

TEMAS DE INTEGRAÇÃO



2.º VOLUME

2.º SEMESTRE DE 1997 • Nº 4

Temas de Integração

Publicação Semestral

Diretores:

Francisco Amaral e Manuel Porto

Conselho Científico:

J. Xavier de Basto, P. Borba Casella, P. Pitta e Cunha, Renato Flôres,
R. Moura Ramos e Werter Faria

Secretário da Redação:

J. Santos Quelhas

Condições:

Assinatura anual: 5.000 escudos ou 33 reais

Nos Secretariados:

Portugal

Curso de Estudos Europeus
Faculdade de Direito
Pátio da Universidade
3049 Coimbra Codex
Tel. (039) 33541; 4109872; 4109801
Fax: (039) 23353

Brasil

Mestrado em Direito da Integração
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Rua Moncorvo Filho, nº 8, Praça da República
Cep. 20211-340 - Rio de Janeiro
Tel: (021) 242-2559
Fax: (021) 224-1810

Número avulso: 2.800 escudos ou 18 reais

Execução Gráfica:

Gráfica da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Rua Moncorvo Filho, nº 8, Praça da República
Cep. 20211-340 - Rio de Janeiro

Tiragem 1.000 ex.

Apoio

Comunidade Europeia
Projeto Círculos Europeus

TEMAS DE INTEGRAÇÃO

2.º VOLUME

2.º SEMESTRE DE 1997 • N.º 4

ÍNDICE

Direito do trabalho no Mercosul (perspectiva brasileira) por <i>Arion Sayão Romita</i>	5
Aspectos do direito econômico da União Européia por <i>J. M. Coutinho de Abreu</i>	17
Significado do Mercosul para advogados europeus por <i>Paulo Borba Casella</i>	39
The economic political debate on EMU: Europe and Portugal por <i>Francisco Torres</i>	73
As relações de direito civil nos processos de integração por <i>Paulo Luiz Netto Lôbo</i>	113
Jurisprudência Crítica	125
Vária	139
Recensões	143

DIREITO DO TRABALHO NO MERCOSUL (PERSPECTIVA BRASILEIRA)

por *Arion Sayão Romita*

SUMÁRIO: I - Introdução. II - A criação do Mercosul. III - A visão do jurista, o fenômeno da integração regionalizada e o regime democrático. IV - A democratização do Direito do Trabalho. V - As necessárias modificações. VI - O Direito do Trabalho e a questão do desemprego. VII - A "Carta Social" do Mercosul.

1. Introdução

O ano de 1967 foi pródigo em manifestações doutrinárias pertinentes à integração latino-americana.

A Primeira Jornada Latino-americana de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, convocada pelo Instituto Latino-Americano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, expressou, na sessão realizada em Santa Fé (Argentina), seu desejo de serem intensificados os temas relacionados com a integração latino-americana em todos os seus aspectos, colocando ênfase especial nos programas trabalhistas, econômicos e sociais.

O Instituto Interamericano de Estudos Jurídicos Internacionais da OEA realizou em Bogotá uma mesa-redonda sobre "A integração da América Latina e a questão constitucional." O memorandum então redigido salientou que a eficácia dos tratados constitutivos de processos de integração econômica exige uma aplicação uniforme para suas normas em toda a zona integrada e que este processo deve conduzir à formação de um direito comunitário latino-americano.

O Instituto para a Integração da América Latina, sob o patrocínio do Banco Interamericano de Desenvolvimento, promoveu em Buenos Aires um seminário que, entre outros temas, ocupou-se das relações do direito comunitário com o direito dos países-membros. Essas relações, segundo

a conclusão aprovada, devem resolver-se dentro de uma perspectiva nova, que não é nem das organizações clássicas nem das estruturas puramente federais.

Uma das conclusões adotadas pelo Segundo Congresso Iberoamericano de Direito do Trabalho e de Seguridade Social, realizado em Lima (Peru), assevera que no processo de integração o Direito do Trabalho e o da Seguridade Social devem desempenhar papel de instrumentos de promoção de melhoria do nível de vida e fortalecimento da solidariedade da Comunidade Latino-americana.

No primeiro dos referidos conclave, Mozart Victor Russomano, dissertando sobre "O Direito do Trabalho em face da integração econômica regional", demonstrou a impossibilidade da uniformização total ou absoluta das legislações nacionais, mesmo em áreas geograficamente limitadas ou sujeitas a processos de integração econômica. Seria de rigor a criação daquilo que ele chamou de *normas comunicantes*, isto é, certas normas básicas comuns que ponham em contacto, como verdadeiras válvulas de comunicação, as legislações de cada estado.¹

A idéia frutificaria.

2. A criação do Mercosul

Três anos mais tarde, ou seja, em 1970, a Organização dos Estados Americanos ensejou a produção de dois estudos sobre problemas de Direito do Trabalho e de Previdência Social relativos a obras multinacionais na região geo-econômica da Baía do Rio da Prata. Tais estudos, de que se desincumbiram Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano e Mariano Tissembaum, foram editados no ano seguinte no Rio de Janeiro, sob títulos "Integração econômica e Direito Social", o primeiro é Integração Econômica e Previdência Social o segundo.

Gilda Corrêa Meyer Russomano salientou que a regulamentação internacional do trabalho assenta em um conjunto de normas especiais que se sobrepõem às normas de direito interno dos Estados; o direito positivo de cada País deve ser um ponto de referência sem que, contudo, seja um limite intransponível às formulações do Direito das Gentes destinadas às áreas integradas.²

¹ Mozart Victor Russomano, *Temas atuais de Direito do Trabalho*, Revista LTr, nov./dez., 1968, p.32.

² Gilda M. Corrêa Meyer Russomano, *Integração Econômica e Direito Social*, Rio de Janeiro, José Konfino, 1971, p. 105.

Mariano Tissebaum asseverou que a competência atribuída a organismos internacionais para tomar decisões *erga omnes*, em assuntos relacionados com o ordenamento econômico e social comunitário latino-americano, é compatível com o tema da previdência social, com vistas à elaboração de um tratado constitutivo do mercado comum latino-americano.³

A integração latino-americana, como um todo abrangente, revelou-se um sonho de difícil concretização prática. Muito mais realista seria a integração econômica e social restrita a uma região delimitada, cuja semente remonta ao Tratado de Montevidéu, de 1960 (criador da ALALC), passa pela celebração do Tratado da Bacia do Prata, em 1969 e pela instituição da ALADI, em 1980, mercê do Tratado de Montevidéu, para desembocar na idéia geratriz do MERCOSUL.

3. A visão do jurista, o fenômeno da integração regionalizada e o regime democrático

O jurista e, mais especificamente, o juslaboralista não podem isolar-se em uma torre de marfim, encarando os fenômenos econômicos e sociais apenas do ponto-de-vista jurídico-formal. Pelo contrário, levando em conta, como objetivo final, a efetivação da justiça social e inspirando-se na lição de Rodolfo A. Nápoli, deve afirmar que "o desenvolvimento econômico começa pelo homem e tem por meta sua própria felicidade, já que o homem é a medida de todas as coisas. Mas não o homem considerado no desfrutar egoísta e hedonístico dos bens do mundo, e sim o homem comprometido com a sociedade, a gozar e a sofrer com ela".⁴

Imbuído desta cosmovisão, o estudioso de temas laborais não pode perder de vista as transformações ocorridas no mundo desde a superação da mentalidade taylorista e fordista, sob a qual foi forjado o Direito do Trabalho.

A concentração do capital, a divisão e a especialização do trabalho facilitaram a transnacionalização das empresas, detentoras de interesses distintos até mesmo daqueles defendidos pelo Estado em que surgiram.

O progresso tecnológico aliado a esta realidade propiciou a globalização da economia, à qual deve se contrapor, como reação dialética,

³ Mariano R. Tissebaum. *Integração Econômica e Previdência Social*, Rio de Janeiro, José Konfino, 1971, p. 216.

⁴ Rodolfo A. Nápoli. *Desarrollo, integración y derecho del trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 72.

a regionalização fundada em afinidades históricas, sociais, culturais e econômicas. Mas não só fundamentos sociológicos podem ser divisados neste processo evolutivo: no elemento político reside o pressuposto fundamental da integração, pois esta exige liberdade, requer livre circulação e se expande para o domínio econômico, assegurando o livre exercício dos direitos de empreendimento.

O MERCOSUL só encontrou ambiente propício para se afirmar porque aglutina países culturalmente identificados, sem região geográfica delimitada, que atravessam uma fase de sua vivência política marcada pela prática da democracia, único regime de organização do Estado que ensina a participação dos atores sociais na criação do ordenamento jurídico que lhes diz respeito.

4. A democratização do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho pode ser conceituado como o ramo da ciência jurídica que preside à regulação das relações de trabalho, assim no plano individual como no coletivo, e propicia a composição harmônica e autônoma das controvérsias oriundas dessas mesmas relações.

Existem, basicamente, dois métodos de regulação das relações de trabalho: o autoritário e o democrático. O primeiro, lastreado no corporativismo, caracteriza-se por: a) sindicato como instrumento dos interesses do Estado e não dos trabalhadores; b) unicidade sindical, ou seja, unidade sindical imposta por Lei; c) organização sindical por categorias, e não por profissões, setor de economia ou empresa; d) contribuição sindical obrigatória; e) composição classista dos órgãos da Justiça do Trabalho; f) poder normativo dos Tribunais do Trabalho; g) proibição da greve; h) inexistência (ou debilidade) da negociação coletiva. O segundo método (o democrático), compatível com a economia social de mercado, lastreada na livre iniciativa e na concorrência, assim se caracteriza: a) sindicato livre da interferência do Estado; b) liberdade sindical em todos os sentidos, e não apenas como autonomia; c) possibilidade de pluralidade sindical, convergindo para a unidade livremente deliberada pelos interessados; d) reconhecimento da autonomia coletiva das condições de trabalho; f) Justiça do Trabalho não corporativista, ou seja, com representantes classistas exercendo apenas função honorífica e desprovida de poder normativo; g) direito de greve reconhecido como instrumento de luta dos trabalhadores.

No que diz respeito, especificamente, ao caso brasileiro, cumpre reconhecer que a Constituição de 1988 fracassou ao tentar introduzir

elementos do método democrático (autonomia sindical, ênfase na negociação coletiva e direito de greve), na regulação autoritária e corporativista que conservou, como herança dos regimes ditatoriais de 1937 e 1964.

A presença do Brasil no MERCOSUL deve pautar-se por uma preocupação fundamental: ajustar o ordenamento da regulação de relações de trabalho e da composição de conflitos judiciais às diretrizes emanadas da integração regional.

O MERCOSUL, por outro lado, não pode enclausurar-se em mera administração de um mercado regional: há de atender às necessidades reais das populações dos países que o compõem. A sociedade dos quatro países parece decidida a trabalhar com a carga de valor que a integração pressupõe, decomposta, no dizer de Roberto Santos, em solidariedade internacional, economia expansiva, atendimento de necessidades reais, participação democrática, justiça social e composição harmoniosa dos conflitos.⁵

O direito do Trabalho, como instrumento de realização de tais metas, refletirá necessariamente as características do meio social, adequando suas formulações ao estágio de evolução em que se encontram as sociedades nas quais suas normas encontram campo de aplicação.

O Direito do Trabalho no Brasil foi concebido numa fase de evolução econômica que já não é mais a dos anos 90. Remontando, basicamente, às décadas de 40 e 50, adequava-se a uma sociedade e a uma economia de feição predominantemente agrícola. As contradições geradas pelos avanços técnicos registrados a partir dos anos 70, com a crescente industrialização, produziram uma situação social indesejável e que cumpre reverter.

A década de 90 encontrou o País com um terço de sua população - 45 milhões de pessoas ou 11 milhões de famílias - abaixo da linha da pobreza, o que significa uma renda mensal de até ¼ do salário mínimo. De cada 10 brasileiros pobres, 5 moram em cidades. É nas aglomerações urbanas que começam a eclodir os sintomas de uma perigosa desintegração social.

Em 1992, o Brasil tem 33,5 milhões de pessoas classificadas como indigentes pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. De acordo com o IBGE, 43,1% das crianças de até 5 anos vivem em estado de extrema pobreza, ou seja, convivem com a fome.

⁵ Roberto A. O. Santos. *Introdução ao estudo do Mercosul e sua questão trabalhista, Relasur*, nº 2, 1994, p. 127.

Não basta considerar o setor oficial de economia. É indispensável examinar também a economia informal. As turbulências nocivas empurram os agentes econômicos para o setor informal, inclusive para a delinquência. Como se verifica em notícia divulgada pela imprensa, a economia informal, o tráfico de drogas, o contrabando, o jogo do bicho, a prostituição e outras atividades ilícitas movimentam o equivalente a 490 bilhões de dólares por ano no sistema financeiro. Esse número, maior do que o PIB brasileiro, avaliado em 400 bilhões de dólares, foi encontrado em um estudo da Receita Federal.

Esta situação econômica e social do todo reflete-se no particular. O trabalhador ocupado no setor formal da economia será, em consequência, mal remunerado. Segundo dados estatísticos divulgados no exterior, o operário especializado brasileiro - considerados apenas os países exportadores - só não é mais mal pago no mundo porque em Sri Lanka o salário é ainda mais baixo. É a seguinte a remuneração do operário especializado: o alemão é o mais bem pago (21,5 dólares por hora), seguido do Francês (15,2), do norteamericano (14,8) e do japonês (12,6). O brasileiro recebe 2,6 dólares por hora. A renda mensal do trabalhador, após a promulgação da Constituição de 1988 experimenta acentuado declínio. Com vistas voltadas apenas para os empregados no setor privado, em salários mínimos, a variação observada é a seguinte: nível superior, de 21,1 em 1986 para 14 em 1990; nível médio, de 7,5 em 86 para 5,5 em 90; nível manual, de 4,1 em 86 para 2,9 em 90. Em dois tópicos, os dados estatísticos impressionam mais: desemprego e redução dos níveis reais de salário. E o reflexo se dá no "padrão de vida" do povo brasileiro.

Esses índices não podem deixar de repercutir na chamada "qualidade de vida", ou no "padrão de vida", que é, em 1993 (cinco anos após a promulgação da Constituição de 1988), o pior em 20 anos. O número de empregados é, em março de 1993, 13,8% menor do que em 1985, de acordo com os dados do IBGE. A concentração de renda aumentou significativamente. Dados da Fundação Getúlio Vargas indicam que a renda dos 30% mais ricos é 30 vezes maior do que a dos 30% mais pobres, muito superior à registrada nos países do primeiro mundo. Em 1993, a renda *per capita* dos brasileiros, de acordo com dados do FMI, era de 1.912 dólares contra uma renda *per capita* de 2.942 dos mexicanos, 2.870 dos argentinos e 2.968 dos chilenos. Segundo um índice criado pelos economistas, denominado "índice de bem-estar social", tomando por base 1971 = 100 vê-se que, em 1987, o índice era 74 e que, em 1992, era 52.

Há o propósito deliberado de manter o povo na pobreza? Em 1516, na "Utopia", Thomas More escreveu: "A pobreza do povo é o baluarte da monarquia. A riqueza e a liberdade conduzem à insubordinação e ao desprezo da autoridade; o homem livre e rico suporta com impaciência um governo injusto e despótico. A indigência e a miséria degradam os caracteres, embrutecem as almas, habitua-nas ao sofrimento e à escravidão, comprimindo-as a ponto de lhes tirar a energia necessária para sacudir o jugo".⁶ No campo específico das relações de trabalho, merece reflexão acurada a frase de LIPSET: "O trabalhador que não acredita estar sendo bem remunerado por um bom trabalho tampouco acredita que seja recompensado por ser um bom cidadão".⁷

A participação do Brasil no MERCOSUL deverá provocar mudanças que se refletirão no ordenamento interno regulador das relações de trabalho e de composição dos conflitos judiciais.

5. As necessárias modificações

A integração dos Estados Partes do Tratado de Assunção não encontra na razão econômica um fim em si mesma. Como se depreende do preâmbulo do Tratado, o desenvolvimento econômico constitui antes um meio para promover a justiça social, a fim de melhorar as condições de vida dos habitantes dos Países signatários.

Naquilo que particularmente interessa ao Direito do Trabalho, há que levar em conta a necessidade de atualizar a regulação das relações de trabalho e a legislação da previdência social, no intuito de ajustá-las àquele desiderato. A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes, corolário da adoção do Mercado Comum (art. 1º do Tratado), implica necessariamente a tarefa de "modernizar" a legislação do trabalho e a previdenciária, até como consequência do compromisso assumido pelo Brasil: o Mercado Comum, tal como escrito no art. 1º do Tratado, implica o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

⁶ Thomas More. *A Utopia*, in Os pensadores, X, Abril Cultural, São Paulo, 1972, p. 196.

⁷ Seymour Martin Lipset. *El hombre político - las bases sociales de la política*, trad. de Elías Mendelievich, Tecnó, Madrid, 1987, p. 174.

Harmonizar as legislações - já se salientou em doutrina⁸ - não significa adotar normas comuns, uniformizando condições de trabalho. Este ideal é impossível de ser alcançado. Viável seria, porém, sem dúvida, "uma aproximação quanto ao essencial, uma aproximação de princípios", como quer Américo Plá Rodríguez.⁹ Não seria possível indentificar neste "essencial", nestes "princípios básicos" aquelas "normas comunicantes" a que aludia Russomano, em 1967?

A "aproximação de princípios" exigiria, da parte do Brasil, no mínimo, uma revisão constitucional. Sabe-se que a Constituição de 5 de outubro de 1988 conservou quase intacto o aparato autoritário e corporativista implantado pelo Estado de 1988 afirma, no art. 1º, que o Brasil se constitui em Estado democrático de direito.

A integração preconizada pelo MERCOSUL pressupõe a democracia, como já se disse. Mas a democracia não se restringe ao plano da organização política do Estado. Alcança também o domínio da relação capital x trabalho.

Ao contrário do método autoritário, que se caracteriza pela desconfiança do Estado em relação aos atores sociais, o método democrático repousa no elemento confiança: o Estado espera que os interlocutores, que têm interesses antagônicos mas não inconciliáveis, encontrem, por meio da negociação coletiva, as melhores soluções para a composição das recíprocas pretensões. O rumo da democratização se afasta da influência maciça do Estado, vale dizer, preconiza a redução da presença do Estado.

Mas, ao mesmo tempo que preconiza a redução da presença do Estado, o regime democrático, aplicado ao campo das relações capital-trabalho, exige a atuação prestante dos interlocutores sociais. Os empresários sempre fizeram ouvir sua voz, pela própria força do poder econômico que encarnam. Quando se fala em atuação dos interlocutores sociais, a ênfase recai, necessariamente, no suporte que deve ser dado pelo ordenamento jurídico à **capacidade de expressão dos trabalhadores**.

O esforço de (re)construção econômica de uma país não pode prescindir do concurso dos trabalhadores. Quando a Europa, no pós-guerra de 1945, necessitava encetar a gigantesca obra de reerguimento

⁸ João de Lima Teixeira Filho. *A harmonização da legislação do trabalho no MERCOSUL*, Revista LTr, jan./93, vol. 57, p. 15 e segs.; Luiz Carlos Amorin Robertella. *As relações trabalhistas no MERCOSUL*, Revista LTr, nov./93, vol. 57, p. 1315.

⁹ Américo Plá Rodríguez. *Los principios del Derecho del Trabajo en la perspectiva de la integración regional*, FCU, Montevideu, 1991, p. 9.

dos países devastados pela conflagração bélica, a Organização Internacional do Trabalho tratou, logo, de aprovar a Convenção nº 87, de 1948, com o propósito de assegurar plena liberdade sindical: visível é o objetivo de incorporar as classes trabalhadoras, já que, evidentemente, sem a sua participação nada se conseguiria. pois bem, no Brasil, a Constituição de 1988 impede a ratificação da Convenção nº 87...

No particular, em boa hora, o MERCOSUL abre espaço privilegiado à atuação direta de empresários e de trabalhadores, mercê da composição tripartite do Subgrupo 11 - Relações trabalhistas, emprego e seguridade social. Não há dúvida de que, como forma de participação (pressuposto do regime democrático), o tripartismo pode ser - prelecionam María del Mar Serna e Oscar Ermida Uriarte - tanto no âmbito do sistema de relações do trabalho como no mais amplo, do sistema social e político como um todo, um elemento de aperfeiçoamento da democracia formal e de constituição da democracia material e que em consequência, desempenha um papel na sociedade democrática e pluralista.¹⁰

O sopro de democratização não pode, porém, deter-se nos domínios do direito material. Há de estender-se também ao direito processual, mais propriamente à composição e ao funcionamento da Justiça do Trabalho. Os representantes classistas devem exercer apenas uma função honorífica. E o poder normativo dos Tribunais do Trabalho deve ser suprimido.

Este poder normativo em nada tem contribuído para o progresso das relações sociais no Brasil. Pelo contrário, inibe a negociação coletiva, esta sim, método eficaz e democrático de regular as relações de trabalho. Além disso, não se compadece com o exercício do direito de greve, que a Constituição assegura aos trabalhadores. Só pode haver poder normativo da Justiça do Trabalho m regime autoritário que proíbe a greve, como acontecia na Itália durante o regime de Mussolini, e no Brasil na vigência da Carta do Estado Novo, de 1937. Uma constituição que afirma ser o Brasil um Estado democrático de direito e que reconhece a autonomia coletiva dos interlocutores sociais, assegurando o direito de greve, não pode, por coerência, consagrar a competência normativa da Justiça do Trabalho.¹¹

¹⁰ María del Mar Serna - Oscar Ermida Uriarte. *El tripartismo*, in Derecho laboral, Montevidéo, 1994.¹¹ Para maior desenvolvimento do tema, ARION SAYÃO ROMITA. *A revisão constitucional e os direitos sociais*, in Revista LTr, jul./93, vol. 57, p. 778-789; ID. *A Justiça do Trabalho na revisão constitucional*, in Revista Jurisprudência Brasileira Trabalhista, nº 39, jul./set., 1993, p. 17-20.

6. O Direito do Trabalho e a questão do desemprego

A constitucionalização operada em 1988 deixa a desejar, quando se procede ao confronto entre a orientação da Lei Maior, no campo de regulação dos chamados direitos sociais, e a perfilhada pela maioria das nações, neste limiar do século XXI.

O Brasil optou, em 1988, por uma Constituição de tipo regulamentarista, minuciosa na discriminação dos direitos que assegura aos **empregados**. A vigente Constituição privilegia a concepção estatal do Direito, que considera jurídicas apenas as normas impostas pela vontade do Estado, menosprezando assim as manifestações autônomas dos interlocutores sociais; e dispensa tratamento rígido à regulação das relações de trabalho, no momento em que a tônica recai na flexibilização capaz de incrementar a produtividade. A Constituição brasileira, portanto, voltou as costas ao progresso social, que pressupõe a **participação dos interessados** na criação do ordenamento jurídico que lhes diz respeito e supera a velha concepção do conflito entre o capital e o trabalho, que só seria solucionado pela crescente atribuição de direitos e vantagens às classes trabalhadoras.

A tradicional característica paternalista do Direito do Trabalho, apontado como protetor dos assalariados (trabalhadores engajados numa relação de emprego formal), cede espaço ante a evolução social, que reclama atenção sobretudo para o **problema do desemprego**.

O direito do Trabalho só é aplicado durante a vigência do contrato de trabalho, ou seja, a partir do momento em que o trabalhador é admitido pela empresa, até o dia da dispensa. Não trata de proporcionar emprego a quem o procura nem se preocupa com o destino do trabalhador após a perda do posto de trabalho. O Direito do Trabalho supõe resolvido o problema do emprego, mas é neste ponto que começam a surgir as maiores dificuldades dos tempos presentes.

Já se falou, até, do **direito do não-trabalho**, com referência à regulação legislativa do desemprego. por certo, não é tarefa do Direito do Trabalho **criar empregos**: o social, aqui depende nitidamente do **econômico**, mas o juslaboralista não pode mostrar-se indiferente ante a magna questão do emprego. Vale, aqui, a lembrança da lei argentina de 5.12.1991, a **lei nacional do emprego**, que trata da promoção e da defesa do emprego.

A Constituição brasileira de 1988 (art. 170, VIII) inclui a “busca do pleno emprego” entre os “princípios” que a ordem econômica deve observar, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames

da justiça social. Trata-se, porém, de norma programática, que traz em si o risco de ser tida por lírica recomendação típica dos catálogos de ilusões de que são pródigas as "declarações de direitos" latino-americanas.

Urge atentar para a realidade fática, que se encontra bem distante do otimismo inspirado pelos textos programáticos. Os fatos provam que o Direito do Trabalho, a legislação estatal, as declarações constitucionais e as exortações dos pactos internacionais pouca ou nenhuma influência exercem sobre o nível de vida de milhões de criaturas, excluídas do acesso ao mínimo de dignidade que deve ser assegurado a qualquer ser humano.

No artigo de fundo com que abre a edição especial da Revista "Trabajo" dedicada à comemoração do 75º aniversário da OIT, o Diretor Geral Michel Hansenne demonstra que a **globalização da economia**, característica dos tempos que ocorrem, constitui importante fator de transformações no campo das relações de trabalho. Diante dessa contingência inelutável, os Países passam a encontrar dificuldades quase insuperáveis para aplicar suas próprias políticas econômicas. O crescimento econômico, em si mesmo, não pode constituir um fim último. As sociedades industriais assumem o compromisso de evitar o aumento de segmentos sociais dominados por desemprego maciço, miséria e marginalidade social, mesmo em situação de desenvolvimento econômico.

Não basta proteger o trabalho assalariado: urge promover a obtenção de um emprego. A legislação do trabalho não pode perder de vista a política econômica. O direito do trabalho caminha de braços dados com o direito ao trabalho.

7. A "Carta Social" do MERCOSUL

A globalização da economia e a competição internacional podem exercer influência negativa sobre o progresso social, principalmente em países, como os nossos, em via de desenvolvimento. É este o desafio a que procuram responder as cláusulas sociais de tratados internacionais do tipo do Tratado de Assunção, que institui o MERCOSUL.

O chamado **dumping social** não representa recurso de concorrência dos países em que os salários são baixos, mas sim elemento característico do subdesenvolvimento econômico. Não se pode distribuir o que não se produz, logo, se os países em desenvolvimento não produzirem os recursos necessários, não poderão distribuir senão pobreza.

A produção de tais recursos pressupõe a adoção de uma política econômica esclarecida, claramente voltada para a criação de empregos. Fica assim desde logo, afastada a suspeita de protecionismo, temor

expresso por muitos países desenvolvidos quando se opõem à inclusão de cláusulas sociais nos acordos de natureza internacional.

Está na ordem do dia a adoção, pelos países membros do MERCOSUL, de uma Carta Social, ou Carta de direitos fundamentais. Sem dúvida, há que evitar a adoção de fórmulas vagas, imprecisas, de tal maneira genéricas que reduzam a nada o próprio conteúdo da Carta. As normas não de conter um programa de ação mínimo, não só dos governos mas também dos empresários e dos trabalhadores, de modo que a harmonização das legislações dos diferentes países não constitua óbice à integração econômica e social, mas, pelo contrário, contribua para a fixação de níveis inderrogáveis, sobre os quais assente o processo de implementação das medidas aptas a proporcionar o desenvolvimento econômico acoplado ao social, com vistas à equitativa distribuição dos benefícios emergentes da integração regional.

ASPECTOS DO DIREITO ECONÓMICO DA UNIÃO EUROPÉIA

(Apontamentos a propósito
do diálogo U. E. - MERCOSUL)*

por *J. M. Coutinho Abreu*

1. Alguns aspectos do direito económico comunitário-europeu (notas sumárias)

O TCE aponta, como um fim-meio, a criação de um mercado comum caracterizado pela livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais e pela livre e não falseada concorrência (arts. 20, 30, a), c), g), 70-A, 90, ss.). Vejamos sumariamente alguns destes pontos.

1. 1. Livre circulação de mercadorias

A livre circulação de produtos ou mercadorias (bens materiais avaliáveis em dinheiro e susceptíveis de transações comerciais), originários dos Estados-membros da Comunidade Européia ou provenientes de países terceiros mas naqueles em livre prática, é assegurada pela instituição de uma união aduaneira (TCE, arts. 9º, ss.) e pela proibição de restrições quantitativas à importação e exportação entre os Estados-membros da Comunidade (arts. 30º, ss.).

1. 1. 1. A união aduaneira, além de uma pauta aduaneira comum, implica a eliminação dos direitos aduaneiros de importação e de exportação entre os Estados-membros, bem como a eliminação dos encargos de natureza equivalente a tais direitos - prestações pecuniárias unilaterais (sem contraprestação) exigidas, por exemplo, pela recolha de dados estatísticos, por controlos sanitários, para financiar fundos de ajuda social.

* Este escrito foi elaborado para apoiar conferências que o autor proferiu em Outubro de 1997, a convite de Universidades brasileiras (UNIC, UNICID, Salgado de Oliveira). Tal facto, bem como o carácter sumário de boa parte do escrito, justificam as parcas referências doutrinárias e jurisprudenciais.

Complementar da eliminação dos direitos aduaneiros e encargos de natureza equivalentes é, na perspectiva da livre circulação de mercadorias, a proibição de os Estados-membros fazerem incidir sobre os produtos de outros Estados-membros imposições internas (impostos ou taxas) discriminatórias (superiores às incidentes em produtos nacionais similares) ou proteccionistas (visando proteger indirectamente produtos nacionais concorrentes) - art. 95°.

1. 1. 2. A circulação livre das mercadorias impõe também a proibição de as autoridades públicas (entendidas em sentido amplo) dos Estados-membros estabelecerem restrições quantitativas à importação ou exportação, ou adoptarem medidas de efeito equivalente (TCE, arts. 30°, 34°).

São medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas os actos legislativos, regulamentares ou administrativos, as práticas administrativas, os actos de pressão ou incitamento imputáveis a autoridades públicas que entrem ilegalmente, de modo directo ou indirecto, actual ou potencialmente, as importações ou exportações. Por exemplo, exigência de licenças para importar ou exportar, práticas de controlos sanitários sistemáticos especificamente dirigidos às mercadorias importadas, exigência de delegações ou representações dos exportadores nos países de importação, proibição de importar produtos que não correspondam à definição legal vigente nos Estados-membros de importação, normas de etiquetagem, acondicionamento ou especificação técnica dos produtos penalizando a distribuição dos produtos importados, fixação de preços máximos demasiado baixos (impossibilitando de facto a importação de produtos idênticos ou similares mais caros) ou de preços mínimos demasiado altos (impossibilitando a concorrência de produtos estrangeiros mais baratos).

Todavia, nos termos do Tratado e da jurisprudência comunitária, medidas restritivas há que são legítimas. a) Cláusulas de salvaguarda: art. 115° (no quadro da política comercial comum), art. 223°, 1, b) (protecção da segurança nacional relacionada com a produção ou comercialização de material de guerra), art. 224° (medidas tomadas pelos Estados em caso de graves perturbações internas ou internacionais). b) Art. 36° - São permitidas as "proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito, justificadas por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública, de protecção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas, de protecção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico ou de protecção da

propriedade industrial e comercial. Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-membros". c) "Jurisprudência *Cassis de Dijon*" (inaugurada pelo Ac. do TJ de 20/2/79 - Rewe, 120/78 -, RJC, 1979, p. 649): na ausência de regulamentação comunitária de harmonização ou de reconhecimento mútuo em matéria de normas técnicas e comerciais (cfr. TCE, arts. 100°, 100°-A, 100°-B), são legítimas as medidas nacionais obstativas da livre circulação relativas a composição, forma, peso, acondicionamento, etiquetagem, etc. indistintamente aplicáveis a produtos nacionais e importados quando necessárias e proporcionadas à satisfação de exigências imperativas ligadas à eficácia dos controlos fiscais, à protecção da saúde pública, da lealdade nas transações comerciais, dos consumidores, das condições do trabalho, do ambiente.

1.1.3. Instrumental ainda da livre circulação de mercadorias é a obrigação de os Estados-membros adaptarem, nos termos do art. 37° do TCE, os seus monopólios nacionais de carácter comercial (não se incluem aqui, portanto, os monopólios simplesmente industrial-transformadores ou de serviços). Na verdade, se, por exemplo, uma empresa comercial estadual detivesse direitos exclusivos de importação, aberta ficaria a possibilidade de discriminações nas trocas intracomunitárias.

1.2. *Direitos de estabelecimento e de prestação de serviços*

1.2.1. O direito de estabelecimento é definível como direito de os sujeitos de um Estado-membro exercerem no território de outro ou outros Estados-membros, apoiados em instalações estáveis (normalmente de carácter empresarial), actividades económicas (produção industrial ou de serviços) independentes ou autónomas, não assalariadas (cfr. art. 520 do TCE).

Quando a actividade económica de um sujeito se processa em mais de um Estado-membro, podemos ter um estabelecimento principal e um ou mais estabelecimentos secundários. Aquele é o centro da tomada de decisões ou da coordenação da actividade prosseguida nas diversas ramificações. No estabelecimento secundário, subordinadamente ao principal, executam-se operações idênticas às realizadas neste, ou operações preparatórias ou conseqüentes das do principal; pode ser filial, sucursal, agência ou outra forma de representação permanentes.

Sujeitos titulares do direito de estabelecimento tanto podem ser pessoas singulares como entidades colectivas. As pessoas singulares, repita-se, têm de possuir a nacionalidade de um Estado-membro. Para o

exercício do direito de estabelecimento principal, esta condição, além de necessária, é suficiente. Para o estabelecimento secundário não basta essa nacionalidade; é ainda necessário prévio estabelecimento - principal ou secundário - no território de um Estado-membro.

As entidades colectivas, designadas através do vocábulo "sociedades" - entendido em termos muito amplos -, podem ser de espécies variadas: sociedades civis ou comerciais, com ou sem personalidade jurídica, cooperativas, agrupamentos complementares de empresas, empresas públicas. Diz a propósito o art. 58º do TCE: "As sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade são, para efeitos do disposto no presente capítulo, equiparadas às pessoas singulares, nacionais dos Estados-membros. Por 'sociedades' entendem-se as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades [?] cooperativas e as outras pessoas colectivas de direito público ou privado, com excepção das que não prossigam fins lucrativos" (*rectius*, que não prossigam uma actividade de produção para a troca). Por conseguinte, uma sociedade com sede efectiva ou real (ou, nos termos do art. 58º, "administração central ou estabelecimento principal") num país da Comunidade tem o direito de estabelecer-se a título secundário noutro ou noutros países comunitários. Por sua vez, uma sociedade que tenha num país da Comunidade apenas a sede estatutária (situando-se a sede efectiva em país terceiro) pode estabelecer-se a título principal num país comunitário - o que implicará a transferência para aí da sua sede efectiva -, bem como estabelecer-se a título secundário num ou mais países da Comunidade; porém, nesta segunda hipótese, é preciso que a actividade da sociedade "apresente uma ligação efectiva e contínua com a economia de um Estado-membro" (nos termos do programa geral destinado a suprimir as restrições à liberdade de estabelecimento, aprovado pelo Conselho em 18 de Dezembro de 1961; cfr. TCE, art. 54º, 1).

1.2.2. O direito de livre prestação de serviços é definível como direito de os produtores autónomos ou não assalariados nacionais de um país da Comunidade e estabelecidos (a título principal ou secundário) num Estado-membro efectuarem em outros Estados-membros prestações remuneradas (cfr. art. 59º do TCE. Note-se: os "serviços" apresentam aqui uma bem maior extensão do que no vocabulário económico, não se confinando às acções humanas que satisfazem imediatamente, de modo directo ou indirecto, necessidades de outros homens ou, noutra perspectiva às actividades do chamado sector terciário - cfr. art. 60º).

Nem sempre é fácil distinguir entre “estabelecimento” e “prestação de serviços” (sobretudo nos casos em que o prestador de serviços constitui ou adquire instalações no país onde presta os serviços). Pode no entanto apontar-se esta directriz: estabelecimento implica exercício de actividade permanente, não temporária, esporádica ou transitória, e apoiada em instalação material; prestação de serviços implica actividade transitória, eventualmente exercida em instalação material mas não estável, e tendo o seu centro de apoio em estabelecimento noutra Estado-membro.

Titulares do direito de livre prestação de serviços são também as pessoas singulares nacionais de um Estado-membro estabelecidas (principal ou secundariamente) na Comunidade e as “sociedades” (na extensão referida no nº anterior) com sede efectiva num país comunitário, ou aí somente com sede estatutária mas apresentando “ligação efectiva e contínua com a economia de um Estado-membro”.

1.2.3. Princípio fundamental em matéria destes direitos é o da não discriminação (coincidente, *grosso modo*, com o princípio do tratamento nacional) - os sujeitos têm o direito de se estabelecer ou de prestar serviços nas mesmas condições que o Estado de estabelecimento ou da prestação de serviços impõe aos seus próprios nacionais (cfr. arts. 58º e 60º, *in fine*).

No entanto, existem excepções e restrições aos direitos de estabelecimento e de prestação de serviços: eles não actuam no domínio das actividades ligadas “ao exercício da autoridade pública” (arts. 55º, 66º) e podem não actuar por razões de “ordem pública, segurança pública e saúde pública” (arts. 56º, 66º; v. também Directiva 64/221/CEE, de 25 de Fevereiro de 1964).

1.3. Livre circulação de capitais e de pagamentos

Servindo-nos da formulação do Ac. do TJ de 31/1/84 (Luisi e Carbone, 286/82 e 26/83 - RJC, 1984, p. 377), os “pagamentos correntes são transferências de divisas que constituem uma contra-prestação no quadro de uma transacção subjacente, enquanto os movimentos de capitais são operações financeiras que têm essencialmente por objecto a colocação ou o investimento do montante em causa e não a remuneração de uma prestação”.

É fácil ver o carácter instrumental essencial da liberdade de pagamentos e dos movimentos de capitais relativamente às liberdades atrás referidas. A livre importação-exportação de mercadorias, a livre prestação-recepção de serviços implicam a livre transferência dos

correspectivos meios de pagamento (exigida ainda pelos movimentos de capitais - de que podem resultar lucros, juros, rendas); os direitos de estabelecimento e (eventualmente) de prestação de serviços exigem livres movimentos de capitais.

Pois bem, tendo em conta os avanços já consagrados na Directiva 88/361/CEE, de 24 de Junho de 1988, o desenvolvimento da UEM (cfr. art. 109º-E do TCE) e a liberalização a nível mundial, os arts. 73º-B, ss. do TCE (introduzidos pelo TUE, de 1992) consagram com grande extensão (não verificável com respeito a outras liberdades) a liberdade de circulação de capitais e de pagamentos.

O art. 73º-B estabelece a regra: "1. No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-membros e entre Estados-membros e países terceiros. / 2. No âmbito das disposições do presente capítulo são proibidas todas as restrições aos pagamentos entre Estados-membros e entre Estados-membros e países terceiros". As limitações aos movimentos de capitais e pagamentos entre Estados-membros e países terceiros estão previstas nos arts. 73º-C, 73º-F e 73º-G. O art. 78º-D prevê limitações entre Estados-membros e entre estes e países terceiros.

1.4. Protecção da concorrência

O direito comunitário apresenta um conjunto sistemático de regras (substantivas e adjetivas) no domínio da concorrência, isto é, no domínio dos esforços competitivos de oferentes ou demandantes de bens (as empresas ou os sujeitos concorrentes) para, através da apresentação das próprias prestações como as mais favoráveis (do ponto de vista dos preços, qualidades, quantidades, etc.), concluírem contratos onerosos com consumidores (finais ou não) ou com fornecedores.

Visa-se com essas regras proibir ou controlar as concertações entre empresas restritivas da competição económica, proibir abusos de empresas com posição dominante, controlar as concentrações empresariais, proibir que os Estados falseiem a concorrência promovendo concertações e abusos de posição dominante ou favorecendo certas empresas em detrimento de outras; e tudo isto a fim, não só de maximizar a eficiência económica (crê-se que ela resulta da liberdade e autonomia dos produtores e dos consumidores), mas também da integração dos mercados nacionais num mercado comum ou único - a protecção da concorrência é necessária à efectivação das liberdades de circulação de mercadorias, de estabelecimento, de prestação de serviços, de circulação de capitais (a permissão de concentrações e abusos de poder empresariais possibilitaria a reconstrução de barreiras-fronteiras nacionais e internacionais).

Todavia, a concorrência não é protegida como fim - tendendo à (re)constituição (impraticável) de um mercado perfeito e atomístico -, mas como meio para atingir os objectivos do Tratado; e estes bastam-se com uma concorrência eficaz (*workable competition*), uma dose de concorrência necessária e suficiente para a consecução de tais objectivos (assim se compreendem disposições como a do art. 85º, 3, do TCE, a admissibilidade de certos auxílios estatais e de inúmeras concentrações, etc.).

Destinatários das regras da concorrência são as “empresas” - sujeitos jurídicos que exercem (ou estão em condições de exercer) uma actividade económica para a troca, e têm a possibilidade de, em cooperação, restringir a concorrência e afectar as trocas comerciais entre os Estados-membros, ou a possibilidade de, individual ou colectivamente, explorar de forma abusiva uma posição dominante, com afectação do comércio intracomunitário - e os “Estados” (em sentido amplo).

1.4.1. O art. 85º proíbe as concertações empresariais (“acordos entre empresas”, “decisões de associações de empresas”, “práticas concertadas” entre empresas), horizontais ou verticais, que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros (a troca intracomunitária de bens materiais e imateriais ou serviços é susceptível de ser afectada quando haja a possibilidade de alterações dos fluxos ou correntes de trocas entre os Estados-membros - por via do fecho ou compartimentação dos mercados nacionais, ou da modificação da estrutura concorrencial no mercado comum) e que tenham por objectivo ou efeito restringir a concorrência no mercado comum (a concorrência, actual ou potencial é restringida quando das concertações resulta limitação da autonomia no mercado de uma ou mais das partes no concerto).

Exemplos de concertações proibidas são os acordos, etc. de fixação de preços ou de outras condições de transacção, os de limitação ou controlo da produção, os de repartição dos mercados, os de tratamento discriminatório, incluindo os de boicote (cfr. as alíneas do nº 1 do art. 85º).

Porém, nem todas as concertações deste tipo são proibidas. Na verdade, não são abrangidas pela proibição do nº 1 do art. 85º as que não afectam de maneira “sensível” o comércio entre os Estados-membros ou a concorrência (cfr. Comunicação da Comissão de 3 de Setembro de 1986). Por outro lado, a proibição pode ser declarada inaplicável aos acordos, decisões e práticas concertadas que cumpram as condições previstas no nº 3 do art. 85º (duas positivas - melhoria da produção ou da distribuição ou promoção do progresso técnico ou económico, e

beneficiação dos utilizadores dos produtos em causa -, e duas negativas - ausência de restrições à concorrência não indispensáveis a consecução daqueles objectivos, e não eliminação da concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa). As isenções de aplicabilidade da proibição do n.º 1 do art. 85º tanto podem ser individuais, concedíveis (apenas) pela comissão para casos singulares e concretos (cfr. Regulamento n.º 17, de 6 de fevereiro de 1962, arts. 4º e 9º, 1), como categoriais (ou por categorias) - reguladas em termos gerais e abstractos por diversos regulamentos (v. Regulamentos nos 19/65, de 2 de Março de 1965, 1983/83 e 1984/83, ambos de 22 de Junho de 1983 - acordos de distribuição exclusiva e de compra exclusiva -, 1475/95, de 28 de Junho de 1995 - acordos de distribuição de veículos automóveis -, 4087/88, de 30 de Novembro de 1988 - acordos de franquia -, 2821/71, de 20 de Dezembro de 1971, 417/85, e 418/85, ambos de 19 de Dezembro de 1984 - acordos de especialização, e de investigação e de desenvolvimento -, 240/96, de 31 de Janeiro de 1996 - acordos de transferência de tecnologia).

Os acordos entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos são nulos (n.º 2 do art. 85º). Além disso, a Comissão, através de decisões, pode obrigar as empresas e associações de empresas a pôr termo aos acordos, práticas concertadas e decisões proibidos (v. Regulamento n.º 17, arts. 30, 160, 1, a)), e pode aplicar multas a essas entidades (n.ºs 2, ss. do art. 15º do mesmo Regulamento).

Segundo o art. 86º do TCE, é proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas (grupos de empresas, empresas concertadas, empresas constituintes de oligopólio estreito) explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial dele.

Como se verifica, o preceito não proíbe a posição dominante nem a aquisição de posição dominante (quer em virtude do crescimento interno da empresa quer em virtude de concentração - esta é eventualmente proibida por força de acto de direito comunitário derivado); proíbe tão-só o abuso de tal posição. Intenta-se, não (r)estabelecer certa concorrência, mas assegurar que o comportamento das empresas em posição dominante não seja abusivo, se aproxime do comportamento que adoptariam em situação de concorrência efectiva.

A posição dominante é definível como situação de poder económico que permite à(s) empresa(s) impedir uma concorrência efectiva no mercado relevante, dado poder(em) comportar-se em larga medida com

independência em face dos concorrentes - quando existam -, dos fornecedores e dos clientes. Critério determinante para aquilatar de tal posição é o da quota do mercado em causa detido pela(s) empresa(s) - considera-se que uma quota acima dos 70% é indício seguro; sendo inferior (v. g., da ordem dos 45%) a posição dominante pode igualmente ser afirmada, sendo então relevante a análise do número e importância das empresas concorrentes.

Quanto ao mercado relevante ou em causa, há que ter em conta o mercado dos produtos e o mercado geográfico. O primeiro é constituído pelos produtos idênticos ou similares e ainda pelos produtos que, atendendo às suas características, preços e uso, são sucedâneos daqueles ou intermutáveis. Critério importante da intermutabilidade ou substituíbilidade é o da elasticidade cruzada da procura (se um pequeno aumento do preço de um produto provoca aumento sensível da procura de outros produtos, então eles são substituíveis, pertencem ao mesmo mercado dos produtos). O mercado geográfico é delimitado pelo mercado comum ou por parte substancial dele - esta pode limitar-se a um país ou até a parte de um país, tudo dependendo do respectivo volume da produção e do consumo.

O abuso de posição dominante significa uso ilegítimo do poder econômico-empresarial, da liberdade de iniciativa econômica das empresas - uso contrário ao que decorreria de uma situação de concorrência não substancialmente restringida. Exemplos de abuso fornece-os também o art. 86º: imposição de preços ou de outras condições de transacção não equitativas [v. g., tendo em conta os custos de produção, e os preços de venda em mercados análogos, imposição de preços excessivamente elevados (do lado da oferta), ou excessivamente baixos (do lado da procura) ou predatórios (preços temporariamente abaixo do custo para eliminar concorrente)]; limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; imposição de condições discriminatórias; imposição de contratos indevidamente copulados.

Tal como acontece com respeito à violação do art. 85º, a Comissão tem o poder de impor às empresas que abusem de posição dominante a cessação das infracções, adições e multas (v. as normas acima citadas).

Depois de muitas delongas, o Conselho da Comunidade Europeia adoptou o Regulamento nº 4064/89, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas.

Verifica-se uma concentração, nos termos do art. 30 do Regulamento, a) quando uma ou mais empresas anteriormente

independentes se fundem; b) quando uma ou mais pessoas já controladoras de empresa(s) ou uma ou mais empresas adquirem o controlo de uma ou várias outras empresas (significando o controlo a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa). Quando o controlo adquirido seja conjunto (o qual exige a necessidade de acordo dos diversos sócios - as empresas-mãe - para a adopção das políticas principais da empresa controlada), é preciso atender A natureza da empresa comum (controlada). Sujeita à disciplina do Regulamento apenas está a criação de empresas comuns com carácter de concentração, quer dizer, de empresas que desempenhem “de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma” (empresas que não funcionem como meros auxiliares, a montante ou a jusante, de actividades empresariais das empresas-mãe) e que não impliquem “uma coordenação do comportamento concorrencial” entre as empresas-mãe (no que respeita a preços, mercados, produção); às empresas comuns com carácter de cooperação pode ser aplicável o art. 85º do TCE.

Evidentemente, o Regulamento não é aplicável a todas as operações de concentração - é-o (quase) tão-só às “de dimensão comunitaria”. Que existe “quando o volume de negócios total realizado à escala mundial por todas as empresas em causa for superior a 5 mil milhões de ecus; e quando o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de ecus, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-membro” (art. 1º, 1 e 2).

As operações de concentração de dimensão comunitária devem ser declaradas (pela Comissão) incompatíveis com o mercado comum somente quando “criem ou reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos A concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste” (art. 2º, 3).

1. 4. 2. E chegamos (sempre em passada rápida) A problemática da incidência das regras da concorrência no comportamento dos Estados.

Como vimos, os arts. 850 e 860 do TCE têm por destinatários as empresas, não os Estados (enquanto entes munidos de e exercendo poder público). Não obstante, os Estados-membros podem violar indirectamente aquelas normas, proporcionando a violação directa das mesmas por empresas. O que, bem entendido, não é admissível.

Prescreve o 2º parágrafo do art. 50 do TCE que “os Estados-membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr

em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado". Ora, um desses objectivos é garantir "que a concorrência não seja falseada no mercado interior" (art. 30, g)). E tal desiderato é densificado, entre outros, pelos arts. 85° e 86°. Por conseguinte, os Estados-membros têm o dever de não adoptar ou manter medidas que favoreçam o desrespeito destas normas por empresas, têm o dever de não adoptar ou manter medidas (legislativas, etc.) que retirem o "efeito útil" desses preceitos.

Suponha-se então que um Estado-membro permite através de acto legislativo que as empresas de certo sector económico celebrem acordos restritivos da concorrência (repartindo mercados, *v. g.*); ou confirma esses acordos através de acto administrativo; ou possibilita através de lei relativa à fixação de preços máximos que uma empresa em posição dominante numa parte substancial do mercado comum fixe preços não equitativos. Em casos tais, deve a Comissão e podem os outros Estados-membros lançar mão das providências previstas nos arts. 169° e 170° do Tratado, com destaque para a acção Judicial) de incumprimento; por outro lado, as empresas que, apesar de apoiadas em actos de direito interno, violem as disposições dos arts. 85° e 86°, podem ver-se sujeitas a decisões da Comissão impondo a cessação das infracções e eventualmente sanções pecuniárias compulsórias e multas, bem como à declaração de nulidade dos acordos ou à não aplicação do direito interno pelos tribunais nacionais - o direito comunitário prevalece.

Integrado no capítulo d ... "as regras de concorrência" - e directamente aplicável aos Estados-membros (e de "efeito directo") -, temos o art. 90°, 1, do TCE.

No que respeita às empresas públicas - empresas nas quais os poderes públicos podem exercer, directa ou indirectamente, influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que as disciplinam, na formulação do art. 20 da Directiva 80/723/CEE, de 25 de Junho de 1980 (podem ter personalidade jurídica - *v. g.*, entidades de tipo institucional como as "empresas públicas" portuguesas, ou entidades de tipo societário, designadamente sociedades anónimas de capitais públicos ou de economia mista -, ou não ter - organismos integrados na administração estatal mas relativamente autónomos) - e às empresas (não públicas) a que sejam concedidos por acto público (lei, regulamento, acto ou contrato administrativo) direitos especiais ou exclusivos (*v. g.*, o exclusivo de produção de certos bens materiais ou o de prestação de certos serviços), "os Estados-membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 7° e 85° a 94°,

inclusive" (os arts. 85º-94º preenchem todo o capítulo sobre "as regras de concorrência").

Não podem portanto os Estados-membros, através de leis, instruções, recomendações ou pressões, impor ou favorecer comportamentos de tais empresas que contrariem as regras comunitárias de defesa da concorrência. Sob pena de agentes económicos poderem actuar judicialmente (perante os tribunais nacionais) e de a Comissão, sem ter de recorrer aos mecanismos previstos no art. 169º, adoptar as decisões (além de directivas) adequadas (cfr. nº 3 do art. 90º).

Diz ainda o nº 2 do art. 90º que "as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral [empresas, públicas ou não, encarregadas pelos Estados através de acto público da gestão de serviços como os de correios, fornecimento de água, gás, electricidade, transportes ferroviários] ou que tenham a natureza de monopólio fiscal [sem natureza ou essencial dimensão comercial - cfr. art. 3701 ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente, às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade".

Os Estados são também destinatários de regras de concorrência relativas a auxílios por eles concedidos a empresas.

Os auxílios públicos, isto é, as vantagens financeiras (subvenções ou subsídios, benefícios fiscais e parafiscais, remissão ou perdão de dívidas, concessão de crédito bonificado, avales, fornecimento de bens em condições preferenciais, aquisição de participações sociais em circunstâncias tais que um normal empresário privado a não faria, etc.) de origem estatal (outorgadas por pessoas colectivas de direito público ou por entidades não públicas gerindo recursos públicos e que se traduzem, num caso e noutro, numa saída ou numa não entrada de bens do ou no erário público), concedidas a certas empresas (os auxílios concedidos a todas as empresas de um país não relevam aqui - podendo relevar para efeito dos arts. 101º e 102º do TCE) e que falseiem ou ameacem falsear a concorrência (os auxílios são anticoncorrenciais na medida em que modificam artificialmente certos elementos dos custos de produção das empresas, reforçando a sua posição perante quem com elas compete ou pode competir) e afectem as trocas intracomunitárias (preenchem "por natureza" esta condição os subsídios à exportação; mas também a preenchem os auxílios que, fortalecendo empresa(s) num mercado nacional, impossibilitem ou dificultem a penetração de empresas de outros

países comunitários nesse mercado), são em princípio incompatíveis com o mercado comum (proibidos) - é o que resulta do art. 92º, 1, do TCE.

O mesmo art. 92º, no nº 2, declara compatíveis com o mercado comum certos auxílios públicos - não susceptíveis de falsear a concorrência, dado destinarem-se a consumidores ou a compensar desvantagens "naturais" impostas às empresas. Por sua vez, o nº 3 do artigo prescreve que podem ser considerados (e têm-no sido por diversas vias) compatíveis com o mercado comum determinados auxílios visando o desenvolvimento regional, a realização de projectos importantes de interesse europeu comum, a promoção da cultural etc.

2. O direito comunitário europeu (nos aspectos referidos) favorece as relações económicas entre a U. E. e o Mercosul?

Por definição, as regras atrás referidas, visando a constituição e desenvolvimento de um mercado comum europeu, promovem a interpenetração-integração das economias dos respectivos Estados-membros. Liberalizando-se as possibilidades de actuação nesse espaço comum, natural se torna que as movimentações dos operadores económicos de origem europeia diversa se alarguem e intensifiquem nesse espaço - alargando-se depois muitas vezes, é certo, em virtude também da consistência aí adquirida, a espaços extracomunitários. Por outro lado, dado que são normalmente os agentes económicos nacionais de um Estado-membro ou nele sediados os beneficiários da (maior) liberdade de actuação no mercado comum europeu (reforçado), e porque a construção de um mercado "interno" supõe sempre barreiras (maiores ou menores) em face do exterior, é legítimo duvidar da virtude das citadas regras para promoverem movimentos económicos de origem extracomunitária (de zonas menos desenvolvidas, sobretudo) com destino à U. E. . Contudo, as pontes levadiças da "fortaleza europeia", apesar de algo levantadas (para quem quer entrar), não são de modo algum inacessíveis aos agentes económicos de países terceiros (incluindo os dos Estados Partes do Mercosul). Concretizemos um pouco mais algumas destas idéias.

A proibição de direitos aduaneiros e dos encargos de efeito equivalente, bem como das "imposições internas" discriminatórias ou proteccionistas, vale apenas, como vimos, entre os Estados-membros. E a pauta aduaneira comum impossibilita tratamentos preferenciais de Estados-membros relativamente a países terceiros. Por sua vez, a eliminação das restrições quantitativas à importação e exportação de mercadorias, bem como das medidas de efeito equivalente, só vale também

entre os Estados-membros. E a necessidade de adaptação dos monopólios nacionais de carácter comercial existe tão-só quanto ao comércio intracomunitário.

Mas, em contrapartida (fraca mas não desprezível), as regras relativas à eliminação dos direitos aduaneiros e encargos de efeito equivalente e das restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente aplicam-se às mercadorias provenientes de países terceiros que se encontrem em livre prática nos Estados-membros; por outro lado, com respeito à pauta aduaneira comum e a outros entraves às trocas comerciais, os Estados comunitários propõem-se contribuir para o desenvolvimento do comércio internacional (v. TCE, preâmbulo e arts. 18º, 110º).

Verificamos também que os titulares dos direitos de estabelecimento e de livre prestação de serviços são as pessoas singulares nacionais de Estados-membros e as "sociedades" constituídas em conformidade com a legislação de Estados-membros e neles sediadas.

Mas, em contrapartida, não é (juridicamente) difícil pessoas singulares e entidades colectivas de países terceiros constituírem ou controlarem "sociedades" na Comunidade - passando (ou continuando) então estas sociedades a usufruir daqueles direitos e do poder de fazerem circular livremente os seus produtos num mercado alargado. Com efeito, o regime dos Estados-membros quanto a investimentos directos estrangeiros é em geral bastante liberal (v., v. g., os portugueses Decretos-Leis 214/86, de 2 de Agosto, e 197-D/86, de 18 de Julho); além disso, a liberdade de circulação de capitais e de pagamentos entre Estados-membros e países terceiros é hoje bastante ampla.

As concertações entre empresas que tenham por objectivo ou efeito restringir a concorrência e produzam efeitos na U. E., susceptíveis portanto de afectar o comércio entre os Estados-membros, são proibidas. Assim, são ilícitas as concertações tanto entre empresas da Comunidade e empresas de países terceiros como entre empresas de países terceiros que impeçam ou dificultem as importações na Comunidade (o que favorece, já se vê, a liberdade de empresas extracomunitárias actuarem em direcção à U. E.). Em contraponto, não são proibidas as concertações anti-concorrenciais entre empresas da U. E. ou entre empresas da U. E. e empresas de países terceiros que afectem exclusivamente o comércio fora da Comunidade (sem prováveis e significativos reflexos no comércio intracomunitário, pois); por exemplo, acordos entre empresas comunitárias de exportação em comum, a preços combinados, para países terceiros, acordo de distribuição exclusiva entre empresa da Comunidade e empresa extracomunitária, obrigando-se esta a vender a determinados preços e a

não exportar para outros países extracomunitários, acordo de licença de patente concedida por empresa da U. E. a empresa de país terceiro, ficando esta limitada no volume de produção e na determinação dos preços dos produtos ligados à patente (compete aos países terceiros e, neste caso, ao Mercosul prevenirem legislativamente situações deste tipo).

A propósito de patentes e de outros direitos de propriedade industrial (marcas, modelos e desenhos industriais, etc.). O exercício destes direitos de exclusive promove normalmente a concorrência. Mas pode também cerceá-la, bem como impedir a circulação de produtos (cfr. art. 36º do TCE). Entretanto, o Tribunal de Justiça desenvolveu o chamado princípio do “esgotamento de direitos” de propriedade industrial: se o titular de um destes direitos, ou alguém com sua autorização (distribuidor, titular de licença, etc.), coloca no mercado de um Estado-membro produtos a esses direitos ligados, não pode ele depois impedir a livre circulação de tais produtos em qualquer país da Comunidade. Só que este princípio vigora somente no espaço comunitário...

De todo o modo, não pode deixar de dizer-se que a existência de regras e de grau considerável de concorrência na U. E. facilita certamente o acesso e actuação de empresas de países terceiros no mercado comunitário europeu.

Para rematar este n.º: um justo fomento das relações económicas entre a U. E. e o Mercosul passa (também) por acordos entre as Comunidades Europeias e o Mercosul - acordos em que o objectivo da “cooperação para o desenvolvimento” esteja bem presente (o “Acordo-quadro inter-regional de cooperação entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-membros, por um lado e o Mercado Comum do Sul e os seus Estados-partes, por outro lado”, de 1995, será um primeiro passo). O apoio europeu ao desenvolvimento dos países do Mercosul, além de ser um dever de solidariedade concitando largos consensos (v., num quadro mais alargado, por exemplo, a “Carta dos direitos e deveres económicos dos Estados”, de 1974, e o art. 130º-U do TCE), impõe-se como contrapartida (retardada) da contribuição da América Latina para o nascimento e desenvolvimento do capitalismo na Europa.

3. Direito económico europeu (nos aspectos referidos): paradigma para o Mercosul?

Um dos objectivos da Comunidade Europeia é a organização de um mercado comum. O processo respectivo é já longo, regista numerosas e variadas experiências e, na fase actual (madura de 40 anos), pode dizer-se que, apesar de tudo, tem sido bem sucedido. Objectivo do Mercosul

(ínsito na própria designação) é também a edificação de um mercado comum, que implica igualmente a "livre circulação de bens, serviços e factores produtivos" entre os Estados Partes e o "estabelecimento de uma tarifa externa comum" (art. 1 do Tratado de Assunção). Ora, o processo sul-americano encontra-se na idade juvenil. Por outro lado, o Tratado de Assunção, descontado o domínio da livre circulação de mercadorias (arts. 1, 5-7, e Anexos I e II), limita-se a uma seca (e pouco explícita) consagração dos princípios da liberdade de estabelecimento, de prestação de serviços e de circulação de capitais, e da defesa da concorrência (art. 1; mas v. Mercosul / CMC / Dec. n° 21/94, sobre defesa da concorrência). Razões acrescidas, portanto, para que o Mercado Comum do Sul tome em devida conta o direito económico comunitário-europeu.

Mas, além de este direito - mesmo no quadro europeu - não ser evidentemente perfeito (apresenta falhas, contradições, soluções contestáveis), não se espera (não se deve esperar) que os titulares dos órgãos do Mercosul ou os juristas dos respectivos países reproduzam mecanicamente ou recapitem o direito europeu, quais discípulos papistas de um mestre-papa infalível. Estudar, reflectir, criticar, aprender com o bom e o menos bom, adaptar, criar - isso sim.

É com este espírito que gostaria de terminar, avançando com duas breves reflexões críticas sobre o direito comunitário-europeu de defesa da concorrência perante o sector público dos Estados-membros e os grupos de empresas privados.

Pelo menos à primeira vista, o art. 90°, 1, do TCE supõe a legitimidade e licitude da concessão, pelos Estados-membros, de direitos especiais ou exclusivos às empresas públicas (e outras empresas) - mesmo quando tal concessão implica aquisição pelas empresas de posição dominante no mercado comum ou (como é mais provável) numa parte substancial deste. É no quadro-dado das empresas com direitos especiais ou exclusivos (direitos não incompatíveis com outras normas do Tratado, nomeadamente as relativas à livre circulação de mercadorias, prestação de serviços e direito de estabelecimento - tudo regras directamente aplicáveis ou de "efeito directo") e, conseqüentemente, posição dominante que o n° 1 do art. 90° situa a obrigação de os Estados-membros não tomarem nem manterem quaisquer medidas contrárias ao disposto no Tratado, designadamente no art. 86° (entre outros). E o art. 86°, já vimos, não proíbe a aquisição de posição dominante mas o abuso que desta se faça. Assim sendo, a outorga ou a manutenção de direitos especiais ou exclusivos-posições dominantes não serão em princípio proibidas (não violam o art. 90°, 1, conjugado com o art. 86°); proibidos serão os

comportamentos abusivos das empresas com essa posição (art. 86°), bem como as medidas estatais que imponham ou favoreçam esses concretos comportamentos abusivos dessas empresas (já) com posição de domínio (art. 90°, 1, conjugado com o art. 86°).

Todavia, nesta década de 90, de fortes ventos liberais, as autoridades comunitárias vêm desenhando outro quadro. Exemplifiquemos com a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Marco de partida é o Ac. de 23/4/91 (Höfner e Elser, C-41/90 - CJTJ, 1991, p. I-2010). O Tribunal, depois de considerar empresa, para efeitos do direito da concorrência, um serviço público de emprego que exerce gratuitamente a actividade de colocação de trabalhadores (ponto que critiquei noutras ocasiões), afirma a dado passo ser “incompatível com as regras do Tratado qualquer *medida* de um Estado-membro que *mantenha em vigor uma disposição legal* que estabeleça uma *situação* em que um serviço público de emprego seja *necessariamente levado a violar o disposto no art. 86°*” (*ibid.*, p. 2017; são meus estes itálicos e os que se seguem). Mais à frente, após esclarecer que o simples facto de se criar uma posição dominante “através da concessão de um direito exclusivo, na acepção do artigo 90°, n° 1, não é, em si mesmo, incompatível com o artigo 86° do Tratado”, diz o Tribunal: “Um Estado-membro apenas viola, na verdade, as proibições contidas *nessas duas normas* se a empresa em questão, *pele mero exercício do direito exclusivo* que lhe foi confiado, explorar de forma abusiva a sua posição dominante” (podendo tal prática consistir designadamente, nos termos do art. 86°, b), numa limitação da actividade em prejuízo dos consumidores) - *ibid.*, p. 2018.

Aparece depois o Ac. de 18/6/91 (ERT, C-260/89 - CJTJ, 1991, p. I-2951), segundo o qual “o n° 1 do artigo 90° do Tratado se opõe à *concessão* de um direito exclusivo de difusão e de um direito exclusivo de retransmissão de emissões de televisão a uma única empresa, quando estes direitos *puderem dar origem a situações* em que essa empresa seja conduzida a infringir o artigo 86° através de uma política de emissão discriminatória em favor dos seus próprios programas (...)” (*ibid.*, p. 2963. V., em contraponto, o “velho” Ac. de 30/4/74 - Sacchi, 155-73 -, RJC, 1974, pp. 426, 430).

O Ac. de 10/12/91 (Merci Convenzionali Porto di Genova, C-179/90 - CJTJ, 1991, p. I-5923) combina as formulações dos dois acórdãos anteriores.

Já em 1994, o Ac. de 5 de Dezembro (Centre d’Insémination de la Crespelle, C-323/93 - CJTJ, 1994, p. I-5097), depois de recordar que o simples facto de se criar uma posição dominante através da concessão de

um direito exclusivo não é, enquanto tal, incompatível com o art. 86º, acrescenta: “Efectivamente, um Estado-membro apenas viola as proibições contidas nessas duas disposições [arts. 90º, 1, e 86º] quando a empresa em causa *seja levada, pelo simples exercício dos direitos exclusivos* que lhe foram atribuídos, a explorar a sua posição dominante de modo abusivo (...)” (*ibid.*, p. 5104. Mas a fixação de um preço alegadamente exorbitante pela empresa em posição dominante não pode dizer-se “consequência directa da lei” que confere direitos exclusivos - p. 5105). O Ac. de 14/12/95 (Banchero, C-387/93 - CJTJ, 1995, p. I-4683) repete a formulação anterior (*ibid.*, p. 4699).

A “clara obscuridade” do art. 90º (G. Tesauro, advogado-geral no Processo C-202/88, França / Comissão, in CJTJ, 1991, p. I-1239) pode estar a tornar-se, através da interpretação-criação do TJ, obscuramente clara. Se não nos enganamos, as transcritas formulações jurisprudenciais indiciam (ou, ao menos, podem favorecer) um tratamento de desfavor do sector público (empresarial e não só).

Os direitos exclusivos-posições dominantes, enquanto tais, diz-se, podem ser concedidos, é possível a sua existência. Mas, diz-se também, o mero exercício de um direito exclusivo pode constituir abuso de posição dominante. Pelo que, profilacticamente, há que proibir a concessão (ou manutenção) de um tal direito congenitamente doentio. Eis como, impossibilitado o mero exercício de um direito (que nem tempo para revelar as suas tendências abusivas), impossibilitado fica a existência do mesmo direito. Há quem refira a propósito que a existência dos direitos exclusivos pode ser recusada sob as regras dos arts. 86º e 90º pela “teoria do abuso automático” (Marc van der Woude, Article 90: “*Competing for Competence*”, ELR, 1992, p. 74; v. tb. R. Kovar, La “*peau de chagrin*”, ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics, Europe, Jul. 1992, pp. 2-3, e, para um enquadramento geral do art. 90º, L. M. Pais Antunes, L'article 90 du Traité CEE - Obligations des États membres et pouvoirs de la Commission, RTDE, 1991, p. 187). Com efeito, partindo de certo entendimento capitalístico-concorrencial, é possível afirmar que qualquer direito exclusivo implicando posição dominante “pode dar origem a situações em que uma empresa seja conduzida a infringir o art. 86º”. Por exemplo, pode sempre dizer-se que tal empresa, impedida que está a concorrência de outras empresas, limita a produção em prejuízo dos consumidores (ainda que essa empresa, em vez de reduzir, aumente a sua actividade, e beneficie crescentemente os consumidores; mas se houvesse empresas concorrentes, dirão sempre alguns, haveria mais produção...). E, está bem de ver, não é assim que se

raciocina com respeito às empresas privadas (ou, mais latamente, não públicas) com posição dominante não derivada da concessão de direitos especiais ou exclusivos. O art. 86º não profbe a posição dominante, profbe os abusos dessa posição. E as sanções aplicáveis a concretas práticas abusivas visam a eliminação dessas práticas - não passam pela eliminação da posição dominante das empresas prevaricadoras...

Sempre que teve de ocupar-se de acordos (ou práticas concertadas) entre empresas pertencentes ao mesmo grupo (sociedade-mãe e filial ou filiais), o Tribunal de Justiça decidiu que o art. 85º não é aplicável a tais acordos se essas empresas constituem uma unidade econômica no interior da qual a filial não goza de uma real autonomia na determinação do seu comportamento no mercado. A esta condição acrescentaram alguns acórdãos uma outra: e se tais acordos (ou práticas) têm por objectivo estabelecer uma repartição interna das tarefas entre as empresas. (Apesar de o Tribunal nunca o ter explicitado, parece consubstanciarem acordos de repartição interna de tarefas os respeitantes, v. g., à fixação dos objectos e níveis da produção, às transacções intragrupo, à repartição da actividade de distribuição pelas diversas filiais, à determinação de preços unitários de venda. Fora da repartição interna de tarefas ficaria, v. g., um acordo que, para evitar o aparecimento ou a manutenção de certa empresa concorrente de uma do grupo, vinculasse uma empresa do mesmo grupo a não vender bens à empresa exterior, ou a vendê-los somente no caso de a empresa exterior aceitar inusitadas obrigações suplementares - cfr. art. 85º, 1, d) e e)).

Perante este quadro, duas questões (conexas) se podiam (e podem) pôr: a) A segunda condição citada é essencial à concessão do "privilégio de grupo" (inaplicabilidade do art. 85º), ou basta a primeira? b) Para efeitos de inaplicabilidade do art. 85º, como se define grupo de empresas? Tem a sociedade-mãe de dominar as filiais a 100%? Não é necessário tanto? O grupo tem de ser "de direito" ou pode ser "de facto"?...

Através do Ac. de 12/1/95 (Viho / Comissão, T-102/92 - CJTJ, 1995, p. II-19), o Tribunal de Primeira Instância respondeu de modo explícito à primeira questão. E o Ac. do Tribunal de Justiça de 24/10/96 (Viho / Comissão, C-73/95P - CJTJ, 1996, p. I-5482) confirmou aquela resposta. De acordo com estes acórdãos, quando uma "filial, embora tendo uma personalidade jurídica distinta, não determine de modo autónomo o seu comportamento no mercado, mas aplica instruções que lhe são fixadas, directa ou indirectamente, pela sociedade-mãe que a controla a 100%, as proibições impostas pelo artigo 85º, nº 1 [sem distinção nas e entre as alíneas], são inaplicáveis nas relações [sem

distinção entre relações de repartição interna de tarefas e outras] entre a filial e a sociedade-mãe com a qual ela forma uma unidade económica". Num grupo assim há "falta de concurso de vontades economicamente independentes", existe "uma única entidade económica", a cujo "comportamento unilateral" não é aplicável o art. 85º (mas sim, eventualmente, o art. 86º).

Propus já uma solução análoga a esta. Mas enquadrada bem diversamente. Na verdade, depois de pugnar pelo reconhecimento da necessidade de um global regime jurídico específico dos grupos (existente na Alemanha e, em menor e/ou diversa medida, no Brasil e em Portugal) - regime esse "que, pelos menos, 'legalize' aquilo que as sociedades dominantes vão fazendo mas (segundo o direito societário geral) não têm o direito de fazer (nomeadamente, dar à administração das sociedades dominadas instruções desvantajosas para as mesmas), e proteja devidamente os interesses dos sócios minoritários e dos credores das sociedades dominadas" -, defendi uma harmonização do direito dos grupos no espaço comunitário-europeu, pois essa harmonização, entre outras coisas, "contribuiria para uma mais segura e justa aplicação das regras comunitárias (e nacionais) de concorrência. Assim, por exemplo: a) O art. 85º do TCE não se aplicaria aos acordos e práticas concertadas entre empresas pertencentes a um grupo de subordinação contratual ou de domínio total. Nestes casos, tendo a empresa dominante o direito - respectivo de ónus e deveres - de dar instruções as empresas dominadas, estamos perante 'unidades económicas', em que as empresas dominadas são equiparáveis a sucursais e/ou secções da dominante (claro, nestes casos não fica excluída a aplicabilidade do art. 86º)" (v. Coutinho de Abreu, *L'européanisation du concept d'entreprise*, RIDE, 1995, pp. 22, ss., maxime 27 - 28, e *Da empresarialidade - As empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 245, ss., maxime 278).

Ora, a solução estabelecida nos citados acórdãos desconsidera a inexistência de um específico direito dos grupos. Por isso me parece criticável. Vejamos mais de perto.

São no mínimo ambíguas expressões como "unidade económica" (preferível, embora, à designação de um grupo de empresas como "uma empresa" - v. *últs. obs. cits.*, pp. 22-25 e 256-268, respectivamente), "única entidade económica", "vontades economicamente independentes". E o "imperialismo" da economia relativamente ao direito? É a sujeição do direito a "realidade", aos factos e ao poder económicos? As regras de concorrência do TCE não são regras jurídicas? E não são aplicáveis a sujeitos jurídicos? Não são os grupos em causa conjuntos de (encadeados)

sujeitos de direito, capazes de formar e exprimir vontade própria, de se concertarem? E é jurídico-economicamente indiferente (para efeitos de repartição de responsabilidade jurídica para efeitos fiscais, de direito de estabelecimento, etc.) organizar-se uma “unidade econômica” como “grupo de empresas” ou como singular sociedade com uma empresa comportando secções, sucursais, etc.? Depois, percebe-se (juridicamente) mal que uma filial tenha de aplicar “instruções que lhe são fixadas, directa ou indirectamente, pela sociedade-mãe que a controla a 100%”. O direito comum das sociedades por acções não permite, em regra, que um sócio (mesmo único ou dominante) dê instruções vinculantes ao órgãos de administração da sociedade; e o direito comum das sociedades em geral não permite que um sócio dê instruções vinculantes e desvantajosas à administração da sociedade.

Em rigor, portanto, o art. 85º deveria aplicar-se a todo e qualquer grupo “de facto” (não regido por específico direito contrabalançando direitos e deveres, commoda e incommode) - posição próxima da tese da *intraenterprise conspiracy*.

Mas conceda-se: não repugna aceitar que os grupos de empresas constituídos por sociedade-mãe e uma ou mais filiais dominadas a 100% gozem de certo “privilégio de grupo” em matéria de concorrência - O privilégio de o art. 85º não se aplicar aos acordos e práticas concertadas intragrupo que tenham por objectivo ou efeito estabelecer uma repartição interna das tarefas entre as empresas. Por um lado, porque não pode deixar de ter-se em conta a firmada tradição jurisprudencial comunitária nesse sentido. Por outro lado, porque em grupos deste tipo é menos difícil legitimar o “poder de facto” de a sociedade-mãe dar A administração das sociedades dominadas instruções vinculantes, inclusive desvantajosas; com efeito, o interesse as sociedades dominadas tende a coincidir com o interesse da sociedade dominante-sócio -único (pese embora haja interesses dos credores das dominadas a acautelar - As vezes dificilmente acauteláveis através das regras comuns -, e haja normas como as do art. 64º do Código das Sociedades Comerciais português, da sec. 309 do “Companies Act” inglês de 1985, e do art. 154 da lei brasileira das sociedades anônimas... V. Da empresarialidade cit., pp. 225-243).

Já não parece de aceitar a extensão do “privilégio de grupo” aos acordos e práticas concertadas entre empresas de grupo “de facto” daquele tipo que visem restringir a concorrência “externa” (a concorrência interna dentro do grupo, é tendencialmente inexistente), fora portanto da “repartição interna das tarefas”. É uma extensão excessiva. Além de não se poder dizer que tais acordos e praticas podem licitamente ser

substituídos por instruções da sociedade-mãe (afora o que já ficou dito, estas instruções são ilícitas porque destinadas à prática de actos proibidos por regras de concorrência), "um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno" não pode admitir tamanho privilégio. De contrário, será a consagração de injustificadamente desiguais condições de concorrência para empresas de grupo e empresas fora de grupo (e os grupos, recorde-se, dominam fatia importantíssima da economia mundial e entram significativamente a concorrência).

Quanto aos restantes grupo "de facto" (grupos de empresas em que a sociedade-mãe não domine a 100% a ou as sociedades-filhas), deve o art. 85º aplicar-se em toda a extensão aos respectivos acordos e práticas concertadas (trate-se ou não de "repartição interna das tarefas" intragrupo; v. obs. cits., pp. 28 e 278-279, respectivamente).

SIGNIFICADO DO MERCOSUL PARA ADVOGADOS EUROPEUS

por *Paulo Borba Casella**

SUMÁRIO: Considerações introdutórias; I. Parceiro econômico e laços histórico-culturais; II. Configuração jurídica e institucional: problemática e perspectivas; III. Modelos de integração e interação entre blocos: sinergia ou concorrência?; IV. Esboço de agenda de propostas e conclusões; notas bibliográficas.

Considerações introdutórias

1. Além e ao lado da criação e consolidação de blocos econômicos vem se desenvolvendo extensa rede de interconexões entre estes. Por razões tanto de ordem econômica — pela importância respectiva como parceiros comerciais — como por outras, não menos relevantes, de ordem histórico-conceitual — séculos de história e bases culturais compartilhadas — cabe considerar a relevância do Mercado Comum do Sul, o MERCOSUL, para advogados europeus.

Desde sua criação pelo Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, com alterações decorrentes do Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, também assinalando o término de seu período de transição, teve o MERCOSUL extraordinário desenvolvimento interno como também de projeção externa de sua atuação, com menção expressa ao “Acordo quadro interregional de cooperação entre a Comunidade Européia e os seus Estados-membros, por um lado e o Mercado Comum do Sul, e os seus Estados-partes, por outro”, assinado em Madri, em 15 de dezembro de 1995.¹

* Professor associado (USP), doutor e livre-docente (direito internacional e direito da integração), sócio de CASELLA, CUNHA e MARQUES Advogados, São Paulo

¹ Versão preliminar do presente texto foi apresentada como a palestra de encerramento do Colóquio de Lisboa, 4 e 5 de novembro de 1996, versando “problemas correntes de

Se e em que medida algo concreto poderá ser alcançado, nesse relacionamento entre os dois blocos econômicos, teremos de ver nos próximos tempos, mas alguns passos poderiam ser feitos e algumas propostas avançadas, no sentido de conferir dimensão de efetividade a tais anseios e esforços.

A medida da efetividade será dada pelos passos concretos que pudermos dar, no sentido de nos percebermos mutuamente com maior realismo e crescente preciso: existem semelhanças como diferenças; existem complementariedades como pólos de tensão; existem perspectivas de desenvolvimento de trabalho conjunto, como agendas conflitantes, na medida em que cada um dos blocos, não obstante os canais e interesses comuns, tem seus dilemas internos como imperativos de convivência com seus vizinhos — estes colocam, para ambos e cada um dos blocos, exigências e a necessidade de adotar atitudes nem sempre compatíveis com tratamento prioritário ou mesmo amistoso em relação ao parceiro do outro bloco comercial.

2. É preciso saber compor agendas próprias no que puderem ter, entre si, de comum, tais agendas: os laços econômicos, como os afetivos, tem de ser cultivados e renovados, sob pena de estiolamento. De nada adianta rememorarmos os inegáveis laços históricos e elos do passado comum, que tenderão a esvaziamento progressivo, se não soubermos dar-lhes alcance real e efeito sobre a realidade, presente como futura. Em que medida será isso factível são encontros como este nosso de hoje que nos podem dar a possibilidade de aferição.

3. Existem outros perigos, de natureza menos concreta, porém não menos insidiosos, na medida em que inegavelmente a construção da integração na Europa, nas últimas quase cinco décadas representa modelo

direito comunitário para advogados portugueses”, organizado pela Academia de Direito Europeu, de Trier, a Ordem dos Advogados de Portugal e o Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, realizado na Fundação Calouste GULBENKIAN, em Lisboa.

Textos do Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, como do Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, e outros documentos MERCOSUL in Nadia de ARAUJO et al., *Código do MERCOSUL* (Rio, Renovar, 1997; pref. Paulo B. CASELLA).

Texto do “Acordo quadro interregional de cooperação entre a Comunidade Européia e os seus Estados-membros, por um lado e o Mercado Comum do Sul, e os seus Estados-partes, por outro” (Madri, 15 de dezembro de 1995) in A. TIZZANO, J. L. VILAÇA e M. GORJO-HENRIQUES, *Código da União Européia* (Coimbra, Almedina, 1997; pp. 737/759, tb. textos complementares).

e paradigma, mesmo para escolhas até certo ponto conceitualmente diversas, mas tal lição tem de ser transmitida com sutileza e sensibilidade pedagógica, para não obstar a aceitação de seu conteúdo, pela inadequação da forma — muitas vezes os mais velhos tem dificuldade em se fazer ouvidos pelos mais novos, não pela falta de conteúdo, mas pelo tom do discurso — risco esse que a todo preço tem de ser evitado.

A Europa tem lições relevantes a dar em matéria de construção da integração, tanto pelo positivo — como fazer — também pelo negativo — como não fazer, desde que saiba se fazer ouvida ... A relevância do MERCOSUL também pode se fazer presente como lição de humildade: os laços existem, mas para garantir-lhes a continuidade e efetividade, tem esses laços de ser renovados diuturnamente.

Tais desafios provavelmente não são passíveis de superação de um só golpe ou mesmo são dificilmente escalonáveis paulatinamente, mas existem canais e caminhos para desenvolver comunicação efetiva e interação entre os blocos — onde, neste momento, caberia atentar para a possível relevância do MERCOSUL para advogados europeus.

Sinto-me perfeitamente à vontade para fazê-lo, neste ambiente amistoso de trabalho, já tendo, desde anos exercitado a contraparte deste esforço, no sentido de fazer presente a necessidade e relevância do modelo europeu nas Américas.²

² Dentre as minhas credenciais, nesse sentido, ainda neste último verão europeu tive oportunidade de fazer conferência, para alunos de pós-graduação da HOFSTRA University, de Nova York, durante curso na Universidade de Nice (em 22 de julho de 1996), versando "The relevance of Community Law for non-European lawyers". Como esforço de maior fôlego, resultado de anos de trabalho, destacaria: **Comunidade européia e seu ordenamento jurídico** (S.Paulo, LTr Ed., 1994, 648 pp., enc.; ora rumando para a segunda edição) trabalho esse considerado, por internacionalista do calibre de Celso Duvivier de Albuquerque MELLO (1996, no prefácio ao livro **MERCOSUL: exigências e perspectivas**, 1996), "obra notável sobre a Comunidade Européia. Creio que é o melhor livro sobre a matéria publicado na América Latina."

Jacob DOLINGER (1996, no prefácio ao livro **Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL — após o término do período de transição**, 1996, a respeito do mesmo livro, assim se manifestou: "Em **Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico**, o autor já revelara seus profundos conhecimentos da filosofia e da mecânica da organização comunitária européia, resultado de longo e dedicado estudo, incluindo meio ano de cuidadosa pesquisa realizada no Max Planck Institut, obra que lhe valeu elogioso prefácio do preclaro mestre Irineu STRENGER, da Universidade de São Paulo — ao lado de quem o autor se iniciou na vida acadêmica e profissional —, e sendo recebida com grande interesse por juristas e economistas em nosso país e no exterior."

4. A integração não se pode construir sem diálogo e sem esforços construtivos no sentido de superar diferenças menores em busca da consecução de objetivos maiores. Existe dimensão essencialmente humanística nos processos de integração — e no desenvolvimento de interação entre estes — no sentido de ver mais adiante, de projetar, de construir, de almejar mais e edificar um pouco a cada dia.

Um toque de otimismo e de sincera expectativa não pode negligenciar tampouco a necessidade de alerta contra, de um lado, as forças inerciais — na medida em que toda mudança tem de vencer as resistências do meio, desde a física ao direito —, bem como, ainda mais, as forças contrárias, que com razão ou sem ela se vêem ameaçadas pelos processos de integração, como bem frisa Jacob DOLINGER (1996)³: “Os projetos de integração enfrentam a hostilidade dos céticos, a oposição dos nacionalistas exacerbados, o antagonismo dos eternos defensores da soberania absoluta, o que explica não só a lentidão do processo como os desvios que vem sofrendo ao longo de seu processo evolutivo.”

5. Com sabedoria colocaram os organizadores do evento este item relativo ao MERCOSUL logo antes do encerramento: dessa forma estamos ao mesmo tempo enfocando uma experiência e esforço de integração, mas projetados a outro contexto; pode-se destacar problemas e soluções, mas a partir de um outro quadrante — temos a proximidade e, simultaneamente, o distanciamento que permita aguçar o exame.

Resta ver se este item MERCOSUL se há de colocar como problema ou como alento?

Felizmente não seria o MERCOSUL um problema — até mesmo pela distância — mas, podemos aproveitar o ensejo para projetar um pouco mais adiante o foco do exame, mediante a comparação feita.

6. Visando ordenar a exposição, cabe considerar, após as presentes considerações, algumas vertentes axiais do MERCOSUL, sucessivamente como parceiro econômico e laços histórico-culturais, em sua presente configuração jurídica e institucional — que encerra, em si, simultaneamente, problemática como perspectivas, justamente visando ressaltar que, adiante da configuração interna de distintos modelos de integração, existe sempre a possibilidade de interação entre blocos, onde no caso específico, comporta indagar se deve predominar quer a sinergia ou a concorrência. O desenvolvimento de interrelações entre os blocos

³ J. DOLINGER, em seu prefácio citado (v. nota supra).

constitui aspecto recente e dos mais fascinantes do contexto internacional presente e nessa vertente permitiria esboçar, ainda que tentativamente, uma agenda de propostas, junto à qual são colocadas algumas conclusões, necessariamente provisórias, visto estarmos engajados em processos em curso, onde as mutações são tão rápidas como dificilmente previsíveis até que tenham ocorrido, quando passam de previsões para constatações de realidade que já se alterou.

As mudanças em curso no mundo estão exigindo revisão e adaptação de conceitos clássicos, que — ao menos por enquanto — não se estão tornando obsoletos, mas exigem ajustes de forma, para se atualizarem às mutações em curso: o conceito de Estado-nação não está prestes a ser aposentado, pois dele precisamos, mas pode ser formulado em contexto de ajuste construtivo, onde se lhe permita, e.g., engajar-se ativamente em processos de integração regional como forma de enfrentar a globalização, nos setores os mais variados.

I. Parceiro econômico e laços histórico-culturais

7. Diretamente se coloca a percepção do MERCOSUL, observando Fausto de QUADROS e André Gonçalves PEREIRA (1995), que este “segue expressamente o modelo das Comunidades Européias”, enquanto, como parceiro comercial relevante, observa Manuel PORTO (1994), “com os membros atuais o MERCOSUL ocupa um espaço de 12 milhões de quilômetros quadrados, ou seja, mais de cinco vezes o espaço da U.E., onde vive 45% da população (cerca de 200 milhões de pessoas) e é produzido cerca de metade do produto interno bruto (PIB) da América Latina.”

A essa percepção européia do MERCOSUL ⁴, aduz DOLINGER (1996), constatação de diversidade contextual, visto não termos necessidade direta da integração, como no caso europeu, onde esta foi mecanismo vital para evitar a eclosão de guerras internas, bem como de desigualdades internas flagrantes: “enquanto países integrantes da comunidade européia tinham sua economia interna integrada, a economia dos países sul-americanos, como a brasileira, está longe de ter atingido uma razoável integração interna. Como integrar economias nacionais

⁴ Fausto de QUADROS e André Gonçalves PEREIRA, *Manual de direito internacional público* (Coimbra, Almedina, 3a. ed., 1993; 1a. reimpr., 1995; p. 655); vv.aa., *O MERCOSUL e a União Européia*, Coimbra, 1994; intr. de Manuel C. L. PORTO, pp. 9/15, cit., p. 9). J. DOLINGER, já referido, “prefácio”.

internamente desajustadas, desorganizadas, vítimas de profundas contradições?" (...) "abrangendo áreas que já atingiram nível de vida do primeiro mundo e outras que apresentam um índice de renda per capita dos mais baixos do planeta."

8. Do lado MERCOSUL, a União Européia se coloca como o principal parceiro comercial e, do lado europeu, tem o MERCOSUL sua importância como mercado para produtos e serviços europeus.

Além de presença e influência direta, também o MERCOSUL pode ser visualizado em seu contexto, indiretamente, como conceito e modelo de integração, com o qual tem a UE ao mesmo tempo semelhanças e diferenças, permitindo ver o mundo a partir de uma ao mesmo tempo diversa e próxima perspectiva; assim, destacando-se do próprio modelo e *Weltanschauung* pode-se perceber um pouco mais da realidade, inclusive quanto a ser a UE um bem sucedido modelo de integração, mas não necessariamente o único — como bem exemplificam, com diferenças substanciais, tanto NAFTA como a APEC.

Pode também ser o MERCOSUL para os europeus da UE forma e caminho de ver o mundo, com sua diversidade de rumos e caminhos — algumas semelhanças e diferenças podem ser percebidas; outras diversidades conceituais não podem ser negligenciadas.

Línguas e séculos de história em comum não são meros detalhes, mas deixam marcas profundas de um lado como de outro do Atlântico, quer sejam estas positivas como negativas (e.g., v. Ana VICENTE, 1992 e José CALVET de MAGALHÃES, 1997).⁵

Dependerá, contudo, de nós, dar expressão concreta e conteúdo ao projeto de comunidade dos povos de língua portuguesa — este é bom exemplo de esforço para superar diferenças menores, em prol de equilíbrio de conjunto.

Nesse sentido o Acordo-quadro U.E. e MERCOSUL, de Madri, 1995, não é mero acidente de percurso, mas representa tendência e desenvolvimento relevante — valendo mais pelo que representa que por seu conteúdo efetivamente colocado. Sua formulação contém, sobretudo, generalidades, mas vale como símbolo e como anseio de estreitamento de convivência e cooperação (F. A. MOURÃO, 1996; J. DAUSTER, 1997).⁶

⁵ Ana VICENTE, *Portugal visto pela Espanha* — correspondência diplomática 1939-1960 (prólogo de Fernando MORON, Lisboa, Assírio & Alvim, 1992). José CALVET de MAGALHÃES, *Relance histórico das relações diplomáticas luso-brasileiras* (Lisboa, Quetzal Editores, 1997).

⁶ Fernando A. Albuquerque MOURÃO, "A União Européia e o MERCOSUL: um

A concomitância de modelos e esforços de integração é, também, oportuna lição de humildade; podem ser feitos paralelos; podem existir vantagens comparativas, mas trata-se de uma outra realidade. A transposição de modelos tem ao mesmo tempo certa dose de inviabilidade e de expectativa. Os excelentes e históricos laços que nos unem não podem permanecer somente como elos do passado, mas tem de ser vitalizados e tornados presentes entre nós, além de atuarem como projeção, para o futuro.

II. Configuração jurídica e institucional: problemática e perspectivas

9. Perquirir a atual configuração do MERCOSUL, inevitavelmente tende a suscitar sejam feitas comparações com a da União Européia — tal tentação, contudo, há de ser evitada a qualquer custo, não por impertinência, mas porque cedendo a tais apelos desviar-se-ia totalmente o foco de atenção, para a comparação em si, perdendo-se a oportunidade de ver, separadamente, o MERCOSUL e projetar a relevância desse.

A experiência européia está configurada. Não obstante as crises cíclicas, o dado mais relevante parece-me ser a existência, no interior do sistema comunitário, de mecanismos que permitam a superação das crises, à medida em que estas ocorrem.

10. Bem sabiam os antigos romanos — além de juristas exímios, igualmente, estrategistas militares de primeira ordem —, que não se trata somente de efetuar conquistas militares, mas impõe-se saber gerir e manter pacificamente a conquista, depois da vitória pelas armas.

Guardadas as proporções, especificidades e diferenças de rumos e meios, ao se falar em projeto de integração devem ser enfrentadas duas questões básicas, embora estreitamente inter-relacionadas: por qual método realizar a integração e a qual regime submeter o sistema após a remoção de barreiras?

11. Desse modo, há de se ter presente existir correlação direta e necessária entre um projeto de integração, sob as diversas configurações possíveis deste e as bases primordialmente econômicas, legais e

relacionamento em construção”, in CASELLA (coord.), *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL*, 1996, pp. 518/544; Jório DAUSTER, “O acordo de livre comércio MERCOSUL-União Européia”, in CASELLA & MERCADANTE (coords.), *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio: a Organização Mundial do Comércio e o Brasil*, S. Paulo, LTr Ed., 1997; no prelo).

institucionais, bem como acessoriamente sociais e culturais, que permitam a implantação de tal projeto de integração, visando a implantação e consolidação de espaço economicamente integrado.

Dentre as modalidades possíveis de integração colocam-se, como tipos principais, a zona de livre comércio, a união aduaneira e o mercado comum, com a possibilidade de evolução subsequente rumo a mercado interno ou mercado único, podendo alcançar os patamares de união econômica e monetária, ou mesmo de grau maior ou menor de união política — como ora anseia a Europa da transição do mercado comum para a união.

12. Sem retomar extensamente a teoria econômica ou os conceitos fundamentais do direito da integração, podem ser situados, em suas grandes linhas, esses distintos modelos, onde exigências estruturais crescentes vão sendo colocadas, de modo cumulativo, agregando à etapa seguinte todos os elementos da anterior e aprofundando-os, desde a **zona de livre comércio**, como forma menos complexa de integração, que pressupõe a eliminação de tarifas e barreiras não tarifárias, sejam estas técnicas, fitosanitárias, quantitativas ou de qualquer natureza, acarretando restrições ao comércio entre os Estados integrantes; passando a **união aduaneira**, que, por seu turno, agrega ao modelo anterior a instituição de tarifa externa comum e regime geral de origem, aplicáveis em toda a união alfandegária, em relação a importações procedentes de terceiros Estados; e, por sua vez, o **mercado comum** adicionando às exigências dos modelos anteriores a supressão de barreiras à livre circulação de pessoas, serviços, mercadorias e capitais entre os Estados membros, bem como exigindo grau mínimo de coordenação e harmonização de políticas econômicas comuns, em setores vitais da economia integrada. A partir do mercado comum, coloca-se a possibilidade de evolução subsequente rumo a mercado interno orgânico ou **mercado único**, podendo chegar a uma **união econômica**, onde se configura, além da supressão de barreiras, seja institucionalizada a unidade e organicidade do mercado, abrangido por esse território, podendo alcançar os patamares de **união monetária**, ou mesmo de grau maior ou menor de **união política**.

A partir da plena configuração de mercado comum, podem ser colocados os desdobramentos possíveis de projeto de integração, que freqüente, embora não necessariamente, trarão concomitantes efeitos de unificação política, em maior ou menor grau — como perfeitamente exemplificam tanto os processos de unificação, da Alemanha, como da Itália, no século passado, ou a experiência européia em matéria de integração —, inicialmente pela atuação de mecanismos aduaneiros,

posteriormente pela consolidação de mercado comum, e mercado único, corroborado por políticas comuns, a U.E., rumo à sua plena implementação, conforme as normas crono-programáticas do Tratado de União.

13. Para melhor compreender e situar o caso concreto do Mercado Comum do Sul, regulado pelo Tratado de Assunção, de 1991, e pelo Protocolo adicional, de Ouro Preto, de 1994, bem como demais Protocolos, não se trata de historiar outros exemplos exceto na medida em que possam ser úteis nesta perspectiva de abordagem do tema: se desejamos a integração, quais questões devem ser enfrentadas e quais modelos se colocam, para que esta integração possa efetivamente operar.

Desejando configurar-se como mercado comum, o Mercado Comum do Sul, regulado pelos Tratados constitutivos (nessa rubrica abrangendo Assunção, 1991, e Ouro Preto, 1994), terá de fazer face a questões estruturais: para poder pretender alcançar a integração, terão de ser colocados os fundamentos que permitam desenvolver o processo, economicamente bem encetado e bem sucedido, de forma a criar mecanismos operacionais estáveis, que assegurem a continuidade das políticas de integração.

14. Na construção da integração, concretamente, terá de ser expresso o propósito, na opção por determinado modelo de integração e na implementação de seus pressupostos operacionais.

Ao mesmo tempo em que a consolidação de espaços economicamente integrados constitui mecanismo para aparelhar mercados nacionais, desde que graus suficientes de coordenação e harmonização possam ser alcançados, para atuação internacional mais eficiente, coloca-se esta como tendência generalizada, que vem ocorrendo com nuances e diversidade de rumos e formas, em diferentes quadrantes e momentos históricos, cabendo perquirir em que medida se assegura não somente o perfil de compatibilidade de tais zonas de livre comércio e uniões aduaneiras, em relação às normas do GATT, especialmente seu artigo XXIV, bem como a institucionalização do sistema multilateral, desde o advento da OMC, a Organização Mundial do Comércio, que sucede e institucionaliza o antigo GATT.

O exemplo do GATT é tão eloqüente como significativo, na medida em que se conservam as normas do GATT 1947, com algumas adaptações, mas a mutação mais considerável deu-se no sentido do fortalecimento institucional, bem como dos mecanismos de solução de controvérsias.

15. O término do período de transição (1991-1994) para a implementação da zona de livre comércio, seguida da união aduaneira (1995-2001-2006), como fases preliminares do projeto MERCOSUL, que pretende alcançar a configuração de espaço economicamente integrado sob a forma de mercado comum (a partir de 2006), representaria o momento em que tais questões teriam de ser enfrentadas.

Não obstante os progressos alcançados e a dinâmica atual do processo de integração, foi adiada, por razões políticas, a adoção de estrutura institucional definitiva. Por essa escolha, como por outras, se há de pagar um preço.

Justamente se coloca, para o MERCOSUL, o ponto de partida, colocado pelo Tratado de Assunção, de 1991, consolidado no Protocolo de Ouro Preto, de 1994, relativo à estrutura institucional, que exigiria se levasse em conta mais do que as disponibilidades do momento, representando teste de vontade política e visão estratégica, para implantar esse projeto de integração econômica, sob a configuração de mercado comum.

A provisoriade da estrutura institucional e a incoerência de elementos de supranacionalidade representam ao mesmo tempo escolha e risco para o futuro desse espaço economicamente integrado, tal como ora se coloca, mas sobretudo a partir da consolidação da união aduaneira, ao término da primeira fase do período de convergência, em 2001, ou no fechamento do período seguinte, em 2006.

A evolução econômico-política-institucional-legal até lá permanece, em maior ou menor grau, em aberto; isso, segundo uns, pode ser positivo; mais realisticamente, especialmente, na perspectiva de profissionais do direito cria riscos e perigos consideráveis, decorrentes da inexistência de parâmetros legais e jurisprudenciais que possam nortear e impulsionar a construção e coerência do ordenamento. e jurisprudenciais que possam nortear e impulsionar a construção e coerência do ordenamento.

16. Que o tempo presente seja difícil e que os modelos, sejam estes de ordem institucional como ético-moral, pareçam estar postos em cheque é tautologicamente evidente para todos.

A relevância e o papel da integração estão, em lugar de simplesmente deblaterar o estado atual das coisas, em tentar algo novo, ensaiando mudar a perspectiva, a partir da qual se faça a análise: em vez de nos atermos a enfoque estritamente nacional, utilizando somente o direito interno, seus conceitos e seus mecanismos, faz-se indispensável ensaiar a captação do

momento presente em sua dimensão supranacional, transnacional ou internacional, como se prefira denominar, para se poder visualizar o papel e importância possíveis de distintos processos de integração, dentre os quais o projeto MERCOSUL, não somente como mais um esforço retórico de integração econômica, em âmbito sub-regional, na América que se quer Latina, mas enxergando o papel deste e sua possibilidade de atuação como mecanismo de renovação e revitalizado econômica e institucional, além do saneamento político e de costumes administrativos que sua implementação poderia, concomitantemente, ocasionar, tanto em âmbito interno como regional.

17. Na atual fase do MERCOSUL, este vem mostrando interessantes desdobramentos na ordem externa, como protagonista de negociações entre blocos, sem que sua construção interna tenha sido completada. Mais do que estrita correlação entre custos e benefícios, desejável e necessária como um todo, mas inviável se descermos a setores diferenciados, pode-se ver o atual esforço, além de suas exigências internas, de ordem estrutural, também como impulsionador de mudanças para o conjunto da região.

Trata-se de considerar a proposta da integração — que vem se mostrando viável e necessária — não somente em seu conteúdo econômico, mas igualmente a partir de enfoque jurídico, para se aferir qual estrutura institucional se faz necessária para gerir e levar adiante o processo de integração.

18. Ao mesmo tempo em que se propõem exigências e perspectivas para o MERCOSUL e seu modelo institucional, trata-se, também, de ter presentes os possíveis efeitos e desdobramentos favoráveis que este projeto de integração, pelas exigências de sua própria dinâmica, como pela renovação e reformulação de estruturas concomitantes a tais processos, pode ter na ordem interna, quando vem se tornando mais e mais patente e pungente a necessidade de se repensar o tamanho, o papel e a qualidade da atuação do Estado, não somente entre nós, onde parecem ter sido esquecidos os objetivos maiores, vivendo toda a máquina estatal não como ferramenta ou meio, mas antes como fim em si mesma, bem como no momento em que se ensaia construir algo viável e duradouro, em termos de integração econômica, com os vizinhos do Cone Sul (CASELLA, 1994, 1996) (7).

⁷ Para análise do conjunto remeteria ao meu **MERCOSUL: exigências e perspectivas — integração e consolidação de espaço econômico** (S. Paulo, LTr Ed., 1996; passim,

19. Justamente o quadro atual nos coloca a possibilidade e necessidade de fazer face às exigências institucionais, diante das quais as gerações futuras avaliarão nossa capacidade de combinar reflexão e atuação, seja no sentido de incidir com eficácia sobre a realidade ou de nos deleitarmos em discussões academicamente eruditas, irrepreensíveis quanto ao enfoque científico e bibliografia pertinente, mas cada vez menos vinculadas à realidade e de relevância cada vez menor para o cidadão médio e seu mundo, ou antes para o mundo, enquanto tal, fora dos limites universitários, ou dos condicionamentos corporativos de funcionários governamentais nacionais, no desempenho de suas atribuições.

Coloca-se, o desafio, de enfrentarmos a realidade, e concatenarmos propostas de ação, como no caso da integração, onde segmentos distintos, parecem não estar falando a mesma língua, com descompasso entre programas e resultados, entre modelos e perspectivas, também pela falta de transparência e regularidade na circulação de informações. Algumas posições corporativas, de caráter reacionário, estão fazendo sentir o seu peso, contra o avanço institucional da integração, mas, cada vez mais, coloca-se como posição isolada, de alguns setores governamentais brasileiros, diversamente da postura predominante nos três outros Estados-partes, onde nesse sentido já se fizeram avanços consideráveis.

20. Coerência e consistência têm sido virtudes escassas ultimamente, e também têm sido escassamente aplicadas a esforço de compreensão do mundo, onde não se trata de ser contra ou a favor da integração, seja enquanto proposta ou enquanto princípio, já que poucos, ou quase ninguém sustentaria seja a viabilidade, seja a conveniência de tese de isolamento econômico-institucional, com base na reserva de mercado como proteção de uma ilusão falaciosa, que acaba se voltando contra os seus defensores, pelos resultados estrondosamente fracassados.

Aceita a integração como idéia, tem esta de ser viabilizada como proposta, e aí começam as distorções do momento atual: nem o modelo institucional e constitucional, nem o contexto ou a imaturidade do debate presente tornam viável, ou ao menos se poderia dizer sejam favoráveis à implementação da integração.

A partir da viabilização da proposta, tem de começar a implementação como programa. Mas, tais etapas dificilmente são

com destaque para cap. i: "integração econômica e modelos institucionais", pp. 33/48), b/c o já referido *Comunidade européia e seu ordenamento jurídico* (S. Paulo, LIT Ed., 1994).

intercambiáveis temporalmente: ou seja, não se pode implementar programa, que não se tenha antes viabilizado como proposta, que, por sua vez, não se tenha, antes, ainda, aceito como idéia.

Cabe perquirir, com isenção e honestidade intelectual, se se pode construir algo de novo e viável, com nossos vizinhos, antes de se ter a própria casa em ordem. Nessa premissa já estão ínsitas múltiplas e complexas dificuldades, dentre as quais a indispensável reforma do sistema tributário nacional brasileiro, onde se inserem competências tributárias atribuídas aos três níveis da federação, com considerável dificuldade de ajuste, em relação à operacionalização de sistema tributário harmonizado, norteador pela integração.

Poderiam e deveriam ser desenvolvidos, consideravelmente, tanto sistema tributário externo como regulação dos investimentos, de caráter harmonizado, projetados do bloco MERCOSUL para o exterior (CASELLA, 1995; Fernando Eduardo SEREC e Shin Jae KIM, 1996; S. C. van THIEL, 1996).⁸

Mesmo que pudesse ser eliminada essa nefasta condicionante, permanece em aberto a definição de rumos, no tocante à integração e seu modelo, quer econômico como jurídico-institucional, tanto interno, como no relacionamento entre blocos regionais e terceiros Estados. Como se pode pretender alcançar com nossos vizinhos a integração, sem estruturar correspondente modelo institucional e garantir a uniformidade de interpretação e aplicação do ordenamento comum, no MERCOSUL?

21. Sendo inviável abordar a integração em abstrato, como categoria apriorística, a premissa comunitária européia afigura-se como possibilidade útil se não inevitável, para tentar compreensão criativa da integração, somada à insatisfação conceitual, lógica e também quanto aos resultados, em razão da circularidade do debate e de boa parte da doutrina "latino-americanas" a respeito do tema e dos cíclicos fracassos de sucessivos projetos e esforços regionais ou sub-regionais de integração.

A análise do direito da integração, agregando-se aos dados de análise econômica, partindo de casos específicos, como os distintos e sucessivos

⁸ V., i.a., P. B. CASELLA, *Direito internacional tributário brasileiro* (S. Paulo, LTr Ed., 1995), b/c, em matéria de investimentos, Fernando Eduardo SEREC e Shin Jae KIM, "Harmonização tributária no MERCOSUL", 1996, bem como Servatius Carolus van THIEL, "Tributação e integração econômica: desenvolvimentos recentes na União Européia", 1996, ambos in CASELLA (org.), *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL: após o término do período de transição*, S. Paulo, LTr Ed., 1996; respectivamente pp. 372/ 382 e 752/793).

esforços continentais ou sub-regionais interamericanos, que precedem ou são concomitantes ao MERCOSUL ou em outros continentes, com destaque para a União Européia, poderá chegar a formulações de ordem genérica conceitual — com inevitável proeminência para a Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico — onde ficou colocado o quadro estrutural e conceitual do até hoje melhor sucedido e mais desenvolvido exemplo e experiência em matéria de integração, tendo a grande e mais significativa inovação decorrido da constatação da necessidade de implantar mecanismos supranacionais de colocação e operação do direito.

Tratou-se de assegurar a irreversibilidade do processo, mediante a cristalização do *acquis communautaire*, através de bases de ordenamento legal e instituições comuns, onde se assegura tanto o controle da legalidade como a uniformidade de interpretação e aplicação do direito. Paradoxalmente, as crises continuam ocorrendo, mas a continuidade do processo de integração é resguardada pela existência desses mecanismos institucionais, que vem se mostrando eficazes para viabilizar a superação de sucessivos impasses, utilizando o modelo econômico-institucional comunitário de crescente coesão e concatenação, não obstante suas marchas e contramarchas, e a inserção do princípio da subsidiariedade (F. de QUADROS, 1995), de “mercado comum” a “mercado interno” e “mercado único” (A. MATTERA, 1990),⁹ estágios implementados, a partir dos quais presentemente se enceta a mutação para patamares qualitativamente mais adiantados e ousados de “união econômica e monetária” e possível “união política”, ainda que a plena configuração de tais esforços permaneça em aberto e suscite muitas indagações.

22. Renegando determinismos e fugindo de temores infundados de punição de Sísifo, não se pode pretender tratar de integração, arriscando pouco fundamentadas generalizações a respeito de tal processo sem analisar estruturalmente experiências concretas e completas, justamente enfocando porque algumas experiências conseguem superar o ponto de resistência, diante do qual soçobraram todos os esforços anteriores: o poder soberano dos Estados-membros, traçando a linha divisória decisiva para a distinção entre diferentes modelos que se autodenominam “de integração”.

⁹ Alfonso MATTERA, *Le marché unique européen: ses règles, son fonctionnement* (Paris, Jupiter, 2^a ed., 1990; passim); Fausto de QUADROS, *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Européia* (Coimbra, Almedina, 1995).

Mais do que o rótulo, ou o desejo expresso, será decisivo, para determinar a configuração institucional de qualquer processo de integração, detectar a ocorrência ou não de mecanismos supranacionais; se e em que medida se criam instâncias legislativas, administrativas e judiciais aptas a assegurar a condução do processo de integração com grau mínimo de distanciamento em relação aos governos nacionais. Isso bem fica ilustrado no estudo da integração a partir da perspectiva da Comunidade, na mutação para a União Européia (M. PORTO, coord., 1994, 1996, 1996 bis, et al)¹⁰ em seu quadro institucional e ordenamento jurídico, perquirindo o que tornou eficaz essa tentativa enquanto outras não vão além do discurso ou de estágios incipientes de implementação.

Indo além do caso específico, ocorre o propósito de situar a integração, em suas exigências e possibilidades de implementação e consolidação de espaços economicamente integrados. Sobretudo em relação ao caso concreto do MERCOSUL, afigura-se-me pouco viável analisar validamente o caso, sem antes situar o parâmetro comunitário europeu, não somente em caráter instrumental ou propedêutico, mas, de modo a permitir que seu encadeamento lógico e conseqüências práticas sejam desenvolvidas e colocadas em relação ao MERCOSUL.

23. A experiência comunitária européia não pode ser descartada com a perigosa facilidade com que o fazem brasileiros (MONTORO, 1994; R. A. BARBOSA, 1991),¹¹ de enfoque tradicional da doutrina como da experiência em matéria de cooperação econômica, e não de integração, considerando, com perigoso simplismo, seja o exemplo europeu demasiadamente específico e tanto geográfica como conceitualmente circunscrito ao âmbito no qual foi ensaiado, para que possa validamente ser tomado como parâmetro, ignorando - deliberada ou inadvertidamente? - o que esse modelo tem de original e eficaz para edificar a integração.

¹⁰ Dentre muitos, referiria coletâneas recentes, de estudos enfocando o estágio atual e perspectivas para a União: M. PORTO (coord.), *A União Européia* (Coimbra, Faculdade de Direito - Curso de Estudos Europeus, 1994); M. PORTO (coord.), *Integração e especialização / Integration and specialization* (Coimbra, Faculdade de Direito - Curso de Estudos Europeus, com apoio FLAD - Fundação Luso-Americana para o desenvolvimento, 1996); M. PORTO (coord.), *A revisão do Tratado da União Européia* (Coimbra, Almedina, 1996).

¹¹ André Franco MONTORO, "Perspectivas de integração da América Latina" (S. Paulo, ILAM, 3ª ed., 1994; antes "Integração econômica na América Latina", S. Paulo, ILAM, 1991); Rubens Antonio BARBOSA, *América Latina em perspectiva: a integração regional, da retórica à realidade* (S. Paulo, Aduaneiras, 1991).

Em lugar de descartar a experiência comunitária europeia e aceitar como inquestionável o pressuposto da soberania estatal é preciso ver a perigosa extensão, na qual esta ficção ou dogma político tem sido usado para esvaziar ou ao menos por em risco os mais eficazes projetos de integração, na exata medida em que se mantém intocada a soberania do Estado, a integração se transmuta em mecanismos de possível cooperação econômica ou institucional e consulta intergovernamental a respeito de controvérsias, emasculada dos mecanismos que podem viabilizar a superação de crises institucionais e políticas, como se vivenciou, justamente na experiência e evolução da integração europeia, onde se fizeram presentes tais riscos - especialmente se tivermos em mente a França de DE GAULLE e o Reino Unido de Margaret TATCHER - com base em alegações distintas e efeitos igualmente deletérios para os fins comunitários (MATHIEU, 1990).¹²

24. Enquanto se aceitar o pressuposto da soberania como poder inconstratável, herdado diretamente de Jean BODIN (1576), dogma que não precisa entrar em discussão nem reformulação quando se ensaia a integração, provavelmente não se irá além do estágio da colocação de expedientes formalmente adequados, através dos quais os Estados se ponham de acordo para constatar a ocorrência de discordâncias, sem estruturar mecanismos eficazes para a superação de tais impasses, tornando-os ineficazes para a consecução de seus fins (ZICCARDI, 1976), fazendo distinção relevante entre regras de conduta e regras de organização.¹³

A ocorrência ou não de tais mecanismos será o divisor de águas, marcando a distinção entre cooperação e integração.

¹² Jean-Luc MATHIEU, *La Communauté européenne: marché ou État?* (Paris, Nathan, 1990; "avant-propos", pp. 7/8): "qu'elle est lourde la responsabilité d'un Charles de GAULLE qui, ayant le passé pour vision d'avenir, a déclenché un victorieux tir de barrage contre l'évolution de la Communauté économique européenne vers une certaine supranationalité capable, à terme, de fonder un État fédéral européen! "Qu'elle est lourde la responsabilité d'une Margaret TATCHER, dont les seuls credos inlassablement répétés sont l'égoïsme national et une implacable lutte de classes mettant systématiquement à mort tous les éléments de solidarité sur lesquels peut se fonder une société humaine" (...)

¹³ Jean BODIN, *Les six livres de la République* (1576) (com base na 10a. ed., Lyon, Gabriel Cartier, 1593; "texte revu par" Chr. FRÉMONT, M.-D. COUZINET e H. ROCHAIS; Paris, Fayard, 1986, 6 vols.). V. tb. *On sovereignty — four chapters from the Six books of the Commonwealth* (ed. & transl. by Julian H. FRANKLIN, da ed. de Paris, de 1583, Cambridge, Univ. Press, 1992). Piero ZICCARDI, *Règles d'organisation et règles de conduite en droit international: le droit commun et les ordres juridiques* (RCADI, 1976-II, pp. 119/375).

Esta a distinção fundamental, substancialmente mais relevante do que gradações teóricas ou a nomenclatura oficial, adotada por diferentes projetos de integração.

25. O exemplo europeu, não obstante ou talvez justamente em suas marchas e contramarchas, é vital para se compreender criticamente outros processos semelhantes, como o que ora alvissareiramente se enceta no Cone Sul do Continente Americano.

Tanto a oportunidade política como a viabilidade econômica estão claramente colocadas, se não efetivamente comprovadas pela ampla aceitação pelo setor privado; a consolidação de possível **acquis communautaire**, marcando a permanência e estabilidade dos resultados, contudo, dependerão de visão e determinação, para levar a cabo tal empreitada.

26. Cabe não perder a oportunidade histórica de construir efetiva e viável integração econômica com os vizinhos do Cone Sul, onde não se sustenta a argumentação de tempo: o MERCOSUL ainda se colocaria como zona de livre comércio, esboçando união aduaneira em implantação, através da adoção de código aduaneiro e tarifa externa comum, por não ter ainda tido tempo de ser verdadeiro mercado comum.

A tese é tão falaciosa como a pretensão de manter intocada a soberania estatal, enquanto se afirma querer a integração; não se trata somente de tempo, trata-se de mudar toda a tônica do processo: os pressupostos, os meios e os fins são conceitualmente diversos; não se começa pela cooperação entre Estados demasiadamente soberanos e ao menos nominalmente independentes para se chegar a espaço economicamente homogêneo e integrado, onde fluam livremente os fatores de produção econômica, no qual circulem pessoas, serviços, mercadorias e capitais.

Impõe-se mudança conceitual e estrutural para tanto, combinada com a amplitude de visão e firmeza de vontade política.

Entre os modelos de zona de livre comércio, união aduaneira e mercado comum existem gradações estruturais bem como diversidades conceituais, além de inevitáveis divergências quer quanto aos meios como em relação aos fins.

Tal diversidade conceitual e divergência quanto aos meios e fins são ilustradas pela contraposição, na Europa, de projetos com temática e enfoque distintos: a experiência da Associação européia de livre comércio, a EFTA, orientando-se em um sentido e a experiência comunitária em outro — na histórica contraposição entre as originalmente Europa dos

“seis” e a dos “sete” (**the outer seven**). A evolução histórica mostrou qual proposta e qual ênfase era mais viável, na medida em que os países integrantes da EFTA — os anteriormente “sete de fora” — quer isoladamente, através de pedidos de adesão, quer enquanto bloco, através do Espaço Econômico Europeu, se agregaram à União Européia — mais recentemente, como o fizeram Áustria, Finlândia e Suécia — fenômeno esse bem se pode observar, a partir de perspectiva portuguesa (i.a., v. Brian FYNES & Sean ENNIS, 1997; esp. M. McDERMOTT, 1997).¹⁴

27. Há décadas persiste-se, no contexto interamericano, no mesmo erro, desde os Tratados de Montevidéu, primeiramente o de 1960, no contexto da ALALC, e posteriormente, o de 1980, no contexto da ALADI: são mais de trinta anos de muito discurso e poucos resultados. Corre-se o risco de perpetuar tais modelos como ilustram as propostas de criação, pelo Brasil, da ALCSA, e pelos Estados Unidos, da ALCA, no mesmo ano de 1994.

Se realmente se deseja mudança qualitativa do processo de integração no contexto subregional, está na hora de mudarmos o modelo; persistindo no modelo, escassas são as chances de se alcançar resultados conceitualmente mais relevantes, e que possam perdurar além de fases de entusiasmo inicial.

Enfatizar os resultados alcançados pelo MERCOSUL, ao término do período de transição, em lugar de aparelhá-lo adequadamente para o futuro, é tão ilusório como pernicioso: o sucesso está ocorrendo, mas sem o dado estrutural que viabilize seu funcionamento, além do momento atual de comprometimento dos governos nacionais e interesse dos operadores privados, pode vir a repetir-se a esclerose precoce que acometeu esforços anteriores de integração na América Latina, condenando-os à inação futura.

28. Nesse sentido é inestimável a contribuição comunitária européia, sem pretender transposições diretas, nem copiar mecanismos, mas atentando para a dinâmica política do processo de integração, tal como por vez primeira, se alcançou na Europa, cabendo ter presente esta experiência como ponto de referência para se colocar em bases viáveis o

¹⁴ Brian FYNES & Sean ENNIS (editors), *Competing from the periphery: core issues in international business* (London, The Dryden Press, 1997; além dos capítulos sobre Irlanda, Suécia e Finlândia, v. esp. o estudo de Michael McDERMOTT, “Competing from Southern Europe: the case of Portugal”, pp. 475/520).

esforço de construção do MERCOSUL, cientes e conscientes das especificidades e diversidade rítmica e dinâmica própria do processo em curso entre nós.

Paradoxalmente, ao mesmo tempo frisa o preâmbulo do Protocolo de Ouro Preto, de 1994, a “dinâmica implícita em todo processo de integração e a conseqüente necessidade de adaptar a estrutura institucional do MERCOSUL às mudanças ocorridas”, mas se omite na adoção de ajustes relevantes, como seria a adequada configuração institucional, apta a viabilizar a continuidade do processo.

29. As exigências e perspectivas de modelo institucional para o MERCOSUL estão em aberto; as condições, contudo, existem, para avaliar com maior clareza por onde passava a linha divisória entre a viabilidade e a ilusão, entre mais um projeto grandiloqüente, esvaziado por embaraços aduaneiros de fronteira, e a efetivação de espaço econômico realmente apto a ser chamado de “mercado comum”, em futuro próximo.

Não é só questão de tempo; é também questão de rumo: muitos caminhos podem levar a resultados semelhantes, mas é indispensável assegurar a viabilidade do processo, é preciso controlar, constantemente, a exatidão entre o plano e o percurso, onde, mais uma vez, estamos, como formula o Protocolo de Ouro Preto, de 1994, “conscientes da importância dos avanços alcançados e da implementação da união aduaneira como etapa para a construção do mercado comum”.

A escolha está sendo vivida: estamos engajados e trabalhando pela integração, ao mesmo tempo em que se evidenciam desvios de rota; ora, há de se orientar a análise da integração e seus modelos institucionais, pela viabilidade da consecução de resultados e esta, aplicada ao caso MERCOSUL. Pode a integração ser o caminho de relevante renovação econômica, social, política e institucional, pode ser estímulo para o crescimento e o desenvolvimento, pode ensejar redução de iniquidades, mais do que meras desigualdades regionais e sociais, pode permitir estruturar bloco econômico internacionalmente relevante, que poderia se inserir como interlocutor presente e respeitável no cenário internacional, mas tudo isso permanece em aberto, no projeto MERCOSUL.

30. O fenômeno da integração, sobretudo em sua dimensão tanto econômica como jurídica e institucional — exemplifica a União Européia —, traz fascinantes inovações conceituais e institucionais ínsitos no esforço de construção de entidade nova, de caráter supranacional, cuja implementação está transcendendo os limites clássicos dos ordenamentos jurídicos internos, das tradicionais soberanias estanques, em favor de

fenômeno cuja relevância transcende seu estrito âmbito territorial de aplicação.

O arcabouço institucional da União Européia e do direito comunitário europeu ficaram colocados no trabalho da geração anterior, mas a construção de uma Europa forte e unida se renova e se completa — como também se solapa e se esvazia — a cada dia, como concretamente colocam os desafios da Conferência Intergovernamental (F. KINSKY, 1995, 1996; W. HOYER, M. PIEPENSCHNEIDER e G. LANGGUTH, 1996).¹⁵

Essa percepção é válida não somente na Europa; igualmente se aplica e se há de ter presente, no contexto MERCOSUL, em esforço de captação do MERCOSUL em sua dimensão estrutural, para a perquirição de exigências e perspectivas de seu modelo institucional, para a colocação do papel do direito, simultaneamente propulsor e regulador, desse processo de integração.

31. A relevância e complexidade do tema nos obrigam a descartar automatismos, tanto mais cômodos, quanto mais solidamente reiterados sem questionamentos, para se abrir espaço para a dúvida, impulsionando a idéia, não somente pelo que se alcança, como também pelo que se mostra ainda estar para ser feito, em esforço integrado: nem se pode pretender transpor, direta e incondicionalmente, receitas e modelos de integração de um caso para outro, nem tampouco querer recomeçar *ab ovo*.

Cabe esperar que a integração possa, ainda que não seja este, primacialmente, seu propósito, também contribuir para a criação e consolidação de estruturas políticas e quadro institucional mais limpo, mais transparente, mais estável e mais digno.

Talvez a plena realização de tal expectativa seja desmesurada, mas ao menos algumas inovações positivas deverão ser alcançadas, no percurso. Há que se atentar para a situação presente e ensaiar, com base na realidade, algumas ilações projetivas.

32. Claramente não é o MERCOSUL um mercado comum; pode-se, igualmente questionar se o virá a ser, ao menos proximamente, ou seja, no curso dos próximos anos. Ao mesmo tempo, pode-se questionar o

¹⁵ Ferdinand KINSKY, "The future of the European Union" (Nice, Presses de l'Europe, 1995), b/c do mesmo Conde KINSKY, "Maastricht II: les enjeux de la conférence intergouvernementale" (Nice, Presses de l'Europe, 1996); W. HOYER, M. PIEPENSCHNEIDER e G. LANGGUTH, *Europa 1996: desafios e riscos* (S. Paulo, Centro de Estudos da Fund. K. Adenauer, no. 25, 1996).

estado atual e os rumos da União Européia: quanto da externamente projetada União é sentida e vivida internamente?

Quando efetivamente existe e quanto se constrói da realidade antes como anseio do que como concretas perspectivas?

III. Modelos de integração e interação entre blocos: sinergia ou concorrência

33. Considerando o momento atual, vivido pelo MERCOSUL, cabe adequadamente oscilar entre o otimismo e a preocupação; o primeiro pelos resultados alcançados, neste primeiro quinquênio de excepcionais avanços e realizações, a segunda pelos rumos a serem imprimidos ao processo, a partir do patamar alcançado. Ao mesmo tempo em que se consolida uma zona de livre comércio e estão lançadas as bases que podem levar à plena configuração de uma união aduaneira, permanece indefinição tanto conceitual como de implementação em setores os mais variados do processo de integração.

Hesita-se tanto em relação aos rumos, como em relação às medidas a serem adotadas para a consecução desses rumos, também por estarem, tanto uns como outros, marcados pela indefinição. Não sabendo qual ponto de chegada se quer alcançar é impossível definir rumos: estamos nos preparando para chegar a um efetivo “mercado comum” e é isso o que se deseja e espera alcançar? Está sendo preparado o caminho para tanto?

Essas indagações são tão incômodas como necessárias, na medida em que todo o futuro e a continuidade do processo de integração, bem encetado e desenvolvido com razoável sucesso até aqui venha a soçobrar no curso dos próximos anos. Por acreditar na integração e perceber quantos podem ser os frutos desta, parece-me inevitável suscitar debate como esse, cujas respostas permitirão avaliar as perspectivas de evolução e continuidade do processo de integração.

34. A diferença entre juristas e políticos, partindo do pressuposto de que não entre em discussão a boa-fé no que se está tentando fazer — o que não é preocupação extemporânea, mas nos levaria em direção completamente distinta — estaria nos mecanismos que adotam uns e outros para atuar: os primeiros o direito, os segundos, acordos, composição de forças e interesses. Não há valoração hierárquica, mas mera constatação de diversidade de mecanismos; podendo inclusive ocorrer igualdade de propósitos e objetivos de chegada, por trás da diversidade de caminhos, adotados por uns e outros.

Logicamente um processo de integração, pela multiplicidade e complexidade de suas implicações e conseqüências, por definição, não pode ser unidisciplinar, mas tem de ser focado como um todo, e tem sua efetivação passando pelos setores os mais variados. De algum modo, os políticos e diplomatas estão desempenhando o seu papel; as negociações avançam; por consenso ou como for, estão sendo feitos progressos. Mas como estão trabalhando os juristas? Estão desempenhando o seu papel os profissionais do direito? Justamente pode o ordenamento jurídico ser base e ponto de partida para a consolidação do processo de integração.

35. Permanece a indagação: quem está pensando e administrando o processo de integração como um todo? quem está trabalhando para garantir a estabilidade e continuidade dos resultados que estão sendo alcançados? Como se vai poder dar continuidade ao processo em curso, além e acima das injunções políticas as mais voláteis, positivas enquanto favoráveis, mas tão rápida como imprevisivelmente sujeitas a mutações. De algum modo e em algum momento estas questões terão de ser enfrentadas.

O ordenamento jurídico brasileiro e a visão do direito, pela enorme maioria dos profissionais da área, ainda se faz totalmente marcada pela miopia do geocentrismo (CASELLA, 1994);¹⁶ como tantos outros antes, o Estado brasileiro quer se ver como o centro do Universo, o “império do meio”, o *omphalos*, o umbigo do mundo, em torno do qual tudo tem de girar. Ora, se mesmo os grandes impérios, da antiguidade aos tempos modernos, afundaram e fracassaram ao tentar manter a ficção de ser o centro do universo como imperativo de atuação política, muito menos pode isso ser pretendido no mundo de hoje e muito menos país até hoje periférico como, não obstante seu potencial, permanece o Brasil.

Podemos aprender a enxergar o mundo exterior não como mera projeção de nós mesmos, para fora projetando tanto angústias como as idealizações as mais desvairadas, mas encarando o mundo exterior como realidade inafastável. Tanto em termos psicológicos individuais como em termos sociais e políticos é tão saudável como necessário ter consciência da existência como dos limites do mundo exterior, com o qual temos de estar em bons termos para poder viver. Mais que moldar-se pelo mundo exterior, significa que para viver e operar é indispensável interagir. E o

¹⁶ P. B. CASELLA, “O advogado brasileiro e o desafio da internacionalização na prestação de serviços” (in CASELLA, BAPTISTA & HUCK (coords.), *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas* — estudos em homenagem a Irineu STRENGER (S. Paulo, LTr Ed., 1994; pp. 99/112).

mecanismo para a interação entre Estados, na falta de autoridade superior institucionalizada é o direito. Ora a política, se dirá. Sim, ambas, conjugadas: a política e a diplomacia, negociando, mas o direito consolidando aquisições.

36. Ainda que tratados e acordos internacionais sejam também violados, existe indispensável conteúdo de estabilização, de consolidação de aquisições, por meio da cristalização de entendimentos politicamente alcançados, mediante a sua redução a termo escrito: **verba volant, scripta manent**, diziam os romanos; e do outro lado do mundo, a civilização chinesa nos transmite o seu grande respeito pela palavra escrita.

Somente este tópico poderia ensejar tanto extensos como relevantes desenvolvimentos na linha de vários estudos sobre a matéria (M. WAELBROECK, 1969; Rui Manuel G. de MOURA RAMOS, 1980; M. LEIGH & M. R. BLAKESLEE (eds.), 1995; Jan KLABBERS, 1996; Pierre-Michel EISENMANN (ed.), tb. 1996).¹⁷

37. Existe muito a ser feito. Existe muito que já está sendo feito e produzindo resultados, mesmo antes do que seria de se esperar. De algum modo, os esforços para a construção da integração no Cone Sul estão dando resultados e estes estão sendo melhores, mais amplos e mais rápidos do que se teria esperado.

É preciso zelar pela continuidade da trajetória e a manutenção de sua dinâmica política, de modo a assegurar a continuação dos resultados.

38. Do ponto de vista de um profissional do direito, enfatizando o conteúdo e a necessidade do direito internacional, o momento atual vivido pelo MERCOSUL nos coloca excelente oportunidade de absorver e consolidar patamar mais elevado de atuação internacional, de vivência

¹⁷ Michel WAELBROECK, *Traité internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun* (préf. de H. ROLIN; Bruxelles/Paris, CIDC/Pédone, 1969); Rui Manuel G. de MOURA RAMOS, *Direito internacional privado e Constituição* — introdução a uma análise das suas relações (Coimbra, Coimbra Ed., reimpr., 1980); M. LEIGH & M. R. BLAKESLEE (eds.), *National Treaty Law and practice: France, Germany, India, Switzerland, Thailand, United Kingdom* (Washington, ASIL, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 27, 1995); Jan KLABBERS, *The concept of treaty in international law* (The Hague, Kluwer, Developments in International Law, vol. 22, 1996); Pierre-Michel EISENMANN (ed.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national: étude de la pratique en Europe / The integration of International and European Community Law into the national legal order: a study of the practice in Europe* (The Hague, Kluwer, Developments in International Law, vol. 25, 1996).

do direito e da vida internacional de forma diversa do que foi feito até hoje, de modo incipiente, entre nós.

Pode o MERCOSUL nos ensinar a fazer do direito internacional uma realidade e a partir daí podemos avançar nesse sentido, para poder viver de modo mais completo uma suposta vocação e conteúdo internacional.

Justamente como isso há de ser feito, pode ser ilustrado pelo processo de integração, tal como ora se encontra: estamos vendo a viabilidade do esforço encetado e estamos nos deliciando com seus resultados, até aqui alcançados — os custos dessa satisfação também estarão chegando depressa — mas podemos preparar o terreno para viver isso de modo mais completo, mediante a conscientização da necessidade de observância e implementação estrita do conteúdo e objeto de acordos internacionais.

39. Na medida em que consigamos aceitar a presença e atuação de um tribunal supranacional, gerindo a interpretação e aplicação de normas comuns de aplicação imediata, emanadas de órgãos gestores supranacionais, como intrinsecamente ligados e necessários para a existência e continuidade de um processo de integração estaremos preparando o caminho para transformar o direito internacional em realidade entre nós e não mero capítulo ou excrescência do direito.

O direito internacional exprime e configura toda uma concepção do direito e do Estado, projetados na convivência da ordem — ou falta de ordem — internacional, sendo forma de visualização da atuação do Estado e do ordenamento jurídico interno, além fronteiras, onde tem de haver clara e efetiva subordinação do Estado e do ordenamento jurídico interno não somente às normas de direito internacional convencional, pelas quais o Estado se tenha vinculado livremente, mediante a assinatura de tratados e acordos, mas também às normas de direito internacional geral, o *jus cogens* internacional, nos termos do artigo 53, da **Convenção de Viena sobre direito dos tratados**, reportando também ensinamentos de L. HENKIN (1994) e H. L. A. HART (1994).¹⁸

¹⁸ Convenção sobre direito dos Tratados, assinada em Viena, a 23 de maio de 1969, em vigor desde 27 de janeiro de 1980 (in V. Marotta RANGEL, *Direito e relações internacionais*, S. Paulo, RT, 4a. ed., 1993; pp. 242 ss.; 5a. ed., 1997); Louis HENKIN, "Taking international law seriously" (Presidential Notes 1992-1994; Washington, American Soc. of Int'l. Law, ASIL Bulletin, no. 1, 1994); H. L. A. HART, *The concept of law* (Oxford, Clarendon Press, 1st publ., 1961; 2nd. ed., with a new postscript, 1994).

40. Na medida em que processo de integração tal como o ora em curso no contexto do MERCOSUL, além e ao lado de suas exigências internas e estruturais, indispensáveis para a consolidação do processo de integração, nos permita também aprender a viver e aplicar direito internacional e compatibilizar as exigências também estruturais da convivência e atuação dos ordenamentos jurídicos interno e internacional, nas suas respectivas esferas de “peculiar interesse”, estaremos fazendo progressos que vão muito além do caso concreto, que por si já seria considerável sucesso e realização.

Além da supressão de barreiras internas, quer tarifárias como não-tarifárias, a construção da integração nos está ensinando a fazer face às exigências de ordenamento jurídico que por definição não se esgota nem pode ser totalmente controlado pelo Estado: o que me parece tão saudável como necessário. Desse modo, se pode ver no MERCOSUL, além e acima do caso concreto, também a utilidade como escola, como treinamento e aprendizado; estamos, simultaneamente à consolidação da experiência subregional com os vizinhos do Cone Sul, preparando o caminho, que pode tornar o conhecimento e aplicação do direito internacional uma realidade entre nós, cuja importância e papel sejam realizados na medida adequada, em extensão maior do que foi até hoje alcançado.

41. A partir da aceitação e observância estritas das normas de direito internacional convencional, cujo desligamento somente pode ocorrer pelo mecanismo específico da denúncia de tratado — em paralelo ao que ocorre no direito interno onde o contrato se desfaz pelo distrato — se pode preparar o caminho para a aceitação de patamar mais elevado de compromisso e vinculação com a ordem jurídica internacional, através da aceitação e observância das normas de direito internacional geral, **jus cogens**, independentemente de positividade instrumental, por meio de ratificação, de convenção ou tratado; **jus cogens** é direito por ter o reconhecimento da comunidade internacional, no tocante à sua juridicidade; é a constatação da **opinio juris sive necessitatis**, que leva à consagração da observância e respeito a conteúdos e valores maiores.

Desse modo, mesmo independentemente da existência de termos escritos, aceita-se o conteúdo jurídico da norma de direito internacional geral como obrigatório e vinculante, não somente para o Estado, na qualidade de sujeito de direito internacional, mas também criando direitos e obrigações na ordem jurídica interna, colocando termos e conteúdo que obrigam o Estado não somente em relação a seus pares, como também o Estado nas relações de direito interno, com seus cidadãos.

Certamente essa é concepção tanto solidamente arraigada como fundamentada na consciência da juridicidade internacional. Seu reconhecimento formal, sua positivação podem flutuar, mas as bases estão há muito colocadas e configuradas. Desse modo, se pode esperar e prever que a existência e consolidação da experiência de integração no quadrante do MERCOSUL nos prepare o caminho para viver de forma institucionalmente mais efetiva a realidade de ordem jurídica internacional cogente, mesmo que esta não tenha sido precedida de formalização instrumental, através de tratado ou convenção. Desse modo se estará preparando o caminho para situar o Estado brasileiro em bases mais realistas de atuação internacional.

41. O contexto presente nos leva a fazer face a exigências crescentes e de complexidade sempre maior — para a vivência de centros e esferas de poder e interesse internacionais, onde, na impossibilidade bem como não desejabilidade de nos impormos como potência, devemos nos fazer arautos e protetores de ordenamento internacional, pelo qual nos vinculamos e pelo qual outros Estados também tenham de pautar-se, nas relações com o Brasil.

Além de sua utilidade intrínseca e utilização como mecanismo de projeção internacional e busca de inserção mais competitiva, o projeto MERCOSUL pode servir também para nos ensinar a viver e praticar direito internacional. Talvez esse anseio leve algum tempo para ser alcançado, talvez não estejamos prontos ainda para fazer face a isso, mas estamos podendo preparar o caminho para poder alcançar algo melhor e mais completo, em futuro não muito distante. Se e em que medida isso vai poder ser, efetivamente, alcançado, ainda permanece em aberto, mas pode ser mais do que mero subproduto interessante e benfazejo, de processo, que, não obstante lacunas de implementação e falhas conceituais, vem dando excelentes resultados, e isso em pouco tempo, muito mais e além, do que até recentemente, se poderia ter esperado.

42. Direito internacional convencional, entre nós, não é novidade, mas tem permanecido excessivamente circunscrito, como espécie de oásis de estabilidade e previsibilidade, exceto quando minado por injunções internacionais desfavoráveis (A. A. CANÇADO TRINDADE, 1981; V. MAROTTA RANGEL, 1980).¹⁹ No entanto tal aparente simplicidade

¹⁹ Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE, *Princípios do direito internacional contemporâneo* (Brasília, Ed. UnB, 1981), b/c, de V. MAROTTA RANGEL, a

não pode negligenciar exigências e contornos setoriais, em vista de sua condição específica: trata-se de direito interno, norma vigente, que, como tal deve ser interpretada e aplicada, com conseqüências diretas e inafastáveis, nas suas hipóteses de incidência na ordem interna, mas constituem, simultaneamente, tratados e convenções internacionais, celebradas pelo Brasil com outros Estados, criando direitos e obrigações, entre sujeitos de direito internacional, no que diz respeito ao conteúdo de referidos tratados e convenções.

As normas de direito internacional convencional cristalizam, no ordenamento jurídico pátrio, a expressão mais concreta do ramo jurídico, denominado direito internacional, direito internacional público ou direito das gentes. Por meio e através destas são ordenadas e reguladas as matérias as mais variadas, que possam ser objeto de tratado ou convenção. Ou seja, trata-se de direito internacional quanto à forma e modo de positivação da norma, mas seu conteúdo, ao lado de direito internacional, própria e tecnicamente dito, pode se estender a praticamente todos os ramos do direito, da proteção do meio ambiente ao direito internacional tributário, da cooperação jurisdicional em matéria civil, processual ou penal ao reconhecimento de sociedades comerciais ou de julgamentos ou laudos arbitrais, ou documentos oriundos de jurisdição ou Estado estrangeiro, entre a República Federativa do Brasil e seus co-contratantes estrangeiros, conforme estipule, e nos exatos termos de cada texto convencional.

Ao mesmo tempo, como norma interna vigente, em cada um dos ordenamentos jurídicos dos Estados contratantes, criam-se, através destes tratados e convenções, direitos e obrigações para as Administrações fiscais e operadores privados, sejam estes pessoas físicas ou jurídicas, sobre cujas atividades possam incidir as normas decorrentes de tais tratados e convenções.

Assim fica expressa a inarredável interligação entre os aspectos de direito internacional e os aspectos de direito interno nas normas de direito internacional convencional.

43. Falar em direito internacional convencional ou direito internacional geral não coloca mera oscilação dos elementos que compõem a denominação, mas justamente ilustra, duas vertentes e concepções distintas da expressão da juridicidade internacional, vinculada a primeira a conteúdo e forma específicos, enquanto decorre a segunda de percepção mais ampla,

“Introdução”, datada de 1980), fazendo histórico, tão sucinto como interessante, da evolução do estudo do direito das gentes no Brasil.

conceitualmente arraigada como valor e conteúdos a serem preservados, independentemente da existência de instrumento de positivação.

Em lugar de estender duntas — e, provavelmente, estéreis — considerações a respeito de qual deva ser o elemento preponderante, pode-se ter presente tanto o fenômeno do surgimento como do desenvolvimento da noção de direito internacional geral de caráter cogente e seus desdobramentos — como reflete o já referido dispositivo da **Convenção de Viena sobre direito dos tratados**.

44. Fenômeno cujo reconhecimento é relativamente recente, o direito internacional geral pode mesmo revogar norma expressa, contida em tratado internacional, desde que a norma positivada possa configurar violação de norma de caráter cogente de direito internacional geral.

Não é preciso longa digressão para captar a dimensão do fenômeno e a revolucionária mudança de atitude dos países que passam a celebrar e adotar tal conceito, conforme estipula a **Convenção de Viena sobre direito dos tratados**. Com destaque, a soberania dos Estados se manifesta de modo particularmente vigoroso, no campo jurídico, como expressão da prerrogativa do Estado de impor padrões de comportamento aos seus nacionais. Sem prejuízo de concepção estritamente positivista do direito internacional, os Estados, visando a melhor proteção de seus interesses, aceitam limitação voluntária de sua capacidade de legislar seus sujeitos, em troca da segurança, ainda que seja esta relativa, dirão vertentes críticas, resultante da adoção de mecanismos convencionais.

No reconhecimento da existência e necessidade de observância de normas imperativas de direito internacional geral, o Estado não está assegurando nenhuma reciprocidade ou vantagem direta.

45. Em lugar de permanecermos em dilema insolúvel, trata-se de adotar solução pragmáticamente responsável, optando por formulação neutra que assegure a maior eficiência possível ao enfoque do **jus cogens**: são as normas imperativas de direito internacional geral, nos termos do artigo 53 da **Convenção de Viena**, “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza”, independentemente de qualquer mecanismo de celebração, ratificação, entrada em vigor e inserção na ordem jurídica interna, como ademais, quaisquer tratados ou convenções.

As normas de direito internacional geral, por seu conteúdo, são normas de direito, cuja interpretação e aplicação deve reger-se segundo

as normas e princípios gerais da hermenêutica jurídica, sem prejuízo de normas setoriais específicas, de direito interno. Seu reconhecimento e observância não decorrem de norma positiva, quer internacional ou interna, mas diretamente da consciência de estarem refletindo a *opinio juris sive necessitatis*, da juridicidade intrínseca daquele conteúdo ou regulação.

46. Sem retomar correntes nem escolas de direito internacional (remetendo ao enfoque de Eduardo Correia BAPTISTA, sobre o tema, 1997),²⁰ em formulação sintética, as normas de direito internacional geral tratam de matéria comportando valor a ser preservado, independentemente da ocorrência ou não de posituação do conteúdo. Ou seja, ante a impossibilidade de conter todos os elementos do direito, nos limites de ordenamento jurídico positivo, seja este internacional ou interno, coloca-se a imperativa necessidade de ordenar a proteção de tais valores e conteúdos, mesmo ante a inoportunidade de leis aplicáveis.

Aspecto relevante, ainda incipientemente considerado entre nós, é a inserção das normas de direito internacional geral no direito brasileiro: diversamente das normas de direito internacional convencional, cuja incidência e aplicação, em diversos setores, até hoje permanecem sendo objetos de debate, tanto na jurisprudência como na doutrina, a respeito da natureza jurídica e posição hierárquica da norma internacional em relação ao direito interno superveniente, seja este de nível constitucional ou infra-constitucional — somente em matéria de direitos humanos e em matéria tributária a controvérsia fica superada, em virtude de dispositivo constitucional, nos parágrafos 1º e 2º., do artigo 5º., da **Constituição da República** no primeiro caso e previsão expressa do **Código tributário nacional**, no segundo caso.²¹

Mais abrangente a formulação contida no art. 8º. da Constituição Portuguesa, com menção expressa “às normas e princípios gerais de direito

²⁰ Eduardo Correia BAPTISTA, *Ius cogens em direito internacional* (Lisboa, Lex, 1997).

²¹ Constituição da República (promulgada em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais no. 1/92 a 13/96 e Emendas Constitucionais de Revisão n.º. 1 a 6/94; Brasília, Senado Federal, Subsecr. de Edições Técnicas, 1996), art. 5º., pars. 1º. e 2º.: “1º. as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”; “2º. os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”; Por seu turno, o art. 98 do CTN, estipula, expressamente: “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

internacional”, além da regulação dos tratados positivados e das normas comunitárias bem como em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana.²²

Quão desejável e quanto seria útil contar com dispositivo equivalente, de alcance geral, inserido da Constituição da República Federativa do Brasil, dirimindo as controvérsias em torno das relações entre a lei interna e a lei internacional, para o conjunto do direito brasileiro, não somente em relação a normas de direito internacional convencional mas sobretudo em relação a normas de direito internacional geral, é desnecessário repetir. Mas, ante tal inocorrência, permanece a necessidade de determinar parâmetros, sejam estes jurisprudenciais como doutrinários, ou congregando elementos de ambos, em razão da ausência de dispositivo legal expresso a respeito.

Seria a condução do ordenamento jurídico em suas grandes linhas justamente a atribuição e papel de uma Constituição, “consagrando o primado do direito internacional”, como bem ressalta Celso D. de A. MELLO (1994, i.a.) e prossegue²³: “Parece-nos importante que a Constituição tenha uma norma sobre a matéria” (i.e., relações entre direito internacional e direito interno) “e que sirva de parâmetro para aqueles que vão aplicar o direito. Reconhecemos que, na prática, grande parte desta matéria é constituída pela jurisprudência”.

47. As normas de direito internacional convencional como as normas imperativas de direito internacional geral tem de ser situadas no contexto internacional presente, onde se fazem mais freqüentes e complexas as relações entre Estados, ou entre Estados e organizações internacionais, bem como entre Estados e entidades não-estatais, configurando relações comerciais transnacionais ou multinacionais, onde não possam ser aplicados, como tais, ordenamentos jurídicos nacionais, sob pena de colocar obstáculo significativo ao comércio e ao fluxo internacional de agentes e fatores de produção econômica, de mercadorias a investimentos.

²² Nesse sentido, é mais abrangente a Constituição portuguesa, em seu art. 8º, estipulando: as normas e princípios gerais de direito internacional; as normas constantes de convenções internacionais, regularmente ratificadas, após sua edição; as normas emanadas de organizações (especialmente em relação a U.E. e a Convenção de Viena de 1969 sobre direitos dos tratados).

²³ Celso D. de Albuquerque MELLO, **Direito constitucional internacional: uma introdução** (Rio, Renovar, 1994; cap. xv: “a grande ausência: relações entre DI e direito interno”, pp. 343/345). V. tb., do mesmo Celso D. de Albuquerque MELLO, seu **Curso de Direito internacional público** (Rio, Renovar, 11a. ed. rev. e aum., 1997).

A existência concomitante e a diversidade de mecanismos de atuação de normas de direito internacional convencional e normas imperativas de direito internacional geral não pode ser negligenciada, sob pena de acarretar a perda da visão do conjunto e dos princípios norteadores do sistema jurídico, no seu todo, quer interno como internacional.

48. Em lugar de nos atermos somente à questão das relações entre normas internas e normas internacionais, pode-se colocar proposta mais abrangente e mais ambiciosa, no sentido de conceber sistema novo de direito internacional positivo, em relação ao direito brasileiro, abrangendo tanto as normas de direito internacional convencional como as normas imperativas de direito internacional geral, e regulando as relações destas com as normas de direito interno de maneira mais simples, mais transparente, mais ágil, mais consentâneo com a complexidade, o ritmo e o volume de relações jurídicas inter- ou transnacionais, de Estados engajados em níveis crescentes de integração, inseridos em contexto de relações internacionais em constante evolução.

49. A ocorrência de processos de integração, sejam estes mais ou menos bem sucedidos, sejam distintos os modelos adotados, no continente europeu como nas Américas, tornando, mais e mais, necessário conceber e aplicar sistemas jurídicos que levem em conta não somente os reflexos internos, mas atemem, igualmente, para a indispensável componente inter- ou transnacional (A. CASSESE, 1985; CASELLA, 1996),²⁴ como ilustraria, a recente e infundada controvérsia pertinente à aplicabilidade ou não da Convenção 158 da OIT, no Brasil.

²⁴ Antonio CASSESE, *Modern Constitutions and international law* (RCADI, 1985-III, t. 192, pp. 331/475). A respeito da recente e pouco justificada controvérsia relativa à aplicabilidade da Convenção 158 da OIT no direito brasileiro, v. P. B. CASELLA, "A Convenção 158 da OIT e as relações entre direito interno e direito internacional" (Rev. LTr, vol. 60, no. 7, jul. 1996, pp. 900/909). Em suma, parece-me infundada a controvérsia, na medida em que, quanto à Convenção 158 da OIT temos: assinatura: Genebra, 22 jun. 1982; em vigor, internacionalmente, a partir de 23 nov. 1985; aprovação pelo Congresso Nacional, pelo Decreto legislativo no. 68, 16 set. 1992; ratificação, mediante depósito, pelo Governo brasileiro, da "Carta de ratificação" na OIT, 5 jan. 1995; passando a Convenção a vigorar, para o Brasil, a partir de 5 jan. 1996 (nos termos do art. 16 da Convenção); promulgada pelo Decreto no. 1855, 10 abr. 1996; publicação, no Diário oficial da União, 11 abr. 1986 (pág. 5942), do Decreto que promulga a Convenção 158 da OIT. As pressões acabaram levando à denúncia da Convenção. Mais do que a infundada controvérsia antes grassando no País, afigura-se ao menos tecnicamente correta a opção pela denúncia, para por termo à obrigação de aplicar referido texto no ordenamento jurídico nacional.

Além ou ao lado de estrita coincidência entre soberania legal e soberania política, o contexto mundial exige reformulação de conceitos tradicionais para permitir seu ajuste e adequação a novas exigências e necessidades, tendendo a exigir em ainda maior medida, mecanismos para assegurar a validade e estrita observância da norma internacional, seja esta norma de direito internacional convencional ou norma imperativa de direito internacional geral, sem prejuízo da edificação de ordenamentos jurídicos supranacionais autônomos, em áreas onde mais e melhor se desenvolveram esforços visando a consolidação de espaços econômicos integrados, nas matérias relevantes para a consolidação de tais processos e espaços.

IV. Esboço de agenda de propostas e conclusões

50. A menção às possibilidades de interação necessariamente haverá de levar em conta o papel do setor privado, sejam os operadores econômicos, sejam os meios acadêmicos.

Considerando especificamente o relacionamento Brasil-Portugal é sintomático constatar que, não obstante históricas e excelentes relações entre os dois países (CALVET DE MAGALHÃES, 1997),²⁵ segundo os últimos dados disponíveis, o volume anual das trocas comerciais não alcança a casa dos cem milhões de dólares, enquanto as trocas comerciais, por exemplo, entre Brasil e Bélgica, superam a casa do bilhão de dólares por ano. *Certamente esse seria ponto a ser desenvolvido, de modo concreto, com alcance e desdobramentos para os dois países.*

Os operadores econômicos atuarão com os seus métodos de pragmatismo na busca de oportunidades de lucro e detecção de nichos inexplorados e criação de mercados.

51. Os meios acadêmicos podem justamente ensejar a reflexão e avaliações de conjunto, a partir das quais seja viabilizada visão de conjunto e planejamento. Isso pode ser feito através dos meios tradicionais de discussão e difusão de idéias nos meios acadêmicos: encontros e colóquios, publicações conjuntas, intercâmbio de docentes e pesquisadores, como de estudantes, quer de graduação como de pós-graduação.

Trata-se de pensar a integração e delimitar meios e modos de implementá-la. Poderia, nesse sentido, o presente encontro, no seu encerramento, *exempli gratia*, sugerir elementos para a formulação de

²⁵ José CALVET DE MAGALHÃES (op. cit., 1997); cfr. nota (5) supra.

programa de ação, sob a forma quer de pontos concretos de atuação, seja para os governos como para entidades privadas, quer simplesmente formulando agenda para nós mesmos, no sentido de assegurar a continuidade e efeitos de esforços como o presente.

52. Outra maneira de estimular o desenvolvimento da integração, ao lado das necessidades orgânicas internas, é a interação entre blocos.

Nesse sentido, pode o Acordo-quadro entre U.E. e MERCOSUL, de Madri, de 1995, ser o programa básico de atuação, com implementação de esforços setoriais, tal como lá estipulados, nas várias áreas do conhecimento, pesquisa e cultura, ao lado de investimentos, comércio e tecnologia.

As linhas mestras estão colocadas no Acordo-quadro de Madri, mas, os resultados, estes dependerão da boa implementação dos enunciados gerais lá formulados. Uma proposta de ação seria implementar os tópicos do amplo programa de ação, contido no Acordo-quadro de Madri, de 1995, de modo que não nos fiquem somente as declarações solenes e vazias de efeito (CASELLA & MARQUES, 1997; CASELLA, in YEL 1996).²⁶

53. Fazer face a este honroso convite configurou-se-me também como desafio, perquirindo se e em que medida pode ter relevância para os advogados, no contexto da União Européia, a experiência do MERCOSUL, em seu estado atual?

Se puder haver algum significado, caberá aos Senhores dizê-lo, ao final desta perspectiva ... tanto mais porque ora se fecha este Congresso que teve por foco temático central os problemas atuais de direito comunitário para os juristas portugueses.

54. Para encerrar esta intervenção visando, ainda que tentativamente, situar perspectivas, temos de concatenar esforço pragmático, mas não pode este negligenciar certa dose de expectativas, de incertezas e de hesitações, diante de contexto mundial como contextos regionais incertos e sujeitos a flutuações tão marcantes como imprevisíveis.

Nesse sentido fala-se de "envelhecimento precoce do conceito de globalização" — mais do que panorama preocupante tal tendência ou

²⁶ P. B. CASELLA & Eduardo L. MARQUES, "E.U.-MERCOSUR relations — a critical overview" (European Foreign Affairs Review, Winter 1997, in print.); v. tb. P. B. CASELLA, "Integration in the Americas: an overview" (Yearbook of European Law, 1996, in print.).

percepção, na medida em que se configure, deveria e poderia ensejar reflexão sobre o regionalismo, sua necessidade, sua agenda e suas capacidades de interação e concatenação de esforços, mesmo adiante de interesses estritamente internos, de cada bloco.

55. A coerente estruturação dos blocos pode permitir não somente sua adequação operacional como a “projeção externa de sua unidade interna”, onde possam ser viabilizadas atuações concertadas entre blocos distintos, de modo a enfrentar com ajuste técnico, os desafios internacionalizados de mundo presente com vertentes globalizadas e rupturas fragmentadoras, das ordens as mais variadas (HOEKMAN & KOSTECKI, 1996; CASELLA, 1997).²⁷

No momento atual, colocadas as bases iniciais, como os grandes conceitos, é preciso passar ao detalhamento e implementação, mediante reflexão e trabalho, com a felicidade e a concretude dos gestos simples e eficazes, gestos esses que podem levar a resultados, em lugar dos grandiloqüentes discursos vazios.

Resta esperar que os laços comuns de história, cultura e língua que unem os nossos povos sejam ao mesmo tempo fortes e flexíveis para permitir a concatenação de novos laços, ao mesmo tempo que a sua renovação, adquirindo nova dimensão e maiores efeitos.

²⁷ Bernard HOEKMAN & Michel KOSTECKI, *The political economy of the world trading system: from GATT to WTO* (Oxford, O. Univ. Press, 1996); P.B. CASELLA, *A vertente jurídica da globalização* (São Paulo, Business School São Paulo, mimeo., 1997).

THE ECONOMIC AND POLITICAL DEBATE ON EMU: EUROPE AND PORTUGAL

por *Francisco Torres*¹

I. The economic and political debate in Europe

I.1. The OCA theory and the case for EMU

The traditional optimum currency area (OCA) theory states that the condition for a country to surrender its monetary autonomy and to join a monetary union is that the microeconomic efficiency gains outweigh the macroeconomic costs of participation. These depend on the characteristics of the country wishing to join a monetary union: similarity of its economic structures (in the sense that the growth rates of output and employment would not tend to diverge with respect to partner countries in the case of shocks); flexibility of its labour market (real wage flexibility and labour mobility); and, as argued more recently, the availability of automatic fiscal transfers.

Countries satisfying some conditions of similarity and flexibility could then reap the benefits of the elimination of foreign exchange transaction costs and reduced exchange rate uncertainty. At the same time these countries would aim at minimising the output losses resulting from the need to give up exchange rate policy as a means to offset asymmetric shocks. In the sense that countries face different supply or demand disturbances that require differentiated responses, they would wish to keep control of a policy tool such as the exchange rate. This capacity allows for the possibility of spreading the negative impact of an asymmetric shock hitting a particular sector or industry of the economy over the entire population which would have to put up with a deterioration of the country's terms of trade.

¹ Member of Parliament. Chairman of the Subcommittee on Economic and Monetary Union and Spokesman for European Affairs. IEE, Universidade Católica Portuguesa and Banco de Portugal (on leave). I wish to thank Annette Bongardt and Jeff Frieden for comments. The usual disclaimer applies.

Trade integration and vulnerability to asymmetric shocks

A small open economy tends to lose less (gain more) than a larger closed economy by giving up its monetary autonomy and joining in a monetary union with its trading partners. Foreign exchange transaction costs and exchange rate uncertainty tend to affect mainly small open economies. This is because a relatively important fraction of their trade is done with other countries and therefore they face large (and potentially unstable) foreign exchange markets. As the degree of openness increases, the benefits of adopting a common currency increase and the costs of relinquishing control over an autonomous exchange rate policy diminish. This is because a devaluation has a much stronger impact on the price level of a relatively open economy than on the price level of a relatively closed economy.

With respect to the similarity of trade and industrial structures of each of the candidates and the EU, respectively, it is to be expected that for the core countries in Europe, Germany and its closest neighbours, shocks are notably more symmetric than for the European Union as a whole. According to 1992 data on the correlation between average intra-EU exports and exports of each EU member to other EU members (see Gros and Vandille, 1995), the trade structures of Ireland, Denmark and Portugal deviate moderately² and the trade structures of Finland and Greece deviate substantially from the EU average. But of course shocks affecting the monetary union may be symmetric, in which case there is no need for an autonomous exchange rate instrument.

As pointed out by Barry Eichengreen and Fabio Ghironi (1996), not only is there no consensus on the empirical evidence on both the output costs of surrendering monetary policy autonomy and the efficiency gains of eliminating exchange rate uncertainty and transaction costs (evidence on the stimulating effects of a monetary union on economic growth is even weaker), but historical correlations between economic variables such as output and prices change with the process of monetary integration. For instance, while integration might increase the flexibility of the union it might also contribute to a reduction of the similarity of economic structures due to higher concentration of industrial activities. This concentration in turn would increase the union's vulnerability to asymmetric shocks.

² In the case of Portugal, the specialisation pattern at first became even more pronounced (from 1986 until recently) but especially since 1995 it is becoming more similar to the

However, as argued by Alessandra Casella (1993), these industrial regions do not coincide necessarily with political jurisdictions: on the one hand, they can be common to several countries and, on the other hand, they are in general much smaller than a country. In that case, specialisation does not lead to increased vulnerability of the union to asymmetric shocks. Besides, specialisation in Europe tends to take place within the same sectors at different price and quality ranges. Furthermore, it can also be argued that more economic integration will reduce rather than aggravate that vulnerability.³ This is because, on the one hand, spending decisions in one country will be more directly felt by the other members of the monetary union and, on the other hand, productivity shocks will be more rapidly transmitted among members. As a consequence, business cycles will be more highly correlated and the potential need for unilateral policies such as exchange rate devaluations is reduced.

In any case, exchange rate flexibility can only have a transitory impact and hence does not dispense with the need for long-run real adjustment of a country's economic structure. Besides, nominal exchange rate devaluations are totally ineffective if they cannot affect the relative price of domestic and foreign goods (the real exchange rate, a relative price).

Unemployment and labour market flexibility

The labour market in the European Union is characterised by high and persistent unemployment. After reaching record heights in 1994, the beginning of economic recovery in 1995 brought about only a slight fall in unemployment rates and does not point to a return to the levels of 1990. The recent evolution of EU unemployment thus appears to confirm the view that the natural unemployment rate after each economic cycle remains at a higher level, transforming cyclical unemployment into structural unemployment. Long-term unemployment, as the average length of unemployment, is today significantly higher than in the 1970s. In any case, these developments seem to have little to do with external shocks or exchange rates.⁴

European average. See Torres (1998c).

³ Jeffrey Frankel and Andrew Rose (1996) look at data from 20 industrialised countries from 1959 to 1993 and conclude that the greater is the degree of integration between countries, the more highly synchronised are their business cycles.

⁴ A recent study by Daniel Gros (1997) confirms this view.

In the European Union, collective wage negotiations (emphasising job security), legal provisions and generous unemployment benefits led to wage rigidity (prices could not respond to demand changes) and higher unemployment, in particular of the young and less qualified. This situation contrasts with the US, where flows in and out of unemployment have been faster; the same is true for job creation by the private sector (in the EU public sector job creation has been very important)⁵. In the absence of collective wage negotiations in the US, larger wage flexibility meant that the fall in demand for less qualified work due to technical change in production technology translated in lower real wages rather than higher unemployment.

In Europe wages respond quite rapidly to price movements (there is little nominal inertia), although less so to unemployment. (In Portugal and Sweden wages are highly elastic with respect both to inflation and unemployment: the wage response — the semi-elasticity — to unemployment is only smaller than in Japan, in absolute values). Therefore, foregoing exchange rate autonomy seems not to be very costly.

In terms of flexibility, what is then important for the smooth functioning of a European monetary union is the capacity of real wages to adjust to asymmetric shocks. Labour mobility in Europe is low (although not lower than labour mobility within most EU-member countries)⁶ but, since one can expect that prices move faster than production factors, that fact seems not to be crucial for the decision whether any EU country should participate in EMU. This is true even if one rejects money neutrality and takes the view that discretionary exchange rate policy can affect output: real wage flexibility would provide for the necessary alternative adjustment mechanism. For the same level of economic integration and regardless of the view on the efficacy of exchange rate adjustments (New Classical or Keynesian), a higher degree of real wage flexibility implies lower costs of participation in EMU and less urgency for other types of mechanisms (such as a federal budget or emigration) to help smooth country idiosyncratic shocks.

⁵ According to the European Commission's 1997 issue of *Panorama of EU Industry*, employment growth in the European private sector over the past 25 years amounted to a yearly average of 0.3 per cent, compared to 1.0 per cent in Japan and 1.8 per cent in the US.

⁶ Although the inefficiencies that are partly responsible for an undesirably low labour mobility (apart from cultural and linguistic barriers), such as very distorted housing markets, should be eliminated, cyclical migration as a means of offsetting asymmetric shocks in Europe is not a socially adequate solution even for cyclical unemployment.

Fiscal transfers

The issue of automatic fiscal transfers tends to be mixed up in the European Union with the already existing regional or cohesion funds. Since fiscal integration raises issues of re-distribution, automatic fiscal transfers are regarded as inappropriate without an important leap forward in the process of European political integration. For now, the insistence on temporary automatic transfers would only put at stake the cohesion and structural funds and/or would imply the shifting of resources away from fast catching-up countries with relatively low unemployment to countries with high unemployment regardless of their macroeconomic performance.

Inter-regional fiscal transfers (a co-insurance fund) to offset the lack of labour mobility are not expected to be a characteristic of a future monetary union in Europe: on the one hand, such a scheme requires deeper political integration and, on the other hand, although such transfers may be critical in areas such as the US that are characterised by a high degree of labour mobility and therefore by a risk of depopulation of declining regions, this is not the case in Europe (see Blanchard and Katz, 1992, and Torres, 1996). Besides, these transfers may be useful to smooth adjustment in the occurrence of transitory shocks but they are not a substitute for real wage flexibility in the presence of permanent shocks.

Cohesion countries seem to have understood the importance of the economic and social cohesion principle, enshrined in the Treaty, when compared with any other type of transitory transfers linked to the functioning of EMU. That expression of solidarity at the European level, by requiring the setting-up of long-term priorities that go together with participation in the internal market (which imposes higher standards on consumer protection and environmental quality) and with the rules of access to those funds, contributes to render employment creation sustainable and to avoid situations of high unemployment cum dependency on continuous fiscal transfers such as the Mezzogiorno within Italy, Andalusia within Spain and the new Länder within Germany.

II.2. The political economy argument: adopting a credible monetary constitution

Joining a monetary union that is based on institutions that deliver price stability is, as stressed by the modern political economy literature, probably the best way to implement a solid strategy of sustained economic development. The reason is that this option also precludes many of the

transition costs (the output losses of a disinflation strategy) of such a regime change. Fixed exchange rates, unlike other policy targets, are easily observable by the private sector but also easily implemented by the authorities (see Torres, 1989). Also, as put by Rebelo (1997), making the costs of government activity more transparent to the public gives elected officials better incentives to focus on improving the productivity of the private sector instead of playing redistribution games.

With irrevocably fixed exchange rates, the authorities raise the political costs of inflation because their anti-inflation commitment is constantly monitored by the private sector and any different behaviour would imply a loss of competitiveness for the tradables sector. Accordingly, one could argue that, as a tendency, high inflation countries tend to gain more than low inflation countries by sharing their monetary autonomy in a common monetary institution.⁷ Eliminating inflation in this way, abolishing different currencies, does away with the need to waste resources on hedging against exchange risks. A common monetary institution that delivers price stability is therefore a welfare improving mechanism in a double sense.

This argument has been understood in academic circles but its importance has been disputed if not contested by Keynesian economists and others. They claim that the exchange rate is still a very important adjustment mechanism not only in the case of unexpected asymmetric shocks but also in the face of foreseen developments such as world trade liberalisation and EU enlargement to Central European countries. It is argued that regions characterised by persistent differences in productivity growth or even by any other type of persistent differences as well as different structural characteristics of the economy (non-wage labour costs, savings ratios, or demographic structures) should not form a monetary union.

Although these are problems unrelated to the exchange rate regime⁸, the "economic" discussion around EMU has been centred on these very issues, at least for the weaker currency countries. Real versus nominal convergence is in fact the most popular line of discussion amongst politicians and political and economic commentators. Examples for most

⁷ As inflation is rather low in most EU countries, I will not discuss here the costs and benefits of a monetary union from a public finance perspective. See Torres (1989) and (1996) for a discussion of this issue.

⁸ As Willem Buiter (1996) puts it, real convergence or divergence has nothing to do with EMU.

of the EU-countries can be found in Buiters (1996) and Jones, Frieden and Torres (1997). Many of those politicians and commentators find it politically interesting to oppose what they call grey technocracy and/or monetary fundamentalism.

The root of one of the main misunderstandings about the entire process of monetary unification is, in fact, that many people tend to see it as a technocratic obsession and/or an ideological defence of the market. At the same time some of the forceful opponents of EMU happen to be technocrats (sometimes diplomats, central banks employees and even eurocrats) or ideological free-marketeters (as for example conservative economic advisers and independent economists in the UK and in Germany as well as in other European countries). Instead, the idea of adopting a credible monetary constitution can be seen as a means of doing away with the primacy of monetary policy over more important concerns of the society.

In fiscally-weak countries and in less developed democratic systems, EMU can be seen as a means of getting rid of national currencies and all the economic jargon that goes with them, typically the excuses technocrats find to cling to power and implement all kinds of mercantilist policies in the name of short-term real convergence. Most of the time these policies imply a sharp deterioration of social cohesion and quality of life, undermining long-term real convergence with the most developed regions of Europe.

On the other hand, few people present EMU as a desirable political reform instead of an external constraint. As a matter of fact, many politicians and bureaucrats just refer to it as an unavoidable development.⁹ Presented in this way, EMU can be easily blamed for all the policy errors made by national governments, monetary authorities and other national or European institutions.

However, today most European governments (with a broad support in their respective parliaments concerning the goal of EMU) seem converted to adopting a credible and sound (counter-inflationary) monetary constitution.¹⁰ The problem has been to motivate countries

⁹ Depending on the perspective: the only way of tying Germany into the European Union, achieving more political integration and faster enlargement to the East or maintaining access to the structural funds.

¹⁰ Unfortunately, some still see it as an unavoidable external constraint that goes together with an exogenous political objective to which their political leaders have converged. A good example is the cross-party political resistance to the author's proposal to enshrine

that already have credible monetary institutions - and therefore a low inflation rate - to share their monetary autonomy with recently converted higher inflation countries that could resort to old (inflationary) habits. The reluctance of low inflation countries to team up with countries with no prior solid record on price and monetary stability stems from that possibility. This is why Germany's central bank has been perceived as reluctant to embark upon the European monetary integration project. That is why the October 1993 ruling of the *Bundesverfassungsgericht* makes it possible for Germany to pull out of EMU should it not deliver monetary stability.

The Maastricht approach to EMU

The gradualist approach to EMU was justified by the need to set up common monetary institutions and achieve nominal convergence among participating countries. As the Werner plan 20 years earlier, this approach was a product of the French vision of money driving politics and economic fundamentals (see Torres and Giavazzi, 1993), but it is now serving as a means for the Bundesbank, with the corresponding reflection in domestic politics in Germany¹¹, to express its reluctance to dissolve into less solid European monetary institutions. The idea that the adoption of a single currency should be accomplished swiftly rather than gradually has been defended by many (including the French) but it seems that it could only work if there was a clearer set of political rules: the monetary constitution of Europe.

However, a rapid leap to a one-speed monetary union would have entailed a number of conditions for membership, the rules of the game, that would have had to be respected by all members in order to avoid bringing in insolvency problems. This ex-ante specification of the rules is not part of the TEU, however. The stability pact is an intergovernmental solution in order to strengthen the enforcement mechanism of the excessive deficit procedure. Alternative rules concerning the allocation of resources and voting mechanisms within the ECB, the

in the Portuguese constitution, revised this summer, the objective of price stability in spite of a parliamentary resolution approved by the two major political parties in favour of monetary union and its objectives.

¹¹ Because of high unemployment and the difficulties in reaching the Maastricht target for the deficit (with lower than expected tax receipts and higher outlays), at least one dimension of the German political debate in 1997 mimicked the debate elsewhere.

re-design of the System of European Central Banks in an attempt to make it more stable, and even the enforcement of a mechanism that would allow for the removal of the ECB's board of directors should it fail to maintain price stability are not defined either in the treaties or at the intergovernmental level.

Strict entry requirements and variable geometry seemed until now the only possible approach to EMU that would safeguard Germany's position without a major reform of the treaties. Paradoxically, this became early in the year the main quandary in the process of European monetary integration since also Germany seemed to be in a difficult position to meet the Maastricht target for the deficit while Italy kept insisting that it would meet the criteria set out in the TEU and would not consider the possibility of delaying its entry in EMU's third phase beyond January 1999. It seems now that both Italy and Germany, as well as France, are considered to meet the Maastricht criteria.

Variable geometry was initially understood, and perhaps still is, as a core-periphery geographical divide, conceivably compatible with the notions of concentric circles and Europe *à la carte*. Of course it is possible to define variable geometry in the sense that it means a sort of open core that would allow a group of countries to integrate further with respect to a common level, say the internal market with some degree of monetary co-ordination, based on the principle of potential non-exclusion and requiring the unanimous vote of all countries regarding the conditions for opting-in and the possibility of opting-out.¹² But in the monetary domain to stay in the second tier is still perceived as a political failure.

Besides, in a multi-speed EMU, it will be more difficult for the catching-up countries to converge, in the sense that by being left out of EMU's third phase they may become more vulnerable in the international financial markets. As a result, by the simple fact of being perceived as laggards, these countries could be subject to speculative attacks on their currencies that would send them further away from the Maastricht entry requirements. To complicate matters, the core members, like the members

¹² The concept of flexible integration, contained in the Amsterdam Treaty, is applicable to other domains of European integration. A similar notion - named positive variable geometry - was put forward by the author to the Committee on European Affairs of the Portuguese parliament in May 1994 and adopted in a parliamentary resolution in April 1995. Dewatripont et al. (1995) describe it in more detail: it features a set of mandatory competencies, the common base, and allows for deeper forms of cooperation, open partnerships.

of any club, would tend to become reluctant to allow for the fast entry of more members (see Alesina and Grilli, 1994, for a formal analysis of this point). Furthermore, they would tend to maintain the club for other domains of integration.

In any case, if the 1999 deadline for the beginning of EMU's third phase were to be postponed, the result could be a serious set-back in both the on-going process of monetary integration and the existing level of economic integration. It can also be maintained that there would be no internal market if there were serious currency misalignments that would give rise to trade protectionism. This is probably the most robust political economy argument for completing the transition to EMU without further ado.

The argument is not trivial even for Germany since it hinges exactly on the idea of protecting the internal market from misalignments. This idea is further developed by Niels Thygesen (1996) who argues that protectionist demands, arising from a fragmented currency system, would include industrial subsidies in the strong-currency countries. As it is generally held that the Deutsche mark may appreciate substantially in the case of non-EMU, the Euro may have, after all, some direct advantages for Germany. It is vital for the interests of Europe to fast accomplish EMU.

Is there such thing as an EMS for laggards?

Some countries will not be able (Greece) and/or willing (Denmark, Sweden and the UK) to move to the third phase of EMU by January 1999. Accepting a multi-speed EMU entails the need to coordinate monetary and fiscal policy between the initial group of insiders and the initial group of outsiders. To allow for some flexibility in such an open partnership as a monetary union amongst the core countries, it is vital to better define and enforce the common base accepted by all EU-member countries. This is also the only way to avoid the temptation to free ride, through the possibility of opting out, on the positive externalities created by the existence of a monetary union.

The idea of creating an ERM for laggards (expanded in many discussions on the relations between insiders and outsiders and agreed upon in Verona by the EU ministers of finance) could be, as argued in Torres (1996), replaced to the advantage of all by the only available option for the outside countries, a unilateral peg to the Euro, which amounts to the same as participation in the monetary union without voting

powers until fulfilment of the conditions.¹³ Unilateral action, namely the adoption of currency boards (that is, abiding by a strict non-sterilisation rule), makes sense because unlimited support of such an ERM by the ECB would undermine its very reputation from the beginning; put differently, outsiders would be left on their own.

An emulation of the policies followed by the core would only make sense, however, for outsiders that were able and willing to join EMU within a relatively short period of time after 1999. They could then adopt the European single currency without taking part in the formulation of the common monetary policy.

Outsiders unwilling to join EMU within a relatively short period of time (as it seems to be the case for the UK) and/or likely to postpone that decision well beyond January 1999 (as it may be the case for Sweden and Denmark) or unable to meet the criteria set out in the TEU in the short-term (as it is the case for Greece) and/or still not members of the EU (future EU-members) could adopt inflation targets, as suggested in Dewatripont *et al.*, 1995, and in Persson and Tabellini, 1996, for all EU members; this seems to be the best available policy option in order to do away with the incentive to engage in competitive devaluations and help higher-inflation countries to build up an anti-inflation reputation. Some outsiders might choose not to adopt explicit inflation targets and might stay out of EMU for many years or even forever. Nevertheless, they are expected to follow sound fiscal policies in any case so that this option is only important for countries that want to satisfy the convergence criteria (amongst which the inflation criterion) in order to join EMU.

A principal for the ECB

For EMU to work smoothly, political pressure from the various interest groups has to be directed away from the ECB and aimed at an institution that represents the European population. The easiest way to secure that goal while preserving the ECB's independence seems to be to vest the European Parliament (to which, among other European bodies, the ECB would already report according to Article 109b of the TEU) with the appropriate powers. This is because an institution that is representative of the European population and attaches more weight to

¹³ Gros (1996) uses that possibility as a threat for misbehaviour inside EMU and Giovannetti and Marimon (1996) as a way of substituting the Maastricht entry requirements for better defined rules of the game.

long-term objectives such as price stability, safeguarding the well-being of all Europeans, can better fulfil the role of a principal on whose behalf the European Central Bank should conduct its policies.¹⁴

It is crucial for the success of the entire European integration process to prevent the ECB and, for that matter, other EU institutions such as the European Commission, from being unaccountable. It does not make sense to leave to a European central bank the task of circumscribing its own set of competencies. Therefore monetary reform has to be accompanied by institutional reform in the European Union with a view to more democracy (and thus accountability), more transparency, and more proximity to the European citizens.

In fact, for the institutions of the European Union to be credible and therefore efficient in terms of attaining their objectives, they have to be accountable. Using the modern political economy wording: we do already have the commitment technology to deal with the credibility constraints national and European policy-makers face, therefore we should now also aim at committing preferences to deal with the political constraints authorities face and with the question of delegation of powers.¹⁵ In game theory jargon: if institutions are not re-negotiating proof (if their boundaries are too informal) they are not credible; on the other hand, if they are too closely monitored they lack a commitment technology. Therefore, there is an optimal level of monitoring and enforcement. Putting it into common language: to achieve agreement on the design and establishment of lasting institutions, they must be accountable.

¹⁴ At present only the Council of Ministers comes close to that role. A countervailing economic council to the ECB (as suggested early this year by President Chirac and contested by EMI's president Duisenberg (then Governor of the Dutch central bank), could weaken its very credibility, allowing for interference and pressures that can mount at any time once economic conditions deteriorate. It seems that, in spite of renewed discussion over Summer around this subject, the issue has now disappear.

¹⁵ See Torres (1992) for a definition of credibility and political constraints. Recently, I discussed these questions in a seminar at the Universidade Católica on "credibility versus accountability in the process of European monetary integration" with Jeff Frieden, whom I thank for calling my attention for the political science literature on the agency model, and Jorge Braga de Macedo, who defends that the stability pact is a means of making macroeconomic policy accountable to future generations.

II. The Political debate in Portugal

II.1. Pushing for monetary reform in Portugal

In 1989, the case for a European single currency was not perceived as a central question for Portugal. The idea of a monetary union in Europe was well received by the public in general as a long-term European goal although it was regarded with some scepticism with respect to Portugal's capacity to participate from the outset. The exchange rate crisis cum the European recession of 1992/93 together with the adoption of a convergence programme designed to allow Portugal to participate in EMU brought the issue to the forefront of the political debate. Attitudes towards a European currency have then changed with external economic conditions. Still, even today there is a loud ideological opposition to EMU (and European integration) in spite of a clear political majority in favour.

Until 1992, the ambiguous Portuguese response to the need for institutional reform and European integration was mirrored by complete discretion regarding the future course of exchange rate policy and the timing of monetary reform. On the other hand, capital controls, credit ceilings and administratively set interest rates (by then only partly dismantled) gave the monetary authorities the illusion that monetary autonomy could last for ever.

Throughout the 1980s, the Portuguese government, although firmly committed to European integration, sided with Mrs Thatcher's government in its sceptical attitude towards rapid institutional reform, namely monetary reform, in the European Community. Only with the Country's first presidency of the European Council during the first semester of 1992 the Portuguese government's attitude towards the European integration process changed and the escudo joined the ERM: the initial sceptical view was abandoned and from siding with the United Kingdom Portugal turned versus the Franco-German axis.

The policy of capital controls pursued until 1992 had resulted in artificially high interest rates that were in turn responsible for a higher debt service of the treasury, significant losses by the central bank, and substantial distortions in the functioning of the economy; they moreover implied an unwarranted transfer of resources from the productive sector to the sheltered financial sector. These transfers angered social partners and the opposition that, paradoxically, sided with the central bank and blamed participation in the ERM and what was called the obstinacy of the Government with nominal convergence for the recession.

The political consensus needed to pursue the reforms was nearly broken, since the blame for high interest rates was placed on exchange rate policy (as a result there were constant calls for a devaluation of the escudo that grew with recession in the Portuguese traditional export markets, and in particular in sectors such as textiles and clothing) and on the convergence programme (responsible, according to that view, for the lower rate of growth of the economy).¹⁶ As in other liberalisation experiments, anti-reform interests (namely the banking system that did not face external competition but also the traditional export sectors) tried to blame liberalisation for the international recession that was affecting the economy in order to resort to protectionism, allowing for specific rents (higher interest rates in the case of the banking system) and/or enhancing their political power (within the Government, the PSD and the Central Bank).¹⁷

It proved decisive, however, that full convertibility and ERM membership of the escudo had taken place or had been decided upon, in the case of the dismantling of controls, before the European recession and the exchange rate crisis. The period of exchange rate turbulence in the EMS, in spite of its negative effects, provided clear relief to the Portuguese economy.¹⁸ During the same period, inflation came down from 9.8 per cent in May 1992 to 5.6 per cent in June 1993 and interest payments on the stock of outstanding debt, while rising in most EU countries, fell significantly in Portugal.¹⁹ During the crisis, Portugal was also the only case in the EU whose foreign debt was upgraded.

The early 1990s proved also to be an inestimable learning period for policy-makers, social partners and economic agents in general (see Torres, 1998b). It was possible for the private sector to learn more about

¹⁶ Textile and clothing (with productivity levels at two thirds and one half of the Portuguese manufacturing average in 1989) experienced an initial rapid expansion with free access to the EC market but world-wide competition, fragmentation, no marketing and higher interest rates (due to the policy of capital controls pursued in 1990 and 1991) accelerated those calls.

¹⁷ This has even been recognised by the then prime minister, Aníbal Cavaco Silva, who stated that some segments of the administration had difficulties in digesting the new monetary regime (Silva, 1994, p. 512).

¹⁸ A monetary policy of capital controls designed to keep domestic interest rates stable at very high levels was substituted for a monetary policy of capital mobility and exchange rate stability (the escudo in the ERM) designed to keep domestic interest rates at the (much lower) international levels although more volatile (in the very short-term) in the wake of speculative attacks against the escudo.

¹⁹ Interest payments on the debt fell from 8.6 per cent in 1991 to 7.8 per cent in 1992.

the policy rule and eventually understand it, while the various realignments were seen as a true escape clause beyond government control (to be triggered only in the case of asymmetric shocks).

Those circumstances granted some breathing space to the real sector of the Portuguese economy while accomplishing the change in regime. It was the first time for many years (since 1891, when the Portuguese currency left the Gold Standard, with the exception of a period of less than three months in 1931, when it returned to gold convertibility) that Portugal was living in a regime of full convertibility of its currency. While it had been impossible to pursue structural reforms without the liberalisation of the economy, it proved decisive to have had a clear economic and political strategy for achieving macroeconomic convergence before the European recession of 1992/93 and especially before the outbreak of the ERM crisis (see Torres, 1995). The escudo managed to survive the deepest post-war recession in Europe without leaving the ERM and without resorting to capital controls at any time.

II.2. Building up a cross-party consensus

While the expenditure of the state sector remained on target in 1992 and 1993, tax revenue fell much below its predicted value and social security expenditure exceeded its target in 1993, inducing a slippage in the process of fiscal consolidation. This interruption was mainly due to the recession (negative growth generated a lower total revenue that fell from 34.1 to 31.7 per cent of GDP and increased unemployment inducing higher social security transfers) and to the virtual collapse of the tax administration. Despite this discontinuity the Portuguese public debt ratio as a percentage of the average EU debt ratio kept falling from 1993 through 1996, when it became less than 1. In any event, the scale of the revenue slippage was totally unexpected and provoked a general sentiment of failure. The opposition to the strategy of macroeconomic convergence for participation in EMU and the debate on the costs and benefits of EMU became then centred on the issue of real divergence.

The maintenance of the objective of participating in EMU during the recession of 1993/94 and throughout the electoral year of 1995 was only possible because of the steps taken before, i.e. joining the ERM and

6.8 per cent in 1993 and 4.9 per cent in 1996. Meanwhile, the official inflation target, met in 1992 and 1993, was then met in the three subsequent years.

liberalising all administrative controls on capital flows. As the elections approached, the opposition Socialist party converged to the same objectives concerning Portugal's participation in EMU. And, as political colours changed, the new Socialist-led minority government adopted the convergence programme of the previous executive, initially with some "national reservations" in order to ensure support from the right-wing anti-Maastricht party, the CDS-PP, and later, by May 1996, as a government commitment with the main opposition party, the PSD.²⁰ In October 1996 it became evident that both the Government and the PSD were clearly in support of satisfying as quickly as possible the macroeconomic convergence criteria in order to participate from the beginning in EMU.²¹

The budgets for 1997 and 1998 aimed at satisfying all the necessary requirements established in Maastricht.²² They were approved in Parliament with the abstention of PSD, since the two anti-EMU parties had indicated early on that they would vote against a budget geared towards Portugal's participation in EMU. Already in February 1997, the PS and the PSD approved a parliamentary resolution in favour of the Portuguese participation from the beginning in the Third Phase of EMU.

Calls for co-insurance funds and common employment policies

In Portugal there has been a consensus among the major political forces²³ and trade and business groups about the goals of active participation in the process of European integration and increased

²⁰ DAR n° 75 - I Série, 25/5/96: Question time: answer of the Minister of Finance to the author.

²¹ After several statements of the Prime Minister reaffirming his commitment to that objective, the consensus on the goal of Portugal's participation in the core group of countries moving ahead to the Third Phase of EMU was established in Parliament during the first debate of 1996/97 on the single currency. In October a special congress of the PSD confirmed its support for that objective. Both in the PS and in the PSD, and especially outside party circles, some sectors remained unsatisfied with such a convergence of views.

²² The deficit to GDP ratio was set to fall to 2.9 per cent in 1997 and 2.5 per cent in 1998. The public debt to GDP ratio was set to fall to 64 per cent in 1997 and to 62 per cent in 1998. Inflation and long-term interest rates are expected to remain close to the reference values, satisfying the convergence requirements throughout the second half of 1997 and 1998. These projections are part of the new convergence programme already discussed in Brussels by the ECOFIN Council and were confirmed in April by the European Commission (CEC, 1997).

²³ PCP and the CDS-PP have remained opposed to any external liberalisation of the

economic and social cohesion. This consensus translates into an active employment and social policy, in order to avoid what may be called "dependent federalism" (as in the Italian Mezzogiorno or, within the country, with respect to any particular sector of the economy or social group that comes to depend on fiscal transfers), and into participation in the major institutional reforms of the European Community, as a means of securing political and macroeconomic stability while preserving Portugal's most self-praised "universal vocation".

The objectives of inflation reduction and improved efficiency of labour, product and financial markets feature prominently in the adjustment effort, in line with the understanding that the most useful structural policy measures are those which reinforce the role of market mechanisms in resource allocation. While this understanding is stressed in several Government documents — namely in the Portuguese contribution to the White paper on Growth, Competitiveness and Employment (Ministry of Finance, 1993) and in the Strategic Options of the Government for 1997 (Ministry of Planning, 1996) — the political debate tends to neglect it.

That is why there were constant calls from party circles and later on from within the current Government for automatic EU transfers (a safety net for EMU). When it became clear that it would be possible to fulfil the convergence criteria and that such claims would affect the very credibility of the Governments' commitment to EMU, the idea was suddenly abandoned²⁴. The Government seems to have understood that those claims would only aggravate displeasure of the net-contributor countries with cohesion and structural funds and/or would imply the shifting of resources away from cohesion countries with relatively low unemployment, such as Portugal, to countries with high unemployment, such as Spain (when the Portuguese authorities fully understood that possibility they adopted the notion of employability). After German calls, during the last ECOFIN meeting in September, for an elimination of the

economy and to European integration. See the appendix for a more detailed characterisation of the four main Portuguese political parties.

²⁴ At the same time, early participation in EMU has been attacked on the grounds that Portugal should participate in an EMS II, a kind of "olive belt" monetary arrangement, with the other Southern European countries. This position changed dramatically just before the Italian Prime Minister Romano Prodi asked for a slower pace in the transition to EMU.

Cohesion funds for countries participating in EMU, the Portuguese Government adopted (finally) a clear policy stance towards funds and employment.

Public opinion

The discussion about Portugal's participation in EMU has evolved significantly since the objective was put forward in the Delors plan. Initially, the idea of a monetary union in Europe was well received by the public in general as a long-term European goal although it was regarded with some scepticism with respect to Portugal's capacity to participate. The case for a European single currency was not perceived to be a central question for Portugal. The Portuguese economy was seen by the Government, opposition and social partners as a catching-up and peripheral country that would still need a long transition period for monetary and financial liberalisation and had to concentrate on coping with the more immediate challenge of the Internal Market. The Portuguese public opinion and polity became used to what was until then the norm, namely that Portugal was granted a transitional period.

Against this background of relative indifference and the stubbornness of the authorities in not discussing the matter, the Parliament was, as in other instances of the process of European integration (such as the discussion of the revision of the Maastricht treaty), at the forefront of the discussion: in 1990 it organised an open debate on Portugal and EMU that prompted political debate and forced the authorities to take a position on the matter, although political commitment to EMU was not on the agenda until 1992. Contrary to most other EU countries (not to mention the special case of Finland described in Moses, 1997), the Portuguese Central Bank was never an enthusiast of ERM participation, free capital movements or European monetary integration; when reforms were accomplished or decisions taken, sometimes against its preferences, it followed the new rules.

With the European discussion around the ratification of the TEU, one renewed political party, the CDS-PP, adopted as its main political strategy an anti-Maastricht (anti-EMU) campaign. The exchange rate crisis cum the European recession together with the adoption of a convergence programme designed to allow Portugal to participate in EMU brought the issue to the forefront of the public debate. Having said that, 46 per cent of the population support monetary union, compared with 47 per cent of the EU average, and 30 per cent is against monetary union,

compared with a 40 per cent EU average. Polls taken in December (Eurobarometer, 1997: 46) also indicate that the percentage of Portuguese that think they have insufficient information about the European currency remains the highest in the EU.

The policy debate

The most popular argument discussed amongst political economists, "economic gurus" and political commentators with no specific background is the following: the exchange rate is still a very important adjustment mechanism in the face of permanent shocks such as world trade liberalisation and EU enlargement to Central European countries. It is also argued that regions characterised by persistent differences in productivity growth or even by any other type of differences should not form a monetary union. Although these are problems that have nothing to do with the exchange rate regime, the entire "economic" discussion around the question of Portugal's participation in EMU has been centred on these very issues.

Of course, economists at the Central Bank and at the Ministry of Finance and academics with international experience, but also the two main political parties and a small part of the business community, tend to defend that, given the current macroeconomic disequilibria in Portugal, the convergence criteria and the stability pact are important and instrumental, independently of the TEU, to achieve sustained economic growth. Part of the business community, such as the Confederation of industry (CIP) and the Portuguese banking association (traditionally more sceptical than its associates), the left wing trade unions, the right wing PP and the left wing PCP, the technocrat (Keynesian) and "liberal" wings of the PSD, the economic adviser of the President and many independents close to the PS and/or influential in the media tend to see the convergence criteria as a problem for real convergence.

Even the sectors more favourable to Portugal's participation in EMU, such as the centre-left UGT and the Portuguese industrial association (AIP) caution against the negative effects of EMU on unemployment and growth. But, besides the already mentioned arguments of persistent differences in productivity, EU enlargement and world trade liberalisation, no explanations are put forward to justify these presumptions. It seemed however that although people both could not explain why and how EMU would be a problem for Portugal and understood that exchange rate autonomy would not serve to resolve the

structural problems that affect Portugal and Europe (on the contrary, it could only aggravate them), there was until very recently a generalised concern that Portugal was not up to the job, that somehow things would go wrong.

This mood may have improved a bit with economic conditions, although polls are not yet conclusive. In any case, many still do not believe that the Portuguese economy could ever compete at any level within the Internal Market, especially with the forthcoming enlargement of the EU to Central European countries and liberalisation of world trade. The pessimist, and sceptical in general, warn against the social and political unrest that will spread, from countries such as France, to the entire of Europe.²⁵ In any case real versus nominal convergence seems to remain the issue in the Portuguese public debate about EMU.

At the same time, however (mind the contradiction), most social partners (with the exception of CGTP), political economists (with the exception of some economic commentators, anti-EMU for ideological reasons²⁶) and public opinion at large also caution against the possibility of being left out of EMU and the weakening of Portugal's position in the EU as a whole. They realise that there is no alternative and that it is better to be inside than "out in the cold". This is in fact the reasoning the Government used to overcome ideological reservations (Keynesian or others) to EMU within the PS.

On the introduction of the Euro there has been much concern, voiced by the Portuguese banking association, over the issue of replacing all national currencies by one single European currency, given the importance of currency exchange trading in their activities and the financial set-up costs involved. In a recent hearing in the parliamentary committee on European Affairs, however, two private bankers have watered down the importance of these costs. The public debate has now turned to these questions.

²⁵ Some commentators have been busy, since 1995, announcing the end of the entire EMU project at occasions as different as Spanish lorry-drivers strikes, social security reform plans in France, reports on German unemployment and so on.

²⁶ Anti-EMU positions and "anti-European ideologies" exist in all party circles and have gathered in many different *fora*, as for example, around the Mário Soares (himself a pro-European and a federalist) Foundation where European and North American right wing conservatives and traditional leftists share their distrust of the current integration process.

Variable geometry EMU

The notion of positive variable geometry has been accepted by the Portuguese parliament that adopted it in a resolution on the principles for the revision of the Treaty on European Union (see Torres, 1995 and 1997c). As in other domains of European integration, Portugal would accept that if unable to participate from the beginning in EMU others should go ahead. It is feared, however, that, in practice, the first group of countries to take part in the Executive Board of the European Central Bank would move forward in all other domains of political co-operation, leaving the others effectively out of the political core. On the other hand, it is also feared that convergence would be more difficult for outsiders. That is why both the Government and the main opposition party started to defend by the end of 1996, after many quarrels about the subject, that Portugal should participate in EMU irrespective of any automatic transfers and of what would happen to other Southern countries, including Spain.

In fact, if Portugal was to participate from the start in EMU while Spain was not, there should not be any significant costs even in the short run. Unlike Ireland on Britain (see Kavanagh et al., 1997), Portugal is much less dependent on its bigger neighbour: Germany is by far the biggest client of Portuguese exports (in 1996 even France ranks above Spain), although Spain has become the biggest supplier of Portuguese imports and competes directly with Portugal in third markets. Besides, Spanish attitudes towards EMU are rather different from the UK's (even though the new Labour government seems to have come a lot closer to them): if Spain was not to participate from the start in EMU, it would most likely pursue a policy of exchange rate stability in order to join one or two years later.

Some (as the former Prime Minister Anibal Cavaco Silva) have argued that, politically, it would prove very difficult to separate the two countries in the event that Portugal would perform only marginally better in terms of the convergence criteria. But, one could argue that, if EMU was to go ahead with the core group of countries, Ireland, Finland and Portugal — all with bigger neighbours that could either hesitate to participate in EMU or fall short of fulfilling the convergence criteria — would provide a case in point for the fact that variable geometry was not an alibi for a European geographical divide. In any case it is now almost certain that both Portugal and Spain will meet the conditions for participation in EMU right from the start.

III. Is Portugal ready for EMU?

III.1. Trade integration and similarity of economic structures

From an economic viewpoint, the high degree of Portuguese trade integration with the EU points to high benefits and low costs of participation in EMU. Portugal's trade integration with the European Union is well above the EU average (80 per cent of total exports and 74 per cent of total imports in 1995). With respect to Portuguese imports, in 1996 Spain has remained (since 1991) the most important supplier (with a share of about 28 per cent of total imports from the EU), followed by Germany (21 per cent). Regarding the most important markets for Portuguese exports, the situation inverts: Germany leads (with a share of about 28 per cent of Portuguese exports to the EU) and Spain follows (17 per cent, a lower level than in 1991). France is Portugal's third most important trading partner (15 per cent and 18 per cent, respectively) followed by the Benelux countries, Italy and the UK.²⁷

With respect to the likelihood of asymmetric shocks affecting the future European monetary union, it is important to know how similar the trade and industrial structures of Portugal and the EU are. According to data on the correlation between average intra-EU exports and exports of each EU-member state to other EU members up to 1994 (see Gros and Vandille, 1995), the trade structures of Ireland, Denmark and Portugal deviated moderately, but not as much as the trade structures of Finland and Greece, from the EU average.

In fact, EC membership and hence better access to the internal market in 1986 triggered an initial rapid expansion of the traditional Portuguese manufacturing sectors (textiles, clothing and shoe production) and brought about an increased specialisation of the economy. But increased world-wide competition, fragmentation, poor marketing and higher interest rates (due to the policy of capital controls pursued in 1990 and 1991), on the one hand, and the modernisation of the economy and foreign direct investment (FDI) inflows, on the other hand, have since then modified that trend towards more similar economic structures.²⁸

²⁷ Data refer to the first six months of 1996, Instituto Nacional de Estatística, June 1996.

²⁸ The Internal Market seems not to have increased sectoral specialisation in Europe but, on the contrary, led to specialisation in different quality/price ranges within the same sectors, as seems to be also the case for Portugal in the last two to three years.

Notably, exports from the *Auto Europa* joint venture, a FDI by Ford and Volkswagen with investment outlays equal to 2.9 per cent of GDP that began production of multi-purpose mini-vans at its new car plant in Palmela (greater Lisbon area) by mid-1995, are estimated to have reached 9 per cent of total merchandise exports in 1996. This investment has compensated the fall in employment in the textile, clothing and shoe-producing sectors (mostly based in the north of the Country), which have been experiencing job reductions that accounted for almost the entire employment reduction in 1995. This trend is likely to continue with the complete phasing out of the MFA agreement until 2005.

In addition, besides a precarious agricultural and traditional specialisation in manufacturing sectors such as textile and clothing, the Portuguese industrial structure has been highly fragmented (firms with fewer than 500 people account for 79 per cent of total employment). Such a structure is good for competition (and for the flexibility of the economy) but bad from a resource allocation point of view. For instance, in 1992 half of the industry R&D was still concentrated in 5 large firms in the electronics, telecommunications and paper sectors (OECD, 1996) and more than half geographically concentrated in Lisbon and the Tagus Valley. This concentration of domestic resources prevents a faster real convergence with the EU. On the other hand, most of foreign direct investment that took place between 1989 and 1992 — after liberalisation and before the opening up of the Central and Eastern European countries — went to the tertiary sector (banking, insurance and business services) which experience a substantial increase in productivity.

In short, the structure of the Portuguese economy still deviates from the EU average. Although the specialisation pattern became more pronounced until recently, it seems now that the structure of the Portuguese economy is becoming more similar to the European average. Still, differences in the industrial structure will persist and with them the possibility of asymmetric shocks relative to other EU countries. However, exchange rate considerations seem irrelevant to tackle that problem both because of the high Portuguese wage flexibility and because of the permanent nature of the foreseen shocks (EU enlargement, liberalisation and globalisations). What is then important is to look at what are the institutional features that will constrain the capacity of response of the economy to modernisation and deeper European and world-wide integration.

III.2. Labour market institutions and unemployment: Portuguese *de facto* flexibility

In Portugal, the number of workers covered by collective bargaining is around 70 per cent. There are two unions: one socialist (the UGT) and the other communist (the CGTP). The level of bargaining is predominantly sectoral and there is limited co-ordination between bargaining units. Firm-level bargaining is still very rare while national agreements are attempted each year. Benefit entitlements before tax as a percentage of previous earnings before tax (the so-called gross unemployment benefit replacement rates) are rather high for Portugal: they stand at 65 per cent during the first year and 39 to 43 (if there is a dependent spouse) per cent during the second and third year (data refer to 1995; see Martin, 1996). Eligibility criteria for unemployment benefits are strict: applicants have to have worked 1.5 years out of the last two. There is a minimum wage (around PTE 60,000 in 1997).

Within this institutional setting and against the background of high persisting unemployment rates in the EU even during economic growth phases (a problem that manifested itself especially in the 1980s), it is noteworthy that the Portuguese experience contrasts with that of its Iberian neighbour, Spain. In 1995, the Portuguese yearly average unemployment rate was 7.2 per cent, a 0.4 per cent rise from the previous year. This rate compares favourably with the other EU member states, in that only Luxembourg (2.8 per cent) and Austria (4.8 per cent) reported lower rates in 1995. While Portugal and Spain had had a comparable level of unemployment at the end of the 70s (higher than the EC average), in 1995 Spain reported an unemployment rate of 22.9.

Both Portugal and Spain have experienced high budget deficits and indeed that fact has contributed, through high interest rates, to the rise of structural unemployment; the same holds, to a lesser extent, for several other factors such as unemployment benefits, institutional factors regarding the way unions work and the deterioration of terms of trade. But in contrast to all other countries, specific effects (unobserved components) are responsible for 40 to 50 per cent of unemployment rates — negatively in the case of Portugal and positively in the case of Spain (see Scarpetta, 1996).

The large weight of the state sector in Portugal first ensured low unemployment in the 1980s, albeit at the expense of raised economic costs in terms of high inflation, while wage increases were then traded for job security, keeping unemployment low. Low unemployment

compensation benefits (practically inexistent until 1977) also increased the cost of being out of work.²⁹ That model, as opposed to Spain's, led to both the lowest wages and the lowest strike rates in the EU.

A possible explanation for the fact that Portuguese unemployment did not persist at ever higher levels after the 1980s despite structural adjustment but actually fell could be what Nancy Bermeo (1994) called trading wage increases for job security, given that it was impossible to liberalise firing practices in Portugal. Still today, according to the OECD (1994), Portugal (although followed very closely by Spain, and much ahead of other countries) has the highest index of employment protection. But the fact that Portugal had low unemployment benefits and, in practice, a rather loose employment protection legislation may have also led to a higher responsiveness of wages to unemployment.³⁰ This may have in turn led to a less adverse effect of disinflation on employment and to less unemployment persistence — the explanation stressed by Olivier Blanchard and Juan Jimeno (1995).

Disinflation and structural adjustment in Spain took place three years before the country's accession to the EC, just after the oil price increase and while the labour share still reflected the wage explosion of the 70s. It was of a labour-compensating nature: high wages with high unemployment. Portugal delayed its restructuring until there was an upswing: the oil price was falling, the labour share was already much smaller, privatisation and flexibilization were becoming effective and transfers and investment associated with EC membership were gaining momentum, in turn opening up (the hope for) employment possibilities.³¹

The timing for stabilisation and structural adjustment may also reflect the fact that there has always been a consensus among political parties and social partners on the pursuit of an active employment policy

²⁹ The average replacement ratio of the OECD was 34 per cent in 1995, 25 per cent in the period from 1987 to 1991, 7 per cent in the period from 1979 to 1985 and 1 per cent in the period from 1973 to 1977 (Blanchard and Jimeno, 1995).

³⁰ Small firms tend to circumvent regulations by not paying social security contributions and by relying on short-term contracts. Also, a significant number of workers with permanent contracts have been laid off during the recession of 1993/94, suggesting that there is a *de facto* flexibility in the labour market (OECD, 1996).

³¹ Sacrifice ratios (the number of percentage points between real production and equilibrium production for each point less in the inflation rate) confirms that view for the period 1980-94: Italy and Portugal have ratios of 0.65 and 0.66, respectively, while Ireland and Spain have ratios of 1.0 and 1.47, respectively. See Barbosa and Machado (1996).

to ensure social cohesion (although a large part of these programmes has been financed by the Community support frameworks). Two episodes during the recessions of 1983/84 and 1993/94 illustrate well this idea: in the face of a serious and widespread unemployment threat, the unions immediately accepted lower wage increases. In 1983/84 many workers accepted to work without being paid for several months in order to avoid being on the dole. This *de facto* flexibility of the labour market, in spite of its rigid regulation, shows that the Portuguese economy has some capacity to adjust to uneven shocks in a monetary union.

As a note of caution, and although it seems that there is no hysteresis in the Portuguese unemployment rate, one should not ignore labour mismatch problems (see OECD, 1996, for a description) which indicate that the economy may have entered a more difficult period of employment adjustment. That implies the need to take measures of structural reform (that have been delayed due to the observed flexibility of the labour market), recognised, but not implemented so far, in the Regional Development Programme of 1993, where employment and productivity gains based on EU structural transfers feature prominently.

Variations in the Portuguese unemployment rate correlate with the cyclical fluctuations of economic activity (Okun's law). With higher unemployment in 1995 than in 1994, nominal wage growth in the Portuguese economy as a whole fell slightly (although less pronouncedly than in the previous years). In 1995 the flexibility of wages to labour market conditions was expressed in average wage rises of 4.4 per cent (based on the collective wage bargaining regulation), while real wages per worker are estimated to have risen by 1.4 per cent that year. This rise having been lower than productivity gains, labour unit costs fell while firms' profit margins rose from 1994 to 1995.

In Portugal wages are highly elastic with respect both to inflation and unemployment: the wage response (the semi-elasticity) to unemployment is one of the largest among European countries (only smaller than in Japan and Sweden, in absolute values).³² Therefore, foregoing exchange rate autonomy seems not to be very costly. A *de facto* flexibility of the labour market, in spite of its rigid regulation, shows that the

³² See, among others, OECD (1992) and Luz and Pinheiro (1994). Increasing wage bill differentials (see OECD, 1996) also suggest high nominal and real wage flexibility. On the other hand, the rate of structural unemployment has almost not changed since the beginning of the 1980s.

Portuguese economy has some capacity to adjust to uneven shocks in a monetary union.

III.3. Monetary institutions and structural funds

The new statutes of Banco de Portugal, approved only in October 1990, although the new law had been ready for approval in December 1989, gave the central bank a high degree of economic independence while maintaining an average degree of political independence (increased to the US level in 1995, see below), as compared with other OECD countries. See Torres (1998a) for a discussion on Portugal and Grilli, Masciandaro and Tabellini (1991) for the criteria of political and economic independence.

By 1995, the statutes of the central bank were amended by Decree-Law 235/95 prepared by the PSD government and presented for ratification in parliament by the PS. The ensuing Law 3/96 of 5 February 1996 established the maintenance of price stability as the primary objective of the Central Bank, taking into account the general economic policy of the Government. The Bank became the sole responsible for the conduct of monetary policy, having the obligation of co-operating with the Government in the definition of the exchange rate policy and to implement it. The overdraft facility and direct purchases of Government were officially abolished. In the new law, and as in most European central banks, the Bank retained responsibilities for banking supervision; the Governor is also obliged to inform the Parliament about monetary policy matters following the publication of the Annual Report of the Bank.

The remaining legal inconsistencies with the TEU and central bank statute requirements (see CEC, 1996; EMI, 1996) were dealt with by a new Law approved in Parliament in November 1997.³³ Moreover, the Portuguese Constitution, Article 105, was revised, eliminating inconsistencies with the TEU. Unfortunately, there was still cross-party political resistance to the author's proposal to enshrine in the constitution the objective of price stability (the constitution refers to statutes of the central bank) in spite of a recent parliamentary resolution approved in

³³ The Governor of the Central Bank had discussed, at the relevant parliamentary committee, all these inconsistencies and the necessary changes contained in the new Law to presented to Parliament by the Government.

February by the two major political parties in favour of monetary union and its objectives.³⁴

A specialised public debt management agency responsible for the public debt portfolio, the Instituto de Gestão do Crédito Público (IGCP), was also created in 1996 (Decree-Law 160/96). It is expected to contribute to the lowering of the overall cost of the debt service. The average maturity of debt is still low (3.3 years in 1995) but the cost of direct public debt fell below 10 per cent in 1995. Debt operations (bond issues) are now scheduled while there is more reliance on foreign funds (17 per cent of total debt in 1995 as compared with 11.2 per cent in 1993).

Structural funds

The implementation of the European Single Market directives has greatly contributed to accelerating the pace of other reforms, as diverse as environmental quality and consumer protection. The total amount of EC transfers in 1994 and 1995 reached 3.5 and 4.6 per cent of GDP. Part of these transfers, the structural funds (2.5 and 3.1 of GDP in 1994 and 1995, respectively) have exerted pressure for internal reform — given that they had to be matched by national public expenditure, they required a definite establishment of long-term priorities in Portugal. Net transfers of the EU are of course much lower and, with the exception of 1995 (when they overtook private transfers), they are expected to fall, although Portugal will remain a net receiver until at least 1999 and well beyond that until full integration of new member States.³⁵

Estimates of the impact of the first Community Support Framework (CSF) of 1989/93, based on a general equilibrium model, point to an additional GDP growth of 0.4 pp in the short run and 0.5 pp in the long run. The official estimated impact of the second CSF, 1994/99, based on an input-output model, is also a 0.5 pp increase in the rate of growth.³⁶

³⁴ There was even cross-party resistance to the author's proposal to revise Article 105 of the Constitution. But fears that Portugal could be left out of EMU's third phase due to a potential inconsistency of the Country's fundamental law with the TEU led to an exceptional re-opening of Article 105 already in the second reading of the revision process.

³⁵ This is because the bulk of EU expenditures is related to the Common Agricultural Policy. Given the structure of the agricultural sector, Portugal is reported to be a net contributor to the EU in which regards this sector.

³⁶ See Gaspar and Pereira (1995) for the general equilibrium model and Ministry of Planning (1993) for the input-output model.

The CSF for 1994-99 aims at reducing the main weaknesses of the Portuguese economy that regard: education, economic infrastructures, the productive structure (characterised by an excessive weight of low-productivity industrial sectors and a very low-productivity agricultural sector), social security, disadvantaged social groups, the environment and regional imbalances.

Portugal should aim at reducing the main weaknesses of its economy, making good use of the available structural funds, instead of delaying structural adjustment in the hope for a federal co-insurance fund against asymmetric shocks.

III.4. Privatisation, competition policy and exchange rates

Portugal is amongst the largest "privatisers" of the OECD (OECD, 1996): from 1989 to 1995, more than 30 state-owned firms were privatised, yielding a revenue equivalent to 11 per cent of GDP. The biggest chunk of sales (about two thirds of total revenues) were in the banking and industry sectors that had been nationalised in 1975; partial privatisation of public utilities (telecommunications and electricity) is under way. While regulatory reform in the financial sector already took place, it is still being implemented in the utilities sector. Public transport companies, television, steel, and chemicals have not been restructured. TAP - Air Portugal, the national carrier, features among the most heavily subsidised airlines in the EU, along with Air France and Olympic Airways from Greece.

In 1995 efforts to improve product market competition included: transcription of EU-directives concerning public procurement policies, financial control over public enterprises by the audit court, simplification of the notification procedures for FDI, more consumer-friendly credit regulations. In 1996 further measures were taken in order to ameliorate public utilities' responsiveness to consumers. But, as stressed in Barros and Mata (1996), while the legal provisions seem satisfactory they have not been properly enforced: there seems to be a generalised bias regarding the interpretation of the principles (concerns with domestic firms' competitiveness and other businesses' rights dominate over concerns with the consumers' surplus and social welfare) and decisions are left to several non-independent sectoral supervision bodies and a competition authority that does not rank clearly above the former.³⁷

³⁷ The first Competition law dates from 1983 and has been revised in 1993 (Decree-Law 371/93).

Exchange rate developments

The escudo was forced to devalue several times since the beginning of the ERM crisis. In November 1992, following the second realignment in the EMS and the devaluation of the Spanish peseta, in May 1993, following only partially the third devaluation of the Spanish peseta, and in March 1995, "following the decision to change the central rate of the peseta [by 7 per cent], the Ministers and central bank Governors also agreed on a downward adjustment of the central rate of the Portuguese escudo by 3.5 per cent in line with the market rate prevailing since August 1993" (EMI, 1996: 31). After this latter adjustment the escudo recovered to levels close to those prevailing at the end of 1994. Because the financial markets had been associating the escudo with the peseta, the authorities followed, since the beginning of the period of turmoil, an intentional policy of de-linking the two currencies. This policy has been relatively successful (as can be seen by the reduction of daily exchange rate volatility and of the need for official intervention in the foreign exchange markets). Interest rates on 10-year government bonds fell 300 basis points in the following 12 months.

In nominal effective terms, the escudo behaved in a rather stable way since it joined the ERM in April 1992. During the last two years ending in September 1996, the behaviour of the escudo against a basket comprising the currencies of 26 industrialised countries (BIS data) was the most stable of all EU currencies. In real effective terms (using the CPI as a deflator), the Portuguese escudo was by far, from joining the ERM until now, the most stable currency in the EU: its real effective exchange rate appreciated by less than 1 per cent. Since 1987, it appreciated 27.2 per cent, more than any other EU currency. This is because from 1989 to 1991 there has been a substantial rise of unit labour costs. In any case, only now the effects of exchange rate stability are becoming apparent as far as the reduction of capital costs is concerned, which in turn contribute to the present economic recovery (GDP is expected to grow around 3.7 per cent in 1997).

III.5. Conditions for fiscal consolidation

Contrary to most EU countries, no special measures were taken in Portugal (on the expenditure side) to reduce the budget deficit to 2.4 per cent of GDP this year. In fact, government current spending depends basically on the public sector wage bill that this year will grow more than in most other EU countries. As in 1995 and 1996, fiscal consolidation

came largely through higher tax receipts due to stronger economic growth and tougher tax enforcement. The Government intended to tax both firms and the self-employed (declaring below-minimum-wage incomes) on their imputed earnings before implementing a more comprehensive fiscal reform. The danger of slippage comes in the short run from the possibility of deficient expenditure control, namely in regard to health (that happened in 1997, although even higher tax receipts maintained the deficit ratio below the target).

Although the level of public debt continued to be excessive in 1997, around 64 per cent of GDP, it is expected to fall below 60 per cent by the end of the century. Portugal is not making a big effort in order to reduce the deficit and the debt: the general government primary balance reached a level of 4.2 per cent of GDP in 1992 but remained slightly above zero until 1996, when it amounted to less than 1 per cent of GDP; contrary to what happened in all other EU members, non-interest expenditures grew between 1993 and 1997 and there was a dramatic fall in the implicit interest rates on public debt and indeed a reduction in interest payments from 1991 to 1997.

Nevertheless, concerning the sustainability of public debt, given the growth-adjusted effective interest rate and not taking into account any stock-flow adjustments, Portugal is in a situation similar to the Netherlands and Denmark and clearly better than the European average, with a falling debt ratio and a positive primary gap. The latter is the difference between the actual primary balance and the debt-stabilising primary balance. The fulfilment of the debt criterion and indeed of the stability pact hinges then upon the capacity of increasing the primary surplus from 1997 onwards. Cutting public current spending would increase confidence and reduce the growth-adjusted effective interest rate but pressure to increase taxes tends to have the opposite effect.

In addition, the speed of debt reduction will be also determined by the receipts from privatisation and pension expenditures. There is still a large scope for future privatisations (some 9 per cent of the economy) that this year and next year will still contribute significantly to debt reduction. In the longer run, fiscal sustainability depends on the capacity of restructuring the social security system whose deficit (2.6 per cent in 1994) would reach 8.5 per cent of GDP in 2035 if no measures are taken, according to OECD simulations (OECD, 1996).

IV. Concluding remarks

Although not all candidates for EMU have similar economic structures, recent evidence suggests that more economic integration may actually reduce rather than aggravate their vulnerability to asymmetric shocks. Business cycles tend to be more highly correlated in integrated countries in which case the potential need for unilateral policies such as exchange rate devaluations is reduced. In any event, exchange rate flexibility can only have a transitory impact on the economy and hence does not dispense with the need for long-run real adjustment of a country's economic structure. Besides, nominal exchange rate devaluations are totally ineffective if they cannot affect relative prices.

Labour mobility in Europe is low but, since one can expect that prices move faster than production factors, that fact seems not to be crucial for the decision whether any EU country should participate in EMU. This is true even if one rejects money neutrality and takes the view that discretionary exchange rate policy can affect output. In terms of flexibility, what is then important for the smooth functioning of a European monetary union is the capacity of real wages to adjust to asymmetric shocks.

Since fiscal integration raises issues of re-distribution, automatic fiscal transfers are regarded as inappropriate without an important leap forward in the process of European political integration. On the other hand, although such transfers may be critical in areas such as the US that are characterised by a high degree of labour mobility and therefore by a risk of depopulation of declining regions, this is not the case in Europe. In any case, cohesion countries seem to have understood the importance of the economic and social cohesion principle, enshrined in the Treaty, when compared with any other type of transitory transfers linked to the functioning of EMU.

Joining a monetary union that is based on institutions that deliver price stability is, as stressed by the modern political economy literature, probably the best way to implement a solid strategy of sustained economic development. This option precludes many of the transition costs (the output losses of a disinflation strategy) of such a regime change. Besides, eliminating inflation through the adoption of a single currency that delivers price stability does away with the need to waste resources on hedging against exchange risks, being therefore a welfare improving mechanism in a double sense.

The problems of persistent differences in productivity growth or any other type of differences are unrelated to the exchange rate regime.

Real versus nominal convergence became however the most popular line of discussion amongst politicians and EMU is seen as a technocratic obsession and/or an ideological defence of the market. This is the cause of one of the main misunderstandings about the entire process of monetary unification. In fact some of the forceful opponents of EMU happen to be technocrats (and even eurocrats) or ideological free-marketeers. Instead, EMU can be seen as a means of getting rid of national currencies and all the economic jargon that goes with them, typically the excuses technocrats and short-sighted politicians find to cling to power and implement all kinds of mercantilist policies in the name of short-term real convergence.

In the event of a postponed Third Phase, the result would be a serious set-back in both the on-going process of monetary integration and the existing level of economic integration. The internal market, based upon the principle of a level playing-field, is not compatible with serious currency misalignments that would give rise to trade protectionism. Were a country to credibly meet the convergence criteria by joining EMU by 1999 (if membership would immediately reduce its debt burden and deficit due to a fall in interest rates to German levels), and to approve internally the reforms that make convergence sustainable, the transition to EMU should be completed without further ado. Italy may have been in this situation although it seems now ready to join EMU from the start.

The idea of creating an ERM for laggards agreed upon in Verona by the EU ministers of finance could be, as argued in Torres (1996), replaced to the advantage of all by the only available option for the outside countries, a unilateral peg to the Euro. This is because outsiders will be left on their own in any case since the ECB could never intervene (and would not do so as has already been made clear by several statements of central bank members) in support of such an ERM without undermining its reputation from the very inception of EMU. An emulation of the policies followed by the core would not make sense, however, for outsiders unwilling to join EMU within a relatively short period of time. The same is true for countries likely to postpone that decision well beyond January 1999, unable to meet the criteria set out in the TEU in the short-term and/or still not members of the EU which could adopt inflation targets.

Deepening the European Union still depends on the realisation of a monetary union but EMU will only succeed with further political integration. In the long-run, the ECB will only be credible if fully accountable, as the Bundesbank in Germany and the Federal Reserve Bank in the US (which can be dissolved by a simple majority in Congress). To ensure the independence of monetary policy from the political business

cycle while guaranteeing its proper accountability, the European Parliament should be granted the appropriate powers to fulfil the role of a principal for the ECB.

It is not sufficient to make the ECB accountable to the public opinion, through peer pressure of independent economists and/or statements made by the Council of Ministers and the Commission whose members already have the right to participate in its board meetings. Too informal an accountability does not guarantee lasting institutions. Moreover, public opinion is not an agency that could fulfil the role of a principal. Although EMU is already a much more democratic arrangement than other international experiences such as the Gold Standard both among participating countries and between institutions and individuals, namely at the intergovernmental level through the stability pact on fiscal policy, it is necessary to assure a proper delegation of powers to the ECB at the federal level. In the cases of the Fed and the Bundesbank it is their autonomy that is informal not their accountability and both institutions are considered to be credible.

Portugal should aim at reducing the main weaknesses of its economy, making good use of the available structural funds to modernise and restructure its economy, instead of delaying structural adjustment in the hope for a federal co-insurance fund or exchange rate adjustments.

As in most other EU countries, the challenge of EMU has worked as a mechanism for economic stabilisation and as a pre-condition for structural reform and long-term development. It has created the necessary consensus to overcome specific interests in the pursuit of social and economic welfare. The political consensus took long to build — much longer than in countries such as Ireland or Spain — and it still faces a strong opposition — a time-lagged mimic of France's — but seems to be mature with respect not only to EMU but also to the wider goals of European integration.

REFERENCES

Alesina, Alberto and Vittorio Grilli (1994), "On the Feasibility of a One- or Multi-Speed European Monetary Union", in Barry Eichengreen and Jeffrey Frieden (eds.), *The Political Economy of European Monetary Unification*, Boulder: Westview Press, 107-28.

Barbosa, António P. and José A. Machado (1996), "O Custo da Desinflação Portuguesa: uma Nota", *Boletim Económico Trimestral do Banco de Portugal* 46, (September) 47-50.

- Barros, Pedro P. and José Mata (1996), "Competition Policy in Portugal", Working paper 15/96, Lisbon: Banco de Portugal (September).
- Bermeo, Nancy (1994), "Comments on Francisco Torres and Guillermo de la Dehesa", in John Williamson (ed.), *The Political Economy of Policy Reform*, Washington, DC: Institute for International Economics, 197-206.
- Blanchard, Olivier J. and Lawrence F. Katz (1992), "Regional Evolutions", *Brookings Papers on Economic Activity*, 1, 1-75.
- Blanchard, Olivier J. and Juan F. Jimeno (1995), "Structural Unemployment: Spain versus Portugal", *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 85, 2, 212-218.
- Buiter, Willem H. (1996), "Two Cheers for EMU", *European Economic Perspectives* 9, Centre for Economic Policy Research (July), 5-7.
- Cadilhe, Miguel (1990), "Luzes e Sombras da UEM", *Revista da Banca*, 16, 199-214.
- Casella, Alessandra (1993), "Comment on Krugman", chapter 8 in Francisco Torres and Francesco Giavazzi (eds.), *Adjustment and Growth in the European Monetary Union*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CEC (1996), "Report on Convergence in the European Union", Brussels: Commission of the European Communities (November).
- Dewatripont, Mathias, et al. (1995), *Flexible Integration. Towards a More Effective and Democratic Europe, Monitoring European Integration* 6, London: Centre for Economic Policy Research.
- Eichengreen, Barry and Fabio Ghironi (1996), "European Monetary Unification: the Challenges Ahead", chapter 4 in Francisco Torres (ed.), *Monetary Reform in Europe*, Lisbon: Catholic University Press.
- EMI (1996), "Progress Towards Convergence: 1996", Frankfurt: European Monetary Institute (November).
- Frankel, Jeffrey and Andrew Rose (1996), "The Endogeneity of Optimum Currency Area Criteria", CEPR Discussion paper n° 1473, September.
- Frieden, Jeffrey, Eric Jones and Francisco Torres (1997), "The Challenges of Economic and Monetary Union for Smaller Member States: A Comparative Perspective", in Jeffrey Frieden, Daniel Gros and Erik Jones (eds.), *Towards Economic and Monetary Union: Problems and Prospects*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gaspar, Vítor and Alfredo M. Pereira (1995), "The impact of Financial Integration and Unilateral Public Transfers on Investment and Growth in EC Capital Importing Countries", *Journal of Development Economics*, 48, 43-66.
- Grilli, Vittorio, Donato Masciandaro and Guido Tabellini, (1991), "Political and Monetary Institutions and Public Financial Policies in the Industrial Countries", *Economic Policy*, 13, 341-392.
- Gros, Daniel and Guy Vandille (1995), "Trade Structure Similarities", Brussels: Centre for European Policy Studies, mimeo.

- Gros, Daniel (1996), "Towards a Credible Excessive Deficits Procedure", chapter 7 in Francisco Torres (ed.), *Monetary Reform in Europe*, Lisbon: Catholic University Press.
- Gros, Daniel (1997), "A Reconsideration of the Cost of EMU. The Importance of External Shocks and Labour Mobility", in Jeffrey Frieden, Daniel Gros and Erik Jones (eds.), *Towards Economic and Monetary Union: Problems and Prospects*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gros, Daniel and Guy Vandille (1995), "Trade Structure Similarities", Brussels: Centre for European Policy Studies, mimeo.
- Jones, Erik, Jeffrey Frieden and Francisco Torres (eds.), *Joining Europe's Monetary Club: The Challenges for Smaller Member States*, New York: St. Martin's Press.
- Kavanagh, Ella, et al. (1997), "The Political Economy of EMU in Ireland", chapter 6 in Jeffrey Frieden, Erik Jones and Francisco Torres (eds.), *Joining Europe's Monetary Club: The Challenges for Smaller Member States*, New York: St. Martin's Press.
- Luz, Silvia and Maximiano Pinheiro (1994), "Wage Rigidity and Job Mismatch in Europe", Working Paper 2/94, Lisbon: Banco de Portugal.
- Macedo, Jorge Braga (1996), "Selling Stability at Home, Earning Credibility Abroad", chapter 2 in Francisco Torres (ed.), *Monetary Reform in Europe. An Analysis of the Issues and Proposals for the Intergovernmental Conference*, Lisbon: Catholic University Press.
- Martin, John (1996), "Measures of Replacement Rates for the Purpose of International Comparisons: A Note", *OECD Economic Studies*, 26, 99-115.
- Ministry of Finance (1992), "Portugal from P1 to Q2: A Strategy of Sustained Regime Change 1986 - 1995", abridged version by José Braz in Francisco Torres and Francesco Giavazzi, *A Single Currency for Europe: Monetary and Real Impacts*, London: CEPR Report (March).
- Ministry of Finance (1993), "Contribuição Portuguesa para o Livro Branco sobre o Crescimento, Competitividade e Emprego", Lisbon: Ministério das Finanças (October).
- Ministry of Planning (1993), *Plano de Desenvolvimento Regional*, Lisbon: Secretaria de Estado do Planeamento e Desenvolvimento Regional (July).
- Ministry of Planning (1996), *Grandes Opções do Plano para 1997*, Lisbon: Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território (October).
- Moses, Jonathon W. (1997), "Finland and EMU", chapter 4 in Jeffrey Frieden, Erik Jones and Francisco Torres (eds.), *Joining Europe's Monetary Club: The Challenges for Smaller Member States*, New York: St. Martin's Press, forthcoming.
- OECD (1992), "Economic Survey on Portugal", Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.
- OECD (1994), *The OECD Jobs Study*, Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.
- OECD (1996), "Economic Survey on Portugal", Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.
- Persson, Torsten and Guido Tabellini (1996), "Monetary Cohabitation in Europe" CEPR

Discussion Paper N° 1380, May.

Rebello, Sérgio (1997), "What Happens when Countries Peg their Exchange Rates? The Real Side of Monetary Reforms", *European Economic Review*, forthcoming.

Scarpetta, Stefano (1996), "Assessing the Role of Labour Market Policies and Institutional Settings on Unemployment: A Cross Country Study", *OECD Economic Studies*, 26, 43-98.

Silva, Aníbal A. Cavaco (1994), "Combinação de Políticas de Estabilização num Quadro de Integração: a Experiência Portuguesa", *Brotéria*, 138, 5/6, 493-515.

Thygesen, Niels (1996), "The Prospects for EMU by 1999 - and Reflections on Arrangements for the Outsiders", paper presented at a CEPR workshop in Rome on Monetary Co-Existence in Europe, February.

Torres, Francisco (1987), "Policy-Making in Small Open Economies", Working Paper 10/87, Faculdade de Economia e Ciências Empresariais, Universidade Católica Portuguesa.

Torres, Francisco (1989a), "Regras Externas e Consistência de Políticas numa Pequena Economia Aberta", Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Economia, Working Paper N° 109, January.

Torres, Francisco (1989b), "Small Countries and Exogenous Policy Shocks", European University Institute, Department of Economics, Working Paper N° 89/374.

Torres, Francisco (1989c), "Sobre a Adesão a uma União Monetária com Liderança e Mobilidade Perfeita de Capitais", *Economia*, XIII, 2, 233-254.

Torres, Francisco (1990), "Portugal, the EMS and 1992. Stabilisation and Liberalisation" chapter 10 in Paul De Grauwe and Lucas Papademos (eds.), *The EMS in the 1990's*, London: Longman, 225-246.

Torres, Francisco (1992), "Politics and Economics: A Review Essay", *Economia*, XVI, 2, 281-286, 1992.

Torres, Francisco (1994), "The European Periphery: Portugal", chapter 4, in John Williamson (ed.), *The Political Economy of Policy Reform*, Institute for International Economics, Washington, DC, 141-152.

Torres, Francisco (1995a), "A UEM e a Conferência Inter-Governamental de 1996", chapter 5 in Álvaro Vasconcelos, Francisco Torres et al., *Portugal no Centro da Europa*, Lisbon: Quetzal.

Torres, Francisco (1995b), "Portugal and the EMS. The Politics of Monetary Integration", in João Loureiro (ed.), *Portugal e a Integração Monetária Europeia*, Porto: Universidade do Porto Editora, 80-91.

Torres, Francisco (1996), "The Political Economy of Monetary Reform in Europe", chapter 3, in Francisco Torres (ed.), *Monetary Reform in Europe. An Analysis of the Issues and Proposals for the Intergovernmental Conference*, Lisbon: Catholic University Press, 61-82.

Torres, Francisco (1998a), *Da Ambiguidade e Conflito à Moeda Única. As Razões de uma Batalha Política*, forthcoming.

Torres, Francisco (1998b), "Modelling Credibility in the Transition to a Monetary Union: Discretion, Secrecy and Rules with Escape Clauses", Universidade Católica Portuguesa, manuscript in progress.

Torres, Francisco (1998c), "Portugal Towards Economic and Monetary Union: A Political Economy Perspective", chapter 8 in Erik Jones, Jeffrey Frieden and Francisco Torres (eds.), *Joining Europe's Monetary Club: The Challenges for Smaller Member States*, New York: St. Martin's Press.

Torres, Francisco and Francesco Giavazzi (1993), "Introduction", chapter 1 in Francisco Torres and Francesco Giavazzi (eds.), *Adjustment and Growth in the European Monetary Union*, Cambridge: Cambridge University Press.

APPENDIX

European stance of political parties with seats in Parliament:

Partido Socialista (PS): 112 seats. The PS is a traditional European socialist party. A member of the Socialist International and of the Group of the Party of European Socialists in the European Parliament, it has always been a pro-European party, with the exception of issues related to economic matters, namely macroeconomic reform, where it used to have ideological reservations. It has now a simple majority in Parliament (it falls short of 4 seats to have a majority of parliamentary seats). Its Secretary General, the Prime Minister, is a euro-enthusiast in almost all fields of European integration and is seen as part of the new breed of more liberal and pragmatic socialists. The PS faces internal opposition from its traditional sectors (more protectionist than the party official stance) and, especially, from mediatic figures within a platform of euro-sceptical ex-PS independents self-denominated "liberal left". The PS is now strongly committed to Portugal's participation in EMU.

Partido Social Democrata (PSD): 88 seats. The PSD was born as a centre-left party. It has always defined itself as a reform party. It was until recently a member of the Group of the European Liberal, Democrat and Reform Party in the European Parliament (LDR). It led the coalition with the CDS from 1980 to 1983 (*Aliança Democrática*) and it followed the Socialist Party in a grand-coalition called the *Bloco Central* in 1983/95. From 1985 until 1995 it was alone in government. Initially a pro-European party, it became slightly sceptical from 1985 until 1991. With the presidency of the *European Council* in 1992, it became more internationally oriented and a clearly pro-European party, although with internal opposition from its right wing (the so-called "liberal group", more nationalist and protectionist than the party official stance), former members of government and Keynesian technocrats. The party leads the opposition and joined the *European Peoples Party (EPP)* in the beginning of 1997. The PSD strongly defends Portugal's participation in EMU.

Centro Democrático e Social / Partido Popular (CDS-PP): 15 seats. The CDS was a demo-Christian party affiliated with the EPP in the European Parliament. It was part of a short-lived coalition with the Socialist Party in 1978 and with the PSD from 1980 to 1983 (*Aliança Democrática*). Between 1983 and 1985 it became an engaged liberal party. Its pro-European attitude granted it very good scores in the European elections in 87 and 89. In the late 80s and early 90s many of its founders (now close to the PSD or the PS) deserted the party that was eventually seized by the party youth. The party

changed its name to CDS-PP and turned then protectionist and anti-Maastricht. It was expelled from the EPP in 1993, moving into the Group of Union for Europe in the European Parliament. It mobilised its electoral support with a nationalist platform (with relatively good electoral results). It was until recently the most mediatic party. The CDS-PP has strongly opposed EMU on the grounds of national sovereignty. Although it is recently changing its stance (the anti-EMU battle seems to be lost), it still insisted in a referendum on the single currency until the end of 1997.

Partido Comunista Português (PCP): 15 seats. The PCP is known as one of the most traditional European communist parties: pro Soviet Union, accused of Stalinism until the late 80s, it still contested the Perestroika. It is now a left wing anti-Maastricht and nationalist party with very close links with the left wing trade union, CGTP. It is against internal and external liberalisation, privatisation and further European political integration. It is part of the Confederate Group of the European Unitarian Left and, since 1988, does not oppose EU membership any more although it contests strongly the adopted model of European integration. In spite of the fact that the PCP distances itself from the process of European integration, its MPs and MEPs participate actively in all discussions concerning the future of Europe. As in the case of the CDS-PP, it also opposes EMU on the grounds of national sovereignty and on the grounds of the need of output growth and employment creation. It also defended a referendum on the single currency until the end of 1997.



AS RELAÇÕES DE DIREITO CIVIL NOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO

por *Paulo Luiz Netto Lôbo**

SUMÁRIO: 1. Processos de integração. Os limites do Mercosul. 2. Unificação do direito civil na América Latina. O papel da Codificação. 3. Harmonização do direito. 4. Um caso exemplar de harmonização possível: o direito do consumidor. 5. Harmonização legislativa no Mercosul. 6. Conflito espacial de leis civis. 7. À guisa de conclusão.

1. Processos de integração. Os limites do Mercosul

Três são as experiências mais conhecidas de processos de integração:

- a) Zona de Livre Comércio, que objetiva a redução ou extinção de barreiras alfandegárias e de obstáculos (inclusive jurídicos) ao amplo intercâmbio de produtos e serviços. É o caso do NAFTA (Estados Unidos, Canadá e México). Dela pode ser destacada a União Aduaneira, quando se implanta uma tarifa externa comum, situando-a em área fronteiriça com o mercado comum.
- b) Mercado Comum, que envolve, além de uma zona de livre comércio (ou união aduaneira), o estabelecimento de estruturas jurídicas comuns para definição de diretrizes e políticas gerais e de solução de conflitos. É o caso do MERCOSUL, segundo o modelo que se pretende alcançar com o Tratado de Assunção, de 1991, e os Protocolos posteriores.
- c) Comunidade de Nações, que, além do mercado comum, organiza-se de modo confederativo, com duplo ordenamento jurídico: o da comunidade e o dos direitos internos. É o caso da União Européia, após o Tratado de Maastrich, de 1991.

* Doutor em Direito e Prof. de Direito Civil na UFAL e UFPE (pós-graduação).

O Tratado de Assunção, que institui o Mercosul, não vai ao ponto de já estabelecer as condições para a integração que ele anuncia. Constitui muito mais uma intenção de se alcançar esse objetivo, como se vê nos consideranda do Tratado: Conscientes de que o presente tratado deve ser considerado como um novo avanço no esforço tendente ao desenvolvimento progressivo da integração da América Latina.

Tal manifestação significa que o tratado não é suficiente à integração jurídica; outros são seus objetivos imediatos, particularmente criar meios para o mercado comum no âmbito econômico, tais como possibilitar a livre circulação de bens e serviços entre os países. É justamente a circulação de bens e serviços que esbarra na heterogeneidade dos direitos privados internos.

Para um processo com um objetivo tão importante e amplo como é a constituição de um mercado comum, os mecanismos previstos para sua realização estão longe de ser verdadeiramente eficazes e põem de relevo a desconfiança que os Estados têm com a adoção de instrumentos que possam comprometer de alguma forma suas soberanias, segundo a amarga conclusão de uma estudiosa do Mercosul.¹

O Tratado de Assunção estabelece, em seu artigo primeiro, o compromisso dos Estados em harmonizarem suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograrem o fortalecimento do processo de integração. A unificação é muito mais que harmonização, pois significa dotar os países envolvidos de legislação igual ou comum, sem divergências ou peculiaridades locais. Nos exemplos das federações, os Estados-membros podem contar com um único Código Civil (caso do Brasil) ou diversos códigos civis estaduais, harmonizados ou não (caso do México). O objetivo da harmonização é mais modesto e, portanto, encerra maior probabilidade de êxito: favorecer a convergência das legislações dos países, em seus princípios e estruturas essenciais, eliminando ao máximo as divergências de soluções adotadas e estabelecendo reciprocidades de tratamento. Na harmonização, as legislações dos países permanecem autônomas.

Ao lado da integração positiva que se dá, principalmente mediante a harmonização legislativa, cogita-se de integração negativa², efetivada

¹ Maertha Lucía Olivar Jimenez, *La Comprensión del Concepto de Derecho Comunitario para una Verdadera Integración en el Cono Sur in Mercosul: Seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-membros*, Maristela Basso (Org.), Porto Alegre, Liv. Do Advogado, 1995, p. 51.

² Cf. Aída Kemelmajer de Carlucci, *Nuevamente Sobre el Juiz Nacional Frente ao Derecho Comunitario, La Ley*, Buenos Aires, ano LXI, nº131, julio 1997, p. 2.

pelos tribunais comunitários, que determinam a inaplicação de uma lei nacional que esteja em contradição com uma norma comunitária, segundo o princípio da supremacia desta sobre aquela.

2. Unificação do direito civil na América Latina. O papel da Codificação.

A unificação do direito, ou de determinado ramo do direito, em uma comunidade de nações, é uma etapa mais avançada, que pressupõe a superação de obstáculos que os permanentes processos de integração devem enfrentar.

Quanto ao direito civil na América Latina, a unificação é muito difícil³ porque nem mesmo as tentativas de unificar o direito privado interno em cada país lograram êxito, inclusive do mais unificável de todos, o direito das obrigações. A luta de Teixeira de Freitas no século passado e a sua honestidade intelectual, ao estancar um projeto de Código Civil que o alçaria à grandeza de um Licurgo ou de um Solon das Américas, foi incompreendida. Para ele, não fazia mais sentido um Código Civil ao lado de um Código Comercial, com tratamento legal diferenciado para situações comuns. De lá para cá, os projetos de reforma do Código Civil intentaram unificar o direito das obrigações, sem sucesso. O atual projeto de Código Civil, que tramita no Congresso Nacional desde 1975, também unifica as legislações civis e mercantis⁴.

Apesar das dificuldades para a unificação legislativa do direito privado, em nossa comunidade regional de nações, a investigação mais detida dos códigos levará ao encontro de princípios comuns. Na perspectiva dos grandes sistemas jurídicos⁵, os direitos civis na América Latina entroncam-se no sistema romano-germânico, assim nas fontes, como no predomínio das codificações e da doutrina. A tradição jurídica latino-americana está conformada por elementos europeus de mesma raiz histórica e cultural (os povos da Península Ibérica), a que se agregaram

³ O marco inicial das tentativas foi o Congresso do Panamá, de 1826, convocado por Bolívar.

⁴ Entre países do Mercosul, o Código Civil do Paraguai, com vigência a partir de 1987, unificou o direito das obrigações. Na Argentina, o Código Civil aprovado pelo Congresso foi vetado pelo Executivo, em 1991, mas outras iniciativas legislativas continuam tramitando no mesmo sentido da unificação.

⁵ Adotamos a classificação de René David, in *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneos*, trad. Hermínio A. Carvalho, Lisboa, Ed. Meridiano, 1978.

costumes indígenas e africanos, o que dá certa peculiaridade aos direitos de nossos povos. A recepção de modelos oriundos do sistema de *common law*, máxime de certos tipos contratuais, tem sido uniforme, no quadro amplo das trocas internacionais e do processo de globalização, mas não têm modificado a natureza comum do sistema jurídico de países latino-americanos. Outro dado importante foi a recíproca influência dos codificadores, como se deu, por exemplo, com a adoção de partes inteiras do Esboço de Teixeira de Freitas pelo Código Civil Argentino, com repercussões na legislação civil do Uruguai e do Paraguai. Vélez Sársfield, o grande codificador argentino, conhecia e admirava a obra de Teixeira.⁶ Na perspectiva da harmonização, pode-se afirmar que há um tronco comum no direito civil dos países do Mercosul, que pode ser aprofundado.

Atualmente, as grandes codificações civis estão em crise funcional. Entre os juristas, é crescente a convicção de que cumpriram um papel histórico; todavia, não correspondem mais às exigências de nosso tempo, em acelerada mutação social. No sistema jurídico romano-germânico simbolizaram, no plano legislativo e ao lado do constitucionalismo, a racionalização iluminista da visão de mundo liberal e individualista, em ruptura com o *ancien régime*. O reinado dos códigos civis permaneceu incontrastável durante o século XIX e boa parte do século XX. Com o advento do Estado social, logo após a primeira grande guerra - e no Brasil com a Constituição de 1934, a primeira a disciplinar a ordem econômica e social - valores coletivos e sociais subtraíram dos códigos civis matérias inteiras, que passaram a constituir objeto de legislações e até de direitos autônomos, como: as relações de trabalho, o inquilinato, a habitação, o parcelamento do solo urbano, a propriedade e os contratos agrários, o regime das águas, a desapropriação por interesse social, os direitos autorais, as relações de família, e, por último, as relações de consumo, o meio ambiente e os direitos da criança e do adolescente. Utilizam-se instrumentos legais mais dinâmicos, mais leves e menos cristalizados que os códigos - embora, às vezes, sejam denominados "códigos", em homenagem à tradição, a exemplo do código do consumidor - dotados de natureza multidisciplinar. A variedade de problemas que envolve o trato

⁶ Ao Esboço de Teixeira de Freitas (1856), seguiu-se o Código Civil argentino de 1869, projetado por Vélez Sársfield. Outra grande influência convergente foi o Código Civil chileno, redigido por Andrés Bello (1855). O Código Civil Uruguaio recolheu influências desses três grandes codificadores. O Código paraguaio, de 1986-7, mantém as linhas básicas do Código de 1876, que reproduziu textualmente o Código argentino.

legal dessas matérias não pode estar subsumida nas codificações tradicionais e monotemáticas, pois, quase sempre, além das relações civis, reclamam o disciplinamento integrado e concomitante de variáveis processuais, administrativas e penais. Por outro lado, esses novos direitos são informados necessariamente de dados atualmente irrefutáveis de vários ramos das ciências ou da ética. As minicodificações multidisciplinares são mais adequadas aos processos de unificação ou harmonização.

Sem a unificação legislativa, naquilo que se compreende como normas gerais, não se atingirá o direito comunitário, que é afinal o destino histórico da construção da comunidade das nações americanas, sonho acalentado por Bolívar e tantos outros que não se agrilhoaram aos caudilhismos regionais. O Mercosul não pretende ser apenas um mercado comum, de caráter econômico.

O espaço possível de futura unificação do direito civil é, indubitavelmente, o das obrigações, em particular dos contratos. Não se trata de unificação científica dos ramos do direito, mas unificação naquilo que é comum, notadamente na teoria geral dos contratos, sejam eles civis ou mercantis. Os obstáculos são imensos para a unificação do direito de família, das relações de propriedade e das sucessões, que são vinculados em profundas tradições de cada povo.

3. Harmonização do direito

A harmonização é processo diferenciado e mais limitado que a unificação jurídica. A unificação completa pressupõe a conversão das comunidades de nações em verdadeira federação, com predomínio da união sobre as unidades federadas. A harmonização é mais indicada aos processos de integração que envolvem convivência de variados direitos nacionais, assim nas zonas de livre comércio como nos mercados comuns e comunidades confederativas. A harmonização busca estabelecer princípios e normas gerais consensualmente adotados, convivendo com a legislação própria de cada país. A harmonização vai além do direito legislado; envolve, por exemplo, a jurisprudência dos tribunais, a construção doutrinária, a afirmação de pontos de vista comuns.

A coexistência de legislações com princípios fundamentais divergentes é obstáculo muito difícil ao intercâmbio entre pessoas de países diversos. Não faz sentido que os países da América Latina, com tradições culturais e jurídicas comuns, não procurem harmonizar suas legislações, em pontos substanciais, sem prejuízo de suas peculiaridades. Há um traço cultural muito difícil de ser superado, na formação dos juristas latinos-

americanos: nossas referências são européias, e o conhecimento do direito e da experiência jurídica entre os vizinhos não é direto, dando-se pela mediação do direito europeu. É mais fácil lermos e estudarmos os códigos civis e autores europeus, que os da América Latina. Há razões históricas e de dominação das nações centrais, que não podem ser aprofundadas neste estudo. O Mercosul tem sido um marco nesta viragem, na medida em que as relações entre nossos povos e os direitos nacionais se intensificam. No campo específico do direito civil é longo o distanciamento que há de ser vencido.

O intercâmbio entre os juristas latino-americanos impõe-se como requisito necessário de harmonização dos vários direitos nacionais, com especial relevo entre os que se dedicam ao direito civil. Não faz sentido que os conflitos humanos comuns e as relações entre as pessoas, campo temático do direito civil, sejam tratados de modo substancialmente contraditório.

4. Um caso exemplar de harmonização possível: o direito do consumidor

Um exemplo animador de perspectivas efetivas de harmonização, é o direito do consumidor. O direito do consumidor construiu sua autonomia, ante a insuficiência do direito comum dos contratos e da responsabilidade civil. A natureza, os problemas e as soluções das relações de consumo na Argentina, no Brasil ou no Uruguai são em tudo assemelhados, aprofundando-se a identidade com a progressiva globalização da economia. Os princípios gerais são os mesmos em qualquer quadrante do mundo. O código brasileiro, de 1990, terminou por ser referência à legislação dos países integrantes do Mercosul. O código da Argentina, de 1993, é muito próximo ao brasileiro, podendo-se afirmar que atendem aos critérios de harmonização. A legislação de consumo em elaboração no Paraguai e no Uruguai, a eles se aproximam. Muito contribuiu o intercâmbio cultural e científico entre os juristas de ambos os países, que se aprofundou nesses últimos anos.

O Código do Consumidor é uma regulação muito ampla das relações negociais civis, deixando pouco espaço ao direito comum das obrigações previsto no Código Civil. Todas as pessoas diuturnamente demandam produtos e serviços, para o atendimento a suas necessidades reais ou induzidas pela publicidade. Fazem-no contatando fornecedores grandes ou pequenos, ou seja, aqueles que desenvolvem atividades de produção, importação ou distribuição desses produtos ou serviços. As relações negociais com um não fornecedor (atos isolados, sem conexão com

atividade), a saber, com pessoas comuns que não exerçam essas atividades em caráter permanente, são numericamente reduzidas, o que comprimiu drasticamente o campo de aplicação do direito comum das obrigações.

Um exemplo de harmonização, entre as leis brasileira e argentina de proteção ao consumidor, é a regra substancial de interpretação, que ambas adotam. Ao contrário da regra de interpretação que manda sacar sentido da intenção íntima ou declarada das partes (contratos de direito comum), a regra básica de interpretação nos contratos de consumo, nos direitos argentino e brasileiro, é objetiva e típica, porque o sentido será sempre aquele que favoreça o consumidor médio do produto ou serviço fornecido, sobretudo quando se tratar de contrato de adesão a condições gerais (*interpretatio contra stipulatorem*).

As mesmas leis que se harmonizam, desarmonizam-se em outro ponto. Refiro-me à responsabilidade por vícios do produto ou do serviço. O nosso código prevê a responsabilidade por vícios aparentes, indo além da tradição romanística dos vícios ocultos. Na lei argentina, o artigo simétrico que a previa foi vetado pelo Poder Executivo. Se o consumidor brasileiro adquirir diretamente um produto de empresa argentina, com vício aparente, não estará protegido. Contudo, se o consumidor argentino adquirir o produto de empresa brasileira, poderá valer-se da tutela do código de consumidor brasileiro, que prevê expressamente a responsabilidade do fornecedor por vício aparente. Essa é uma dificuldade que há de ser vencida por um processo intenso de harmonização das leis de nossos países.

Para o civilista é muito difícil cogitar de um direito supranacional. O direito civil sempre foi pensado como a expressão dos valores do homem comum, ou, para muitos, do grupo dominante de determinada sociedade em determinado espaço social, em suma, do direito interno. No Brasil, o estudo da inserção do direito nacional nos grandes sistemas jurídicos sempre foi negligenciado pelos cursos de direito. A atitude dos juristas teóricos e práticos é outro grande obstáculo à harmonização.

5. Harmonização legislativa no Mercosul

No estágio em se encontra, o Mercosul, ainda longe de constituir uma comunidade de nações, resente-se de instrumentos eficazes de harmonização. A Comunidade Européia vale-se de diretivas, emanadas de seus organismos decisórios, que estabelecem princípios e normas comuns a serem observados pelas legislações nacionais sobre matérias determinadas. As diretivas não vinculam diretamente os sujeitos de cada Estado mas vinculam os legisladores, quando da formulação de seus

direitos internos, nos pontos fundamentais que definam. Não são tratados ou convenções, pois estes celebram-se sem limitação de qualquer espécie das soberanias nacionais, sob a égide do direito internacional público.

A experiência europeia demonstrou que o principal elemento de harmonização, ao lado das diretivas, tem sido o importante papel desempenhado pelos tribunais comunitários. Sua forte presença tem evitado que o direito comunitário se disperse nas variadas interpretações dos tribunais de cada país.

O Tratado do Mercosul (artigo 9) contempla apenas dois órgãos para tomada de decisões: a) o Conselho do Mercado Comum, composto dos ministros das relações exteriores e de economia, para condução política do mercado comum; b) o Grupo Mercado Comum, com funções executivas. Não há previsão para um parlamento e tribunais comuns. O artigo 24 prevê uma Comissão Parlamentar Conjunta, sem função legislativa ou decisória.

O artigo 25 do Protocolo prevê que a Comissão Parlamentar Conjunta "coadjuvará na harmonização de legislações, tal como requerido pelo avanço do processo de integração". O coadjuvante não decide.

A Decisão nº 1/94 do Conselho do Mercado Comum, convertida no Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, exprime a necessidade de harmonizar as legislações dos quatro países e as decisões judiciais e arbitrais relativas aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares. Seus preceitos limitam-se às regras de conexão quanto ao direito nacional aplicável e à competência dos tribunais. As limitações do Mercosul estampam-se nas exclusões que o Protocolo enuncia (artigo 2), pois não abrange todos os contratos internacionais entre particulares, ficando de fora aqueles que tenham por objeto acordos sobre relações de família, sucessões, seguridade social, trabalho, venda ao consumidor, transporte, seguro e direitos reais, dentre outros. A exclusão mais grave é as dos contratos de consumo⁷. Afinal, os processos de integração estimulam o consumo mediante contratos internacionais.

⁷ O Conselho do Mercado Comum aprovou o "Programa de Ação do Mercosul até o ano 2000", incluindo a tarefa de "concluir e implementar o Regulamento Comum de Defesa do Consumidor, marco que deverá garantir os direitos do consumidor, no espaço econômico ampliado, sem constituir obstáculos desnecessários ao comércio" (*Boletim de Integração Latino-americano*, nº 17, dez. 1995, p. 26-33). De qualquer forma, várias decisões e resoluções do Conselho do Mercado Comum e do Grupo Mercado Comum, desde 1992, têm tutelado o consumidor, em situações determinadas.

6. Conflito espacial de leis civis

Com relação ao conflito espacial das leis civis, não se avançou muito, desde o Código Bustamente, de 1928, aprovado na VI Conferência Panamericana e ratificado por vários países, dentre eles o Brasil (com reservas), mas com ausência da Argentina, Paraguai e Uruguai. O mínimo que se espera é que haja harmonização nesse campo, sob pena de bloquear qualquer processo de integração. Há soluções divergentes nos próprios países do Mercosul, no que concerne às regras de conexão aplicáveis ao direito civil.

No Brasil, vigora a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942. Tramita no Congresso Nacional, o Projeto de lei nº 4.095/95 sobre Aplicação das Normas Jurídicas, oriundo do Poder Executivo, que a substituirá. No que concerne às obrigações contratuais, o projeto opta pelo princípio da autonomia da vontade na escolha do direito aplicável, previsto na Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável às Obrigações Contratuais, de 1994, subscrita pelo Brasil, mediante o qual as partes (particulares) do contrato internacional podem escolher o direito do país de uma delas ou mesmo de país estrangeiro ao lugar da conclusão ou da execução.

O Protocolo de Buenos Aires apenas cuidou do foro contratual ou da jurisdição competente, mas não do direito aplicável. Mesmo nesse campo o projeto vai mais longe porque faz prevalecer o direito do país onde haja os vínculos mais estreitos do contrato. Para um contrato celebrado na Argentina com um contratante paraguaio e executado no Brasil, qual o direito aplicável? O dos vínculos mais estreitos, que não se confundem com o da constituição ou da execução, porque pode haver vários locais de execução. Por outro lado – e isso é muito importante – os contratos relativos a bens observarão a forma da lei de origem da sua celebração e não mais ficarão sujeitos, como determina o artigo 9º da Lei de Introdução, às normas do direito interno brasileiro. Do mesmo modo, na questão relativa às obrigações por atos ilícitos, prevalecerá o vínculo mais estreito porque o dano pode ter acontecido em um país, mas se fez sentir em outro, como no caso de difamação por órgãos de imprensa (por exemplo, uma notícia veiculada pela imprensa do país “A” pode afetar a honra de pessoa domiciliada no país “B”).

A rigor, no âmbito do direito internacional privado, é imprescindível que se persiga a unificação, muito mais que a harmonização. Um dos meios de unificação pode ser a elaboração de leis-tipo ou códigos-tipo, que venham a ser adotadas pelos países da Comunidade.

No âmbito mundial, há de se referir às tarefas desenvolvidas pelo Instituto para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), com sede em Roma, fundado em 1926 como órgão auxiliar da Liga das Nações. O artigo 1º de seu Estatuto dispõe como finalidade o exame de modos de harmonização e coordenação dos direitos privados dos Estados, contribuindo para adoção por eles de direitos uniformes. O UNIDROIT conta com a adesão da Argentina e do Uruguai, dentre os membros do Mercosul. Sua influência tem sido mais incisiva no campo dos contratos comerciais internacionais. É interessante observar que os especialistas⁸ entendem que a unificação ou harmonização podem ser melhor alcançadas por meio de iniciativas indutoras, de modo a superar as resistências nacionais, envolvendo governos, organizações não-governamentais, empresários, profissionais e acadêmicos, na definição dos princípios gerais e na elaboração dos textos recomendáveis.

Com respeito à uniformização de regras sobre conflitos de leis, a Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado vem produzindo um número considerável de convenções, inclusive a Convenção sobre Reconhecimento de Divórcio e Separação Legal (1970), a Convenção sobre Provas em Matérias Cíveis e Comerciais (1970) e a Convenção sobre Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (1980).

7. À guisa de conclusão

Ainda é prematuro falar-se em direito comunitário latino-americano, sobretudo no âmbito do direito civil. Mas a integração de nossos países parece ser inevitável porque o "movimento geral da história nos leva a formas de associação política e econômica regionais e continentais".⁹ Pode-se, todavia, falar-se em direito comunitário germinal, *in fieri*, porque a integração econômica e política não se poderá alcançar sem a integração jurídica, com ênfase nos processos de harmonização e unificação do direito.

O passo mais importante será o estabelecimento de órgãos comunitários que sejam dotados de competências supranacionais, para a) que suas diretrizes tenham força normativa geral e suficiente (integração positiva) e b) que possam ser aplicadas por tribunais próprios, cujas

⁸ Cf. Alan D. Rose, *The Challengers for Uniform Law in the Twenty-First Century*, *Uniform Law Review*, 1996/1, p. 18.

⁹ Octavio Paz, apud Alejandro M. Garro, *Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*, *Revista de Direito Civil*, S. Paulo, 7ª, nº 65, jul.set. 1993, p. 74.

decisões tenham efeito vinculante (integração negativa). Para tanto, será necessário que se vençam as relutâncias e resistências dos governos a organismos e direito verdadeiramente supranacionais, salvo se o Mercosul estancar nas fases iniciais de estruturas meramente cooperativas, o que frustrará os processos de integração.

Para o Brasil, a integração latino-americana é mandamento constitucional, eleita como foi, a princípio estruturante. Com efeito, diz o Parágrafo Único do artigo 4º, da Constituição brasileira:

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

Como se vê, a Constituição quer muito mais que um mercado comum de caráter econômico. A transferência de competências para organismos supranacionais nela já encontra fundamento. Contudo, e isso é um sério obstáculo, a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal é hostil aos processos de integração, porque faz subordinar os tratados e convenções internacionais ao controle de constitucionalidade interno, inclusive o difuso.

São, portanto, oportunas as recomendações finais do I Congresso Internacional de Direito Comunitário, que se realizou em Ouro Preto, no mês de setembro de 1996, que fazemos nossas para concluir:

I – Adequação das normas constitucionais dos Estados Membros a fim de se assegurar a supremacia do Direito Comunitário.

II – Incorporação, ao Tratado de Assunção, de um preceito expresso consagrador da regra da supremacia do Direito Comunitário sobre os Direitos Nacionais.

III – Aplicação direta e imediata das normas comunitárias pelos órgãos jurisdicionais e autoridades nacionais.

IV – Criação e instalação de uma Corte de Justiça Supranacional para aplicação, interpretação e unificação jurisprudencial de Direito Comunitário.

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

A SEGURANÇA SOCIAL DE NACIONAIS DE PAÍSES
TERCEIROS RESIDENTES NA UNIÃO EUROPEIA :
O DIREITO, A IGUALDADE E A UTOPIA¹

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
A PROPÓSITO DO ACÓRDÃO DE 15/1/1998,
HENIA C. BÉLGICA, PROCESSO C-113/97

por *Álvaro Castro Oliveira* *

Resumo do acórdão

Trata-se de uma decisão proferida a título prejudicial, sobre uma questão suscitada num processo entre uma senhora argelina, a D. Henia Babahenini, e o Estado belga, a propósito da concessão de um subsídio para deficientes. Um tribunal belga pediu ao Tribunal das Comunidades

* Professor de Direito no Instituto Superior de Ciências do Trabalho e Empresa, de Lisboa; actualmente em serviço, como "administrador", no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Evidentemente, como se usa dizer, nenhuma das instituições tem qualquer responsabilidade pelas minhas opiniões.

¹ Sobre este tema ver, em geral, a minha tese de doutoramento "Third country nationals and European Union Law: a critical analysis of issues in European Community and European Union Law regarding natural persons who are nationals of third countries and live in Member States, and regarding immigrants and immigration from third countries", Instituto Universitário Europeu, de Florença, 1996, a p.159-166 e p.299-305. Ver também H. Verschuereen, "EC social security excluding third country nationals: still in line with fundamental rights after the Gaygusuz judgment?", in Common Market Law Review, n.º 34, 1997, p.991-1017; e "La Sécurité Sociale en Europe, Égalité entre Nationaux et Non Nationaux - Actes du Colloque Européen organisé à Porto, en Novembre 1994", Comissão das Comunidades Europeias e Departamento de Relações Internacionais e Convenções de Segurança Social, Lisboa, 1995.

que interpretasse o primeiro parágrafo do artigo 39º do Acordo de Cooperação entre a Comunidade e a Argélia, de 1976 (Acordo CEE-Argélia),² que, no campo da segurança social, proíbe a discriminação com base na nacionalidade entre trabalhadores algerinos e familiares que vivam com eles e nacionais de um Estado Membro.

A D. Henia é casada com um trabalhador argelino reformado. Ela reside na Bélgica com o seu marido, tendo este trabalhado nesse país como trabalhador assalariado e recebendo agora uma pensão de reforma. A D. Henia, por sua vez, nunca teve uma actividade profissional na Bélgica. Mas, como ela é uma deficiente física, pediu para lhe ser atribuído um subsídio para deficientes, previsto pela legislação belga. Só que a lei em causa estipula que, para beneficiar de tal subsídio, é necessário (1) ser residente na Bélgica e (2) ter a nacionalidade belga, ou de outro país da União Europeia, ou ser apátrida, de nacionalidade indeterminada, refugiado, ou ter beneficiado até aos 21 anos de um acréscimo de abono de família previsto pela lei belga. Como a D. Henia não preenchia a condição relativa à nacionalidade, o subsídio para deficientes foi-lhe recusado.

Ela interpôs então recurso judicial da decisão que lhe recusou o subsídio, invocando a cláusula de não discriminação incluída no referido artigo 39 (1) do Acordo CEE-Argélia.

O Ministério Público belga junto do tribunal que apreciava o caso, o tribunal de trabalho de Charleroi, defendeu que a D. Henia não era protegida por aquela disposição do Acordo CEE-Argélia, porque o direito ao subsídio para deficientes devia ser considerado um direito próprio e a D. Henia não era, nem nunca tinha sido trabalhadora na Bélgica.

O tribunal nacional, considerando que o subsídio tinha sido recusado à D. Henia unicamente devido à sua nacionalidade e não por não ter exercido nenhuma actividade profissional (condição que de qualquer modo não era exigida aos nacionais belgas), entendeu que era necessário pedir ao Tribunal das Comunidades que interpretasse aquela disposição do Acordo CEE-Argélia, uma vez que ela constituía uma norma de Direito Comunitário.

O Tribunal das Comunidades analisou a questão começando por recordar que o Acordo CEE-Argélia declara ter como objectivo promover uma cooperação global entre as Partes Contractantes, abrangendo esta

² Acordo de Cooperação com a República da Argélia, assinado em Argel em 26/4/1976 e aprovado pelo Regulamento (CEE) n°2210/78 do Conselho, de 26/9/1978, JO L 263, p.1, EE 11 F8 p.70.

os domínios económico, comercial e o relativo à mão de obra. É neste último domínio que se enquadra a disposição em causa, o primeiro parágrafo do artigo 39º do Acordo, que consagra o princípio de que "(...) *os trabalhadores de nacionalidade argelina e os membros da sua família que com estes residem beneficiam, no domínio da segurança social, de um regime caracterizado pela ausência de qualquer discriminação baseada na nacionalidade, em relação aos próprios nacionais dos Estados-Membros em cujo território trabalham*".

Nos restantes números do mesmo artigo prevê-se a totalização dos períodos de seguro, emprego e residência cumpridos nos diferentes Estados-Membros, bem como o benefício de prestações familiares pelos membros da sua família se eles residirem na Comunidade e, por último, a possibilidade de transferir para a Argélia as pensões de velhice, morte, invalidez e por acidente de trabalho, ou doença profissional.

Num segundo momento, o Tribunal recordou a sua jurisprudência constante que fazia considerar o parágrafo primeiro do artigo 39 (1) do Acordo CEE-Argélia como tendo efeito directo, podendo assim ser directamente invocado por um particular perante um tribunal nacional. Tal efeito directo tinha já sido repetidamente declarado pelo Tribunal relativamente à mesma disposição em causa neste processo³ e também a outra disposição redigida nos mesmos termos e contexto similar : o primeiro parágrafo do artigo 41º do Acordo de Cooperação CEE-Marrocos.⁴ Mais uma vez o Tribunal considerou que a proibição de discriminação daquela disposição era estabelecida em termos claros, precisos e incondicionais, e não era subordinada, na sua execução ou nos seus efeitos, à adopção de nenhum acto posterior. O Tribunal acrescentou que o objectivo do Acordo de promover a cooperação global entre as Partes Contractantes confirma que o princípio da não discriminação é susceptível de regular directamente a situação jurídica dos particulares.

O Tribunal tratou então da questão fundamental deste processo: a interpretação do primeiro parágrafo do artigo 39º do Acordo CEE-Argélia, no que diz respeito quer ao seu âmbito pessoal, quer ao seu âmbito material.

³ Ver o Processo C-103/94, Zoulida Krid v. CNAVTS, Recueil [1995] I-719, parágrafos 23 e 24.

⁴ Acordo de Cooperação com o Reino de Marrocos, assinado em Rabat em 27/4/1976 e aprovado pela Comunidade pelo Regulamento (CEE) nº2211/78 do Conselho, de 26/9/1978, JO L 264, p.1, EE 11 F9 p.3. Ver o Processo C-18/90, Office National de l'Emploi V. Bahia Kziber, Recueil [1991] I-199, parágrafos 22 e 23; Processo C-58/93, Yousfi v. Belgium, Recueil [1994] I - 1352, parágrafo 18 e Processo C-126/95, Hallouzi-Choho, Recueil [1996] I-4807, parágrafo 19. Note-se que no Processo Kziber o Tribunal declarou o efeito directo da disposição em causa contra a opinião da Comissão.

No que diz respeito ao seu âmbito pessoal, o Tribunal recordou que aquela disposição se aplica aos trabalhadores argelinos, incluindo quer os trabalhadores activos, quer os que deixaram o mercado de trabalho - como os que beneficiam de uma pensão de velhice. O Tribunal recordou ainda que aquela norma se aplica também "aos membros da família desses trabalhadores que com eles residam no Estado-Membro onde estão ou estiveram empregados". O Tribunal não considerou relevante a argumentação do Estado belga segundo a qual o direito ao subsídio para deficientes era um direito próprio e não um direito derivado, que fosse passível de ser adquirido pelo interessado por este ser membro da família de um trabalhador migrante. Segundo o Tribunal, o âmbito de aplicação pessoal do artigo 39º (1) é diferente do âmbito do Regulamento 1408/71, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores e seus familiares que se deslocam no interior da Comunidade.⁵ A partir do artigo 2º deste Regulamento, a jurisprudência do Tribunal já distinguiu entre os direitos derivados e os direitos próprios dos familiares do trabalhador migrante.⁶ Porém, tal distinção foi considerada não aplicável no âmbito do Acordo CEE-Algéria. Assim, a D.Henia podia beneficiar da protecção concedida pelo artigo 39º (1) do Acordo CEE-Algéria, independentemente de saber se o subsídio em causa lhe era concedido como direito próprio ou por ser membro da família de um trabalhador migrante algerino.

Mas restava saber se o subsídio em questão para deficientes podia-se considerar abrangido pelo âmbito de aplicação material do mesmo artigo 39º (1) do Acordo CEE-Algéria. Aqui o Tribunal já considerou que a noção de segurança social, mencionada neste artigo, deve ser entendida da mesma maneira que a noção idêntica usada no Regulamento 1408/71. É que, depois da sua modificação em 1992, o artigo 4º (2a) b) do Regulamento menciona expressamente as prestações específicas dos deficientes como incluídas no âmbito de aplicação material desse Regulamento. Essas prestações eram, de resto, já incluídas nesse âmbito de aplicação pela interpretação dada pelo Tribunal antes da modificação

⁵ Regulamento 1408/71 do Conselho, de 14/6/1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade, na versão alterada e actualizada pelo Regulamento (CEE) nº2001/83 do Conselho, de 2/6/1983 (JO L 230, p.6, EE 05 F3, p.53).

⁶ Ver, porém, os limites a esta distinção estabelecidos no Processo C-308/93, Cabanis-Issarte, Recueil [1996] 2097.

do Regulamento em 1992, com base na referência feita pelo seu artigo 4º(1) b) às “prestações de invalidez”.

Assim, o Tribunal concluiu que a interpretação do artigo 39º (1) do Acordo CEE-Algéria “deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro recuse conceder uma prestação como o subsídio para deficientes, previsto pela sua legislação em favor dos nacionais que tenham a residência nesse Estado e independentemente do exercício de uma actividade assalariada, ao cônjuge deficiente de um trabalhador argelino reformado, que reside com o seu marido no Estado-Membro em causa, com fundamento no facto de ser de nacionalidade argelina e nunca ter exercido actividade profissional.”

Comentário ao acórdão

Este acórdão tem um valor intrínseco e parece-me útil analisá-lo como confirmação de uma jurisprudência constante do Tribunal das Comunidades nesta matéria. Contudo, este acórdão constitui igualmente um excelente pretexto para fazer uma referência mais geral às normas de Direito Comunitário relativas à segurança social dos nacionais de países terceiros residentes na União Europeia. Com este duplo objectivo, primeiro colocarei no seu contexto este acórdão e a norma que ele interpreta, recordando as normas dos Acordos que a Comunidade concluiu com os países do Maghreb (Argélia, Marrocos e Tunísia) e que são relevantes para a situação dos nacionais desses países. Num segundo momento tratarei das normas sobre segurança social de Acordos concluídos pela Comunidade com outros países terceiros. Seguidamente farei referência à situação de nacionais de países terceiros que não são abrangidos por Acordos concluídos pela Comunidade com os países da sua nacionalidade. Neste ponto analisarei a questão da (não) aplicação do Regulamento 1408/71 a essas pessoas. Por fim tecerei algumas considerações finais sobre a matéria.

Acordos com países do Maghreb

A segurança social é apenas uma de várias matérias relativas a trabalhadores imigrantes tratadas pelos Acordos de Associação que a Comunidade concluiu em 1976 com os países do Maghreb.⁷ Esses

⁷ Acordo com a Argélia: OJ L 263/2; com Marrocos: OJ L 264/2 (já citados) e com a Tunísia: OJ L 265/2, todos de 27/9/1978. Para uma análise destes Acordos ver E.Guild,

Acordos contém também normas que garantem a não discriminação relativamente a condições de trabalho e remuneração para trabalhadores nacionais desses países, residentes na União Europeia.⁸

No que respeita ao tratamento dos nacionais desses países residentes na Comunidade, todos esses três Acordos contém disposições idênticas.⁹ Assim, o Tribunal das Comunidades tem aplicado a mesma jurisprudência às normas equivalentes de todos eles. De facto o acordão aqui analisado é o resultado de uma jurisprudência constante que o Tribunal tem vindo a aplicar em vários outros processos relativos à mesma matéria.

O âmbito de aplicação pessoal das cláusulas de não discriminação na segurança social contidas nos três Acordos tinha sido antes interpretado pelo Tribunal nos Processos Kziber, Yousfi, Krid e Hallouzi-Choho.¹⁰ Neles o Tribunal declarou que a cláusula de não discriminação na segurança social não se aplica apenas a nacionais de países do Maghreb que são trabalhadores no activo. Ela aplica-se também a trabalhadores que deixaram o mercado de trabalho depois de terem atingido a idade da reforma, ou depois de terem sido vítimas de um dos riscos cobertos pela segurança social. Do mesmo modo o Tribunal declarou que podem beneficiar da cláusula de não discriminação pessoas familiares de um trabalhador nacional de um país do Maghreb, tais como: um jovem desempregado familiar de um trabalhador e vivendo com este, ou um jovem deficiente que foi vítima de um acidente no trabalho e é dependente do pai com quem vive, ou membros da família de um trabalhador que faleceu e que continuam a viver num Estado-Membro, ou ainda um cônjuge de um trabalhador reformado quando o cônjuge não exerceu nenhuma

"Protecting Migrants Rights and Community Law: The Cooperation Agreements with Algeria, Morocco and Tunisia", *Immigration and Nationality Law and Practice*, Vol. 7, 1993, No. 1, p. 15-18; e S. Mezdour, "L'Émigration maghrébine en Europe", *Revue du Marché Unique Européen*, 3/1993, No. 366, p. 237-241.

⁸ Além disso, como já referido, eles garantem ainda a possibilidade de juntar os períodos de seguro, emprego e residência cumpridos pelos trabalhadores nos diferentes Estados-Membros, de beneficiar de prestações familiares pelos membros da família residentes no interior da Comunidade e ainda de transferir para o seu país as pensões de velhice, morte, invalidez e por acidente de trabalho, ou doença profissional. Ver os artigos 39º(2) do Acordo com a Argélia, 41º(2) do Acordo com Marrocos e 40º(2) do Acordo com a Tunísia.

⁹ De referir igualmente que idênticas normas foram ainda incluídas no Acordo de Associação entre a Comunidade Europeia com a República Federal da Jugoslávia, de 1980 (JO L 41, p. 2, de 14/2/1983), cuja vigência foi suspensa na sequência do eclodir da guerra naquele país.

¹⁰ Todos citados supra.

actividade profissional no Estado-Membro de residência.¹¹ O Tribunal recusou várias vezes distinguir o âmbito de aplicação pessoal da cláusula de não discriminação consoante o direito à prestação em causa fosse considerado pelo Direito nacional como um direito próprio, ou como um direito derivado da relação familiar com o trabalhador.

Nos acordãos referidos o Tribunal interpretou também o âmbito de aplicação material da mesma cláusula de não discriminação. O Tribunal decidiu que a noção de segurança social devia ser entendida de um modo idêntico à usada pelo já mencionado Regulamento 1408/71, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores e seus familiares que se deslocam no interior da Comunidade. Assim, o Tribunal determinou que os familiares de trabalhadores nacionais de países do Maghreb podiam beneficiar, em igualdade de circunstâncias com os nacionais, de prestações que são abrangidas pelo âmbito material do Regulamento 1408/71, quer de acordo com a letra das suas normas, quer segundo a interpretação feita pelo Tribunal dessas mesmas normas. Portanto, o Tribunal declarou que os familiares dos trabalhadores em questão podiam, nomeadamente, beneficiar de prestações como um subsídio de desemprego para jovens à procura do primeiro emprego, ou um subsídio para deficientes, ou um subsídio adicional para beneficiários de pensões de reforma ou invalidez, ou mesmo uma pensão de velhice concedida a pessoas que tenham sido residentes no país.¹²

O Tribunal considerou que nenhuma das pessoas mencionadas pode ser discriminada no que toca às referidas prestações de segurança social, com fundamento no facto de que, apesar de satisfazer todas as outras condições legais para beneficiar dessas prestações, não ter a nacionalidade exigida pela lei nacional aplicável. O Tribunal insistiu no facto, não evidente para todos os intervenientes nos processos, de que, para efeitos da aplicação da cláusula de não discriminação na segurança social, as pessoas que dela beneficiam “devem ser tratadas como se fossem nacionais dos Estados-Membros em questão”.¹³

Esta jurisprudência do Tribunal pode ser considerada como um modelo de protecção dos direitos dos nacionais de países terceiros. Em minha opinião esta jurisprudência constitui igualmente o resultado da

¹¹ Ver, respectivamente, os Processos Kziber, Yousfi, Krid e Hallouzi-Choho, citados supra.

¹² *Idem*.

¹³ Ver, v.g., os Processos Hallouzi-Choho (parágrafo 35) e Henia Babaheni (parágrafo 29), citados supra.

melhor interpretação possível das normas em causa, na medida em que o Tribunal não se deixou impressionar por argumentos formais avançados pelos Estados-Membros, nem por certas posições equívocas da Comissão das Comunidades. O Tribunal assegurou assim uma correcta interpretação teleológica das normas relevantes dos Acordos. O facto desta jurisprudência ser clara e constante só beneficia os destinatários dessas normas e uma boa aplicação das normas de Direito Comunitário. Isto tem permitido a aplicação dessas normas directamente pelos tribunais nacionais, em função das claras orientações do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Outros Acordos da Comunidade com Países Terceiros¹⁴

De entre os vários Acordos celebrados pela Comunidade com países terceiros, pode-se salientar o Acordo de Associação da Comunidade com a Turquia, de 1963,¹⁵ cujo artigo 12º estipula que as Partes Contractantes se inspirarão nos artigos 48 a 50 do Tratado da CEE para implementar gradualmente entre elas a liberdade de circulação de trabalhadores. Esta norma ainda não foi até hoje completamente aplicada. Entretanto, o Protocolo Adicional ao Acordo de Associação, de 1970,¹⁶ estipulou que até ao fim do seu primeiro ano de vigência o Conselho de Associação adoptaria medidas relativas à segurança social para "trabalhadores de nacionalidade turca que se desloquem dentro da Comunidade e para as suas famílias que nela residam."¹⁷ Estas medidas incluiriam um sistema para proceder à soma de períodos de seguro e emprego completados em vários Estados-Membros e respeitantes a "pensões de velhice, sobrevivência, e invalidez, bem como relativamente a prestações de serviços de saúde para trabalhadores e suas famílias residentes na Comunidade."¹⁸ As medidas a tomar pelo Conselho de Associação neste domínio deviam assegurar que as prestações familiares fossem pagas desde que a família do trabalhador residisse na Comunidade.¹⁹

¹⁴ Não analisaremos aqui as normas do Acordo do Espaço Económico Europeu, que, basicamente, fazem aplicar aos nacionais da Noruega, Islândia e Liechtenstein as regras de Direito Comunitário já aplicáveis aos nacionais de Estados-Membros da Comunidade Europeia.

¹⁵ JO 217, p.3687, de 29/12/1964.

¹⁶ JO L 293, p.3, de 29/12/1972.

¹⁷ Artigo 39º(1) do Protocolo.

¹⁸ Artigo 39º(2).

¹⁹ Artigo 39º (3).

Estas normas do Protocolo foram desenvolvidas pelo Conselho de Associação CEE-Turquia, com a adopção em Setembro de 1980 da Decision 3/80,²⁰ relativa justamente à aplicação da segurança social dos Estados-Membros aos trabalhadores turcos e aos seus familiares. Esta decisão fez aplicar a essas pessoas uma parte considerável das normas do Regulamento 1408/71, acima mencionado. Além disso, o Artigo 3º da Decisão estabelece um princípio geral de não discriminação em relação a nacionais do Estado de residência, incluindo o direito dos nacionais turcos poderem eleger ou ser eleitos para os órgãos de instituições de segurança social, o que, no Direito Comunitário aplicável a nacionais de países terceiros, é um privilégio exclusivo dos nacionais turcos.

Um processo está agora pendente perante o Tribunal das Comunidades no qual está em causa o direito a receber um complemento de prestações familiares por parte do cônjuge de um nacional turco, sendo este um estudante trabalhador em part-time. O Tribunal deve decidir se é possível neste Processo fazer uma interpretação semelhante à que o Tribunal aplicou para a cláusula de não discriminação dos Acordos com os países do Maghreb.²¹ Entretanto, dois artigos desta decisão (os artigos 12º e 13º, sobre totalização de períodos para efeitos de obtenção de pensões de invalidez, e também de velhice e sobrevivência, respectivamente) foram já considerados pelo Tribunal como não tendo efeito directo, atento o facto que a decisão 3/80 não conteria normas complementares de execução da regra que eles enunciam.²² Essas normas de execução já foram propostas pela Comissão ao Conselho, mas ainda não foram adoptadas por este.

Outros Acordos que incluem normas relativas à segurança social de nacionais de países terceiros na União Europeia são os Acordos Europeus, celebrados com países da Europa Central e de Leste,²³ e os Acordos de Parceria, celebrados com países da Comunidade de Estados Independentes. Estes Acordos, ao contrário dos Acordos com a Turquia e com os países do Maghreb, não consagram um princípio geral de não-discriminação baseada na nacionalidade. Porém, os Acordos Europeus e vários acordos de Parceria, prevêm a coordenação dos sistemas de segurança social dos Estados-Membros em benefício de trabalhadores

²⁰ JO C 110, p.60.

²¹ Processo C-262/96, Sema Sürül, JO C 269, p.19, de 14/9/1996.

²² Processo C-277/94, Taflan-Met, Recueil [1996] 4085.

²³ Incluindo os países bálticos.

nacionais dos países terceiros respectivos. O objectivo destas disposições é possibilitar a totalização de períodos de seguro, emprego e residência completados pelos trabalhadores nos vários Estados-Membros, para efeitos da obtenção de pensões por velhice, invalidez e morte, bem como para esses trabalhadores e suas famílias beneficiarem de serviços de saúde. Os Acordos estabelecem também a possibilidade de transferir pensões e prestações, excepto as não-contributivas. Nos Acordos Europeus são ainda garantidas aos trabalhadores prestações familiares para os membros das suas famílias, desde que estes sejam residentes legais no mesmo Estado-Membro. Isto difere mais uma vez dos Acordos com a Turquia e com os países do Maghreb, que exigem apenas que os familiares residam na Comunidade.²⁴

Comum a todos os Acordos já referidos é a exigência de que os trabalhadores e seus familiares abrangidos tenham trabalho e residência legais.

Um ponto a salientar a propósito das mencionadas normas de todos os Acordos é o de que, apesar de elas assegurarem uma importante protecção dos direitos relativos à segurança social dos nacionais de vários países terceiros que vivem na Comunidade, contudo, essas normas constituem apenas uma regulamentação parcial da matéria, quer em termos pessoais, quer em termos materiais. Há prestações e situações que não são abrangidas por essas normas e há nacionais de outros países terceiros que não são protegidas por elas. Faz portanto sentido analisar se estas pessoas poderão beneficiar de outras normas de Direito Comunitário relativas à segurança social.

Os não beneficiários de Acordos e o Regulamento 1408/71

O Tribunal das Comunidades já declarou que os trabalhadores nacionais de países terceiros não beneficiam da liberdade de circulação de trabalhadores na Comunidade.²⁵ Apesar disso, é interessante verificar o âmbito de aplicação pessoal do Regulamento 1408/71,²⁶ o instrumento

²⁴ Por outro lado, as normas sobre segurança social dos Acordos Europeus têm uma redacção não condicional, mas é previsto que cada Conselho de Associação tem competência para adoptar medidas de execução dessas normas. Entretanto, nos Acordos de Parceria apenas é previsto que as partes concluirão acordos para adoptar as normas "necessárias" à coordenação da segurança social.

²⁵ Ver Processo 238/83, Meade, Recueil [1984] p. 2631-9, em especial p.2638-9. Para uma discussão desta matéria ver a minha tese, "Third country nationals ...", op.cit., p.150-165.

²⁶ Citado supra.

que regula a aplicação dos sistemas de segurança social para os trabalhadores que beneficiam justamente da liberdade de circulação e se deslocam na Comunidade. O artigo 2º deste Regulamento declara que ele se aplica a trabalhadores nacionais de um Estado-Membro que se deslocam na Comunidade e seus familiares. Porém, a mesma disposição acrescenta que o Regulamento se aplica também a trabalhadores apátridas ou refugiados residentes num Estado-Membro e seus familiares e sobreviventes, apesar destes trabalhadores (à luz do Direito Comunitário) não terem o direito de se deslocarem dentro da Comunidade.

O Regulamento aplica-se ainda a sobreviventes de um trabalhador, independentemente da nacionalidade deste, desde que os seus sobreviventes sejam nacionais de um Estado-Membro, apátridas ou refugiados residentes num Estado-Membro. Portanto, mesmo que o trabalhador seja nacional de um país terceiro, depois da sua morte, os seus familiares antes referidos são protegidos pelo Regulamento 1408/71 do mesmo modo que se o falecido trabalhador fosse nacional de um Estado-Membro. Esta regra parece ser uma regra sensata em si mesma. Todavia, os seus limites, juntamente com os limites gerais do sistema em que ela se inclui, podem conduzir a algumas situações que se podem considerar, no mínimo, bizarras.

Primeiro, não só esse trabalhador (nacional de um país terceiro) tem que morrer para que a sua família possa tirar um total benefício do trabalho dele, como a sua família poderá beneficiar desse trabalho de um modo que ele nunca poderá beneficiar, ... porque ele era um nacional de um país terceiro. Por exemplo: esse trabalhador não poderá ele próprio tirar partido do Regulamento pedindo a totalização dos períodos de seguro para obter uma pensão de velhice. O que é ainda pior é que, no caso do trabalhador ter uma incapacidade permanente para trabalhar, nem os seus familiares, nem o próprio trabalhador, podem ser protegidos pelo Regulamento. Toda esta situação parece ser muito estranha, para não dizer surrealista. A família desses trabalhadores é legalmente protegida pelo Regulamento só se o trabalhador falecer, e não de outro modo, independentemente de saber qual a situação física, mental ou financeira desse trabalhador e da sua família, e das necessidades de todos eles.

Por outro lado, a aplicação do critério da nacionalidade na protecção dos vários familiares do trabalhador (nacional de um país terceiro), na sequência da sua morte, não é menos bizarra. A situação de um ou uma nacional de um Estado-Membro, que é cônjuge do trabalhador, contrasta nitidamente com a situação do cônjuge desse trabalhador quando esse cônjuge é nacional de um país terceiro. O cônjuge nacional de um Estado-

Membro é protegido pelo Regulamento, enquanto que o cônjuge que é nacional de um país terceiro não recebe nenhuma protecção. Numa situação igualmente incompreensível podem encontrar-se os vários filhos de um mesmo trabalhador (nacional de um país terceiro). Os filhos com a nacionalidade de um Estado-membro são protegidos pelo Regulamento, enquanto que os seus irmãos com a nacionalidade de um país terceiro já não são. Apenas com o fundamento na sua diferente nacionalidade...

A aplicação deste modo do critério da nacionalidade, para decidir se uma pessoa beneficia ou não da protecção do Regulamento 1408/71, parece ser claramente discriminatória. Ela é injusta para as pessoas em causa. Trata-se de um tratamento distinto entre pessoas que se encontram na mesma situação material, não tendo esse tratamento justificação legitimadora plausível. Os períodos de seguro cumpridos e o trabalho efectuado pelo trabalhador não podem ser retroactivamente vistos como materialmente diferentes, consoante a nacionalidade desse trabalhador e dos membros da sua família que deles pretendem beneficiar.

Além disso esta aplicação do critério da nacionalidade não parece justificável no contexto actual da integração europeia, nomeadamente porque a competência ou soberania dos Estados-Membros nunca fica em causa. Realmente, na situação que acabei de referir estão em causa trabalhadores (e seus familiares) que foram autorizados por vários Estados-Membros a entrar, residir e trabalhar nos seus territórios ao abrigo das suas leis nacionais.

Conclusão

Há uma solução que permitiria evitar os vários problemas mencionados, incluindo quer o carácter lacunar e incompleto das normas do Acordos externos da Comunidade, quer as situações bizarras e discriminatórias a que conduz o actual âmbito pessoal do Regulamento 1408/71. Essa solução é a adopção pela Comunidade de regras claras, juridicamente vinculativas, estabelecendo um princípio de não discriminação na esfera da segurança social para todos os nacionais de países terceiros, que sejam residentes permanentes num Estado-Membro, ou que nele tenham nascido. Só uma solução que parta deste princípio pode solucionar os problemas demonstrados de uma maneira justa e juridicamente coerente.²⁷

²⁷ É de notar também que a Comissão previa apresentar propostas para a extensão do Regulamento 1408/71 a nacionais de países terceiros residentes na Comunidade, ver o

Por agora, uma tal igualdade, global e generalizada, encontra-se limitada ao campo da utopia, mas um recente acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem veio recentemente introduzir dados jurídicos novos na questão. No seu julgamento no Processo Gaygusuz,²⁸ esse Tribunal examinou uma recusa das autoridades austríacas de atribuírem a um nacional turco um subsídio de emergência para desempregados, apenas por ele não ser austríaco. O Tribunal decidiu que tal recusa constituía uma violação da cláusula de não discriminação inserida no artigo 14º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, analisado conjuntamente com o artigo 1º do Primeiro Protocolo à Convenção, que protege o direito de propriedade. O Tribunal considerou que o subsídio em causa era um direito pecuniário para efeitos deste último artigo, não podendo assim ser negado com base na mera nacionalidade do interessado. Esse fundamento não era uma justificação objectiva e razoável.

Seguramente que este acórdão não chega para fazer mudar radicalmente o Direito Comunitário relativo à segurança social de nacionais de países terceiros. Todavia, parece claro que este acórdão se enquadra numa tendência que se orienta para o reforço dos direitos dos estrangeiros, no sentido da sua igualdade com os nacionais do país de residência. É essa a estrada justa.

relatório da Comissão sobre o progresso na implementação do programa de acção social de médio termo 1995-97, in *Europa Social*, suplemento 4/96, p. 39. Essa extensão foi também defendida, nomeadamente pelo Relatório do Grupo de Alto Nível sobre a Liberdade de Circulação de Pessoas, apresentado à Comissão em 18 de Março de 1997, p.78.

²⁸ Julgamento de 16/9/1996, Gaygusuz c.Austria, Processo nº39/1995/545/631.



VÁRIA

PERSPECTIVAS DO MERCOSUL

O Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai", firmado em Assunção, no dia 26 de março de 1991, consigna no ser art. 1º a decisão dos Estados Partes de constituir um Mercado Comum em menos de quatro anos.

O art. 5º do Tratado de Assunção enumera os principais instrumentos para a constituição do Mercosul:

- o programa de liberação comercial, mediante reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, chegando-se, como se chegou, ao término do período de transição com tarifa zero;
- a eliminação e restrições não tarifárias, medidas de efeito equivalente ao de outras restrições ao comércio entre os quatro países;
- a coordenação de políticas macroeconômicas, gradual e convergente com o programa de reduções tarifárias e com a supressão de restrições não tarifárias;
- a adoção de uma tarifa externa comum;
- a realização de acordos setoriais relativos à melhor utilização e mobilidade dos fatores de produção e obtenção de escalas operativas eficientes.

Passados pouco mais de sete anos, cabe perguntar se foi alcançado o objetivo precípuo do Tratado de Assunção que, repita-se, é a constituição de um Mercado Comum. O programa de Liberação Comercial, constante do anexo I do Tratado de Assunção foi executado rigorosamente de acordo com o cronograma de reduções tarifárias. O art. 1º desse anexo prevê o mesmo limite de tempo, inicialmente fixado para o período de transição (31/XII/94), para a extinção das demais restrições aplicadas ao comércio recíproco entre os Estados Partes, ou seja, toda e qualquer "medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer natureza,

mediante a qual um Estado Parte impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco". Muitas restrições, sobretudo medidas de efeito equivalente, continuam obstruindo o comércio entre os quatro países e, de quando em vez, novos obstáculos perturbam as relações entre eles.

A resistência à criação de instituições supra-estatais, notadamente de um órgão jurisdicional favorece o descumprimento da obrigação de abolir as restrições quantitativas à entrada e à saída de mercadorias, as medidas de efeito equivalente e os encargos equivalentes aos direitos aduaneiros. Isto explica porque ainda não chegou ao fim a primeira etapa do processo de formação do Mercado Comum (zona de livre comércio).

Em 1º de janeiro de 1995 iniciou-se a Segunda etapa de constituição do Mercado Comum (união aduaneira). A substituição de quatro territórios aduaneiros por um só não abrange, porém, a totalidade do intercâmbio de mercadorias com terceiros países. Por enquanto não há união aduaneira mas união tarifária em constituição, cujo acabamento está marcado para o fim do ano 2005. Ao que tudo indica, nessa altura do processo a união aduaneira propriamente dita estará numa "fase ainda inacabada", para usar a expressão que E. Mariño Rodriguez (*Dictionnaire juridique des Communautés européennes, Union douanière*, p. 1.121) aplica à união aduaneira da Comunidade Européia, e considera uma fase mais avançada que a união tarifária e a simples zona de livre comércio.

Os Estados membros do Mercosul deram-lhe uma estrutura institucional que corresponde à das organizações internacionais de cooperação. Os três órgãos dotados de capacidade decisória (Conselho do Mercado Comum, Grupo Mercado Comum e Comissão de Comércio de Mercosul) são de natureza intergovernamental, compostos, respectivamente, por ministros dos quatro países, por pessoas designadas pelos governos destes, inclusive representantes de ministérios e bancos centrais, e por pessoas designadas pelos mesmos governos.

A estrutura orgânica do Mercosul, a inexistência de normas comunitárias diretamente aplicáveis e de um órgão jurisdicional supra-estatal explicam o avanço do Mercosul no terreno das relações econômicas, permanecendo não obstante os entraves ao comércio entre os Estados membros, consistentes em medidas de efeito equivalente aos direitos aduaneiros que foram abolidos.

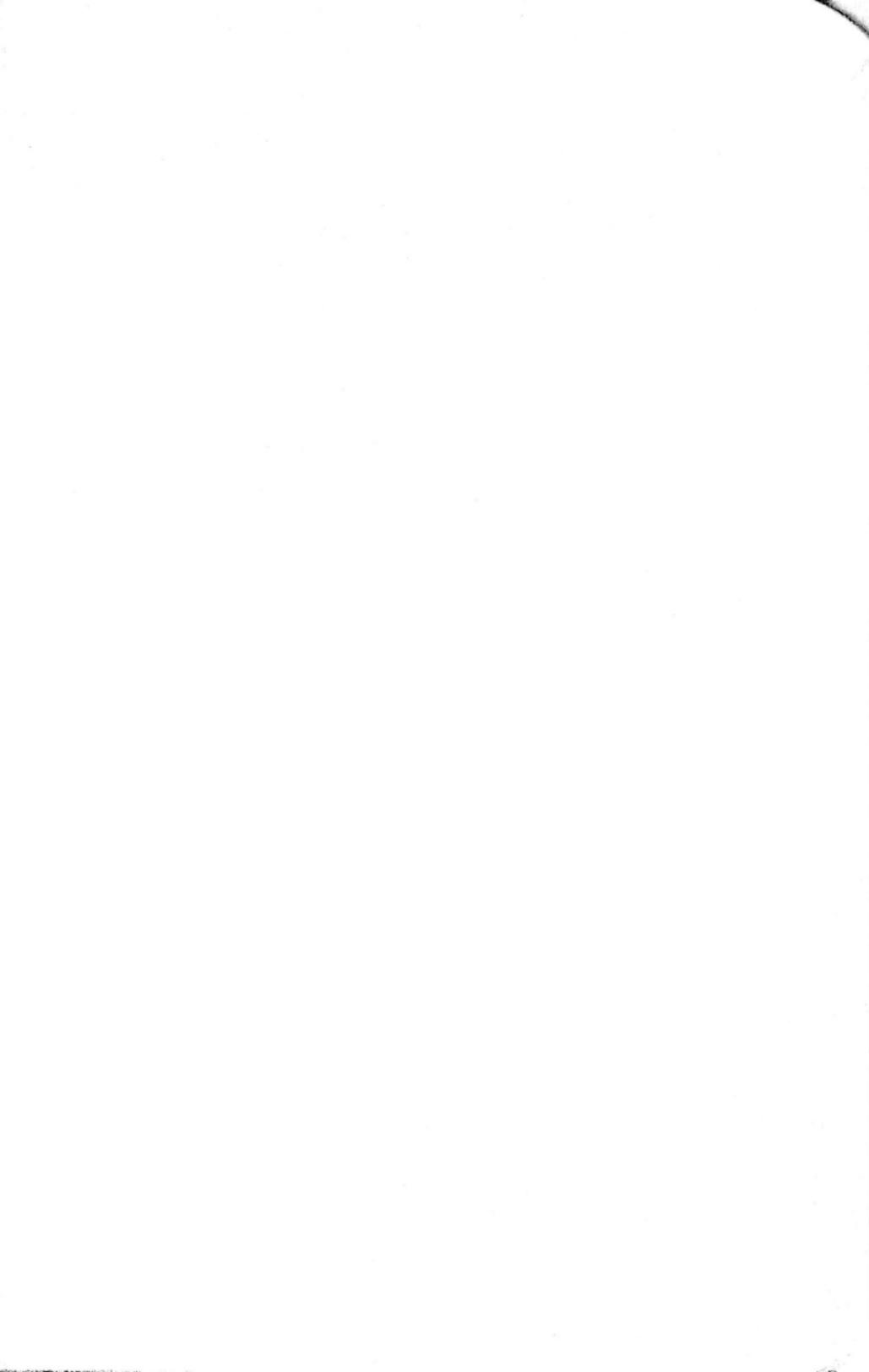
As autoridades fazem por desconhecer o papel que o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias desempenhou no estabelecimento desta. Pode-se dizer que se não fosse a clarividência dos seus juizes, aliada firmeza com que procederam à eliminação dos obstáculos existentes

à criação de um mercado comum, a Comunidade Européia não teria conhecido o êxito que alcançou.

O que ainda resta para concluir o estabelecimento da zona de livre comércio e da união aduaneira não pode ser subestimado. Os povos dos quatro países querem ver ultimadas essas duas fases do processo de constituição do Mercosul e iniciada a última e mais complexa. Para isso será necessária a revisão da sua estrutura institucional, conforme prevê o art. 47 do Protocolo de Ouro Preto, criando-se pelo menos um órgão administrativo permanente supra-estatal e um tribunal de justiça. Caso contrário, aquele objetivo final do Tratado de Assunção será um propósito frustrado. Como esperam os defensores de interesses contrários à integração sub-regional, e mais da integração latino-americana, será inevitável o desaparecimento do Mercosul numa área hemisférica de livre comércio capitaneada pelos Estados Unidos, antes de Ter sido uma zona de livre comércio e uma união aduaneira plenas.

Werter Faria*

* Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI) e Presidente da Associação de Estudos de Integração da Comunidade Européia no Brasil (ECSA-Brasil)



RECENSÕES

LOPES PORTO, Manuel Carlos, *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, 2ª edição, atualizada e integral, Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

O professor Manuel Porto brinda os leitores de fala portuguesa com um impressionante volume de quinhentas páginas onde discorre em detalhe sobre a teoria das integrações regionais e as políticas comunitárias da União Européia. Único em nossa língua, a amplitude e profundidade do trabalho impressionam ainda mais a quem conhece o autor. Homem de múltiplas atividades, todas muito bem desempenhadas com inteligência e *aisance* singulares, Manuel Porto encontrou tempo – até durante vãos internacionais, como testemunhado por este crítico – para nos oferecer uma obra de grande utilidade e que, sem dúvida, fará história.

O livro é fruto do ensino que vem ministrando no Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. No entanto, o seu público transcendendo os antigos e futuros alunos do referido curso. Evitando o formalismo matemático, sem contudo sacrificar a lógica e a profundidade dos desenvolvimentos teóricos, o texto serve a economistas, advogados, funcionários governamentais, políticos, jornalistas e a todos os interessados no fenômeno das integrações. O fato de motivar e ilustrar a maioria das discussões com extensos exemplos da experiência portuguesa – da qual o autor é um dos analistas mais conhecidos – e a didática e perceptiva discussão das políticas comunitárias dão à obra uma dimensão concreta, aproximando-a de qualquer cidadão que queira conhecer melhor os seus temas. Trata-se pois, a nosso ver, de labor que representa à perfeição o melhor do espírito acadêmico português: sério e profundo, sem jamais perder a dimensão prática dos assuntos e das coisas.

* Esta resenha foi publicada apenas em parte no número anterior. Republica-se, agora, na íntegra.

Divide-se o livro em quatro partes. Uma versão anterior das duas primeiras já havia dado origem a um volume, Porto (1991), o que justifica o adendo "2ª edição, actualizada e integral" ao título.

A parte I discute os conceitos básicos da teoria do comércio internacional, necessários à compreensão das partes seguintes. A ênfase é nas contribuições teóricas que permitam explicar o porquê da existência do comércio. As teorias clássicas de Smith e Ricardo, e o teorema de Heckscher-Ohlin são abordados junto a outras teorias "menores" e a explicações pelo lado da demanda. Uma equilibrada discussão sobre o comércio intra-setorial e dois anexos técnicos encerram a parte. Gráficos e diagramas são bastante usados para desenvolver os argumentos teóricos. Gostamos particularmente do cuidado e clareza com que são listados os pressupostos das "grandes teorias", a clássica e a neo-clássica, nas seções 3.1.1 e 3.1.2; ponto muitas vezes negligenciado em textos congêneres. A apresentação das "explicações tecnológicas", na 3.1.3.1, é extremamente feliz.

A segunda parte estuda as restrições ao comércio. Após discorrer sobre as formas das restrições, a questão da sua medição é abordada. Analisa-se então os possíveis efeitos sobre sete categorias distintas, indo do consumo aos termos do comércio, e passando por domínios importantes e às vezes menos discutidos nos textos teóricos como a receita fiscal e as transferências de rendimentos. Um capítulo de apreciação, com algumas extensões, e dois anexos técnicos terminam esta parte. O conceito de proteção efetiva é particularmente bem explicado no capítulo 2, e a discussão sobre o argumento das indústrias nascentes é bastante completa e bem feita. A ênfase nos aspectos de *policy*, tanto nesta discussão como, na realidade, em toda a parte II, torna a mesma de especial utilidade aos advogados envolvidos em questões de comércio internacional e aos gestores públicos e privados. Nesta linha, só encontramso esforço semelhante na literatura em Trebilcock and howse (1995). Os exemplos do caso português são muito elucidativos.

Na terceira parte a teoria da integração é finalmente abordada em diversos capítulos e dois anexos técnicos. O autor procura manter uma atitude neutra na exposição dos diferentes argumentos contra e a favor das zonas de integração, praticamente esgotando o elenco das justificativas existentes para a sua criação e dando razoável espaço às críticas às mesmas e às dúvidas mais amplas com respeito ao "novo regionalismo." Um capítulo de oito páginas é dedicado às razões não económicas, muitas vezes olvidadas pelos textos e os próprios economistas e que são, não raro, geradoras de importantes consequências económicas.

A Quarta e última parte discorre sobre as políticas comunitárias. Aqui, uma outra faceta do autor, como um dos representantes de Portugal no Parlamento Europeu, é de grande valia, dando em tudo um toque de realidade e atualidade só possível por quem participa ativamente da construção europeia. São abordadas as políticas ligadas à promoção da concorrência e da circulação, as políticas setoriais, a regional, o Ato Único Europeu e a questão atualíssima da união monetária. As em torno de duzentas páginas dedicadas a estes assuntos formam, dentro do livro, um alentado compêndio sobre a União Europeia, útil mesmo àqueles não diretamente interessados na teoria da integração. Para os leitores da América Latina e da África nos parecem de particular relevância as discussões sobre a política da concorrência, a política agrícola comum (PAC) e as políticas industrial e energética. Os estudiosos do Mercosul e sua ampliação sulamericana encontrarão ainda ensinamentos úteis nos itens sobre a liberdade de circulação dos fatores, a política regional e as questões monetárias.

O texto é enriquecido com mais de trezentos e cinquenta notas de pé de página que ampliam as explicações e remetem a uma variada e extensa bibliografia. Esta, pela sua extensão e diversidade, já justificaria a adoção do livro como fonte de referência obrigatória sobre os assuntos do título. O ecletismo do autor lhe permite citar desde estudos muito específicos sobre o comércio intra-industrial, ou utilizando sofisticados modelos de equilíbrio geral, a um artigo de Salazar, de 1940, sobre a independência e o prestígio da burocracia (quando discute, na parte II, a influência dos grupos de pressão).

Durante toda a obra, o escritor mantém-se fiel ao palestrista, para quem a quantidade e o nível técnico das informações transmitidas não são jamais convite à monotonia. O estilo é surpreendentemente leve, se se pode dizer isto de um livro técnico; mantendo uma agradável uniformidade e coerência, em que pese a variedade dos assuntos. Os leitores brasileiros deleitar-se-ão adicionalmente com certos termos e construções "mais de Portugal", que, talvez mesmo por seu menor uso no Brasil, nos são tão caras.

Em conclusão, Manuel Porto realizou um *tour de force* sobre a teoria da integração e as políticas comunitárias; denso, profundo, porém acessível a todos os leitores de boa vontade e real interesse. Um livro-texto clássico, a ser adotado "aquém e além mar" como referência básica ou suplementar em cursos universitários de graduação e pós-graduação, ou – principalmente devido à parte IV – em formações e cursos aplicados de comércio internacional. Será também de grande utilidade a uma variada

gama de profissionais, funcionários e homens públicos. Só nos resta cumprimentá-lo pelo extraordinário trabalho, que certamente terá uma longa e frutuosa trajetória.

Renato Flóres

REFERÊNCIAS

Porto, Manuel C. L. 1991. *Lições de Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, 1º volume: O comércio e as Restrições ao Comércio, Livraria Almedina, Coimbra.

Trebilcock, Michael J. and Robert Howse. *The Regulation of International Trade*, Routledge, London, 1995.

Distribuidoras:

LIVRARIA ALMEDINA

Arco de Almediana, 15

3000 Coimbra

Portugal

Tel: (039) 4191902

Fax: (039) 4191091

LIVRARIA CULTURAL DA GUANABARA, LTDA.

Rua da Assembléia, nº 10, Loja 10-g

Cep. 20011-000 - Rio de Janeiro

Brasil

Tel: (021) 5311790/5312199/5311932

Fax: (021) 5311126

LIVRARIA DOS ADVOGADOS EDITORA, LTDA

Rua Riachuelo, 201, 3º andar, Cj. 3-B

Cep. 01007-905 - São Paulo

Brasil

Tel: (011) 6073979/6068678

Fax: (011) 6076878

Distribuidoras:

LIVRARIA ALMEDINA

Arco de Almedina,15

3000 Coimbra

Portugal

Tel: (039) 4191902

Fax: (039) 4191091

LIVRARIA CULTURAL DA GUANABARA, LDA.

Rua da Assembleia, n.º 10, Loja 10-g,

Cep. 200 11-000 – Rio de Janeiro

Brasil

Tel: (021) 5311790/5312199/5312757/5311932

Fax: (021) 5311126

LIVRARIA DOS ADVOGADOS EDITORA, LDTA

Rua Riachuelo, 201, 3.º andar

Cj. 3-B

Cep. 01007-905 – São Paulo

Brasil

Tel: (011) 6073979/6068678

Fax: (011) 6076878