

Os Limites da Política Comercial da Comunidade Européia (*)

PETER GILSDORF

Consultor Jurídico da Comissão Européia,
Bruxelas

Tradução do alemão:

ULF GRELOR BARANOW

Professor da UnB e Tradutor do Senado
Federal

SUMÁRIO

I. Considerações preliminares. II. Princípios. 1. Definição da política comercial comunitária. 2. A problemática da exclusividade. III. Delimitação em relação a outras políticas. 1. Política comercial em geral. 2. Política de desenvolvimento. 3. Política agrária. 4. Proteção à saúde e proteção ao consumidor. 5. Proteção ambiental. 6. Proteção da propriedade industrial e questões correlatas. 7. A questão da exclusividade (referente aos itens 4, 5 e 6). 8. Regulamentos acessórios. 9. Serviços. 10. Outros tipos de relações de comércio exterior. IV. Medidas motivadas politicamente, em especial sanções. V. Observações finais.

I. Considerações preliminares

A definição da política comercial comunitária e sua delimitação em relação a outras atividades da Comunidade Européia é um tema que vem

(*) Palestra realizada em 12 de fevereiro de 1988 no Instituto Europeu da Universidade do Sarre (Saarbruecken, República Federal da Alemanha). Publicada em: *Universität des Saarlandes. Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut* nº 125, 1988.

se tornando cada vez mais premente. Por um lado, isto se deve à presença sempre crescente da Comunidade no panorama internacional e, por outro, à integração do mercado prevista para 1993, que acarretará também maior integração dos diferentes regimes de comércio exterior. É preciso recordar que, sem um tratamento integrado dos regulamentos de importação, por ora ainda diferenciados em relação a países terceiros, não se pode cogitar na eliminação das fronteiras internas, em cumprimento ao que dispõe o art. 115 do Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Européia⁽¹⁾.

A questão da delimitação tem uma importância excepcional na prática. Enquanto que ao nível estatal (exceto nos estados federados) as questões de delimitação ocupam lugar secundário, na Comunidade elas se aproximam do Direito Constitucional, em virtude do princípio da restrição de poderes. E isto não só no que tange à própria existência da competência comunitária, como também à sua estruturação institucional. A questão dos procedimentos vem adquirindo um significado primordial para a Comunidade, desde que o Conselho de Ministros novamente vem fazendo uso de sua prerrogativa de votar. No âmbito da política comercial, a Comunidade tem uma competência bastante abrangente, abarcando todos os tipos de comércio autônomo e convencional, à qual se vincula um procedimento simples, a saber: as decisões são tomadas pelo Conselho com maioria qualificada de votos, por proposta da Comissão Européia, e sem o pronunciamento do Parlamento Europeu. Em outros domínios de relações com países terceiros, por exemplo, na política de desenvolvimento, isto já não vem ocorrendo. Neste caso, a competência da Comunidade, de acordo com o art. 235 CEE, deverá ser justificada expressamente, por ter caráter subsidiário, sendo regida pelo princípio da unanimidade.

Uma vez que, na visão da Comissão, o Conselho em muitos casos vem-se utilizando de uma fundamentação jurídica insuficiente, que exige o princípio da unanimidade na votação, a Comissão, por sua vez, quase que sistematicamente tem optado por levar esses casos ao Tribunal de Justiça. Nesses casos, evidencia-se a questão da delimitação de uma política comercial comunitária, ou seja, a aplicação do disposto no art. 235 e sua vinculação ao art. 113 do Tratado. Em seu acórdão de 26-3-1987, sobre a classificação jurídica do Sistema das Preferências Gerais Aduaneiras, o Tribunal confirmou a tese defendida pela Comissão⁽²⁾. Outros processos

(1) O art. 115 CEE é aplicável, enquanto de fato houver diferenças relevantes entre os regimes de comércio exterior dos Estados-Membros; cf. acórdão no proc. DEZI, 242/84, Col. EuGH 1986, p. 993. Além da questão tratada no art. 115, a integração dos regimes de comércio exterior será necessária também devido às condições de competição unificadas na Comunidade. Os órgãos comunitários estão trabalhando intensivamente neste sentido. No tocante ao art. 115, a Comissão decidiu tornar mais rigorosos os critérios para a sua aplicação (nº 87/433, JO 1987, L 238/26).

(2) Proc. 45/86. Independentemente da questão da delimitação, este acórdão tem importância fundamental, pois o Tribunal de Justiça considerou no caso nula de pleno direito a aplicação indevida do art. 235.

estão pendentes ou serão iniciados em breve. A Comissão, portanto, vem tentando interpretar do modo mais extensivo possível a competência comunitária no âmbito da política comercial — uma iniciativa certamente legítima. Entretanto, neste caso, há de se reconhecer limites em relação a outros domínios, conforme mostraremos a seguir.

Política comercial e política externa se entrecruzam, a primeira constituindo tradicionalmente um dos instrumentos da segunda. Decorre daí uma tensão permanente entre a Comunidade e os Estados-Membros, que vêm abrir-se uma brecha no cerne de sua soberania, enquanto, naturalmente, aumenta pouco a pouco a competência comunitária. Essa fonte geradora de conflitos não foi ainda neutralizada; logrou-se apenas atenuá-la um pouco, com a inclusão, no Ato Único Europeu, da cooperação ao nível da política externa. Essa contradição evidencia-se, de modo especial, nas sanções na política comercial, mas também está presente na base de toda a política comercial.

II. Princípios

1. Definição da política comercial comunitária

a) Na tentativa de definir uma política comercial comunitária, deparamos, como em casos análogos, com *teorias conflitantes*. No presente caso, referimo-nos à conhecida polémica entre a “concepção instrumental” da Comissão e a “concepção finalista” do Conselho. Além de sutilezas teóricas, está implícito um conflito real de interesses políticos, entre os pontos de vista respectivamente progressivo e defensivo, com respeito à integração, o que pode ser exemplificado com numerosos casos ⁽³⁾.

Deixaremos de abordar aqui as minúcias dessa discussão de caráter doutrinário. Todavia, parece-nos indispensável uma breve exposição das teorias em conflito a fim de que se possam daí inferir alguns critérios gerais para se estabelecer uma delimitação.

Na chamada teoria instrumental, a questão se um ato jurídico se enquadra no art. 113, é decidida conforme ele constitui ou não “um instrumento específico para a regulamentação do comércio internacional”. Não é levada em conta a finalidade a que se destina esse instrumento. Por sua vez, na teoria finalista, quer-se saber se a medida “é tomada para influir sobre o volume ou o fluxo comercial”.

b) Com a *teoria instrumental* pura, enfrentam-se dificuldades ao tentar definir o que nela se entende por um instrumento específico. Obviamente,

(3) As teorias foram desenvolvidas sobretudo pelos serviços jurídicos de ambos os órgãos, tendo sido aplicados casuisticamente por ambos, em especial em contenciosos; veja-se por exemplo a contestação do Conselho e da Comissão no Parecer 1/78 (Acordo da Borracha — JC 1979, p. 2.905), bem como no Proc. nº 45/86 (cf. Nota 2 acima). — V. também Vedder, in: Kommentar “Grabitz” sobre o Tratado Constitutivo da Comunidade Européia, art. 113, pp. 38 ss.

os defensores dessa teoria não querem nem podem restringir-se aos instrumentos clássicos da política comercial. No caso de instrumentos mais complexos, especialmente do tipo convencional⁽⁴⁾, esta teoria terá de levar em conta necessariamente a finalidade e os objetivos. O mesmo se aplica ao instrumento que, à primeira vista, abrange indistintamente a circulação interna de mercadorias e o comércio com países terceiros, por exemplo, no caso de direitos fiscais⁽⁵⁾ ou de subvenções⁽⁶⁾. Se a tais medidas, na realidade, cabe, sub-repticiamente, uma natureza político-comercial, é uma questão a ser decidida apenas por um critério objetivo que leve em conta a finalidade delas.

Por outro lado, a teoria instrumental não pode ser estendida de modo tal a abranger todas as medidas que apenas influam sobre o comércio internacional ou lhe sejam tangenciais. Neste caso, ultrapassar-se-iam as fronteiras de outros domínios de atividades da Comunidade, regidos por regulamentos específicos, ou situados em posição mais periférica relativamente à competência comunitária.

c) A *teoria finalista* pura, pelo menos na concepção até aqui defendida pelo Conselho, também parece ser insustentável, no sentido de que, mesmo com relação às medidas expressamente referidas no art. 113 (por exemplo, aquelas de natureza tarifária ou quantitativa), ela requer como critério adicional uma finalidade específica de política comercial. No contencioso referente às preferências alfandegárias gerais, não prevaleceu essa concepção do Conselho⁽⁷⁾. Todavia, as discussões sobre o assunto não terminam aqui, conforme ainda veremos mais adiante.

A teoria em apreço é questionável também a partir de suas premissas, porque ignora que a política comercial não constitui um fim em si mesma, mas encontra-se a serviço de outros objetivos, como parte integrante de uma política econômica geral. Numa única medida, por exemplo, em um imposto aduaneiro, podem exprimir-se concretamente objetivos variados, em geral complexos e até contraditórios entre si, quais

(4) Aplica-se, por exemplo, aos acordos sobre matérias primas como o Acordo da Borracha, ou ainda aos acordos de proteção à propriedade industrial (v. item III, 6).

(5) As medidas de política fiscal internas, enquanto instrumentos, dificilmente poderiam ser atribuídas à política comercial, mas poderiam sê-lo com vistas à sua utilização (discriminatória). Vejam-se as proibições de discriminação fiscal nos acordos comerciais da Comunidade (por exemplo, o art. 18 do Tratado CEE — Suíça); v. também o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Cooperativa Co-Frutta, 193/85 de 7-5-1987, no qual se reconhece a natureza político-comercial do imposto interno italiano sobre o comércio de bananas (razões, sob nº 28).

(6) V. item III, 1, b) e Nota 21.

(7) No presente caso, o Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre as teorias como tais, mas não acolheu tampouco a tese extremada proposta pelo Conselho. A favor da teoria desenvolvida pela Comissão pronunciou-se claramente o advogado-geral Lenz, no mesmo processo (requerimentos finais de 29-1-87, nº 73).

sejam: proteção da indústria nacional, respeito de interesses de países terceiros, abastecimento do mercado interno etc.

A teoria finalista, portanto, não pode ser aceita, enquanto centrada sobre finalidades e objetivos mais distantes, ou sobre razões implícitas à atividade legiferante, mesmo que essas razões possam ser analisadas objetivamente. Se, por outro lado, levamos em consideração o objetivo mais próximo, incluindo aquelas medidas que facilitam potencialmente ou dificultam o comércio, então as diferenças em relação à teoria instrumental seriam minimizadas.

São essas as considerações sobre a discussão teórica. Nossa proposta tende, para uma solução, por assim dizer intermediária, ou mais exatamente, uma "solução combinada", aproximando-se da proposta feita pela primeira vez por Ehlermann no Congresso da FIDE em Dublin⁽⁸⁾.

d) Ainda dois pontos importantes de natureza geral devem ser ressaltados:

— Atualmente, há consenso sobre o fato de que as medidas de política comercial da Comunidade não se restringem apenas ao objetivo referido no art. 110, ou seja à *liberalização do comércio mundial*. Trata-se aqui antes de uma asserção programática de natureza política, a ser interpretada também no contexto histórico. Mesmo que se queiram atribuir um efeito jurídico mitigado a essa norma, não vemos como inferir daí, na prática, qualquer base legal a favor do emprego de um conjunto de instrumentos de política comercial por parte dos órgãos comunitários⁽⁹⁾. As diretrizes da política comunitária de comércio são decorrentes da estrutura global do Tratado Constitutivo da CEE, atribuindo-se aos respectivos órgãos uma considerável margem interpretativa.

— Alguns têm defendido o ponto de vista de que o capítulo sobre política comercial no Tratado nada mais seria que a proteção externa da "União Aduaneira", referida no art. 9.º⁽¹⁰⁾. Embora seja relevante o

(8) Publicado pela primeira vez em EuR 1982, p. 285. Mais detalhadamente no volume comemorativo em honra de Teitgen (1984) "The scope of Art. 113 of EEC-Treaty" p. 145. — Divergindo de Ehlermann, somos de opinião de que a contradição entre ambas as teorias poderia ser bastante atenuada, a partir de suas respectivas premissas. Opinião semelhante é defendida por Vedder (cf. Nota 3 acima). Contudo, Ehlermann não trata da questão da exclusividade que se coloca de modo incisivo, quando da extensão da conceituação; v. a crítica de Timmermanns (cf. Nota 43, abaixo). — Bleckmann, in: RIW 1986, p. 194 ("Zustaendigkeit der EG fuer Massnahmen nach Art. XX des GATT") defende uma tese finalista atenuada (isto é, "regulamentação jurídica direta das relações comerciais para com países terceiros").

(9) As concepções tratadas na literatura abrangem desde a rejeição total de uma vinculação jurídica até uma vinculação jurídica limitada (cf. Beutler/Bieber/Pipkorn/Strell, Die Europaeische Gemeinschaft — Rechtsordnung und Politik, 3ª ed., p. 526).

(10) Referências in: Beutler et al. (cf. Nota nº 13), p. 529.

aspecto protecionista “para fora”, não é este o único critério que caracteriza a política comercial comunitária. Se assim fosse, teria sido suficiente complementar o capítulo referente à “União Aduaneira” do Tratado por mais um ou dois artigos; da mesma forma não seria compreensível por que razão nele se incluísse um capítulo próprio sobre “Política Econômica”. O Tribunal de Justiça tem impedido todas as tendências visando a uma interpretação restritiva.

Talvez esse argumento seja importante para a caracterização de uma competência exclusiva. Por essa razão, apresentaremos algumas considerações que nos parecem de fundamental importância.

2. *A problemática da exclusividade*

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a competência da Comunidade no âmbito da política de comércio comunitário é exclusiva.

Esta interpretação não é auto-explicativa e nem decorre diretamente do Tratado. Está em contradição com a divisão das competências em outros domínios como, por exemplo, na política agrária comunitária, na qual a exclusividade decorreu tão-somente da evolução do conjunto dos instrumentos comunitários. Inicialmente, o argumento não foi entendido sob essa forma incisiva pelas outras instituições, nem mesmo pela Comissão, ao menos não com respeito às medidas autônomas.

O Tribunal de Justiça pronunciou-se em dois casos fundamentalmente distintos: no primeiro caso, tratava-se da conclusão de um acordo no domínio da política de exportação⁽¹¹⁾; no segundo, tratava-se de medidas autônomas relativas a restrições de importação⁽¹²⁾. Considerando que não estamos diante de uma jurisprudência abrangente e consolidada⁽¹³⁾, parece-nos oportuno submeter à análise toda a problemática da exclusividade⁽¹⁴⁾.

Quer-nos parecer que a exigência da Comunidade, de exercer a competência ilimitada e exclusiva, se torna mais e mais questionável, na medida em que a conceituação de política comercial comunitária for estendida além de seus limites clássicos. Torna-se questionável essa exigência,

(11) Parecer 1/75 sobre custos locais OCDE, CJ 1976, p. 1.355.

(12) Acórdão do proc. Donckerwolcke, 41/76, CJ 1976, p. 1.921.

(13) O Tribunal de Justiça, também nos acórdãos subsequentes, se referiu a jurisprudência acima citada (v., por exemplo, o acórdão Bulk-Oil, 59/84, CJ 1986, p. 559); mas não tem havido uma discussão mais recente sobre a matéria.

(14) Na literatura, a matéria tem sido pouco tratada. Frequentemente, as deliberações do Tribunal têm sido citadas sem uma apreciação crítica (assim, por exemplo, por Ernst/Beseler, in: Kommentar “Groeben”, art. 113, nº 5 ss.; observações críticas em Bleckmann, Europarecht (4ª edição), p. 462.

tanto em relação à sua justificativa teórica como relativamente à situação real.

A exigência de exclusividade pode ser facilmente justificada no que se refere ao cerne da *política comercial comunitária*, ou seja, em relação à proteção externa da União Aduaneira. Esta simplesmente não tolera ações autônomas de seus Estados-Membros. Apesar de que uma política comunitária, assentada sobre bases unificadas, ainda não possa ser concretizada⁽¹⁵⁾, a ação do Estado, individualmente considerado, deverá integrar-se completamente na política comunitária. Assim se entende a exigência do Tribunal de Justiça de uma "permissão específica" por parte dos Estados-Membros para manter ou modificar medidas estatais já existentes.

A exigência de exclusividade também se justifica, fundamentalmente, quanto à competência de fechar *acordos comerciais*. Neste caso, pode-se citar inicialmente o disposto no art. 113, inciso 3. Além disso, atente-se para o fato de que o estabelecimento de compromissos de direito internacional é qualitativamente diferente da ação autônoma; os acordos assinados entre Estados produzem limitações e exigências em relação à Comunidade, mesmo nos casos em que se queiram rescindir obrigações jurídicas. Destarte, é compreensível que o Tribunal de Justiça tenha confirmado a competência comunitária exclusiva, ao serem assumidas obrigações no domínio da política de crédito para a exportação. Fariamos, entretanto, algumas ressalvas em aplicar a teoria da exclusividade também a todos aqueles acordos, que somente a partir de uma finalidade global poderiam ser incluídos na política comercial comunitária. Trataremos de alguns casos específicos mais adiante.

A exigência de uma adjudicação imediata da competência comunitária exclusiva, sem se levar em consideração a criação dos respectivos instrumentos para exercer tal competência, afigura-se-nos um tanto temerária. Tal exigência sequer se coadunaria com as idéias básicas expressas no Tratado em outros domínios da política comunitária, nem haveria razão convincente pela qual se devesse, neste caso, tratar de política comercial de um modo qualitativamente diferente⁽¹⁶⁾. Tal hipótese também não poderia ser realmente posta em prática, e conduziria provavelmente a uma ficção, se o Conselho outorgasse qualquer tipo de poderes plenos neste sentido, que não levariam a nada⁽¹⁷⁾.

(15) As diferenças existentes nos regimes de comércio exterior continuam a apresentar-se de modo muito variado, mesmo no que se refere ao "Regulamento Comunitário de Importação" (Regulamento CEE nº 288/82, JO 1982 L 35). Muito acentuadas são as diferenças relativas aos países do Leste Europeu (v. principalmente Regulamento CEE nº 3.286/80, JO 1980 L 353).

(16) De modo semelhante, Bleckmann, op. cit. (cf. Nota 14).

(17) V. o acórdão Bulk-Oil (cf. Nota 13 acima), no qual o Tribunal, com muita dificuldade, postulou uma "permissão específica" da Comunidade (na realidade, abriu-se mão da competência comunitária).

Em suma, seria impossível pôr-se em prática, simultaneamente, a concepção de uma política comercial comunitária, transcendendo o âmbito tradicional, e a idéia de exclusividade ilimitada dessa mesma competência. Ao extrapolar a exigência exclusivista, corre-se o perigo de aceitar limitações quando da definição dessa política. De nossa parte, em casos de dúvida, sugeriríamos aplicar certas restrições ao colocar-se o problema da exclusividade.

III. *Delimitação em relação a outras políticas*

1. *Política comercial em geral*

a) Atualmente, há consenso de que não se podem subtrair determinadas medidas sob o aspecto de "política comercial" da competência comunitária, somente porque também poderiam ser enquadradas na política econômica comum. O Tribunal de Justiça, em seu Parecer n.º 1/78, não acolheu a interpretação contrária do Conselho que não levava em consideração o fato de que política comercial, antes de tudo, faz parte da política econômica em geral. No entanto, deverá estar presente um componente de política comercial, a exemplo dos acordos de matérias-primas; cooperação econômica por si só não é suficiente.

b) O exposto aplica-se especialmente à política de créditos de exportação. Decorre do art. 112 do Tratado, tendo sido confirmado de modo inequívoco pelo Tribunal de Justiça em seu Parecer n.º 1/75. Todavia, não podemos ignorar as resistências existentes que, exceto em alguns casos, têm impedido que a competência comunitária passe a tornar-se efetiva⁽¹⁸⁾.

Neste caso, portanto, estamos diante de uma contradição evidente entre as exigências e a realidade da competência comunitária. Mas essa incapacidade de fato não deveria conduzir a um questionamento generalizado da competência comunitária. Por outro lado, torna-se difícil manter a exigência da *competência exclusiva das medidas autônomas* nesta área, também com vistas à própria concepção do Tratado, que prevê em seu art. 112 uma harmonização das medidas dos Estados-Membros, e não sua mera substituição por medidas comunitárias⁽¹⁹⁾. Assim sendo, deve-se

(18) Todas as tentativas da Comissão, no sentido de organizar a política de créditos à exportação de modo integrado ou, pelo menos, de acordo com determinados princípios, foram até agora recusadas pelo Conselho. Assim, por exemplo, as propostas de 2-8-1977, Doc. KOM (77) 10 foram retiradas, devido à impossibilidade de se obter sua aprovação. Veja-se a resposta relativa à consulta por escrito 687/80 — JO C 283 n.º 3/15. Neste particular, exceção feita a alguns regulamentos esporádicos, a atividade da Comunidade vem-se restringindo à elaboração de normas disciplinadoras no contexto da OCDE, que pouco afetam o espaço de atuação dos Estados-Membros (veja-se o assim chamado "consenso").

(19) Certamente, o disposto no art. 112, após um período transitório, foi absorvido pelo art. 113. Isto porém, em nada veio modificar os objetivos do Tratado neste domínio, que continuam válidos também após o período de transição. Seria efetivamente mais correto falar-se de "harmonização", conceito esse usado no texto francês.

operar com a ficção de uma permissão "tácita" (20), o que consideramos inoportuno, ou reconhecer simplesmente que os Estados-Membros, até a existência de medidas comunitárias, dispõem, ainda, por enquanto, de um espaço próprio de decisão. Esta foi também a interpretação do Conselho, manifesta numa decisão de 1973, que se restringiu a um procedimento apenas de controle, sem reservar-se o direito de aprovação. Entretanto, pode-se imputar ao Conselho, neste particular, uma grave omissão. Consideramos indefensável considerar os sistemas estatais vigentes, *ipso iure*, contrários ao Tratado. Por outro lado, no âmbito convencional, há razões de sobejo para se defender a exclusividade, nos termos do Parecer n.º 1/75 do Tribunal de Justiça.

Os limites da competência comunitária decorrem, no entanto, da própria natureza do *crédito de exportação*. Defrontamo-nos neste caso com os conhecidos problemas de definição, já manifestos no GATT (especificado no Código de Subvenções). Os critérios ali definidos poderiam ser de interesse também para o direito comunitário (21). Os incentivos econômicos internos de um país, apesar de produzirem efeitos sobre seu comércio exterior, via de regra, não podem ser classificados como subvenções à exportação nos termos dos arts. 112/113. Esses incentivos, ao contrário, são objeto do capítulo do Tratado referente às subvenções, respeitadas as obrigações de direito internacional da Comunidade, cuja validade se aplica também aos seus Estados-Membros.

c) A questão das limitações da política comercial é atual e muito controvertida, também em relação a *investimentos em países terceiros*.

Também neste caso, é oportuno fazer algumas distinções. No caso de *investimentos de capitais*, o simples fato de que tais medidas indiretamente vêm estimular também a exportação não é suficiente para enquadrá-las na política comercial. Conseqüentemente, os acordos que têm como objetivo exclusivo tais investimentos (inclusive acordos de proteção a investimentos) pertencem, antes de mais nada, à competência estatal.

Quando um acordo de investimentos for acoplado à exportação de bens e serviços, tornam-se evidentes, pelo menos em parte, seus objetivos de política comercial e, conseqüentemente, a competência comunitária nos

(20) É de difícil elaboração teórica, considerando-se a completa abstenção do Conselho neste particular. Seria teoricamente possível admitir-se uma "competência emergencial", exercida pela Comissão, análoga à jurisprudência do Tribunal relativamente à política pesqueira (cf. o acórdão no Proc. n.º 804/79, CJ 1981, p. 1.045); no entanto, não existem ainda as condições objetivas para tanto.

(21) O código distingue, baseando-se no art. VI do GATT, entre subsídios de exportação (arts. 9º e 10) e outros subsídios, com efeito incentivador à exportação (art. 11). Torna-se difícil a diferenciação entre ambos, conforme vem ensinando a prática.

termos do art. 113⁽²²⁾. Outrossim, nada impede que regulamentos sobre investimentos se tornem parte constitutiva de um acordo comercial da própria Comunidade, enquanto forem de natureza apenas acessória⁽²³⁾.

d) Essa problemática torna-se particularmente evidente na avaliação dos assim chamados *acordos de cooperação*. Não nos estenderemos na presente exposição sobre a origem histórica desses acordos e sua situação atual⁽²⁴⁾. Não é justo considerarem-se esses instrumentos como se fossem acordos comerciais camuflados, destinados apenas a escamotear a competência comunitária, embora tenha havido intenções neste sentido. Mas não se pode negar que certos acordos de cooperação, exceto aqueles que incluem elementos sobre política de desenvolvimento, incluem domínios que, a partir dos instrumentos utilizados, já não podem ser classificados na política comercial comunitária. Aqui se podem citar, por exemplo, os investimentos, regulamentos cambiais, cooperação técnica, incentivo de comércio por meio de exposições e outros. O limite é ultrapassado sempre que forem utilizados *instrumentos de política comercial*, tais como uma cláusula de nação mais favorecida, ou a concessão contratual de créditos estatais ou de créditos garantidos pelo Estado. Também uma cláusula de intenções oferecendo produtos agrícolas a preços fixos poderia suscitar suspeitas.

Em numerosos casos, pode-se partir do pressuposto de que os acordos de cooperação têm *objetivos de política comercial*, independentemente de uma declaração explícita neste sentido. Muitas vezes, esses acordos são introduzidos por declarações de caráter geral de "boa vontade", a respeito do incentivo de comércio bilateral (equilíbrio da balança comercial!). Também não vem ao caso, se há ou não declarações explícitas a respeito; decisiva é a real finalidade do acordo. E esta, muitas vezes, é difícil de ser determinada, especialmente quando decorrente de protocolos complementares, conversações em comissões mistas etc. Trata-se, portanto, de um problema de transparência.

(22) O investimento pode também estar vinculado à questão do estabelecimento (cf. item III, 10. b).

(23) Tais cláusulas fazem parte de acordos de cooperação baseados nos arts. 113 e 235, inclusive do acordo com Israel, que se baseia exclusivamente no art. 113. A Convenção de Lomé III (baseada no art. 238) contém um capítulo específico sobre investimentos, embora os Estados-Membros reclamassem, neste particular, uma competência própria exclusiva (do tipo acordo misto).

(24) Cf. Vedder, op. cit. (cf. Nota 3), nº 12, com mais referências, Sasse, in: Koelner Schriften zum Europarecht, vol. 15, p. 29, sugere que se submetam todos os acordos de cooperação à competência exclusiva da Comunidade, o que nos parece exagerado; v. também Ehlermann, in: Zieger/Lebahn, "Rechtliche und wirtschaftliche Beziehungen in den Integrationsraeumen in West und Ost. Nomos Verlag 1980, p. 25.

Levando em conta tais dificuldades, sugerimos como viável a seguinte solução:

— Sempre que a caracterização político-comercial de um acordo de cooperação mútua decorre exclusivamente de sua finalidade, sem o emprego de instrumentos específicos, deve-se abdicar da exigência da exclusividade. Até agora, a Comunidade não está em condições e nem disposta a afastar os Estados-Membros desse contexto.

— Por outro lado, a decisão do Conselho, de 1974 ⁽²⁵⁾, prevendo um procedimento de controle comunitário, deveria ser complementada. Sem dúvida, essa decisão constituiu um passo acertado para a solução do problema, embora o procedimento não seja suficientemente ágil e, além disso, incompleto. Deveria ser transformado automaticamente em um procedimento de aprovação, logo que a Comissão venha a constatar que um acordo de cooperação extrapola seus limites, penetrando no âmbito estrito da política comercial e prejudicando de alguma forma os interesses da política comercial da Comunidade.

2. Política de desenvolvimento

Voltemo-nos agora para a delimitação da política do desenvolvimento em que é possível recorrer a uma jurisprudência recente, isto é, ao já citado acórdão de 26-3-1987 ⁽²⁶⁾. Nele ficou definido que a utilização de tarifas alfandegárias objetivando estimular o comércio com países em desenvolvimento se enquadra na política comercial comunitária. Generalizando, é lícito afirmar que, enquanto a política de desenvolvimento for praticada com instrumentos da política comercial, o art. 113 tem prioridade, não cabendo a aplicação de outros preceitos jurídicos, nem mesmo o art. 235.

Onde então estão situados os limites? Encontram-se precisamente onde não é possível falar-se de instrumentos de política comercial ou de um direcionamento preferencial para a política comercial. A título de ilustração, apresentaremos três exemplos:

a) *Créditos de exportação* e sua delimitação em relação ao auxílio financeiro ao desenvolvimento. A concessão de subvenções a fundo perdido ou de simples crédito para o desenvolvimento já não se enquadra no âmbito de uma política comercial comunitária, apesar de que casualmente possam influir sobre o fluxo comercial. No caso de créditos mistos, é possível basear-se sobre a diferenciação entre créditos subsidiados e

(25) Decisão nº 74/393 do Conselho, JO 1974 L 208/23, baseada nos arts. 113 e 234.

(26) Cf. Nota 1, acima. Já no Parecer 1/78, o Tribunal levou em consideração o aspecto de política de desenvolvimento, tendo recusado os argumentos daí inferidos pelo Conselho, contra o art. 113 (cf. acima. Nota 3).

créditos de auxílio, utilizada em grêmios internacionais. No primeiro caso, aplica-se a competência da Comunidade, nos termos do art. 113, também quando estiverem presentes aspectos de ajuda ao desenvolvimento (ingl. grant-element) (27).

b) No que se refere ao *fundo comunitário de matérias primas* (28), recentemente reativado, é preciso fazer algumas distinções. Sua assim chamada "primeira caixa" está intimamente ligada ao financiamento dos estoques reguladores, nos respectivos acordos envolvendo matérias-primas, enquadrando-se, em princípio, no âmbito da política comercial comunitária, com a aplicação dos princípios enunciados no Parecer 1/78.

Já a "segunda caixa" destina-se prioritariamente ao financiamento de projetos, que extrapolam o âmbito da política comercial.

De um modo geral, é possível admitir-se, no caso, uma competência mista, envolvendo a Comunidade e os Países-Membros.

c) O *Fundo de estabilização dos ingressos provenientes da exportação (STABEX)*, conforme previsto na Convenção de Lomé, tendo sido estendido posteriormente a outros países, constituiu, antes de tudo, um instrumento de política de ajuda ao desenvolvimento (29). Trata-se da transferência de recursos, acoplada aos termos de comércio com o respectivo país em desenvolvimento, sem que se visasse com isso influir sobre a exportação. Os recursos transferidos podem, além disso, ser empregados também fora do setor em questão.

3. Política agrária

A delimitação em relação à política agrária suscita consideráveis dificuldades ao nível teórico, sem no entanto acarretar maiores dificuldades na prática. Os respectivos procedimentos variam só relativamente à consulta do Parlamento, que é necessária no caso de medidas de política agrária nos termos do art. 43 do Tratado da CEE. Isto pode, eventual-

(27) Por exemplo, através do "Committee on Surplus Disposal", no âmbito da FAO. Para definir um crédito como auxílio ao desenvolvimento, ele por enquanto tem sido definido em 25%.

(28) O acordo referente ao Fundo Comunitário (Acordo de estabelecimento de um Fundo comum para "Commodities") foi concluído em 27-6-1980 (publicado como documento da UNESCO em 1987. Atualmente, após a Conferência da UNCTAD, deveriam oferecer-se as condições adequadas à sua homologação, embora em condições diferentes. A Comunidade também assinou o acordo, mas ainda não é seguro, se ela vai homologá-lo.

(29) V. os arts. 147 ss. da Convenção de Lomé III, além do Regulamento nº 428/87 da Comissão sobre a introdução de um sistema correspondente para países em desenvolvimento, não associados (JO 1987 L 43/1).

mente, trazer delongas, quando na prática se exigirem soluções rápidas, uma vez que faltam procedimentos especiais de um regime de urgência.

Podemos mostrar algumas tendências que têm prevalecido na prática, a saber:

— Medidas convencionais, embora referentes a instrumentos específicos de política agrária, como o limite máximo fixado para a taxaço, são baseadas no art. 113, enquanto medidas de política comercial.

— Medidas inteiramente autônomas, que não se referem a um instrumento de política agrária, tais como os impostos aduaneiros, apóiam-se no art. 113, também quando se destinarem a objetivos de política agrária. Neste caso, obviamente, "o instrumento" está sendo privilegiado.

São problemáticas aquelas medidas autônomas que se referem aos instrumentos específicos de política agrária, mas que são tomadas em cumprimento de uma obrigação internacional. Poderiam ser classificadas na política comercial comunitária, levando-se em consideração não só a sua principal finalidade, como também razões de ordem prática⁽³⁰⁾.

4. *Proteção à saúde e proteção ao consumidor*

A proteção à saúde e a proteção ao consumidor não são objetivos específicos de acordos; contudo, tais objetivos devem ser levados em consideração, seja no contexto de uma harmonização jurídica (art. 100), seja na implantação de um mercado comunitário interno (art. 100-a, inciso III) ou dos objetivos da política agrária (art. 43)⁽³¹⁾; se necessário, poderá ainda ser aplicado o art. 235.

Vejamos agora aqueles regulamentos que, embora preenchendo esses requisitos, numa perspectiva instrumental, podem apresentar-se como restrições de importação e exportação em relação a países terceiros. A questão se esses casos também são cobertos pelo art. 113 vem adquirindo uma importância prática cada vez maior. Apresentamos dois exemplos:

a) A fixação de valores máximos para a importação de gêneros alimentícios que sofreram irradiação nuclear. O regulamento atualmente em vigor é uma norma especial para a importação de países terceiros, sendo assim uma medida de política comercial; por outro lado, com esse regulamento, se tentaram contemporizar razões de saúde pública e razões

(30) Sobre a delimitação entre os arts. 43 e 113, v. Gildsdorf, in: *Kommentar "Grabitz"*, art. 38, nº 16/17.

(31) *Vejam-se os acordões mais recentes do Tribunal sobre a importação de carne tratada com hormônios, em que o art. 43 foi considerado base legal suficiente (Proc. nº 68/86 e proc. nº 131/86, Reino Unido contra Conselho, acordões de 23-2-1988)*. Parece haver uma estreita vinculação analógica entre os arts. 113 e 235.

de política comercial. A partir de uma ótica comunitária, faz-se necessária uma regulamentação unificada em relação a países terceiros, a fim de se evitar o deslocamento de rotas comerciais e novas fronteiras internas na Comunidade. Assim, essa medida pertence à competência nos termos do art. 113, o que, excepcionalmente, foi também reconhecido pelo Conselho ⁽³²⁾.

b) A regulamentação para a redução e controle do comércio com resíduos químicos (importação e exportação). Ponderações análogas caberiam também para as respectivas medidas. Quanto à exportação, está envolvida a proteção à saúde pública de países terceiros. A Comunidade tem interesse nesta regulamentação, a fim de manter relações de comércio ordenadas com outros países, cumprir as restrições de importação desses países ou antecipar-se às mesmas ⁽³³⁾.

Portanto, o resultado seria o seguinte: no caso de se elaborarem regulamentos especiais com validade para países terceiros, prevalecerá o aspecto de política comercial. No caso de regulamentos aplicáveis indistintamente, ficarão em primeiro plano os aspectos referentes à proteção da saúde pública e à saúde do consumidor, de modo que, como base jurídica, o art. 113 não será suficiente.

5. *Proteção ambiental*

De maneira fundamentalmente análoga deverão ser solucionadas as questões de competência referentes a regulamentos comerciais que atingem a proteção do meio ambiente.

Citemos, à guisa de exemplo, o regulamento da Comunidade que dispõe sobre as restrições de importação para produtos derivados da baleia ⁽³⁴⁾. Este regulamento contém uma proibição normativa para importar tais produtos, exceto alguns itens específicos. Certamente, essa regulamentação se originou da idéia de proteger as espécies, mas para a sua consecução, foi utilizado um instrumento específico de política comercial. Esta regulamentação, conforme se evidenciou nos debates a respeito, também não deixou de provocar conseqüências econômicas.

Se, além disso, um regulamento contiver uma proibição geral de comercialização, como no caso do decreto sobre a aplicação da Convenção de Washington referente à proteção das espécies ⁽³⁵⁾, neste caso, o art. 113

(32) V. Regulamento CEE nº 3.955/87 de 22-12-1987 (JO 1987 L 371/4), ("segunda portaria de Tchernobyl"). Na portaria anterior não se havia mencionado a fundamentação jurídica específica.

(33) V. a proposta da Comissão de 2-7-1986, JO 1986 L 177/5.

(34) Regulamento nº 348/81 do Conselho (JO 1981 L 39/1) baseado no art. 235; a Comissão havia sugerido o art. 113.

(35) Regulamento nº 3.626/82 do Conselho (JO 1982 L 384/1) baseado exclusivamente no art. 235.

já não constitui fundamento jurídico suficiente, sendo necessária a aplicação concorrente do art. 235.

No entanto, aqueles regulamentos de caráter geral, que porventura exerçam uma influência apenas indireta sobre o comércio exterior, sem a ele referir-se especificamente, não são abrangidos pelo art. 112.

6. *Proteção da propriedade industrial e questões correlatas*

a) As questões de delimitação referentes a essas matérias e à política comercial comunitária adquiriram uma especial atualidade, quando da rodada Uruguai do GATT⁽³⁶⁾, bem como na discussão sobre o Acordo de Paris, entre países industrializados de um lado e países em desenvolvimento de outro⁽³⁷⁾. Abordaram-se nessa discussão, exaustivamente, a proteção às patentes industriais, proteção de marcas comerciais, direitos autorais, tanto em acordos internacionais, como no contexto de regulamentos com vistas a países terceiros. Ao examinar as atividades até hoje desenvolvidas pela Comunidade nesses domínios, chega-se à conclusão de que o Conselho não tem sido favorável, ou pelo menos tem-se mostrado reticente no que se refere à aprovação de uma competência comunitária. Mesmo um regulamento que se referia exclusivamente a produtos falsificados provenientes de países terceiros, teve que ser fundamentado no art. 235, juntamente com o art. 223⁽³⁸⁾.

b) de qualquer modo, a questão da competência apresenta-se indiscutivelmente complexa em todos esses domínios. A título ilustrativo, citemos a questão da proteção de nomes geográficos indicativos de origem de mercadorias.

No âmbito interno da comunidade, os Estados-Membros, em observância ao disposto no art. 36, estão em princípio autorizados a legislar a respeito da proteção desses nomes geográficos⁽³⁹⁾ (em que pesem as restrições daí advindas para a circulação interna de mercadorias), exceto no âmbito dos regulamentos comunitários, que podem ser decretados, por exemplo, com base nos arts. 100 ou 100-a.

(36) O Conselho atribuiu à Comissão um mandato para deliberar, de modo abrangente, sobre o comércio da prestação de serviços, sem que até agora tenha sido especificada a base jurídica. (V. a Resolução de Punta del Este, Documento do GATT, MIN (86) W/19 de 20-9-86, p. 20).

(37) Acordo sobre a Proteção da Propriedade Intelectual de 20-3-1983. A Comunidade, até o presente, não se tornou membro do Acordo de Paris, nem dos acordos posteriores, mas tem mantido seu status de observador junto aos grêmios competentes, especialmente junto à OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual).

(38) Regulamento nº 3842/86 do Conselho sobre a importação de mercadorias imitadas. JO 1986 L 357/1.

(39) Para usufruir dessa derrogação, deve-se tratar efetivamente de autênticos nomes de origem geográfica, merecedores de proteção (v. por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça no Proc. nº 12/74 Sekt/Weinbrand — CJ 1975, p. 181).

Quando tais regulamentos são elaborados para serem aplicados especialmente a países terceiros, é possível aceitar-se a competência da Comunidade, nos termos do art. 113. Aplica-se isto nomeadamente a acordos bilaterais, como por exemplo ao acordo ainda não em vigor entre a República Federal da Alemanha e a Áustria (40).

Não se trata, no presente caso, da aplicação de instrumentos típicos de política comercial, de modo que é preciso orientar-se conforme a finalidade e os objetivos. Não se pode negar que tais acordos, necessariamente de natureza recíproca, sejam ratificados para facilitar o comércio entre parceiros, incentivando-se a exportação das mercadorias assim protegidas, principalmente do ponto de vista do país exportador. Esses objetivos não seriam comprometidos, mesmo que se tenha de elaborar normas comunitárias sobre a proteção dos nomes geográficos indicando origem.

c) A questão se isto é também aplicável, e em que medida, acordos multilaterais, referentes à proteção de marcas industriais, deverá ser examinada caso-a-caso, de acordo com a respectiva finalidade. Com respeito a esses acordos, gostaríamos de ressaltar a finalidade primordialmente de política comercial, como no caso do Acordo de Madri sobre o registro de marcas comerciais (41). Decorreriam daí conseqüências, por exemplo, para a participação da Comunidade em grêmios internacionais, principalmente na OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual).

7. A questão da exclusividade (referente aos itens 4, 5 e 6)

As áreas acima tratadas — proteção da saúde pública, proteção do consumidor, proteção ao meio ambiente, proteção da propriedade industrial, lealdade nos procedimentos comerciais — têm em comum sua vinculação a valores jurídicos que necessitam de proteção enquanto tais. Isto pode ser garantido também no âmbito de uma política comercial comunitária. Vejamos agora o caso, quando não se chega a instituir um regulamento comunitário, em que pese a sua urgente necessidade, isto é, quando o legislador comunitário vem a fracassar (42). Neste caso, temos basicamente duas possibilidades de solução.

(40) Trata-se do Acordo de 6-10-1981, conhecido sob a denominação de "Mozartkugeln". Em virtude da posição contrária assumida pela Comissão, não se chegou, até a presente data, à sua ratificação. Acordos semelhantes existem entre outros Estados-Membros e países terceiros (por exemplo, o acordo entre a França e a Áustria de 10-5-1979, cf. Desterreichisches Bundesgesetzblatt, de 14-5-1986, nº 58). A Comissão tende a chegar a uma solução visando acordos ao nível da Comunidade.

(41) Acordo de 14-4-1981. Em antecipação ao decreto sobre a marca comercial/industrial comunitária (cf. a proposta publicada no JO 1980 L 351), a Comissão deseja incluir a mesma no Acordo de Madri, com a participação da Comunidade.

(42) Deve-se, contudo, assinalar que a própria Comissão, até a presente data, não tem seguido uma linha coerente, com respeito à questão da competência. A aplicação coerente do que dispõe o art. 113 sobre a competência possibilitaria soluções ao nível comunitário, conforme se evidenciou no caso Tchernobyl (cf. a Nota 32, acima).

A primeira solução consiste em não se submeter à competência comunitária exclusiva os domínios considerados secundários dentro de uma política comercial comum. Com outras palavras, seria admitida uma competência concorrente dos Estados-Membros, o que na prática levaria à aplicação dos princípios de jurisprudência do AETR (Accord Européen relatif au travail des équipages des véhicules effectuant des transports internationaux).

Na segunda solução, apesar de se aceitar, em princípio, a competência exclusiva da Comunidade, a mesma seria considerada "suspensa", quando um Estado-Membro puder invocar uma situação de excepcionalidade.

Essa problemática ainda não surgiu até hoje na jurisprudência e foi apenas superficialmente abordada na literatura ⁽⁴³⁾. Aventamos as seguintes soluções:

a) Em princípio, o reconhecimento de uma competência estatal concorrente é muito temerária, pois traria em seu bojo o perigo de se adiarem indefinidamente as regulamentações comunitárias. Por esta razão, somos contrários à sua aplicação em domínios, onde, como vimos, se trata da utilização de instrumentos especificamente de política comercial, ou seja, na proteção externa da União Aduaneira. Sua aplicação seria feita relativamente às restrições específicas de importação e exportação, também quando estiverem relacionados aos bens jurídicos acima referidos.

Para esses domínios, teríamos ainda uma solução do segundo tipo mencionado. Dispositivos condizentes com o art. 36 encontram-se em quase todos os regulamentos de comércio exterior da Comunidade, em especial, no "Regulamento Comunitário de Importação" ⁽⁴⁴⁾. Além disso, se pode constatar um princípio jurídico no art. 36, que se aplica não só ao comércio intracomunitário, mas com mais razões, à circulação de mercadorias de Estados-Membros relativamente a países terceiros. A favor disso, pode-se citar, também, uma cláusula preferencial no GATT. O art. 36 constitui relativamente ao comércio intracomunitário justificativa material para uma conduta que doutra forma seria considerada inadimplência de contrato, enquanto que este mesmo artigo, com vistas ao comércio exterior, teria como consequência uma reserva de competência. Assim, os Estados-Membros têm capacidade, diferentemente do que dispõe o art. 113, de legislar sobre

(43) V. sobretudo Timmermanns, in: Festschrift fuer Pescatore (Liber amicorum, Editora Nomos 1987). Discordando de nossa tese, Timmermanns é da opinião que a invocação de um fato excepcional por um Estado-Membro reduziria a competência nos termos do art. 113. No nosso entender, tal opinião ignora que a medida, apesar de invocar a derrogação pelo Estado-Membro, persegue uma finalidade de política comercial, a partir de uma visão comunitária. Ehlermann, no volume comemorativo em honra de Teitgen (cf. Nota 8), acertadamente, menciona que "atores diferentes podem visar a diferentes objetivos". V. também Bleckmann, op., cit. (cf. Nota 15).

(44) V. art. 21 do Regulamento nº 288/82 (cf. Nota 15).

regulamentos comerciais relativos a países terceiros, desde que isso venha a ser necessário em decorrência das razões estipuladas pelo art. 36.

Por outro lado, não hesitaríamos em aplicar, também ao comércio exterior, analogamente, os princípios desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça no contexto da jurisprudência do caso *Cassis-de-Dijon*; seria portanto aceita uma restrição à competência comunitária exclusiva, na medida em que exigências prioritárias tais como proteção ambiental, proteção do consumidor, lealdade na circulação de mercadorias, exigiriam necessariamente uma atuação dos Estados-Membros, com conseqüências para as relações externas.

Entretanto, em decorrência das citadas razões, em casos excepcionais, seria aceitável uma competência extraordinária para a conclusão de acordos, pois raramente o objetivo de se proteger os referidos bens jurídicos chegaria a ponto de se necessitar de uma fundamentação no Direito Internacional por parte dos Estados-Membros. Pode parecer aconselhável, em lugar de medidas autônomas relativamente a um terceiro país tentar chegar-se a uma regulamentação contratual com base na reciprocidade (por exemplo, no caso de alimentos poluídos por irradiação nuclear). Mas no caso de regulamentações contratuais, os aspectos de política comercial adquirem uma excepcional importância, dificultando-se, além disso, sobretudo, a execução da tão necessitada competência comunitária.

Outrossim, como última saída há sempre a possibilidade de autorização por parte dos órgãos comunitários, a ser concedida sempre que não forem prejudicados interesses da Comunidade.

b) Ao se tratar de acordos destinados à proteção da propriedade industrial ou intelectual, não se aplicam, normalmente, conforme mencionamos acima, instrumentos específicos de política comercial, e sim uma regulamentação do tipo *erga omnes*, extensiva a países terceiros. Do mesmo modo, não parece ser necessária, neste particular, uma regulamentação comunitária. No presente caso, sugerimos uma competência concorrente dos Estados-Membros, enquanto o terreno ainda não for ocupado pela Comunidade (aplicação dos princípios do AETR)⁽⁴⁵⁾. Os Estados-Membros terão de tomar medidas cabíveis para livrarem-se, eventualmente, de obrigações contraídas no caso da aplicação da competência comunitária. Por outro lado, também aqui continua válida a obrigação dos Estados-Membros de se absterem de ações individuais, se com isso se prejudica um procedimento que visa aprovar uma regulamentação comunitária.

8. Regulamentos acessórios

a) Tem havido controvérsias sobre a questão, até que ponto determinada regulamentação pode ser considerada acessória de outra, referindo-se esta última à política comercial⁽⁴⁶⁾. Há pontos de vista divergentes entre o Conselho e a Comissão com respeito aos *regulamentos do*

(45) Após entrar em vigor o decreto sobre as marcas comerciais e industriais comunitárias (cf. Nota 41), a competência da Comunidade será exclusiva.

direito aduaneiro (por exemplo, o tratamento intracomunitário dos meios de transporte temporariamente isentos de taxas aduaneiras) ou regulamentos sobre a estatística comercial. Processos ainda pendentes no Tribunal de Justiça, provavelmente, poderão em breve contribuir com esclarecimentos a respeito⁽⁴⁷⁾.

b) No presente contexto, cabe mencionar a jurisprudência do Tribunal de Justiça na questão do *financiamento* de medidas relativas à política comercial. Entendeu o Tribunal que o financiamento de tais medidas está garantido pelo disposto no art. 113, enquanto o financiamento for efetuado com recursos do orçamento comunitário⁽⁴⁸⁾. No caso em referência, tratava-se do estoque regulador no acordo sobre borracha natural. Esta jurisprudência leva a que, em casos similares, um acordo, embora enquadrado na política comercial, só pode ser assinado como "acordo misto". Obviamente, esta possibilidade oferece um alibi bem-vindo àqueles Estados-Membros que, no caso de recusa de financiamento comunitário, podem subtrair-se também à aplicação da competência comunitária⁽⁴⁹⁾.

Essa jurisprudência, provavelmente, não resistiria a uma análise jurídica mais rigorosa. A forma do financiamento não terá importância, desde que se fizerem necessários recursos financeiros para realizar determinada medida de política comercial. Também em outros domínios do direito comunitário, por exemplo, na política agrária, podem ser impostas obrigações aos Estados-Membros, que implicam em despesas aos respectivos países. Se tais regulamentos são corretos ou não, deve ser examinado à luz da legislação financeira comunitária, não decorrendo daí limitações relativamente à competência comunitária em matéria de política comercial. Considerando as possíveis consequências negativas da jurisprudência até aqui surgida, seria desejável que o Tribunal de Justiça, doravante, passasse a fazer distinções mais minuciosas.

9. Serviços

a) É controvertida a questão, se a política comercial comunitária abrange somente a circulação de mercadorias, ou se abrange também a prestação de serviços em relação a países terceiros⁽⁵⁰⁾.

(47) Vejam-se os procedimentos nos Processos nºs 165/86, 275/87 e 288/87 (cf. JO 1987 C 204, JO C 285/6 e JO C 284/11).

(48) Parecer nº 1/78 (Nota 3), pp. 52 e ss.

(49) No caso dos acordos sobre matérias-primas, chegou-se ao assim chamado entendimento "PROBA 20", de 31-3-1981, no qual o Conselho e a Comissão chegaram a aceitar um acordo misto, propondo porém uma conduta integrada, relativamente a outros países. Sobre a matéria veja-se a publicação holandesa "Euromarkt Nlews 1987, p. 147 e Ehlermann, in "Mixed Agreements", Leiden 1983, p. 8.

(50) A opinião dominante na literatura é favorável à inclusão dessa área na política comercial comunitária; (cf. Ehlermann, op. cit. (cf. Nota 8) e Vedder, op. cit. (Nota 3), que propõe uma solução mais diferenciada. Veja-se também D'Orville, in: Koelner Schriften zum Europarecht, vol. 19, pp. 7 e ss.

Partindo-se do texto do Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Européia, não haveria ressalvas sobre tal inclusão: sob o conceito de "comércio" enquadra-se, sem maiores dificuldades, a livre prestação de serviços, aliás considerados "bens indivisíveis".

O principal argumento contrário à inclusão parece estar no fato de a política comercial, indevidamente, ser encarada como extrapolação de política aduaneira, responsável por todo tipo de mercadorias que circulam livremente. Neste caso, não haveria paralelismo em relação à prestação de serviços, prescindindo-se, portanto, de uma regulamentação correspondente ao comércio exterior. Já rebatemos essa argumentação no início de nossa exposição. No âmbito estatal, a regulamentação da prestação de serviços pertence, naturalmente, ao comércio exterior. Também na prática, principalmente por ocasião da negociação de acordos, as questões relativas à circulação de mercadorias dificilmente podem ser separadas da prestação de serviços; a inclusão desse domínio na rodada Uruguai do GATT pode ser citada como exemplo elucidativo.

É inegável que a prestação de serviços, em casos concretos vinculada à circulação de mercadorias, e tendo portanto caráter acessório, deve ser enquadrada na política comercial, apesar do caráter restritivo dessa vinculação.

b) Em todo o caso, também nesta área pode-se aceitar apenas uma *competência comunitária concorrente*. Isto já decorre das próprias características pelas quais se diferenciam a livre circulação de mercadorias da livre prestação de serviços ao nível intracomunitário. Ao contrário da livre circulação de mercadorias, no caso da livre prestação de serviços, estamos diante de uma "liberdade de mercado", não condicionada por qualquer automatismo, mas que independe de regulamentação⁽⁵¹⁾. Seria negar essa estrutura, ao exigir-se, *a priori*, a competência exclusiva em relação ao comércio exterior, e isto sem levar em consideração uma possível competência oriunda do AETR, bem como o cumprimento do art. 5 do Tratado.

Essa competência, portanto, deverá ser desenvolvida paulatinamente, como fim último dos esforços a serem empreendidos, e não como postulação de uma posição de partida.

O mesmo se aplica também no âmbito convencional, pois aqui a competência estatal não pode ser exercida a contento sem a possibilidade de se assinar acordos com outros países. No entanto, quando houver uma proposta de regulamentação comunitária, como ultimamente na rodada Uruguai do GATT, então pode ser necessária uma atuação exclusivamente comunitária nos termos do art. 5 do Tratado. A prestação de serviços no domínio dos

(51) Isto é válido independentemente de o Tribunal reconhecer a aplicação direta dos respectivos dispositivos do Tratado (v., entre outros, o acórdão van Binsbergen, Proc. nº 33/74, CJ 1974, p. 1.289).

transportes, em decorrência do disposto no art. 61 do Tratado, deveria ser enquadrada, também, na área das relações exteriores dessa política, regulamentada nos termos dos arts. 74 ss.

10. *Outros tipos de relações de comércio exterior*

Com a inclusão, embora modificada, da prestação de serviços na política comercial comunitária, chegamos, em nosso entender, aos limites extremos daquilo que ainda pode ser objetivamente abrangido pelo art. 113.

Não parece aceitável a tese até agora defendida apenas por *Pescatore* ⁽⁵²⁾, segundo a qual a totalidade das *Relações de comércio exterior* deve ser enquadrada na política comercial comunitária. Contudo, essas relações não são abrangidas, em sua totalidade, pelo conceito de "comércio", que, por sua vez, não poderia ser destacado do critério de "troca". Ao aplicar-se coerentemente essa teoria, chegaríamos ao ponto de atribuir à Comunidade, na área do comércio exterior, competências concretas, a serem decididas majoritariamente, de que ela ainda não dispõe no âmbito intracomunitário.

Isto também se aplica a duas áreas que, em nível intracomunitário, se relacionam a duas liberdades fundamentais: à livre circulação de capitais e à liberdade de estabelecimento.

a) A *circulação de capitais* com estados terceiros parte da União Econômica e Aduaneira e deve, por isso, ser regulamentada dentro das competências da Comunidade, nos termos do Título II, Capítulo I, do Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Européia. Isto se aplica em particular à regulamentação do direito cambial, consoante se depreende também do art. 108, inciso 1.

As dificuldades para a política comercial comunitária, oriundas de regulamentações cambiais, devem ser apreciadas à luz dessa norma, ficando evidente que, em termos de competência, a elas não se aplica o art. 113. Isto vale sem prejuízo do que foi dito acima com referência aos acordos de cooperação.

No tocante a *pagamentos correntes* ligados ao comércio exterior, pode-se admitir uma competência comunitária, complementar ao disposto no art. 113; a favor dessa tese há uma certa analogia relativamente ao art. 106, inciso 2 do Tratado, bem como a regulamentação vigente no GATT.

b) Também os regulamentos relativos à liberdade de estabelecimento, com vistas a países terceiros, via de regra recíprocos e convencionais, ultra-

(52) V. sobretudo *Droit des Communauté Européennes — Les Nouvelles*, nº 2.294, p. 921. Essa concepção oferece a vantagem de explicitar a posição do art. 116 no capítulo sobre "política comercial". O argumento por si só não parece suficientemente convincente para sustentar essa teoria, diante dos argumentos contrários. Cabe ao art. 116, diante do art. 113, uma função complementar, a qual, no entanto, ainda não está totalmente esclarecida (v. também o Parecer nº 1/78, nº 50, cf. Nota 3).

passariam, em princípio, os limites do art. 113. O principal objetivo de tais regulamentos e acordos não está em influir sobre a circulação "além-fronteiras" de mercadorias ou serviços, mas em estabelecer condições favoráveis a pessoas e empresas estrangeiras de exercerem atividades econômicas em outro país que não o de sua origem, podendo inclusive ser influenciada positivamente a circulação de mercadorias e de serviços. Outrossim, se trata aqui de regulamentos econômicos complexos, que interferem em outros domínios jurídicos, por exemplo, no direito de estrangeiros, direito trabalhista, direito fiscal. Assim, por exemplo, o acordo ainda não assinado entre a Comunidade e a Suíça no setor de seguros não pode basear-se exclusivamente no art. 113; neste caso, para a fundamentação jurídica, parece mais indicado recorrer ao art. 100 (53).

Quando, entretanto, não estivermos tratando de um regulamento especial do direito de estabelecimento, mas de um regulamento acessório de acordo comercial (especialmente com cláusula não discriminatória), então se aplica a competência comunitária nos termos do art. 113. Aqui, uma delimitação mais nítida certamente exigiria um maior aprofundamento (54).

É óbvio que o acima dito vale também independentemente de se invocar, mais e mais, a competência comunitária, conforme os princípios do AETR; por outro lado, há de se levar em consideração, também, o art. 5 do Tratado (55).

IV. *Medidas motivadas politicamente, em especial sanções*

Antes de finalizar, cabe fazer algumas considerações sobre a intrincada questão de se delimitar a competência no caso de sanções comerciais politicamente motivadas.

Nossa tese é a seguinte: a motivação política de uma medida, preenchendo todos os critérios de uma medida de política comercial, não pode

(53) O texto do Acordo foi publicado no JO 1983 C 154/34. Originariamente, a Comissão sugeriu para este caso o art. 113, o que não parece defensável.

(54) Timmermans, op. cit. (cf. Nota 43), p. 688, pretende diferenciar melhor, atribuindo ao art. 113, as questões relativas ao direito de estabelecimento ao art. 113, por tratar-se da regulamentação de meras questões de "status". No entanto, na prática, certamente não haverá regulamentos restritos a simples questões de status.

(55) No âmbito da rodada Urugual do GATT, as questões do direito de estabelecimento são intimamente ligadas a questões de política comercial (inclusive prestação de serviços), de modo que também aqui parece necessário um tratamento ao nível comunitário. Isto também pode ser inferido da jurisprudência do Tribunal (cf. Parecer nº 1/76, sobre o Fundo de Desativação — Navegação Fluvial, CJ 1977, p. 755, nº 4).

subtrair a mesma à competência comunitária, nos termos do art. 113. ⁽⁵⁶⁾. A favor dessa tese há, principalmente, dois argumentos:

(1) Muitas medidas de política comercial se sustentam em motivos políticos em geral. Tomemos como exemplo a política restritiva de importação, praticada em relação aos países do Leste Europeu e, como contrapartida, o tratamento preferencial dado à Romênia.

(2) O fato de o acordo não conter uma cláusula geral restritiva de natureza política (a assim chamada "restrição de soberania"), mas cláusulas restritivas objetivamente delimitadas, em relação às quais deve ser mencionado especialmente o art. 224. Também esta regra há de ser interpretada restritivamente, de acordo com o Tribunal de Justiça ⁽⁵⁷⁾, excluindo-se assim uma extensão analógica, relativa a outras características constitutivas, não expressamente previstas.

Outrossim, a regra expressa no art. 224 se assenta, aparentemente, na concepção de que um Estado-Membro, ao se constatar determinados fatos previstos, pode tomar medidas unilaterais que podem diferir daquelas previstas no Tratado e, principalmente, ser diferentes das regras acerca da política comercial comunitária. Somente nesta hipótese, as medidas previstas nos arts. 224 e 225 teriam sentido. Não se infere disso que nas referidas situações deixa de existir a competência da Comunidade, relativamente a medidas de política comercial; esta apenas fica em segundo plano, enquanto o Estado-Membro invoca seu direito nesta situação de excepcionalidade. Ao contrário de outros casos, em que a competência inicialmente concorrente dos Estados-Membros vem sendo eliminada por meio de uma "ocupação dessa área" pela Comunidade, existe no caso específico mencionado uma reserva de competência permanente para a ação do Estado-Membro.

No entanto, é preciso assinalar que nem todas as medidas, freqüentemente colocadas de modo simplificado sob o conceito de "sanções", são abrangidas pelo art. 224. Deve-se diferenciar nitidamente, de um lado entre medidas destinadas a cumprir uma obrigação legítima de Direito Internacional, em especial, resoluções do Conselho de Segurança, e medidas que representam apenas uma reação deliberada contra a inobservância de direitos humanos por parte de um estado terceiro. De qualquer maneira, é evidente que as sanções que constituem medidas defensivas contra a condução da política comercial de um estado terceiro, pertencem à compe-

(56) Quando da aplicação estrita da teoria finalista do Conselho (cf. acima II.1 c), esta medida não seria abrangida pelo art. 113. Este é o argumento de vários Estados-Membros, por exemplo, da Dinamarca. Sobre a matéria, veja-se Meng "Die Kompetenz der EWG zur Verhängung von Wirtschaftssanktionen gegen Drittstaaten" (a competência da CE relativamente à aplicação de sanções económicas contra países terceiros), in: ZaöRV 1986, p. 324.

(57) Cf. o Proc. nº 222/84 (Johnston contra Chief Constable), acórdão de 15-5-1986.

tência exclusiva da Comunidade. Este foi, por exemplo, o caso da suspensão do esquema geral preferencial, contra a Coréia do Sul, como medida de retaliação contra uma conduta não amistosa daquele país⁽⁵⁸⁾.

Também fora do âmbito dos casos previstos no art. 224, nada haveria a opor a que antes de serem tomadas sanções politicamente motivadas, de um modo geral, houvesse consultas entre os Estados-Membros, especialmente no contexto da AEP-OCDE. Nessas consultas, deliberar-se-ia acerca das medidas a serem tomadas, quando, eventualmente, apenas ultrapassassem o âmbito de política comercial. Todavia, quando se estabelecerem sanções de política comercial, estas estariam em consonância com o que dispõe o art. 113, sendo endossadas por todos os Estados-Membros, exceto quando um Estado-Membro invocar o caso especial previsto no art. 224.

Desde o conflito das Ilhas Malvinas, se vem observando uma tendência em aceitar a competência comunitária quando de sanções por razões políticas, apesar de não ter havido coerência na prática subsequente⁽⁵⁹⁾.

Os princípios citados devem ser aplicados *mutatis mutandis* também a outras medidas no comércio exterior, politicamente motivadas. Um problema particularmente grave surge por causa da conhecida lista COCOM, que transcende em muitos pontos o que dispõe o art. 223 relativamente ao comércio de armas e material bélico propriamente dito. É de duvidar se as limitações de comércio decorrentes da lista COCOM são inteiramente cobertas pelo direito comunitário (por exemplo, pelos arts. 224 ou 36). De qualquer modo, será necessário, com vistas ao ano de 1993, encontrar-se uma solução comunitária integrada.

V. *Observações finais*

Tentamos mostrar que as questões de delimitação aqui tratadas transcendem uma problemática meramente teórica. Trata-se de estabelecer uma delimitação jurídica, possibilitando à Comunidade, nas palavras do Tribunal de Justiça, "uma regulamentação coerente de suas relações exteriores"⁽⁶⁰⁾, evitando porém estender-se demasiadamente o conceito de política comercial, em consideração às realidades políticas vigentes.

Nos próximos anos, essas questões certamente haverão de provocar ainda muitas controvérsias, tanto no Conselho como nos próprios Estados-Membros, vindo a constituir matéria para o Tribunal de Justiça. É desejável que se intensifiquem as pesquisas especializadas sobre o assunto, para o que colaboramos com algumas sugestões preliminares na presente comunicação.

(58) Cf. o Decreto n.º 3.912/87 do Conselho. JO 1987 L 369/1.

(59) Cf. Decreto n.º 1.254/82, JO 1982 L 146. Este decreto, embora baseado no art. 113, faz primeiramente referência explícita ao consenso político. Restrições de importação contra a África do Sul (Krögerrand) basearam-se no Tratado, sem mencionar uma base jurídica (cf. Decreto n.º 3.302/86, JO 1986 L 305/11).

(60) Assim, por exemplo, no acórdão de Massey-Ferguson, Proc. n.º 8/73. CJ 1973, p. 905.