OS DENOMINADOS TRADE CASES: A ZONA CINZENTA ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Teresa Cristina G. Pantoja*

O saudoso Mestre Haroldo Valladão, em sua obra *Direito internacional privado*,[1] ao lembrar que a um mesmo fato social podem estar ligadas leis divergentes, estabelece a distinção entre os conflitos de leis no espaço e os conflitos de leis no tempo. E, contestando Savigny,[2] insiste na assertiva de que um conflito interespacial é, ao mesmo tempo, um conflito intertemporal. Isso porque, se *locus regit actum*, é certo que *tempus autem regit actum*. Assim, tanto em tese como na prática, o direito internacional privado seria o gênero, do qual o direito intertemporal seria a espécie.

Curiosamente, o próprio Mestre Valladão relata[3] – a propósito, veja-se também Oscar Tenório[4] – a aceitação generalizada da definição de Pimenta Bueno, que, no Acórdão de 4 de dezembro de 1895, no Rec. Extr. nº 113 (Jurispr. Supr. Trib. Fed., 1895, p. 134-6), considera o DIP o conjunto de normas "segundo as quais as nações aplicam suas leis ou consentem na aplicação de leis estrangeiras nas questões de caráter particular, que afetam súditos estrangeiros em matéria de direito civil, comercial, criminal e administrativo, pelo que o pensamento do direito internacional privado é de estabelecer as regras para resolver o conflito das leis de diferentes nações sobre o mesmo caso e para cuja solução há o processo e os tribunais do país em que elas se agitam, enquanto que as questões de direito público internacional ou das gentes não têm um tribunal superior que as decida e só podem ser pacificamente resolvidas por meio de tratados ou convenções internacionais". Após tecer alguns comentários sobre essa definição, o ilustre Prof. Valladão alude à "dicotomia apriorística e ultrapassada de direito público ou privado". E, assim se infere, recomenda a desconsideração de qualquer veleidade no sentido de estabelecer-se a natureza pública ou privada de um conflito de leis. Essa parece ser, hoje, a orientação básica das doutrinas norte-americana, espanhola e latino-americana.

Sabe-se, contudo, que há divergência entre os mestres, quanto ao alcance ou abrangência do DIP. Como suscita Jacob Dolinger,[5] mesmo no período áureo do colonialismo, houve dúvidas em saber-se com exatidão qual a legislação aplicável a uma relação jurídica entre cidadão da metrópole e cidadão da colônia – muito embora só um dos países fosse efetivamente soberano e, portanto, só um fosse de fato uma nação. Fica eliminada, dessarte, a suposição de que somente a conflitos *internacionais* – e não interespaciais – de direito privado, se aplique o DIP.

Por outro lado, parece-me que não há como ampliar-se o DIP até que este abranja o direito internacional público. São ramos distintos. O primeiro, reconhecendo a ocorrência do conflito espacial ou intertemporal-espacial de normas, esta-

* Advogada; professora de direito internacional privado e direito comercial na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Professora no Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getulio Vargas.

[1] Valladão, Haroldo. *Direito internacional privado*. 5. ed. 1980. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p. 4, 8 e 10.
[2] Savigny. *Traité de droit romain*. 2. ed. Paris, Firmin Didot, 1855.
[3] Valladão. Op. cit. p. 41.
[4] Tenório, Oscar. *Direito internacional privado*. 11 ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976. 2v.
[5] Dolinger Jacob. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986. Parte geral.

belece critérios pelos quais se chegue à verdadeira norma de regência. Para isto se buscam os conceitos de nacionalidade, domicílio, etc. O segundo, reconhecendo a possibilidade de conflitos, estabelece que tipo de reconhecimento ou cogência se dará à lei estrangeira.

Foi no pós-guerra (mais precisamente em 1948) que, pelo recém-criado *General Agreement on Tariffs and Trade* (Gatt), vários países disciplinaram a matéria concernente ao comércio internacional. Pela primeira vez, passaram a existir regras internacionais estipulando as condições em que os países poderiam fazer uso de medidas defensivas contra a importação de produtos de fabricação subsidiada, ou tendentes a criar uma situação de *dumping*.[6]

É o art. VI do Gatt que define que tipo de medidas podem ser tomadas contra o *dumping* – ou ingresso súbito e maciço de produtos externos num determinado mercado, a preço sensivelmente menor do que o preço vigente, desequilibrando artificialmente a relação de oferta e procura, e trazendo prejuízo ao produtor ou comerciante nacional. Essas medidas incluiriam a imposição de sobretaxas aduaneiras compensatórias, limitadas por determinados parâmetros. É importante notar que a aplicabilidade de sanção se circunscreve às hipóteses de dano efetivo (*material injury)* a uma indústria já instalada ou em vias de instalar-se (*material retardment of the establishment of an industry)* num determinado país.

Nos EUA, os chamados *trade cases* são, assim, casos de contencioso comercial e às vezes tributário internacional. Quando originários de outro país, produtos em cujo custo industrial ou de beneficiamento se contenham elementos de subsídio têm seu ingresso onerado com determinada sobretaxa aduaneira, à entrada nos EUA. O procedimento se fundamenta nos princípios teórico-constitucionais da livre concorrência e da soberania nacional. O subsídio, por sua característica de concessão governamental, traz em si embutido um elemento de desigualdade. A concorrência deixa de ser livre; passa a ser desigual, porque há o estímulo exterior às regras de mercado. Ademais, uma economia fortemente subsidiada é, na maior parte dos casos, uma economia inerte – ou, pelo menos, é uma economia cuja eficiência global está comprometida. O mesmo ocorre, parece-me, com as constantes intervenções reguladoras do Estado na ordem econômica. Refiro-me, é claro, à economia de mercado. Disciplinar constantemente o mercado pela via das intervenções exógenas significa, a longo prazo, descaracterizar a própria economia de mercado, suscitar o clientelismo e privar o sistema produtivo das oportunidades de erros e acertos que lhe trariam o amadurecimento institucional. É compreensível, no entanto, que no contexto internacional, os estados procurem viabilizar seu desenvolvimento comercial através de certos mecanismos protecionistas. Um certo grau de protecionismo é a conseqüência natural, para os países do Terceiro Mundo, de sua lenta evolução desde colônias até nações em processo de industrialização; de outra forma não haveria como sequer começar a concorrer com os produtos das antigas metrópoles. Isso pelo simples fato de que historicamente o que sempre houve foi uma complementariedade entre as economias metropolitanas (industrializadas) e as economias colonizadas (agroexportadoras ou meramente fornecedoras de matérias-primas e consumidoras de produtos acabados).

Além da repressão à concessão indiscriminada de subsídios, o Gatt tenta coibir o *dumping* e as práticas monopolísticas. O tratado visa a efetivamente regular o intercâmbio comercial internacional, de forma a estabelecer quais os níveis aceitáveis – digamos assim – de subsídio, e quais os limites de sua aceitabilidade. Con-

[6] Jackson. *World trade and the law of Gatt*. Indianapolis, 1969.

cretamente, o que se busca é uma definição clara e consensual desses limites, para evitar que, por instrumento reativo descontrolado (*overreaction*), as nações passem a onerar excessivamente seus produtos, impedindo ou tornando quase impossível o comércio internacional. Aliás, não é por mero acaso que há uma dicotomia entre as idéias norte-americanas e as de seus parceiros comerciais, quanto a suas atitudes recíprocas no que diz respeito às medidas oponíveis ao *dumping* e ao subsídio. Durante a rodada de conversações e negociações internacionais relativas ao Gatt no período do governo Kennedy, foi impossível chegar-se a um consenso quanto a esses pontos. Já em 1968, entretanto, vêm à tona dois códigos, que são rubricados a 12 de abril de 1979 pelos parceiros comercialmente mais relevantes do Gatt, e entram em vigor a 1º de janeiro de 1980.

A evolução do assunto no âmbito da Comunidade Econômica Européia (CEE) seguiu ritmo semelhante. É somente a partir de 1962 que – na Bélgica, e depois na França, Alemanha, Itália, Luxemburgo e Holanda – se busca reprimir a outorga de subsídios por meio da imposição de sobretaxas alfandegárias. O Regulamento nº 459/68, que entra em vigor a 1º de julho de 1968, é, na matéria, a primeira emenda relevante ao Tratado da Comunidade Econômica Européia. Após novas negociações internacionais, inclusive levando-se em consideração a denominada "rodada de Tóquio", finalmente vem a público o Regulamento nº 2.176/84 da Comunidade Econômica Européia, que, examinado em conjunto com a Decisão nº 2.177/84 da Comunidade Européia de Carvão e Aço (Ceca), elucida a interpretação européia sobre essa questão. A regulamentação das Comunidades Européias relativa a subsídios e *trade cases* é fecundamente analisada no trabalho de Beseler e Williams; [7] por sua vez, a qualificação do que vem a ser subsídio, sob o prisma da economia do comércio internacional, é bem estudada por Hufbauer e Erb.

Na verdade, o primeiro comentário mais consistente de que se tem notícia, sobre o assunto, é feito no livro do economista inglês Adam Smith, [9], quando este se refere à prática da concessão de abonos governamentais às exportações. Em 1791, o americano Alexander Hamilton [10] sugeria que se impusessem taxas especiais às importações de produtos que houvessem sido beneficiados com isenções e subsídios em seu país de origem. E acrescentava que o resultado fiscal dessas taxas especiais deveria ser utilizado para incentivar as indústrias nascentes no país importador.

Vê-se, portanto, que o problema não é novo. Apenas, a celeridade das comunicações e o desenvolvimento do volume e da freqüência do comércio internacional nos últimos tempos estão contribuindo para a gradual percepção de que as economias nacionais tendem a se associar de forma sistêmica, vindo provavelmente a compor, no futuro, aquela "aldeia global" a que se referia, embora em outro contexto, o teórico da Comunicação, Marshall McLuhan. A forma de evitar para um determinado país a perda do valor econômico dos bens que produz e comercializa é o estabelecimento, a nível de importação, das chamadas "barreiras alfandegárias"; e, a nível de exportação, a concessão de crédito subsidiado às exportações. Ambos os mecanismos serão, não obstante, objeto de exame crítico por parte da comunidade internacional.

[7] Beseler & Williams. *Anti-dumping and anti-subsidy laws: the European Communities*. London, Sweet & Maxwell, 1986.
[8] Hufbauer & Erb. *Subsidies in international trade*. Washington, Mit Press, 1984.
[9] Smith, Adam. *Wealth of Nations*. 1776. livro IV, cap. V.
[10] Hamilton, Alexander. Report on manufactures. In: *State papers and speeches*. Ed. F. Taussig, 1893. v. 1.

Nos EUA, por exemplo, a iniciativa do procedimento administrativo interno destinado a estabelecer eventualmente a imposição de sobretaxas aduaneiras é, na grande maioria dos casos, suscitada pelo produtor local, que se demonstre prejudicado de fato – ou comprove estar em vias de sê-lo – pelo ingresso de certo produto estrangeiro no mercado norte-americano. Com freqüência, à queixa formulada pelo produtor se associam os sindicatos de trabalhadores naquele setor da economia; às vezes, também os congressistas se unem para apoiar as comunidades onde se situam as indústrias que alegam lesão efetiva ou risco de lesão futura. A queixa é submetida, numa primeira etapa, à International Trade Agency, órgão do Departamento de Comércio; numa etapa posterior, a matéria é levada à apreciação da International Trade Commission, que constitui um tipo de tribunal administrativo. A competência dos dois órgãos não é reciprocamente excludente, mas coèxiste em harmonia; trata-se de dois graus diferentes de jurisdição, que, entretanto, examinam duas ordens distintas de problemas. Evidentemente, não cabem no contexto deste modesto artigo considerações mais aprofundadas sobre o funcionamento dessas instâncias administrativas.

O que se me afigura peculiar é a curiosa interação dos níveis público e privado, nessa modalidade de contencioso internacional. A considerar-se que um comerciante ou produtor, pelo direito pátrio, pode sê-lo em nome individual – e não é outra a leitura de nosso Código Comercial –, e somando-se a isto o fato de poder o produtor individual norte-americano, por exemplo, peticionar administrativamente para que seu governo imponha sanções a determinado produto estrangeiro, configura-se a situação de estarem em jogo interesses privados. Ocorre, como não poderia deixar de ser, que esses interesses privados são tutelados por normas de ordem pública. Já Savatier[11] aludia a uma reciprocidade ou alteridade da relação jurídica, ressalvando que até às obrigações já constituídas – e, por conseguinte, ao intocável ato jurídico perfeito – se aplicariam determinadas condições resolutivas de ordem pública, ainda que tácitas e não-expressas. (Esse me parece ser o caso, no direito pátrio, da norma contida no art. 262, § 1º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que disciplina as sociedades por ações; a superveniência de oferta pública concorrente acarreta a nulidade das ordens de venda já firmadas em aceitação de oferta anterior; a rigor, pelos estritos termos do art. 1.088 do Código Civil, a proposta obrigaria o proponente nos termos em que fora feita, e a aceitação eficaz da proposta perfaria o ato jurídico acabado e intocável; no entanto, há o preceito resolutivo tacitamente contido no § 1º do art. 262 da dita Lei nº 6.404, o que talvez demonstre a validade das considerações feitas por Savatier a respeito da evolução conceitual do direito privado, que hoje tenderia a uma publicização.)

No universo dos *trade cases* podem ocorrer conflitos de normas interespaciais. Por exemplo, o Gatt genericamente exclui da caracterização como subsídio os incentivos concedidos pela via dos impostos indiretos. No entanto, há situações em que certos impostos indiretos constituem subsídios; da mesma forma, há situações em que a redução de certos impostos é apresentada como incentivo, quando na realidade seu efeito econômico é o de gravame fiscal. No caso movido em 1984 por algumas mineradoras norte-americanas, aliadas aos trabalhadores na indústria siderúrgica da região dos Grandes Lagos, contra as pelotas de minério de ferro exportadas pelo Brasil, chegou a ser alegado, na instância administrativa, que a redução do imposto único sobre minerais incidente sobre o minério destinado à exportação seria um subsídio. No entanto, tendo em vista, entre outros pontos, o

[11] Savatier. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'anjourd'hui*. Paris, 1964.

fato de que um custo menor aumenta o provento da operação, sob o prisma econômico, o efeito de "subsídio" era, paradoxalmente, o de um ônus fiscal. O que se verificou foi que toda a tributação incidente sobre uma determinada atividade econômica tem de ser examinada de forma sistêmica, para que se possa apurar até que ponto um subsídio é, de fato, um subsídio.

De qualquer forma, sem a abrangência das normas contidas nos tratados internacionais seria impossível solucionarem-se os *trade cases*. Por outro lado, não há como circunscreverem-se os pressupostos contidos num contencioso comercial e tributário internacional, às normas exclusivas de direito internacional público. A caracterização da nacionalidade do empresário, a definição do local de perfazimento da obrigação constituída entre empresas ou entre empresários em nome individual, todos esses pontos me trazem à convicção o fato de que existe com efeito uma zona limítrofe, de contornos pouco nítidos, em que tanto se aplicam as premissas do direito internacional privado quanto as do direito internacional público, e que, ainda assim, permanece pouco aclarada.