jurídico das relações envolvidas na estrutura comunitária".

A inadequação do direito das gentes clássico ao contexto comunitário decorre da mudança qualitativa que se opera no interior

<sup>12</sup> Pierre Pescatore, em seu livro, *L'ordre juridique des Communautés Européennes* (Liège, 1973), bem como nos artigos "L'apport du droit communautaire au droit international public" (C.D.E., 6. 1970, n.º 5, pp. 501/525) e "International Law and Community Law – a comparative analysis" (C.M.L. Rev., 7. 1970, pp. 167/183).

deste último, substituindo as condições sociais que formam a *comunidade internacional*, marcada pela institucionalização das relações de administração de conflitos e solução pacífica de controvérsias, por direito novo, de solidariedade e integração entre Estados-Membros.

Enquanto o direito tradicional se destinava a regular a coordenação, decorrente da primazia de *interesses nacionais*, entre Estados soberanos e independentes, tendo como etapa intermediária a cooperação, onde se vai buscar otimização das relações internacionais, ordenadas, ainda, sempre segundo hierarquia desses mesmos *interesses nacionais*, a integração vai mais adiante na medida em que pressupõe o estabelecimento de interesses comuns, entre dois ou mais Estados, em áreas essenciais, efetivado mediante o estabelecimento de relações interestatais, baseadas em atitude positiva de solidariedade, onde predominem os interesses comuns sobre os motivos derivados da defesa dos, ainda uma vez, *interesses nacionais*. A realização do conceito de solidariedade nas relações internacionais acompanharia a criação das Comunidades Européias. Tal transformação qualitativa e institucional seria a revisão do conceito ou, antes, do dogma político da soberania nacional.

A concepção de soberania nacional, poder supremo, quanto à sua independência e sua autonomia de ação na ordem internacional, é manifestamente divergente entre – até certo ponto, cientistas políticos<sup>13</sup> – internacionalistas e especialistas de direito comunitário, do qual o pioneiro da revisão do conceito teria sido Carl Friedrich Ophüls.<sup>14</sup> Papel significativo, na doutrina do direito comunitário, foi desempenhado pela noção de *transferência* de prerrogativas inerentes às jurisdições

<sup>13</sup> A respeito do conceito de soberania, do ponto de vista da ciência política, entre nós, v. Dalmo de A. Dallari *Elementos de teoria geral do Estado* (S. Paulo, Saraiva, 4.ª ed., 1977; esp. pp. 65/75) e Paulo Bonavides *Ciência política* (Rio, Forense, 3.ª ed., 1976; reporte-se ao índice remissivo).

<sup>14</sup> Carl F. Ophüls, em seu estudo "Staatshoheit und Gemeinschaftshoheit: Wandlungen des Souveränitätsbegriffs" (in *Recht im Wandel: Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag*, Colônia, Carl Heymann Verlag, 1965, pp. 519/590).

nacionais, com destaque para a contribuição de Paul Reuter, cujas obras (1952, 1953, 1958, 1959, 1961, 1970, 1972, 1975, 1980)<sup>15</sup> se tornaram a formulação clássica a respeito do assunto.<sup>16</sup> Tal concepção passou por mudança conceitual significativa, indo da doutrina para a jurisprudência.

O TJCE, em numerosas decisões de importância capital, demonstra as características essenciais do ordenamento comunitário, em suas relações com as ordens jurídicas nacionais: sua autonomia, seu efeito direto e sua primazia. Basta dizer que tal noção integra os conceitos fundamentais do ordenamento jurídico comunitário.<sup>17</sup>

Ensaando, agora, observações de caráter conclusivo a respeito do relacionamento entre o ordenamento comunitário e o direito internacional público, deve-se procurar superar as diferenças que, segundo Pescatore,<sup>18</sup> justificariam a resistência tradicional dos excessivamente estritos internacionalistas, para os quais o ordenamento comunitário, por sua diversidade essencial, em relação ao direito internacional, inviabilizaria as comparações. Não se deve deixar que o caráter revolucionário do direito comunitário, somado ao fato de constituir fenômeno recente, somado à especificidade das instituições comuns e geograficamente circunscrito à Europa *occidental* nos faça esquecer o impacto deste sobre o direito internacional.

<sup>15</sup> Paul Reuter, *Le plan Schuman* (Rcadi, 1952-II, t. 81, pp. 523/628); *La communauté européenne du charbon et de l'acier* (préface de Robert Schuman, Paris, 1953); *Aspects de la Communauté Économique Européenne* (R.M.C., 1.1958, pp. 6/14, 161/168 e 310/316); *Affaires étrangères et Communautés européennes* (Nice, Aff. Etr., 5.1959, pp. 365/388); *Principes de droit international public* (Rcadi, 1961-II, t. 103, pp. 425/656); *La Convention de Vienne sur le droit des traités* (Paris, A. Colin, 1970); *Introduction au droit des traités* (Paris, A. Colin, 1972); *Droit international public* (Paris, Puf, 5.<sup>a</sup> Ed., 1975); P. Reuter e J. Combacau, *Institutions et relations internationales* (Paris, Puf, 1980).

<sup>16</sup> Paul Reuter (*op. cit.*, 1953, p. 139): "À la différence des simples limitations, qui laissent subsister les cloisonnements nationaux, les transferts instituent une compétence commune qui résulte de la fusion partielle des compétences nationales. C'est pourquoi on peut parler d'une Communauté."

<sup>17</sup> P. Pescatore (no art. "Droit com. et droit intl.", cit., 1970, pp. 509 ss.).

<sup>18</sup> P. Pescatore (art. cit., "conclusions", pp. 521/525).

A diversidade entre a vivência comunitária e a regulamentação de convivências estanques são de tal forma significativamente diferentes para que se possa conceber transposição fácil de dados do campo comunitário para o contexto internacional. Mas isto não obsta que o direito comunitário possa e, mesmo, deva ser domínio privilegiado para a análise do funcionamento do direito da integração. Antes de mais nada, o direito comunitário pode servir de modelo concreto, além de inspiração, como já verificado, para outras empreitadas de integração, desde que colocada condição precisa de que os esforços somente se justifiquem em vista dos objetivos perseguidos pelos Tratados de Paris e de Roma, de integração econômica, expressa pela criação de união alfandegária, atualmente em transformação para o patamar de união econômica.

Em outras palavras, somente através da adoção de objetivo de integração em profundidade, a partir de aspectos econômicos, cujos desdobramentos e implicações políticas são plenamente reconhecidos, é que se justifica o recurso aos métodos chamados de *supranacionais*.<sup>19</sup>

Esta circunstância poderia ser invocada para justificar a comparação entre as Comunidades Europeias e outras tentativas de integração, que jamais ultrapassaram o estágio de zona de livre comércio, tais como a Efta e a Alalc, para nada falar a respeito da OCE, ou das tentativas africanas de integração, por terem omitido o que há de essencial e fundamental no modelo comunitário.

O sistema comunitário oferece, ainda, modelo para a reflexão científica na medida em que os trabalhos comunitários representam estágio avançado de experiências com modelos e problemas jurídicos e políticos, com aperfeiçoamentos possíveis para os modelos tradicionais de alguns setores do direito internacional clássico.

A observação das realizações comunitárias pode oferecer ensinamentos de alto valor, em matérias tais como processo decisório, e mais especificamente o processo

<sup>19</sup> A respeito da questão da supranacionalidade, v., e.g., trabalhos de Joseph Weiler, cf. *Il sistema comunitario europeo* (Bologna, Il Mulino, 1984).

legislativo, em âmbito interno, as garantias judiciais, bem como, externamente, a questão da personificação de grupo de Estados, em suas relações exteriores, comportando, ainda, grande potencial futuro. Poderia também a situação na Europa de hoje servir de parâmetro para avaliação crítica e conscientização da necessidade de melhoria do nível de proteção de direitos humanos e direitos sociais – para não mais passarmos por situações constrangedoras, onde reuniões internacionais definem nossa situação continental, em matéria de direitos humanos, de caráter social, como catastrófica.

Às questões jurídicas referidas poderiam ser acrescidas outras, estendendo as considerações para numerosos e importantes problemas de fundo, de natureza econômica e comercial, colocados pela estruturação de mercado comum, tais como a organização dos mercados agrícolas, ou dos transportes internacionais, ou a instauração de regime de concorrência em contexto supranacional, além de tantos outros.<sup>20</sup>

O direito comunitário teria, ainda, o mérito de ter revelado a existência, no conjunto do direito internacional, de dimensão até então ignorada, na medida em que o *concerto das nações* se estendeu com a introdução de novos protagonistas, nações praticando sistemas políticos profundamente distintos, e evidenciando que o contexto interestatal era muito menos homogêneo do que se supunha, até se alcançar a percepção atual de tratar-se de conjunto heteróclito de comportar estratificações de natureza e qualidade profundamente distintas. A tais estratificações o direito comunitário teria vindo acrescentar dimensão nova, ainda que marginal, uma vez que a transição já estaria feita para forma nova de direito público, este de caráter supranacional.

Para delimitar este espaço privilegiado, em relação ao direito da simples coexistência e ao direito da cooperação internacional, poder-se-ia dar-lhe o nome que, segundo Pierre Pescatore,<sup>21</sup> refletiria sua qualidade

<sup>20</sup> Do mesmo Pierre Pescatore, o verbete no volume *Les Nouvelles: droit des Communautés européennes* (Bruxelas, 1969, cit.), versando "Les Communautés en tant que personnes de droit international" (n.º 326/361).

<sup>21</sup> P. Pescatore (art. ref. supra, 1969, loc. cit.).

essencial de *direito de integração internacional*, como base de relações, não de antagonismo estatal policiado, mas de idéia de solidariedade e interpenetração que levaram pequeno número de Estados a estruturar suas relações sobre princípios de confiança e objetividade, colocando em comum, em contexto de crescente competitividade internacional, alguns de seus interesses essenciais, confiando o desenvolvimento e proteção desses interesses a instituições comuns, investidas de poderes de comando determinados pelas necessidades de consecução de seus fins, superando qualitativamente a mera coexistência ou cooperação, mas relações de integração de caráter supranacional.

Em conclusão deve-se reconhecer que a matéria, infelizmente, não se presta a cortes cirúrgicos, sob pena de comprometer a compreensão do fenômeno em seu todo. Esse perigo, sempre presente no direito internacional, como bem alerta Charles de Visscher (1972),<sup>22</sup> faz-se ainda mais verdadeiro em relação ao direito das Comunidades Europeias, porquanto "nenhum ramo do direito se presta menos a esquematizações formais do que o direito internacional. Seus perigos tornam-se, aqui, muito mais evidentes que em outros campos, pois, nas relações internacionais, as situações específicas ou individualizadas prevalecem sobre as situações gerais, e as normas de aplicação geral têm papel muito menos marcante do que a ordem jurídica interna". Esse risco torna-se tanto maior em se tratando de campo como o direito comunitário, denominado por Walter Ganshof van der Meersch<sup>23</sup> de "direito essencialmente progressivo e evolutivo das Comunidades Europeias". Paul Reuter não discrepa de tal orientação, referindo-se especificamente ao direito comunitário.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Charles de Visscher "Méthode et système en droit international" (Rcadi, 1973-1, t. 138, pp. 75/79; discurso na Academia de Direito Internacional, em maio de 1972).

<sup>23</sup> Não por acaso Walter Ganshof van der Meerch elege como tema de seu curso na Academia de Direito Internacional *L'ordre juridique des Communautés Européennes et le droit international* (La Haye, Rcadi, 1975-V, t. 148, pp. 1/433).

<sup>24</sup> Paul Reuter, em vários livros e artigos. Ref. especificamente, além dos trabalhos já citados, "La Cour de Jus-  
(continua)

Parece, assim, indispensável renunciar à escolha simplista entre direito internacional geral<sup>25</sup> e federalismo europeu. A evolução da jurisprudência do TJCE, bem como autores tais como Michel Waelbroeck,<sup>26</sup> além dos já referidos Pierre Pescatore e Paul Reuter, corroboram tal tendência.

### 3. Direito Internacional privado e âmbito territorial de aplicação do direito da concorrência na Comunidade Européia

A regulamentação do direito da concorrência tem os seus dados básicos nos arts. 85 a 94 do Tratado de Roma,<sup>27</sup> com especial relevância para os arts. 85 e 86, contendo as normas aplicáveis às empresas privadas.<sup>28</sup> Curiosamente, *concorrência*, enquanto tal, é termo não definido, seja pelo Tratado, seja pela jurisprudência do TJCE,<sup>29</sup> sendo, assim, considerado auto-explicativo. Sem descer a minúcias do direito derivado, impõe-se, ao menos, aflorar as linhas mestras do desenvolvimento da matéria, inclusive no âmbito jurisprudencial, ressaltando o papel vital desempenhado pelo Tribunal de Justiça das

(continuação da nota 24)

des Communautés Européennes et le droit international" (in *Mélanges Guggenheim*, 1968, pp. 665/686): "les séparations tranchées et les choix absolus, surtout lorsqu'ils ont leur source dans des conceptions doctrinales d'ensemble conduiraient à bien des erreurs".

<sup>25</sup> A análise do conceito de soberania, sob a ótica do direito internacional, poderia ser referida a autores como M. S. Korowicz, *Some Present Aspects of Sovereignty in International Law* (Haia, Rcadi, 1961-I, t. 102, pp. 1/118) e Sir Humphrey Waldock, em seu *General course on Public International Law* (Haia, Rcadi, 1962-II, t. 106, pp. 1/251).

<sup>26</sup> Michel Waelbroeck "Peut-on parler d'un droit constitutionnel européen?" (in *Traité Internationale et juridictions internes dans les Pays du Marché Commun*, Bruxelles, ULB-IEE, vol. ii., 1964).

<sup>27</sup> Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, que institui a CEE, com as alterações posteriores (ref. n.º art., seguido CEE).

<sup>28</sup> Embora "empresa" seja conceito econômico e não jurídico, tem a vantagem de abranger as várias modalidades de estruturação técnica, enquanto "entidades com fins lucrativos", nos termos do art. 58.2 CEE, quer sejam sociedades de direito civil ou comercial, cooperativas, bem como outras pessoas jurídicas de direito público ou privado, com exceção expressa no tocante às associações.

<sup>29</sup> Este foi justamente um dos campos de mais intensa atividade legislativa, administrativa e judicial nas Comunidades Européias, por sua própria natureza e relevância.

Comunidades Européias, na formação e desenvolvimento de noções inovadoras em matéria concorrencial.<sup>30</sup>

Para situar o ordenamento jurídico comunitário, tanto em relação aos ordenamentos jurídicos internos, como em suas projeções extraterritoriais, pode-se tratar do relacionamento entre o ordenamento comunitário e o direito internacional privado, desde que se destaque deste último tanto os conflitos de jurisdição quanto a condição jurídica dos estrangeiros, para tomá-lo em sentido estrito de normas regentes de *conflitos de leis*.

A análise comparativa entre os direitos comunitário e internacional privado parece ter atraído pouca atenção,<sup>31</sup> com algumas exceções<sup>32</sup>, muito embora os Tratados constitutivos, e os dispositivos editados com vista à sua execução, contivessem grande número de normas de conflito.<sup>33</sup> Segundo Ulrich

Até mesmo pela impossibilidade material de abranger a temática em simples conferência, pela intensidade e volume da atividade na matéria, cf. referido.

<sup>30</sup> A respeito da atuação do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, o TJCE, na consolidação de conceitos comunitários, v., i.a.: G. Bebr, *Rule of Law within the European Communities* (Bruxelas, IEE-ULB, PUB, s/d); Maurice Lagrange, "The Court of Justice as a factor in European integration" (AJCL, 15.1967, n.º 4, pp. 709/725); Michel Waelbroeck, "Le rôle de la Cour de Justice dans la mise en oeuvre du Traité CEE" (CDE, 18.1982, n.º 4, pp. 347/380) e J. Mertens de Wilmars, "La jurisprudence de la Cour de Justice comme instrument de l'intégration communautaire" (CDE, 12.1976, n.º 2-3, pp. 135/148).

<sup>31</sup> Nesse sentido, o índice remissivo do vol. *Droit des Communautés européennes. Les Nouvelles* (cit., Bruxelles, 1969), que pretendia situar o *corpus iuris* do direito comunitário de então, nada menciona a respeito de "direito internacional privado" ou de "conflitos de leis"; da mesma forma o índice dos sete volumes do *Répertoire de la jurisprudence relative aux traités instituant les Communautés européennes* (eds.) H. J. Eversen e H. Sperl, abrangendo os 16 anos transcorridos entre 1953 e 1968 tampouco menciona os dois termos.

<sup>32</sup> E. G., J. van Panhuys, "Conflicts between the law of the European Communities and other rules of international law" (C. M. L. Rev., 1965, pp. 420 ss.); U. Drobnig, "Conflict of Laws and the European Economic Community" (A. J. C. L., 15.1966/67, pp. 204/229) e "L'apport du droit communautaire au droit international privé" (C. D. E., 6.1970, n.º 5, pp. 526/543); ou ainda, de Fausto Capelli, "Réglementation communautaire et réglementation du GATT (réflexions sur les rapports entre le droit communautaire et le droit international)" (R. M. C., 20.1977, n.º 203, pp. 27/43).

<sup>33</sup> U. Drobnig, "Conflict of Laws and the E.E.C." (art. cit., esp. pp. 206/223).

Drobnig, em vários estudos a respeito,<sup>34</sup> o tema comporta divisão, visando evocar dois aspectos distintos, consistentes, de um lado, nas normas de conflito desenvolvidas especificamente pelas Comunidades, e, de outro, quanto aos efeitos do direito comunitário sobre as normas nacionais de conflito. Com relação ao direito internacional privado que seria próprio ou especificamente desenvolvido para as Comunidades, poderiam ser situadas as normas, e.g., em matéria de responsabilidade contratual das Comunidades, de reconhecimento das pessoas jurídicas, ou quanto ao âmbito de aplicação do direito europeu em matéria de concorrência.

A questão da responsabilidade contratual liga-se ao tema da personalidade jurídica das Comunidades,<sup>35</sup> os três Tratados contendo dispositivos equivalentes,<sup>36</sup> estipulando gozarem as Comunidades, "no território de cada um dos Estados-Membros, da mais ampla capacidade jurídica reconhecida às sociedades pelas legislações nacionais". Este dispositivo, pela referência ao reconhecimento da personalidade jurídica nas legislações nacionais, remete às leis nacionais, vigentes na época da entrada em vigor dos Tratados, nos seis Estados-Membros originais, acarretando diferenças quanto ao conteúdo e extensão da legislação, à qual competirá regular a capacidade.

A ausência de norma de conflito, quanto à questão da responsabilidade contratual das Comunidades, significa que os Tratados, sem conterem dispositivo conflitual, fazem remissão à norma de conflito nacional,

estipulando dever a matéria ser *regulada pelo contrato em causa*.<sup>37</sup>

Quanto ao estatuto comunitário das sociedades, abrangendo "as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as demais pessoas jurídicas de direito público ou privado, com exceção das associações",<sup>38</sup> com ramificações desde o reconhecimento mútuo de sociedades, a regulamentação das fusões e as transferências de sedes.<sup>39</sup>

De modo semelhante faria falta dispositivo expresso a respeito do âmbito territorial de aplicação do direito europeu em matéria de concorrência, embora possam ser deduzidos alguns elementos nesse sentido dos artigos 85 e 86 CEE, somados aos desenvolvimentos jurisprudenciais específicos.

Em matéria concorrencial, as interdições, como se terá ocasião de ver, dizendo respeito a qualquer medida "susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros", de modo a "impedir, restringir ou falsear a concorrência no Mercado Comum", nos termos do art. 85.1 CEE, bem como proibindo qualquer abuso de *posição dominante*, "na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros", art. 86.1 CEE, coloca como determinante para a aplicação ou não das normas comunitárias em matéria de concorrência a necessidade de examinar se o comportamento das empresas ou dos empresários foi de molde a ter influência sobre a concorrência entre os Estados-Membros, com concordância tanto da doutrina quanto da Comissão quanto ao critério.

Deixando-se de lado a questão de determinar qual deve ser a intensidade dessa influência, decorre desse entendimento que as normas de concorrência tanto podem ter sua aplicação estendida a pessoas jurídicas sediadas em terceiros Estados, porém atuantes no território do Mercado Comum, quanto à liberação das pessoas físicas ou jurídicas comunitárias, cujas práticas concertadas (ou *ententes*) produzam efeitos em atividades

<sup>34</sup> U. Drobnig, "L'apport du droit communautaire..." (art. cit., pp. 526/531 e 531/543 - sem referências adicionais).

<sup>35</sup> Quanto à questão da personalidade jurídica das Comunidades, Henry Lesguillons, *L'application d'un traité fondato in: le traité instituant la CEE* (Paris, LGDJ, 1968); Manuel Medina Ortega, *La Comunidad Europea y sus principios constitucionales* (Madrid, Tecnos, 1974); Pierre Pescatore, *Les relations extérieures des Communautés: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales* (Rcadi, 1961-II, t. 103, pp. 9/239) e Laurens J. Brinkhorst, "Permanent missions of the EC in third countries: European diplomacy in the making" (Lietj, 1984/1, pp. 23/33).

<sup>36</sup> Tratado CEE, art. 211; Tratado CEEA, art. 185; Tratado CECA, art. 6.º, al. 3.

<sup>37</sup> Tratado CEE, art. 215; Tratado CEEA, art. 188.

<sup>38</sup> Tratado CEE, arts. 58 e 220. iii. v. tb., nota (28), supra.

<sup>39</sup> Objeto de convenções específicas.

desenvolvidas parcial ou totalmente fora do Mercado Comum.

Estes exemplos, extraídos dentre muitos outros possíveis, seriam suficientes para situar quais os objetivos do direito internacional privado comunitário, para o funcionamento das Comunidades. A referência ao âmbito de aplicação do direito europeu em matéria de concorrência serve para ilustrar a importância da relação existente entre a integração regional do direito e a norma de conflito, porquanto, embora as normas unificadas em matéria de concorrência tornem as normas de conflito quase supérfluas, no interior da Comunidade, é, por outro lado, absolutamente necessário delimitar tal âmbito de aplicação espacial em relação a terceiros Estados. Uma das tarefas da Comunidade seria, assim, a determinação da extensão da projeção, para o exterior, do campo de aplicação intracomunitário, de suas normas em matéria concorrencial.<sup>40</sup>

O exemplo relativo à capacidade civil das Comunidades nos diferentes Estados-Membros, demonstra outra das funções das normas de conflito no interior da Comunidade considerando-se que devem estas suprir as lacunas do direito comunitário, mediante remissão às normas nacionais, naquela matéria. De modo semelhante, a questão da responsabilidade contratual das Comunidades ressalta o mesmo objetivo; de outro

<sup>40</sup> Tema que mereceria desenvolvimentos mais aprofundados, a matéria dos efeitos extraterritoriais do direito comunitário da concorrência tem sido estudada por especialistas do porte de Georges A. van Hecke, *Le droit antitrust: aspects comparatifs et internationaux* (Rcadi, 1962-II, t. 106, pp. 253/356); Berthold Goldman, *Le champs d'application territoriale des lois sur la concurrence* (Rcadi, 1969-III, t. 128, pp. 631/729); Francis A. Mann, *The doctrine of jurisdiction in international law* (Rcadi, 1964-I, t. 111, pp. 1/162) e *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years* (Rcadi, 1984-III, t. 186, pp. 11/115); Ignaz Ignaz Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law* (Rcadi, 1986-III, t. 198, pp. 9/264) e Isabel Jalles, *Extraterritorialidade e direito internacional: um exercício de direito americano* (Lisboa, Bertrand Ed., 1988) v., tb., René Joliet, *Monopolisation et abus de position dominante: essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et de l'article 86 du Traité de Rome* (RTDE, 1969, pp. 645 ss.) e Jan Peeters, *The rule of reason revisited: prohibition on restraints of Competition in the Sherman Act and the EEC Treaty* (A. J. Com. L., 37.1989. n.º 3, pp. 521/570).

modo, na medida em que renunciou-se ao estabelecimento de norma autônoma de conflito, limitando-se a fazer o reenvio, devolução ou *renvoi*, às normas conflituais da lei do foro, a *lex fori*, do mesmo modo que ocorreria no caso de questões prejudiciais. Tal solução, contudo, é incompleta, porquanto impunha-se, igualmente, abranger, como foi feito, nos anos subsequentes, as normas conflituais comunitárias, necessárias à aplicação da lei aplicável às obrigações contratuais.

A especificidade das normas conflituais comunitárias fica mais evidente se confrontadas com as normas conflituais tradicionais, que nos são familiares. Tal aproximação somente é possível em relação às normas conflituais autônomas, incumbidas de delimitar, em relação ao exterior, o âmbito espacial de aplicação das normas comunitárias.

As normas conflituais úteis para o preenchimento de lacunas do direito comunitário, ou a solução de questões prejudiciais, não têm equivalente no direito internacional privado nacional clássico. O caráter específico desse grupo, que reúne número considerável de casos, faz aparecer outra circunstância, porquanto a Comunidade, para a supressão de lacunas, ou solução de questões prejudiciais, pode não somente invocar as normas nacionais, bem como através da elaboração de princípios gerais de direito.<sup>41</sup> Nesse sentido, ilustra bem a situação o art. 215 CEE, onde ao dispositivo relativo à responsabilidade *contratual* das Comunidades, estipulando a aplicação da *lex contractus*, segue-se o dispositivo relativo à responsabilidade *extra-contratual* das comunidades, quanto a atos de seus agentes e prepostos, estipulando a aplicação dos "princípios gerais de direito comuns aos Estados-Membros".

A constatação da existência de normas conflituais próprias às Comunidades, levando-as a aplicar, em determinados casos, o direito nacional, permite ilustrar sob ótica específica a questão das relações entre o direito comunitário e o direito internacional

<sup>41</sup> Perfeitamente cabível, assim, a questão de determinar se a Comunidade é totalmente livre para escolher entre norma conflitual comunitária, ou princípio jurídico geral.

privado dos Estados-Membros. De um lado, a ocorrência de tais normas conflituais evidencia a coexistência pacífica entre direito comunitário e direitos nacionais, inclusive do ponto de vista das Comunidades. Por outro lado, o grande número de normas conflituais propriamente comunitárias demonstra que os casos de aplicação dos direitos nacionais pelos órgãos comunitários é muito mais frequente do que admitem muitos autores.<sup>42</sup>

Passando, agora, ao segundo campo de análise, dos efeitos do direito comunitário sobre as normas conflituais nacionais, podem ser observadas três formas de influência: a influência direta das normas comunitárias sobre as normas conflituais nacionais, a influência indireta sobre as ordens públicas internacionais dos Estados-Membros e, finalmente, a influência indireta sobre as normas conflituais nacionais, em vista de sua harmonização.

A influência direta das normas comunitárias sobre as normas conflituais nacionais constitui questão controversa, se posicionada em relação ao conteúdo e qual efeito deve ser dado a dispositivo inserido na parte geral do Tratado CEE, em seu art. 7.1, segundo o qual são vedadas, no interior do Mercado Comum, as discriminações resultantes de nacionalidade.<sup>43</sup> Colocado o princípio da não-discriminação com base na nacionalidade, no interior do mercado comunitário, poder-se-ia questionar se o art. 7.1 CEE não abrangeria todas as normas conflituais nacionais tomando a nacionalidade como elemento de conexão. Sabe-se que as normas dos

Estados-Membros da Comunidade tomam a nacionalidade da pessoa como elemento determinante, em maior ou menor grau, do estatuto pessoal.<sup>44</sup> Daí resulta que a capacidade civil do cidadão francês será regida pela lei francesa, embora seja este residente na Alemanha, da mesma forma que a capacidade do cidadão alemão será regida pela lei alemã, embora resida este na França. Constituiria a aplicação de leis diferentes a, e.g., franceses e alemães, no interior da Comunidade, discriminação abrangida pela proibição inscrita no art. 7.1 CEE?

A questão foi muito discutida, sobretudo pela doutrina alemã,<sup>45</sup> tendo autores como Makarov<sup>46</sup> sustentado que o princípio da igualdade de tratamento não teria qualquer influência sobre as normas conflituais,<sup>47</sup> da mesma forma que Beitzke<sup>48</sup> não veria qualquer discriminação no fato de escolher a nacionalidade como elemento de conexão, tratando-se, na opinião deste, de situação de tolerância, e do tratamento tecnicamente mais adequado à matéria, tal como entende também Meise, em tese a respeito.<sup>49</sup> Estes autores admitem, sem dúvida, que uma pessoa prefira estar sujeita à sua lei nacional, antes que à *lex fori*. Contrários à tese da indiferença da aplicação das normas conflituais, entendendo que a nacionalidade como elemento de conexão, no interior da Comunidade, contraria a proibição de discriminação contida no art. 7.1 CEE, colocam-se

<sup>42</sup> Nesse sentido, admitindo a aplicação extensa, v., i.a., N. Schuhmacher, "Die Berücksichtigung nationalen Rechts durch Organe der Europäischen Gemeinschaften" (N. J. W., 1970, pp. 980/984).

<sup>43</sup> Embora, inegavelmente, a proibição de discriminação em razão da nacionalidade conviva com muitas hipóteses, inseridas nos Tratados e em múltiplos dispositivos de aplicação, configurando situações legalmente reconhecidas de discriminação, e.g., em relação à proibição de discriminação entre trabalhadores, em razão de nacionalidade (art. 48.2 CEE), ou restrições em matéria de prestação de serviços (art. 65 CEE), ou em matéria de circulação de capitais, discriminações de tratamento fundadas na diversidade de nacionalidade das partes (art. 67.1 CEE).

<sup>44</sup> Limitando as referências aos seis Estados-Membros originais, veja-se o *Code civil français*, art. 3, al. 3: "les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger." No mesmo sentido os códigos civis belga e luxemburguês. Na Alemanha, *EGBGB*, arts. 7, 8, 13-22. Na Itália, *Disposizioni preliminari cod. civ.*, arts. 17-21. Nos Países Baixos, *Wet Algemeene Bepalingen*, art. 6.

<sup>45</sup> No mesmo sentido, cf. U. Drobniç (Droit comm. et dip. cit., p. 532).

<sup>46</sup> Makarov, "Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das internationale Privatrecht" (in *Eranion Maridakis*, Atenas, 1964, vol. III, pp. 231/245).

<sup>47</sup> Makarov ("Gleichbehandlungsgrundsatz", cit., esp. pp. 235/238).

<sup>48</sup> Beitzke, "Probleme der Privatrechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft" (ZfRV, 5, 1964, pp. 80 ss.; esp. p. 89).

<sup>49</sup> Meise, *Zur Relativität der Vorbehaltsklausel im internationalen und interlokalen Privatrecht* (tese, Hamburgo, 1966, p. 279, n.º 1).

autores da estatura de Wilhelm Wengler,<sup>50</sup> ex-integrante da Comissão e especialista de direito internacional privado, sustentando não ser indiferente tal circunstância.<sup>51</sup> Vale, ainda, lembrar as colocações de Moser<sup>52</sup> e Niessen.<sup>53</sup>

No sentido do entendimento de ocorrência de discriminação contrária ao Tratado CEE, resultante da adoção da nacionalidade como elemento de conexão colocou-se o TJCE, em decisão de 1969, no caso *Wilhelm c. Bundeskartellamt*,<sup>54</sup> consignando que "o artigo 7 do Tratado CEE proíbe cada Estado-Membro de aplicar indiferentemente seu direito em matéria de *ententes*, em razão da nacionalidade dos interessados", e "que, contudo, o artigo 7 não visa às eventuais disparidades que podem resultar para as pessoas físicas e jurídicas, submetidas à jurisdição da Comunidade, das divergências existentes entre as legislações dos diferentes Estados-Membros, conquanto estas afetem todas as pessoas sob sua aplicação, segundo critérios objetivos, e sem levar em conta a nacionalidade".<sup>55</sup>

Este trecho da decisão do TJCE vem, assim, confirmar o entendimento jurisprudencial quanto à influência do art. 7.1 CEE sobre as normas de conflito. Não quer isso dizer que, em virtude do art. 7.1 CEE, fique impossibilitada qualquer escolha da nacionalidade como elemento de conexão pelas leis conflituais nacionais. Duas ordens de exceções devem ser colocadas. Em primeiro lugar, as garantias formuladas pelo art. 7 não podem ser invocadas por nacional de terceiro Estado, constituindo restrição decorrente dos princípios gerais de direito, sem ter rece-

bido menção expressa no Tratado. Em segundo lugar, há que ressaltar a aplicabilidade das garantias formuladas no art. 7 CEE, como expressamente limitadas ao *âmbito de aplicação do presente Tratado*, excluindo, assim, matérias de direito de família e sucessões à nacionalidade das partes interessadas, mesmo em se tratando de nacionais de Estados-Membros da Comunidade.

Dentre outros aspectos que poderiam ainda ser referidos,<sup>56</sup> em razão da influência sobre a uniformidade das condições de concorrência, especial importância assume a questão em relação à determinação da capacidade das pessoas jurídicas, como já colocava Beitzke, em artigo de 1964.<sup>57</sup>

A influência *indireta* do direito comunitário sobre a ordem pública internacional de cada um dos Estados-Membros não tem amparo em nenhum dispositivo expresso do Tratado CEE. São, no entanto, numerosas as referências do Tratado de Roma à ordem pública dos Estados-Membros, em matérias de ordem pública, mas relativas a algumas matérias em direito de estabelecimento e de Direito Econômico, e comportando reserva, como já visto, das normas conflituais nacionais, em face do princípio de igualdade de tratamento entre cidadãos da Comunidade. Trata-se, aqui, de restrição relativa à condição jurídica dos estrangeiros e não de conflitos de leis.

Poderia tal circunstância significar estar a ordem pública conflitual livre de toda in-

<sup>50</sup> Wilhelm Wengler, "Les conflits de lois et le principe d'égalité" (RCDIP, 1963, pp. 203/231, 503/527), b/c, do mesmo, v. tb. *IPR Rechtsnormen und Wahl des Vertragsstatuts* (VRBEI, Saarbrücken, n.º 241, 1991).

<sup>51</sup> W. Wengler (art. cit., 1963, pp. 215/219).

<sup>52</sup> Moser, "Internationales Privatrecht, Rechtsvereinheitlichung und EWG: Zukunftsaufgaben in Wirtschaft und Gesellschaft" (RCDIP, 1963, pp. 363/375).

<sup>53</sup> Niessen, "Internationales Privatrecht für unerlaubte Handlungen im Widerspruch zur Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrags?" (NJW, 1968, pp. 2170/2172).

<sup>54</sup> TJCE, acórdão de 13-2-1969, caso *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt*, Rec. XV, pp. 1 ss.).

<sup>55</sup> TJCE (acórdão cit., loc., cit., p. 16; no mesmo sentido as conclusões do Advogado-Geral Roemer, pp. 29 ss.).

<sup>56</sup> Acompanhando U. Drobnig, "Droit comm. et dip" (cit., pp. 535/539) em sua indagação - "dans quels domaines l'article 7 du traité CEE exerce-t-il encore une influence sur les règles nationales de conflit?" - ressaltando quatro campos: "si je ne m'abuse, il y en a quatre: la capacité des personnes physiques; les "capacités" des personnes morales; en Italie, la détermination de la loi applicable au contrat; en Allemagne, certaines dispositions particulières de la loi applicable aux actes illicites. Tous ces cas se situent dans le domaine économique."

Dentre tais aspectos, a matéria de maior relevância diz respeito à capacidade das pessoas jurídicas, por se tratar de garantir, assim, no plano do direito privado, a igualdade das condições de concorrência entre sociedades de todos os Estados-Membros, e sobre o conjunto do território do Mercado Comum.

<sup>57</sup> Beitzke, "Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich" (ZHR, 127.1964, pp. 1 ss.); b/c., do mesmo, cf. ref. nota (38) supra.

fluência comunitária? A resposta negativa se impõe na medida em que se deve levar em consideração ao menos três efeitos do Tratado CEE sobre a ordem pública dos Estados-Membros.

Somente em circunstâncias muito específicas poderão os Tribunais nacionais invocar a ordem pública nacional, porquanto, no tocante ao campo de aplicação material dos Tratados comunitários, suas normas conflituais fazem o reenvio às normas conflituais dos outros Estados-Membros. Deve-se partir, em primeiro lugar, do princípio segundo o qual todos os dispositivos nacionais discriminatórios em relação a outros nacionais comunitários, ou de qualquer modo contrários ao espírito ou objetivos dos Tratados, foram eliminados pela harmonização jurídica exigida pela efetiva implantação das Comunidades,<sup>58</sup> eliminando pontos de atrito em matéria de ordem pública, no interior das Comunidades. Em segundo lugar, a solidariedade entre Estados-Membros da Comunidade deve reforçar o efeito das normas de ordem pública nacional, face a terceiros Estados, devendo-se admitir que a ordem pública não se destine somente à proteção dos interesses da *lex fori*, mas podendo servir igualmente à proteção de interesses relevantes também de outros Estados-Membros, podendo mesmo chegar à aplicação, acompanhando H. Batiffol,<sup>59</sup> por determinado Tribunal nacional, de normas de ordem pública de outro Estado-Membro. Em terceiro lugar, o caráter obrigatório do qual se reveste o direito comunitário em relação aos Estados-Membros, leva à conclusão de que a

<sup>58</sup> A respeito da harmonização das legislações nacionais com desenvolvimento específicos a respeito do direito societário e fiscal, v.: Georg Ress, G. Luke e M. R. Will (coords.), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration: Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco* (Colonia, C. Heyman Verl., "Annales Univ. Saraviensis", vol. 100, 1983); Jean-Luc Mathieu, *La Communauté européenne: marché ou État?* (Paris, Natahn, 1990); Gerhard Laule, *Basic problems of harmonizing Tax Law in the European Communities* (Vrbei, Saarbrücken, n.º 276, 1992); Francis Lefebvre (coord.), *L'intégration fiscale: guide fiscal, juridique et comptable* (Paris, LCI, MOCI, 1992).

<sup>59</sup> Henri Batiffol, "Les conflits de lois en matière de contrats dans la Communauté Économique Européenne" (in *Les problèmes juridiques et économiques du Marché Commun*, 1960, pp. 73 ss.).

ordem pública internacional dos Estados-Membros compreende necessariamente os princípios basilares comunitários. Tal conclusão foi jurisprudencialmente confirmada, em primeiro lugar, em matéria de direito da concorrência, com relação às regras contidas no Tratado CEE,<sup>60</sup> e convencionalmente em outras matérias, tais como o reconhecimento mútuo de pessoas jurídicas.<sup>61</sup>

A influência *indireta* sobre as normas conflituais nacionais, em vista de sua harmonização, manifestamente está ligada à intensificação da circulação intracomunitária, seja direta ou indiretamente decorrente do Tratado, com os esforços concomitantes de harmonização, se não de unificação do direito interno dos Estados-Membros, mesmo fora da esfera de influência do direito comunitário.

Nesse contexto devem ser situados os esforços visando à unificação do direito internacional privado nos Estados-Membros, acarretando, em última instância, a sua extinção. Embora sem alcançar unificação total do direito material, a uniformidade das normas conflituais teria o mérito de garantir que qualquer litúgio teria o mesmo encaminhamento conflitual, o que representaria grande passo adiante, mesmo que a diversidade jurídica material conduzisse diferentes tribunais a conclusões diferentes.

Grandes passos foram dados, embora ainda muito deva ser feito. Em suma, poder-se-ia sintetizar estas observações a respeito das relações entre direito comunitário e direito internacional privado, como segue: (a) o direito comunitário desenvolve regras de conflito novas, e que lhe são específicas, seja em suas relações com o exterior, seja nas relações com os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros; (b) o direito comunitário

<sup>60</sup> Limitando as referências a algumas indicações, v.: a decisão de 27 de fevereiro de 1969 do Bundesgerichtshof (in NJW, 1969, p. 978); v., tb., notas de J. Robert (R. arb., 1966, n.º 3, pp. 25, 29 ss.) bem como de R. Lecourt (R. arb., 1966, idem, pp. 145 ss.).

<sup>61</sup> A respeito do reconhecimento mútuo de sociedades, princípio equivalente foi enunciado na Convenção europeia sobre a matéria, estipulando, em seu art. 10, que regras ou princípios nacionais, contrários aos dispositivos do Tratado CEE não podem ser consideradas como integrando a ordem pública dos Estados-Membros.

modifica, seja direta, seja indiretamente, normas de conflito em vigor nos Estados-Membros; e (c) o direito comunitário dá lugar à unificação regional de normas nacionais de conflito, em primeiro lugar nas matérias econômicas mais importantes.

#### 4. O direito econômico e sua possível extraterritorialidade

Pode-se considerar o ordenamento comunitário, enquanto resultante de convenções internacionais, como expressão de direito regulador de sistema internacional de caráter regional. Embora teoricamente sustentável, tal formulação colide frontalmente com a vida e o funcionamento das Comunidades e de suas instituições, na prática. Esse sistema experimental, o direito comunitário, vai além das relações interestatais de coordenação, reguladas pelo direito internacional clássico, que – como visto – se mostrou insuficiente para assegurar base útil de sustentação para os complexos problemas enfrentados pelo ordenamento comunitário.

A construção de mercado comum passa, inicial e preliminarmente, pela construção de união alfandegária, como o foi inicialmente também o Mercado Comum Europeu antes de encetar o patamar de união econômica e monetária, com claro propósito de alcançar grau maior ou menor de união política, como configura o Tratado de União Européia, assinado em Maastricht, aos 7 de fevereiro de 1992 e ainda não ratificado. Ou seja, visando aumentar a coesão entre as economias nacionais, integrantes desse mercado comum, estabelece-se tarifa externa comum, e critérios uniformes com relação à origem de produtos, provenientes do exterior. Obtida a construção do mercado comum, através do dado externo, alfandegário, cabe assegurar que o funcionamento desse mercado não seja falseado por distorções internas, inclusive em suas projeções extraterritoriais.

O direito comunitário da concorrência está se transformando em especialidade independente do direito, tal a complexidade e extensão da regulamentação, da jurisprudência e da doutrina a respeito.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Somente as referências bibliográficas em matéria de direito comunitário da concorrência se estendem por

A análise do direito comunitário da concorrência não se limita, em seu âmbito de aplicação, aos limites geográficos da CEE, podendo estender seus efeitos a terceiros países.<sup>63</sup> Cabe, assim, perquirir os limites e modalidades de tal abrangência territorial, com eventuais projeções extraterritoriais do direito comunitário da concorrência e seus reflexos e paralelos em outros ordenamentos nacionais.

A extensão extraterritorial dos efeitos de qualquer ramo jurídico ou de sua aplicação, enquanto projeção além dos limites territoriais de vigência da lei e da soberania do Estado, vem, assim, acrescer novos dados de complexidade à matéria.<sup>64</sup>

A questão da aplicação extraterritorial do direito econômico poderia colocar matéria mais ampla, em torno da qual poderia ser centrada toda a discussão, abrangendo, ainda, vários outros ramos jurídicos, além do direito da concorrência. Mas sem retomar o debate entre expoentes de várias escolas,<sup>65</sup> é

mais de 60 páginas em minha tese *Elementos de direito comunitário* (São Paulo, 1993, pp. 787/849).

<sup>63</sup> Limitando o enfoque a dois exemplos: em relação à Suíça: D. Schindler, G. Herug, J. Kellenberger, D. Thuerer e R. Zaeck (orgs.), *Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts / Le droit suisse et le droit communautaire: divergences et convergences* (Zurique, Schulthess, 1990); em relação à Áustria: G. Stadler (org.), *Die EG und Oesterreich* (Viena, Manz, 1989); N. Wimmer e W. Mederer, *EG-Recht in Oesterreich: Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf Oesterreich* (Viena, Manz, 1990); H.-G. Koppensteiner, *Weitverkehrsrecht: Oesterreichisches und Europäisches Kartellrecht* (Viena, Orac, 2.ª ed., 1989) e H. Wollmann, *Die kartellrechtlichen Beziehungen Oesterreichs zur EWG* (Viena, Manz, 1991).

<sup>64</sup> Matéria objeto de múltiplos e relevantes estudos, dentre os quais algumas fontes são referidas na nota (96) infra. Também citaria o Simpósio a respeito da *Extraterritoriale Anwendung von Wirtschaftsrecht* (em comemoração ao 60.º aniversário do Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo, 16 e 17 de abril de 1986; *Rabels Z.* 52, 1988, n.º 1-2, pp. 1/302, reunindo contribuições de U. Drobnig, J. Basedow, K. Siehr, F. Rigaux, A.V. Lowe e E.-J. Messtmaecker, seguidas pelas sessões de debates coordenadas por H. Berg, K. Andregg e Chr. Engel, este último fazendo sumário temático dos debates, pp. 256/302).

<sup>65</sup> Mesmo entre nós, limitando o enfoque a dois exemplos, observam-se profundas diferenças de colocação entre os autores:

Geraldo de Camargo Vidigal, *Elementos de direito econômico* (São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 44), o define  
(continua)

preciso, contudo, ter presente que a própria definição de direito econômico é objeto de controvérsia.<sup>66</sup> Controvertida a matéria ou não, é sempre preciso destacar ao menos noção operacional.

No campo do direito econômico, tanto nacional como internacional, tem-se a tendência a reconhecer atenuação das distinções entre direito público e direito privado, bem como entre direito internacional privado e direito internacional público. Mais do que o novo ramo jurídico, o direito econômico<sup>67</sup> e especificamente o direito da integração econômica seria, antes, evolução geral do direito.<sup>68</sup>

(continuação da nota 65)

como: "a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social" (...) "ordena o relacionamento entre os agentes de mercado, quando se marca por um clima de dominação"; enquanto

Eros Roberto Grau, *Elementos de direito econômico* (São Paulo Ed. RT, 1981, p. 27), o caracteriza como "sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macro-jurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal".

<sup>66</sup> Em vista de tais controvérsias, parece aconselhável a posição de pragmática neutralidade adotada por Adriana C. R. Casella, *O Estado e a informatização da sociedade* (tese, São Paulo, s/ed., 1990, p. 59) sugerindo: "Muito se tem discutido a respeito do conceito de direito econômico. Não cabe aqui encontrar uma definição nem criticar o posicionamento dos diversos autores, interessando-nos tão-somente compreender que o direito econômico envolve mecanismos destinados à efetivação de uma dada política econômica estatal, abrangendo relacionamento entre agentes privados e Estado."

Sem negar a relevância do debate, mais vale orientar-se por enfoque teleológico, atentando antes para os fins do direito econômico, fins estes a respeito dos quais parece mais viável buscar denominador comum.

<sup>67</sup> Gérard Farjat, *Droit économique* (Paris, PUF Thomas, 2.<sup>a</sup> ed. ref., 1982).

<sup>68</sup> G. Farjat observa (*op. cit.*, pp. 13/31): "Le droit économique est une réalité que l'on découvre dans toutes les sociétés industrielles contemporaines, comme dans la plupart de celles qui aspirent à le devenir (le droit économique est alors désigné sous le nom de droit du développement; il comporte d'ailleurs ses particularités). Cela ne suffit pourtant pas à justifier une étude autonome, spécifique de ce droit. Il présente, en effet, un aspect singulier. Il n'est pas apparu comme une branche particulière du droit, alors que c'est pourtant ainsi qu'apparaissent généralement les "nouveautés" de quelque ampleur dans les structures juridiques (du droit du travail au droit spatial). Ce que l'on observe ce sont des développements relatifs à l'économie dans presque toutes les branches existantes du droit classique. (...) Il semble que l'on soit en présence d'une évolution générale du droit".

O direito econômico, já observavam Orlando Gomes e Antunes Varela (1977),<sup>69</sup> compreendendo, como compreende, normas de direito civil, comercial, administrativo, penal e tributário, desenvolve-se numa zona intermediária, que não é de direito público nem de direito privado, caracterizando-se por unidade tríplice: de espírito, de objeto e de método. Nesse sentido, vem Fábio Nusdeo (1993) colocar os fundamentos para uma codificação do direito econômico.<sup>70</sup>

Mesmo na Alemanha, onde surgiu o conceito de direito econômico e começam a ser escritos os primeiros estudos a respeito, a partir da I Guerra Mundial, na linha de J. Hedemann (1922),<sup>71</sup> ainda hoje se discute o conteúdo e objeto do direito econômico, e tal aparência de neutralização, contudo, não resiste a um exame mais próximo, sobretudo em se tratando da circulação econômica internacional,<sup>72</sup> caracterizando

<sup>69</sup> Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito econômico* (São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 4/7).

Não obstante seja até certo ponto frustrante a clássica adoção do *tertium genus* para os casos não enquadráveis em categorias polares, são relevantes e oportunas as considerações apresentadas pelos juristas Gomes e Varela a respeito do espírito, objeto e método do direito econômico, (*op. cit.*, loc. cit., referindo autores como Maspétiol e Khalil, *Le dirigisme économique*): "O espírito do direito econômico insufla-se do propósito de garantir a organização e o funcionamento da economia nacional, em bases e com técnicas que, instituindo o primado do interesse econômico geral, não sacrifiquem, não esmaguem, não suprimam a atividade lucrativa dos particulares. Seu objeto se define nas relações que se acham na área interativa do Estado ou que se constituem, sob determinado aspecto, em razão da atividade das grandes empresas, como as que se travam nos contratos de adesão, recapituladas metodicamente, sob a influência do espírito econômico do nosso tempo, regras de direito público e de direito privado, mas reconduzidas para adaptação à nova ótica da política econômica. Seu método, por fim, distingue-se pela desenvoltura na busca das construções e técnicas adequadas às novas exigências".

<sup>70</sup> Fábio Nusdeo, *Elementos para uma codificação do direito econômico* (São Paulo, tese de cátedra, s/ed., 1993).

<sup>71</sup> Com destaque para J. Hedemann e o seu *Grundzüge des Wirtschaftsrechts* (1922). Nesse sentido v., tb., G. Farjat (*op. cit.*, loc. cit.) e U. Drobniq (art. citado).

<sup>72</sup> Trata-se de trânsitos econômicos além-fronteiras, ou "grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs" (U. Drobniq, "Das Profil des Wirtschaftskollisionsrechts - Einführende Bemerkungen zum Symposium", *Rebels Z.*, 52/1-2, 1988, pp. 1/7).

fenômeno que veio modificar estrutural e essencialmente muitas categorias jurídicas, tais como, e.g., os contratos, especialmente projetados em contexto supranacional.<sup>73</sup>

Nesse sentido, poder-se-ia acompanhar François Rigaux (1986),<sup>74</sup> observando que, não obstante as divergências e mesmo as opiniões conflitivas, pode-se *detectar relativa convergência de métodos e argumentos jurídicos*, de modo que os problemas suscitados pela pretendida aplicação extraterritorial do direito econômico são consideráveis e já ensejaram abundante prática tanto administrativa quanto judiciária e diplomática. As matérias abrangidas por tal prática são muito variadas, seus setores mais notáveis sendo o direito da concorrência, as diversas formas de embargo ou *boycott*, a luta contra práticas comerciais restritivas, a corrupção, a fraude fiscal e as manobras especulativas imobiliárias ou financeiras.<sup>75</sup>

A noção de interesse nacional designa de maneira bastante adequada os objetivos pretendidos pelas diversas legislações nacionais, e é fácil compreender que as políticas econômicas, conduzidas de modo unilateral em cada Estado, correm o risco de entrar em choque umas com as outras.<sup>76</sup>

Tendo em mente a aplicação extraterritorial do direito econômico, vale retomar alguns pontos fundamentais, em função do objeto deste estudo. O já referido François

Rigaux<sup>77</sup> se debruça sobre os conceitos contidos na expressão *aplicação extraterritorial do direito econômico*, a saber: a especificidade do direito econômico, como deve ser compreendida a *aplicação desse direito* e qual sentido deve ser dado ao conceito de territorialidade e em que consiste a natureza extraterritorial de tal aplicação?

A originalidade do direito econômico – assim como se veio a reconhecer em relação ao direito do trabalho, ou ao direito do comércio internacional – consiste no fato de que quaisquer que sejam as formas, inclusive as diversas modalidades contratuais, o fim e os métodos do direito econômico se destacam radicalmente da concepção individualista do direito dos códigos civis dos séculos XIX e XX, decorrendo da vontade do Estado de organizar as relações de produção, segundo métodos diversos daqueles do direito civil. Dentre os variados métodos do direito econômico três características se destacam: as relações de produção, de comercialização, de distribuição e consumo dos bens são consideradas em seu conjunto, como fenômeno coletivo; o Estado assume papel de responsável pelo planejamento ou ao menos de correção sistemática das relações individuais; instituições específicas foram criadas, encarregadas de controlar e orientar a organização do mercado.

O dado *econômico* retoma o sentido da *Política* de Aristóteles,<sup>78</sup> enquanto governo da casa (*oikonomia*), também estendendo a reflexão quanto ao bem-estar econômico do conjunto da cidade, ou seja, projeto global de organização coletiva, cuja implementação é manifestamente antes jurídica que política. O direito econômico, essencialmente, não se adapta às categorias tradicionais da ciência do direito, sobretudo no tocante à distinção entre direito público e privado.<sup>79</sup> Es se fenômeno

<sup>73</sup> O contrato internacional coloca novas categorias mentais e operacionais. Parecendo-me descabido retomar *in extenso* a matéria remeteria às observações iniciais formuladas a respeito do tema in "Negociação e formação de contratos internacionais: em direito francês e inglês" (Rev. Fadusp, São Paulo, 1989/90, pp. 124/171; tb. publ. em anexo ao vol. *Contratos financeiros internacionais*, op. cit., São Paulo, Ed. RT, 1993).

<sup>74</sup> François Rigaux, "Droit économique et conflits de souverainetés" (no já referido Simpósio promovido pelo Instituto Max-Planck de Hamburgo, em 1986, versando a aplicação extraterritorial do direito econômico, vol. cit., pp. 104/155; seguido de summary, pp. 155/156).

<sup>75</sup> Nessa vertente, destacam-se os trabalhos de J.M. Jacques, "La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international" (Rcdip-Clunet, v. 112, 1985, pp. 327/405), K. M. Meessen, "Antitrust jurisdiction under customary international law" (Am. J. Intl. Law, v. 78, 1984, pp. 783/810), bem como do próprio F. Rigaux, o seu *Droit public et droit privé dans les relations internationales* (Paris, 1977).

<sup>76</sup> F. Rigaux (op. cit., p. 105).

<sup>77</sup> F. Rigaux (op. cit., cap. II "l'application extraterritoriale du droit économique: une définition des concepts", sections 1 a 4, pp. 106/114).

<sup>78</sup> Aristóteles *Política* (trad. J. Dubonnet, Paris, Les belles lettres, 1971, Livro 1, cap. 3, n.º 1253a, p. 16; Livro III, cap. 6, n.º 1278b, pp. 65 ss.).

<sup>79</sup> F. Rigaux (op. cit., p. 108). Sobretudo, observa Rigaux, "nos sistemas jurídicos de economia de mercado, as novas regulamentações se esforçam por introduzir, a nível das relações coletivas, os métodos do Direito público, enquanto as relações individuais permanecem reguladas pelo Direito privado".

se verifica em tal extensão, a tal ponto que uma das dificuldades específicas da aplicação extraterritorial do direito econômico tem precisamente por objeto, a apreensão, pela regulamentação de direito público, de determinado Estado, das relações contratuais vinculadas ao direito privado de outro Estado.<sup>80</sup>

Prosseguindo, na mesma linha, F. Rigaux<sup>81</sup> nos propõe como conceito da aplicação de regra jurídica a dedução das consequências jurídicas dessa norma em vista de situação específica. Em matéria de obrigações e contratos tal aplicação resulta, essencialmente, da vontade das partes. No direito econômico, suas aplicações mais características têm natureza constitutiva. Mesmo quando são realizadas sob a égide de controle jurisdicional de legalidade, observa, "os atos administrativos mais característicos do direito econômico são as decisões pelas quais a autoridade pretende impor aos operadores econômicos determinados comportamentos considerados como recomendáveis em vista do interesse geral. As soluções assim adotadas são justificadas pela competência discricionária atribuída à autoridade habilitada a tomar as medidas para regular o mercado em conformidade com o interesse nacional (ou na CEE, ao interesse comunitário), ou derivam de competências gerais utilizadas para os mesmos fins".<sup>82</sup>

A aplicação do direito econômico não se limita às hipóteses nas quais a decisão da autoridade competente é acompanhada de injunções dirigidas a pessoas ou empresas<sup>83</sup>. Também ocorre que os fins específicos do direito econômico sejam atingidos pela formulação de normas gerais às quais as pessoas físicas e jurídicas devem e podem se conformar, sem intervenção de qualquer autoridade.<sup>84</sup>

Podem ser distinguidas modalidades de aplicação do direito econômico, conforme situa F. A. Mann (1964 e 1984),<sup>85</sup> no tocante à observância pelos agentes econômicos privados de norma geral (a chamada *jurisdiction to prescribe*), a decisão jurisdicional retrospectiva versando a conformidade jurídica de atos praticados pelos mesmos agentes (a *jurisdiction to adjudicate*) e a implementação de meios coercitivos para orientar o comportamento futuro dos destinatários da norma (*jurisdiction to enforce*).

A conceituação da aplicação extraterritorial suscita previamente a análise dos dois significados possíveis da noção de territorialidade:<sup>86</sup> enquanto a territorialidade em sentido formal designa a força vinculante do direito, a territorialidade em sentido material se refere à aplicabilidade da norma jurídica. Vários motivos podem levar à rejeição das definições tradicionais de aplicação extraterritorial.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> F. A. Mann, *The doctrine of jurisdiction in international law* (Rcadi, 1964-I, t. 111, pp. 1/162) e *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years* (Rcadi, 1984-III, t. 186, pp. 11/115).

<sup>86</sup> F. Rigaux desenvolve a distinção entre os dois significados do conceito de territorialidade (*op. cit.*, pp. 110/111).

<sup>87</sup> As quatro ordens de motivos que justificam a rejeição da amplitude total do conceito de extraterritorialidade são as seguintes: a. "flexibilité de la notion de rattachement territorial (au sens matériel)"; b. "le droit international reconnaît à l'État un titre de compétence non territorial, déduit de l'allégeance des personnes physiques ayant sa nationalité et de celle des personnes morales ayant leur siège sur son territoire ou s'étant constituées conformément à son droit interne"; c. "dans la matière des obligations contractuelles qui occupe un vaste secteur des relations économiques, la loi applicable peut être désignée par les contractants conformément au principe d'autonomie de la volonté. Qualifier d'extraterritoriale l'application de la loi choisie par les parties serait un abus de langage"; e, d. o quarto motivo para questionar a utilização – sem maiores especificações – do conceito de aplicação extraterritorial do direito econômico "tient à l'ambiguïté (...) de la notion même d'application" uma vez que "à l'égard des seules formes coercitives de mise en oeuvre de la norme (*jurisdiction to enforce*) chaque État peut se prévaloir du monopole de la contrainte sur son territoire, mais hormis l'accomplissement d'un acte de contrainte physique par l'organe d'un État sur le territoire d'un autre État, hypothèse exceptionnelle dans les cas de prétendue application extraterritoriale du droit économique, est-il permis de conférer cette dernière qualification à l'injonction adressée du territoire d'un État à un agent économique privé résidant ou se trouvant sur le territoire d'un autre État?"

<sup>80</sup> F. Rigaux (*op. cit.*, loc. cit.).

<sup>81</sup> F. Rigaux (artigo cit., section 2 "l'application du droit économique", pp. 108/109).

<sup>82</sup> F. Rigaux (*op. cit.*, loc. cit.).

<sup>83</sup> F. Rigaux (*op. cit.*, idem).

<sup>84</sup> F. Rigaux ressalta (*op. cit.*, p. 109): "Toutefois, au cas où la norme n'a pas été respectée par son destinataire, celui-ci peut y être contraint par la juridiction compétente, la jurisprudence procurant des nombreux exemples d'une telle "application" contentieuse de la règle de droit économique".

Retomando F. Rigaux, conclui este<sup>88</sup> que, sob aparência inocente, o conceito de aplicação suscita múltiplas indagações não resolvidas, uma vez que a norma de direito econômico tanto pode ser espontaneamente aplicada pelos operadores do comércio internacional, cujo comportamento pretende regular, como também pode exigir ação coercitiva de autoridade ou jurisdição estatal.<sup>89</sup> Quanto ao caráter extraterritorial ou, antes, transnacional, da aplicação do direito econômico, vale ressaltar, de um lado, que os casos mais notórios de tal aplicação fogem, em nossos dias, ao controle exclusivo de único Estado,<sup>90</sup> enquanto, por outro lado, os principais operadores econômicos pertencem a grupos transnacionais ou multinacionais de sociedades (L. O. Baptista, 1987)<sup>91</sup> integradas por entidades jurídicas distintas, vinculadas por elementos de conexão e vinculação a distintos sistemas nacionais.

Caberia distinguir entre o direito econômico internacional e a norma de conflito em direito econômico, em vista da clareza e da

precisão da análise, acompanhando as observações de U. Drobnig (1986).<sup>92</sup> O objeto do direito econômico internacional, enquanto ramo do direito internacional, é a regulamentação de problemas de caráter econômico internacional por parte de Estados e organizações internacionais. Tal regulamentação pode resultar de normas internas, de convenções bilaterais ou multilaterais, ou ainda de normas oriundas de organizações econômicas internacionais. O objetivo de alcançar nova ordem econômica mundial somente se pode pretender efetivar na medida em que a prática negocial seja acompanhada por regulamentação jurídica (de direito econômico) de caráter internacional. Já as normas de conflito em direito econômico não se reportam à diversidade dos interesses econômicos dos diferentes Estados, mas à influência de normas de direito econômico, quer sejam de caráter nacional, supranacional ou estatal, sobre as relações jurídicas estabelecidas entre partes integrantes de relações econômicas de natureza supranacional.<sup>93</sup>

Sob a rubrica de normas de conflito em direito econômico inserem-se normas de importância e volume crescentes, caracterizando fenômeno que não se deve ao acaso nem tampouco a manifestação de modismo passageiro, refletindo, antes, profunda transmutação do panorama mundial contemporâneo.

O Estado moderno – não é preciso desenvolver muito tal formulação –, segundo fronteiras mais ou menos extensas e claramente definidas, interfere e modela as exigências sociais e a atividade econômica de cada povo, através de intervenções que, direta ou indiretamente, também afetam o intercâmbio econômico internacional. Por isso trata-se de fenômeno que tende a desenvolvimento potencialmente crescente e de alcance muito amplo, que não deve ser disfarçado sob a égide de regulamentação de desastrado caráter

88 F. Rigaux (*op. cit.*, "réflexions de synthèse", pp. 113/114).

89 F. Rigaux (*op. cit.*, p. 113) observa: "A l'égard de la dernière catégorie d'actes, il importe aussi de distinguer selon que l'autorité étatique se borne à émettre une injonction ou à prononcer une condamnation ou qu'elle procède à l'exécution matérielle de celle-ci (saisie de biens ou de documents, arrestation d'une personne)."

90 Ainda o mesmo F. Rigaux (*op. cit.*, p. 114): "Si par application extraterritoriale on entend la volonté d'un État de se saisir d'un complexe de faits dont une partie au moins est localisé hors de son territoire, la dimension même des échanges de biens et de services a conféré une portée extraterritoriale ou transnationale à bon nombre de mises en oeuvre du droit économique." (...) "les principaux opérateurs économiques appartiennent à des groupes eux-mêmes transnationaux, de sociétés, composées d'entités juridiques particulières soumises à une multiple allégeance: la filiale de nationalité A d'une société de nationalité B relève, en vertu du principe de personnalité, de l'État A, mais elle est aussi soumise à la domination exercée sur elle par la société-mère et, à travers de celle-ci, par l'État B. En outre si la majorité des actionnaires de la société A a la nationalité de l'État B (ou de l'État X) ou que l'un des actionnaires soit lui-même une société ayant cette nationalité, on ne saurait refuser à ce dernier État le pouvoir de se prévaloir à l'égard de ces actionnaires du principe de personnalité."

91 L. O. Baptista, *Empresa transnacional e direito* (São Paulo, Ed. RT, 1987).

92 U. Drobnig (*op. cit.*, pp. 1/7).

93 Como observa o mesmo autor (*op. cit.*, loc. cit.): "Es geht (...) um die Berücksichtigung einer zusätzlichen Dimension von Interessen, nämlich der privaten neben den staatlichen. In dem Zwang, sowohl staatlichen wie private Interessen zu berücksichtigen, liegt – auf einen kurzen Nenner gebracht – die Schwierigkeit und Eigenart des Wirtschaftskollisionsrechts, aber natürlich auch sein ganzer Reiz."

emergencial e transitório – como notória e inadequadamente se caracterizam entre nós as incursões do Estado no e sobre o domínio econômico (F. Scaff, 1990).<sup>94</sup>

Justamente coloca-se a questão da delimitação do terreno entre as normas de conflito em direito econômico e as normas de conflito clássicas, ordenadas como *direito internacional privado*, regendo as relações jurídicas normais, de caráter privado. Fica patente a dificuldade de traçar linha divisória nítida, na medida em que a distinção se mostra incerta e fluida, sujeita a grandes variações nacionais ou mesmo desconhecida em alguns casos. Ocorrem também normas privadas de conteúdo ligado à regulamentação jurídica do ordenamento econômico, notoriamente em matéria de direito da concorrência, do direito do trabalho e da proteção ao consumidor.

Como ponto de partida na doutrina do direito internacional público ocidental coloca-se a premissa de que nenhum Estado, em razão da delimitação territorial de sua soberania, pode pretender estender além de suas fronteiras sua regulamentação jurídica do ordenamento econômico. Tal formulação, desenvolvida e reafirmada em direito internacional, na linha de A. F. Lowenfeld (1979) e outros,<sup>95</sup> aplica-se perfeitamente ao direito econômico.

<sup>94</sup> Fernando F. Scaff, *Responsabilidade do Estado interencionista* (São Paulo, Saraiva, 1990).

Ainda o mesmo Ulrich Drobnig (*op. cit.*, p. 3): "In der richtigen Abgrenzung des Gegenstandes des Wirtschaftskollisionsrechts liegt offenbar ein schwieriges und weithin noch ungelöstes Problem".

<sup>95</sup> A respeito da delimitação da soberania e a vigência espacial das normas jurídicas, muito especificamente em matéria de Direito Econômico, vide, i.á., Luigi Fumagalli, *Conflitti tra giurisdizioni nell'assunzione di prove civili all'estero* (Padova, Cedam, 1990); Isabel Jalles, *Extraterritorialidade e comércio internacional: um exercício de direito americano* (Lisboa, Bertrand, 1988); A. Lowenfeld, *Public Law in the International Area – Conflict of Laws, International Law, and some suggestions for their interaction* (Rcadi, 1979-II, v. 163, pp. 311/436); D. R. Gerber, *The extraterritorial application of German Antitrust Law* (A.J.I.L., v. 77, 1983, pp. 756/783); H. Harfield, *The implications of U.S. extraterritorial discovery proceedings against multinational corporations for the Judiciary* (N.Y.U.J. Intl. Law Pol., v. 16, 1983/84, pp. 973/983); A. V. Lowe, *Public International Law and the Conflict of Laws: the European response to U.S. Export Administration Regula-*

As únicas exceções a essa estrita territorialidade seriam decorrentes da aceitação da norma estrangeira por outro Estado, seja em caráter geral, em razão de convenção internacional, por meio da qual ficam especificados os casos em que se dará aplicação daquela norma, ou em casos isolados, mediante aceitação e adoção da norma estrangeira em determinada decisão judicial, conforme situam R. Jennings (1957), G. A. van Hecke (1962), B. Goldman (1969 etc.), D. R. Gerber (1983), J. G. Castel (1983), I. Jalles (1988) *et al.*<sup>96</sup>

Justamente logo após a afirmação dessa territorialidade começam a colocar-se as dúvidas e incertezas, especialmente, como se disse, em razão da internacionalidade inerente às práticas econômicas internacionais, onde fica evidente a distância entre a atuação e a abrangência das distintas regulamentações nacionais, separadamente consideradas. Especialmente no interior de conjunto da natureza da Comunidade Econômica Européia, a solidariedade deveria ser tão estreita a ponto de permitir mecanismos

*tions* (Intl. Comp. L.Q., v. 33, 1984, pp. 515/530); R. Y. Jennings, *The limits of State Jurisdiction* (Nord. T. Intl. Ret. 32.1962, pp. 208/229); I. F. Blejec, *Extraterritorial jurisdiction of U.S. Courts regarding the use of subpoenas duces tecum to obtain discovery in transnational litigations – the search for a limiting principle* (N.Y.U.J. Intl. Law & Pol., 16.1983/84, pp. 1135/1166).

Alguns aspectos do tema também foram considerados em *O caso Achille Lauro* (São Paulo, no prelo, 1993). Em lugar de elencar a bibliografia a respeito da matéria, faço remissão aos autores lá citados, com destaque para Ian Brownlie, *Principles of International Law* (Oxford, OUP, 3.ª ed., 1979); Alfred Verdross e Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis* (Berlín, Duncker & Humboldt, 1.ª ed., 1976; 2.ª ed., 1981).

<sup>96</sup> A respeito da aceitação da norma estrangeira como dado de fato ou de direito e sua aplicação pelo juiz nacional tive ocasião de examinar alguns aspectos relevantes e recensear bibliografia a respeito da matéria no Parecer *Cooperação Interamericana e Integração Jurídica* (solicitado pelo Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Prof. Vicente Marotta Rangel, a respeito da conveniência da assinatura pelo Governo Brasileiro das Convenções Interamericanas sobre regime legal das procurações para serem utilizadas no exterior (Panamá, 1975), sobre obtenção de provas no exterior (Panamá, 1975) e sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro (Montevideu, 1979), especialmente na introdução "o direito como instrumento de integração no contexto interamericano", pp. 2/15).

automáticos de superação de divergências entre Estados-Membros.

O primeiro e primordial elemento da norma econômica de conflito é o dado econômico, ou seja, seu conteúdo. Esse dado econômico, já, por si, suscita amplo espectro de difícil compreensão: aí se inserem, e vão estar refletidos, mesmo considerando a matéria em rápida análise, aspectos tão diversos e nem sempre facilmente conciliáveis, tais como a estrutura constitucional da ordem econômica e social, em seu conjunto, o sistema econômico abrangendo a estruturação e a regulamentação do direito de propriedade – em suas marchas e contramarchas, tais como ilustram as mudanças na Europa Central, desde 1989<sup>97</sup> –, bem como as restrições à liberdade de atuação econômica, notadamente em matéria de limitações ao exercício da autonomia da vontade das partes contratantes; trata-se, também, dos aspectos estruturais e internos do direito econômico, o direito tributário, o direito da concorrência, a regulamentação em matéria de controle de preços; trata-se, ainda, também, do direito do comércio exterior, com seus múltiplos avatares em matéria de restrições à importação ou à exportação, e em matéria de controle de divisas; trata-se, finalmente, também, da regulamentação das atividades das empresas estatais e sociedades de economia mista; em menor grau, aplica-se a mesma linha de raciocínio também à regulamentação do direito do trabalho, da proteção ao consumidor, do direito previdenciário; aplica-se, ainda, ao direito ambiental, às normas de proteção do patrimônio cultural; não se esqueça, tampouco, o direito da proteção ao consumidor. Ou seja, fica abrangida, nesta apresentação, ainda que esquemática, grande parte senão a quase totalidade do direito público, colocando os parâmetros de orientação da matéria.

<sup>97</sup> A respeito das nacionalizações F. Rigaux tem posição diversa da de U. Drobniç, excluindo expressamente desta rubrica a questão das nacionalizações, observando: "les effets extraterritoriaux des mesures d'expropriation ou de nationalisation ont été exclus [du présent article]: les problèmes suscitéés par l'application extraterritoriale du droit économique se distinguent radicalement des questions toutes différentes qui apparaissent dans la matière des nationalisations".

Esse crescente volume e relevância das normas de ordenamento político-econômico nos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais não é fenômeno passageiro nem isolado. Corresponde a mutação estrutural do Estado moderno – que não é preciso retomar aqui – influenciando direta e significativamente sobre a vida econômica e a estruturação das relações sociais de cada povo, levando a intervenções que, direta ou indiretamente, afetam também a regulamentação internacional das atividades econômicas, caracterizando fenômeno que tende antes a crescer e intensificar-se do que a diminuir, e a intensificar-se nas suas projeções extraterritoriais. Ora, aí se coloca o segundo dado da matéria: a aplicação extraterritorial dessas normas de conteúdo econômico, ou, melhor dizendo, a aplicação das normas estrangeiras de direito econômico. Tal aplicação pode ficar tipificada na incidência de exigências colocadas por uma norma estrangeira de conteúdo econômico sobre uma decisão negocial, caracterizando-a como a superação de requisitos de natureza jurídica, ainda que a norma estrangeira somente seja levada em conta como dado fático. Justamente há de se atentar para a inter-relação entre a norma de direito internacional privado e a norma de conteúdo econômico, na medida em que estas últimas vêm subverter a delimitação clássica do âmbito de aplicação das normas de direito civil, impondo à consideração o aspecto econômico. Colocada situação de conflito de normas, a determinação da lei aplicável – ou das leis aplicáveis – seria feita mediante utilização dos procedimentos e critérios estipulados pelo direito internacional privado. Nessa ordenação de interesses regulados pelo direito privado intervêm as normas de conteúdo político-econômico como normas de aplicação imediata ou de ordem pública.<sup>98</sup>

A incidência da norma de conteúdo econômico força a reformulação das relações de direito privado, em função de seu conteúdo

<sup>98</sup> U. Drobniç usa imagem eloqüente, descrevendo que as normas de conteúdo econômico caem como lobos sobre a harmonia das ovelhas do mundialmente fungível universo das normas de direito civil, sendo, por isso, correto "die ordnungspolitischen Vorschriften als 'Eingriffsnormen' zu bezeichnen" (*op. cit.*, p. 4).

de ordem pública. A questão que se coloca é justamente que na maioria dos ordenamentos somente se regula a hipótese de aplicação da norma de conteúdo econômico enquanto norma da *lex fori*. As três situações deverão ser distinguidas, segundo se trate de aplicação de norma de ordem pública integrante do ordenamento territorial, norma de ordem pública do ordenamento estrangeiro ao qual se vincula a relação contratual, ou norma de ordem pública de terceiro Estado.<sup>99</sup> A aplicação da norma de ordem pública do ordenamento territorial é tautologicamente imediata, em sua precedência sobre as relações de direito privado estipuladas pelas partes. Contudo, as normas de ordem pública do ordenamento territorial deverão ser aplicadas conforme suas próprias estipulações quanto ao âmbito de aplicação.

A mesma automaticidade já não se caracteriza no reconhecimento da necessidade da aplicação da norma de ordem pública do ordenamento estrangeiro ao qual se vincula a relação contratual, na medida em que suscita a questão da aplicação de norma estrangeira de ordem pública. Aí já se podem ouvir alegações em contrário a tal aplicação, como, por exemplo, o fato de tratar-se de direito público ou de norma de ordem pública de aplicação estritamente territorial no Estado de origem.

A respeito da questão da aplicação da norma de ordem pública do ordenamento estrangeiro ao qual se vincula a relação contratual, pode-se notar sensível redução das reservas mentais contra tais situações, levando, em muitos casos, a aplicações *cumulativas* das normas de ordem pública de diversos Estados. Altamente controversa é a terceira situação, consistente na aplicação de norma de ordem pública de terceiro Estado.<sup>100</sup>

<sup>99</sup> Na expressão de Drobnig, caberia fazer tripartição das normas em: Eingriffsnormen des Gerichtsstaates; Eingriffsnormen des Wirkungsstaats; e Eingriffsnormen einer dritten Rechtsordnung.

<sup>100</sup> Deve um tribunal alemão – ou, de modo semelhante, poder-se-ia estender a indagação, um tribunal brasileiro – observar restrições a exportação, oriundas dos Estados Unidos, em se tratando de contrato regido, por exemplo, pelo direito francês? A resposta afirmativa, segundo o mesmo U. Drobnig, suscita problemas: "Wer diese Frage bejaht, nimmt eine Sonderanknüpfung der

Ainda pode ser acrescida uma complicação adicional: existe alternativa para o debate a respeito da conveniência e extensão da aplicação de norma estrangeira de ordem pública. Em lugar de considerar tal norma estrangeira como dispositivo jurídico, pode ela ser considerada como dado fático. A existência de limitação ou proibição à exportação pode ser vista tanto como uma restrição de direito como de fato ao adimplemento das obrigações contratuais.

Fica, assim, colocado o problema em sua plena extensão, porquanto há que se atentar para o fato de ver de que modo serão consideradas, pelo ordenamento local, as normas estrangeiras de ordem pública: se como direito, se como mandamento de ordem moral e de bons costumes, ou como simples dado fático. O dado mais característico e marcante desse segmento seria, justamente, a conjugação desses dois fenômenos, apontados por Ulrich Drobnig,<sup>101</sup> a saber, de um lado, a desigualdade de peso entre as normas internas e externas de direito econômico e, de outro lado, a possibilidade de aplicação cumulativa de normas integrantes do ordenamento político-econômico de diversos Estados.

##### *5. Necessidade de regulamentação econômica em mercado comum: os artigos 85 e 86 do Tratado de Roma e a estrutura atual do Mercosul*

Pode-se considerar o ordenamento comunitário, como o *fruto de amores entre sonho*

amerikanischen Eingriffsnorm vor, weil er ihre Anwendung von anderen Voraussetzungen abhängig macht als die Anwendung des französischen Rechts auf den Vertrag im übrigen. Vorausgesetzt ist zunächst wieder, dass das amerikanische Exportverbot nach seinem räumlichen Anwendungswillen den Liefervertrag überhaupt erfassen will. Aber wenn die Vereinigten Staaten dies wollten: Dürfen und sollen wir einen solchen Anwendungswillen unter allen Umständen honorieren? Kommt es dafür vielleicht auf die Einstellung des französischen Vertragsstaats an? Oder allein auf diejenige der deutschen *lex fori*? Oder vielleicht beider? Hat hier auch das Völkerrecht ein Wort mitzusprechen? Dieselben Fragen stellen sich, wenn das Bestimmungsland der Waren deren Einfuhr beschränkt. Export- und Importverbote sind also eventuell 'kumulativ' zu beachten."

<sup>101</sup> U. Drobnig (*op. cit.*, pp. 6/7).

político e vontade econômica,<sup>102</sup> embora resultante, ao menos inicialmente, de convenções internacionais; constitui, em essência, expressão de direito regulador de sistema internacional, de natureza econômica, e de caráter regional. Embora teoricamente sustentável, tal formulação colide frontalmente com a vida e o funcionamento das Comunidades e de suas instituições, na prática. Esse sistema experimental, o direito comunitário, vai além das relações interestatais de coordenação, reguladas pelo direito internacional clássico, que, como visto, se mostrou insuficiente para assegurar base útil de sustentação para os complexos problemas enfrentados pelo ordenamento comunitário, constituindo a *ordem jurídica interna de comunidade de povos*, cuja finalidade seria a construção de federação européia, e o caminho, para alcançar tal fim, seria a construção de solidariedade econômica.

A experiência mostrou ser a construção de mercado comum esforço progressivo, passando, inicialmente, pela construção de união econômica, como inicialmente também foi o Mercado Comum Europeu, antes de encetar patamares de união econômica e monetária e possível união política (da qual se vêem atualmente prenúncios, tais como a criação de Banco Central Europeu, com moeda única, o ECU,<sup>103</sup> ou mesmo a constituição de forças armadas centralizadas, de caráter supranacional). Ou seja, visando aumentar a coesão entre as economias nacionais, integrantes desse mercado comum, estabelece-se regime unificado de circulação intracomunitária de pessoas, bens, serviços e capitais, enquanto se unificam tarifas e posições, em relação ao exterior. Obtida a construção do mercado comum, através do binômio liberdade de circulação interna e restrição no dado externo, alfandegário cabe

assegurar que o funcionamento desse mercado unificado não seja falseado por distorções internas.<sup>104</sup>

Visando implementar essa Comunidade, os países-membros, em primeiro lugar, trataram de criar e fazer funcionar essa unidade econômica. A tal ponto que *o meio*, ressalta J. Mota de Campos, "parece tornar-se fim, em si mesmo",<sup>105</sup> considerando-se que a grande maioria das normas emanadas dos órgãos comunitários se reveste de caráter regulatório das atividades econômicas, no interior da Comunidade.

O direito comunitário europeu é direito essencialmente econômico, de inspiração liberal, dotado de conteúdo específico, revestido de caráter supranacional, baseado no reconhecimento da eficácia da economia de mercado e na primazia desse sistema na Europa Ocidental. Esses artigos de fé econômica tornaram-se artigos inseridos nos Tratados de Paris e de Roma, marcando indelevelmente o direito comunitário como direito econômico, tanto por sua essência, bem como pela natureza e direcionamento de sua regulamentação.

As últimas décadas<sup>106</sup> mostram o aparecimento e desenvolvimento na Europa de tríade de elementos: consistente na (a) estruturação de economias pós-industriais complexas, acompanhadas de mutações essenciais, tanto sociais quanto econômicas; (b) construção de ordenamento jurídico novo, de caráter supranacional, o direito comunitário; e (c) descoberta e desenvolvimento do direito econômico, como disciplina jurídica autônoma; inegavelmente ocorrendo certo grau de concomitância entre os dois fenômenos, sendo o direito comunitário, por excelência, o primeiro ordenamento jurídico econômico liberal.

Do ponto de vista da economia liberal, o direito comunitário tem caráter paradigmático

102 Claude Champaud, "L'apport du droit communautaire au droit économique" (C.D.E., 6.1970, n.º 5, pp. 557/567).

103 O ECU, ou Unidade Monetária Européia, é fenômeno sobremodo interessante, sem paralelo na história, com múltiplos desdobramentos e implicações jurídicas, políticas, econômicas e sociais. A respeito, publicação recente e bastante completa, referiria, de Christopher Jones (ed.), *ECU: the currency of Europe* (Londres, Euro-money Publ. Plc, 1991).

104 Nesse sentido, P. B. Casella, "Direito comunitário, direito internacional público, regulamentação do GATT e direito internacional privado" (S. Paulo, 1993, no prelo; esp. parte II).

105 A respeito v. J. Mota de Campos, *Direito comunitário* (Lisboa, Fund. C. Gulbenkian, 2.ª ed., 1988, vol. I, pp. 466 ss.).

106 Conforme se tome como ponto de partida 1957 ou 1951.

co: nunca antes se ensaiara, de modo tão abrangente, completo e sistemático, a proteção da liberdade econômica pela regulamentação precisa e detalhada da atuação dos agentes econômicos. O direito comunitário evidencia a necessidade e segurança da coexistência entre o livre funcionamento dos mercados e a regulamentação que substitui a licenciosidade anárquica dos agentes econômicos – problema dos mais pungentes neste nosso Brasil de hoje, onde proliferam e se solidificam os interesses de grupos em detrimento do interesse social mais amplo, desafiando os poderes constituídos, representando variegados e problemáticos poderes setoriais *de fato*, impávidos diante das exigências e mecanismos *de direito*, potencialmente agravados por profundo e grave problema social.<sup>107</sup> Justamente teríamos, com nossos modelos em crise, muito a aprender com essas democracias liberais, onde a regulamentação econômica não fica necessariamente manchada com a pecha de dirigismo.

O direito comunitário encerra múltiplas lições, dentre as quais poderíamos destacar os efeitos benéficos de estrita regulamentação dos mercados, assegurando a competitividade, com progressos técnicos sendo repassados ao público com velocidade sempre maior e custo sempre menor, a estabilidade institucional, desde a confiabilidade de preços e razoabilidade das expectativas de lucro, bem como, em espectro mais amplo, os efeitos que vão dos aspectos sociais aos macroeconômicos. Conceitualmente, tão inovador quanto seu caráter supranacional, ou a daí decorrente revisão do conceito de soberania, o direito comunitário acresce a isso a importância do direito penal e do direito público. A contribuição do direito comunitário ao direito econômico poderia ser situada em plano tríplice, onde não fica limitado ao (a) plano da natureza e dos fins; mas também (b) a construção comunitária permitiu concomitantemente delimitar o âmbito de aplicação do direito econômico em economia liberal, além de (c) ter, também, se revelado extremamente fecundo no plano das téc-

nicas próprias do direito econômico, elaboradas ou aperfeiçoadas pelos órgãos comunitários, na implementação dos dispositivos contidos nos Tratados.

Todos esses aspectos ilustram a indispensável necessidade de regulamentação econômica no interior de mercado comum, referindo, ainda que somente a título exemplificativo, a importância de regulamentar o funcionamento da economia; em mercado comum, *especificamente em matéria de concorrência*, poderiam ser lembradas centenas de casos julgados a cada ano neste campo específico,<sup>108</sup> servindo para ilustrar o dinamismo e a vital importância de efetiva regulamentação e vigilante manutenção da observância ao livre funcionamento dos mercados, neste que foi, historicamente, um dos campos de maior relevância da atuação do direito comunitário.<sup>109</sup>

Passando, agora a exame – infelizmente apenas perfunctório<sup>110</sup> – do conteúdo dos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma, essa inspiração liberal, baseada no dinamismo das forças do mercado (a que já se referia o Tratado CEE, no seu artigo 3, letra f), constitui mercado de livre concorrência, contendo os artigos 85 e 86 (bem como, subsidiariamente, os artigos 88 a 94, embora sem referência direta, hoje) conjunto de regras que visam organizar e disciplinar a concorrência no espaço comunitário.

São declarados como sendo incompatíveis e proibidos, além de nulos no Mercado Comum (art. 85, 1 e 2, CEE), todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações e todas as práticas concentradas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear o funcio-

<sup>108</sup> A respeito v. alguns casos referidos em meu "O direito da concorrência na CEE e no Mercosul" (art. cit., *Atualidades Jurídicas*, n.º XXXIII, junho 1992).

<sup>109</sup> Muito embora com fundado receio de que a apresentação demasiadamente esquemática não possa fazer justiça aos múltiplos e complexos desdobramentos do tema.

<sup>110</sup> À guisa de exemplo da extensão da matéria e da complexa multiplicidade e crescente sofisticação de seus desdobramentos, referiria os ca. 30 volumes de minha biblioteca exclusivamente dedicados à matéria na C.E.

<sup>107</sup> Se o problema social ficou sem resposta, o problema policial se faz presente, de modo mais e mais agudo.

(continua)

namento da concorrência no mercado comum, sendo tais acordos exemplificativamente enumerados, como sendo aqueles que: fixem, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; limitem ou controlem a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; comportem repartição de mercados ou de fontes de abastecimento; apliquem, a parceiros comerciais, condições desiguais, no caso de prestações equivalentes, colocando-os, assim, em desvantagem na concorrência; subordinem a celebração de contratos à aceitação, por parte dos contratantes, de prestações suplementares que, de acordo com sua natureza, ou em conformidade com usos comerciais, não tem ligação com o objeto de tais contratos.

Em alguns casos, em razão de dispositivo expresso (art. 85.3, CEE), podem tais dispositivos ser declarados inaplicáveis, em se tratando de acordos, decisões ou práticas concertadas que, não obstante sua natureza restritiva, contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos, ou para promover o progresso técnico ou econômico, não impondo às empresas restrições que não sejam indispensáveis à consecução de tais objetivos.

Prossegue o Tratado abrangendo (art. 86) o abuso de posição dominante, também declarado como sendo "incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum, ou numa parte substancial deste", passando à enumeração destas, em perfeita simetria com as práticas atingidas pelo dispositivo prece-

dente. Sem adentrar os multifacetados meandros da jurisprudência comunitária, pode-se depreender, em generalização muito ampla, que, no entendimento do TJCE, detém uma determinada sociedade posição dominante quando dispõe de situação econômica apta a ensejar-lhe a frustração da manutenção da efetividade da concorrência, comportando-se em detrimento de seus concorrentes, de seus clientes e dos consumidores em geral.

Tais disposições do Tratado CEE deveriam ser complementadas com o exame dos artigos relativos às proibições dos subsídios governamentais e do *dumping*, mas estes serão deliberadamente deixados de lado, em vista da impossibilidade material de abranger a plenitude da matéria. Temos ainda, a contragosto, de renunciar à possibilidade de abordar maciçamente os desdobramentos quer da regulamentação, quer da jurisprudência, ou da doutrina, visto contarem-se às centenas, tentando manter esta análise em enfoque estrita e limitadamente conceitual.

Mesmo este enfoque estocástico servirá para evidenciar as inexplicáveis lacunas da atual estrutura colocada pelo Tratado preliminar do Mercosul, uma vez tendo examinado as transformações jurídico-conceituais ocorridas na CEE, o âmbito territorial de aplicação do direito econômico em geral e do direito da concorrência em particular, bem como a necessidade de regulamentação econômica em mercado comum à luz dos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma, caberia, agora, visualizar a atual estrutura do Mercosul e sua adequação à consecução de seus fins, antes de encerrar com algumas perplexidades e perspectivas.

O Tratado preliminar do Mercosul, assinado, como dito, em Assunção, em 26 de março de 1991, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 350, de 21 de novembro de 1991, "em vigor internacional e para o Brasil em 29 de novembro de 1991", determinando o Decreto seja o Tratado *executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém*, em vista da efetivação do *Mercado Comum do Sul* (Mercosul), até 31 de dezembro de 1994 (art. 1.º), fundado na reciprocidade de direitos e obri-

(continuação da nota 110)

Outro exemplo eloqüente, no Tratado de Hans Smit & Peter Herzog, *The Law of the European Economic Communities* (cit., vol. II, Part III) somente as indicações bibliográficas introdutórias a respeito da matéria de concorrência abrangem 25 páginas (vol. e parte cit., pp. 3-36 a 3-59), enquanto as relativas ao art. 85 do Tratado CEE se estendem por outras 58 páginas (pp. 3-74 a 3-131), às quais devem, ainda, ser acrescidas as outras sete páginas relativas ao art. 86 (pp. 3-237 a 3-243).

gações (art. 2.º), com *período de transição* (art. 3.º), estendendo-se até a data de efetivação (estipulada no art. 1.º). Já nos *considerada* (segundo parágrafo) ocorre menção à *coordenação de políticas macroeconômicas*, sem esquecer (no parágrafo seguinte) a tendência à "evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos, e a importância de lograr adequada inserção internacional para seus países". Normas de atuação econômica estão contidas, logo a seguir (no artigo quarto), prevendo que *nas relações com terceiros países, os Estados-Partes assegurarão condições equitativas de comércio*, estipulando que "para tal fim, aplicarão suas legislações nacionais, para *inibir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, dumping ou qualquer outra prática desleal*", enquanto isso, internamente, "paralelamente, os Estados-Partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial". Ou seja, na construção do mercado comum, pretender-se-ia passar, normalmente, pela etapa preliminar da união aduaneira, a qual combina a instituição de tarifa externa comum com a eliminação, ou, ao menos, a redução substancial das tarifas internas, entre *Estados-Partes*, antes de prosseguir rumo a mercado comum? Se examinarmos o dispositivo (art. 5.º, Mercosul), estipulando *reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas*, fazendo-se estas concomitantemente à *eliminação de restrições não-tarifárias, ou medidas de efeito equivalente*, fica patente, desta forma, tencionar-se alcançar o marco de 31 de dezembro de 1994 como data de encerramento do *período de transição*, devendo "chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não-tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário".

O marco de 31 de dezembro de 1994, além do assim chamado *efeito dilúvio* pretendido, não deixando tempo para tergiversações, representaria, assim, não a efetivação do mercado unificado intracomunitário – como faz supor o que vem sendo anunciado –, mas tão-somente o fim do período de transição, durante o qual os *Estados-Partes* ajus-

tarão progressivamente – de modo *progressivo, linear e automático* – suas respectivas tarifas internas, em relação aos demais, enquanto se efetivaria a negociação e celebração do *Tratado definitivo*. Este é o passo inicial de *união alfandegária* (art. 5.º, letra a c/c letra c), referente à *tarifa externa comum*, que deverá, ainda, incentivar a *competitividade dos Estados-Partes*.

A *coordenação de políticas macroeconômicas* (art. 5.º, letra b) é o passo seguinte, porquanto é inviável construir *mercado comum* sem mínimo de coordenação econômica entre os seus integrantes, também expresso no propósito de *adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e mobilização dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes* (art. 5.º, d), sob pena de inviabilizar os esforços rumo à união alfandegária, conforme considerações supra.

Contudo, a unificação tarifária alfandegária e a aproximação de políticas macroeconômicas são muito pouco, e não são de molde a nos guiar, juntamente com os parceiros do Cone Sul, a verdadeira integração: parece antes reedição de planos anteriores, de constituição de zonas de livre-comércio, com muitas lacunas.

## 6. Conclusão: necessidades e perspectivas

Ora, mesmo querendo crer na sinceridade das intenções, a mera *aproximação das respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial* (Mercosul, art. 4.º) representa substancialmente menos do que a uniformização e o nível de detalhamento das normas sobre concorrência contidas no Tratado CEE (arts. 85 a 94).

Deverá ser necessariamente regulada no futuro a configuração final da expressão bastante vaga de *coordenação de políticas macroeconômicas*, de modo a abranger, de forma unificada e estável, o conteúdo do *direito da concorrência* na CE. O *direito da concorrência*, justamente, foi aspecto crucial da estruturação comunitária européia, por todas as suas implicações e desdobramentos, na vida econômica dos Doze.

A regulamentação abstrata e perfunctória inscrita no Tratado Mercosul pare-

ce-me absolutamente insuficiente para os fins a que se destina. O Tratado definitivo deverá detalhar tanto seu conteúdo quanto seus mecanismos de aplicação. Parâmetros precedentes existem. Sem pretender transposições diretas, que seriam, ademais, inviáveis, em vista da diversidade de contextos, resta saber se se quer seguir escola de casos que funcionaram, ou se pretende mero projeto grandiloquente, destituído de alcance prático, que nos situasse, juntamente com os vizinhos, em contexto supranacional, de *bloco econômico* regional, interlocutor perante outros blocos, de maior ou menor extensão e relevância.

Por esse motivo pareceu-me cabível lembrar, no início, a parábola do sermão sobre a mentira: guardadas as proporções, a regulamentação macroeconômica tem, no Tratado de Assunção, formulação que não vai além de princípios vagos e de difícil implementação prática. Resta saber se, no momento atual, em que se terá de dar *estrutura institucional definitiva* aos órgãos de administração do Mercosul, saber-se-á dar o detalhamento necessário ao efetivo funcionamento.

Tal detalhamento não poderá absolutamente negligenciar, dentre outros aspectos, dois que destacaria, e que foram, ainda que

aproximativamente, aqui abordados: de um lado, a indispensável necessidade de Tribunal institucional de caráter supranacional, ao qual tenham acesso não somente os Estados-Membros, mas também pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado interno, e que regule de forma direta e automaticamente aplicável a todo o conjunto do mercado intracomunitário, indo muito além do mero mecanismo interestatal de solução de controvérsias, por meio de arbitragem, sobretudo em se tratando de Países que notória e historicamente não têm tradição de arbitragem comercial internacional e, de outro lado, a relevância do papel do direito de proteção da concorrência e repressão aos abusos do poder econômico, sob pena de comprometer irremediavelmente o funcionamento das estruturas e a atuação dos agentes econômicos no mercado interno, também aqui, muito além da mera coordenação de políticas macroeconômicas.

Como já disse, e repito, tenho algumas dúvidas, ainda que sem renunciar totalmente à nota final de esperança e expectativa, pelas vantagens que poderiam resultar de empreitada semelhante, fosse esta primeiramente bem equipada, e subsequente bem conduzida.