

# TEMAS DE INTEGRAÇÃO

1º Semestre de 2004 · n.º 17



ALMEDINA

## **Temas de Integração**

### **Publicação Semestral**

#### **Directores:**

Manuel Porto e Francisco Amaral

#### **Conselho Científico:**

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

#### **Secretário da Redacção:**

J. Santos Quelhas

#### **Editor:**

LIVRARIA ALMEDINA - COIMBRA | [www.almedina.net](http://www.almedina.net)

#### **Distribuidores:**

LIVRARIA ALMEDINA  
ARCO DE ALMEDINA, 15  
TELEF. 239851900  
FAX 239851901  
3004-509 COIMBRA - PORTUGAL | [livraria@almedina.net](mailto:livraria@almedina.net)

LIVRARIA ALMEDINA  
ARRÁBIDA SHOPPING, LOJA 158  
PRACETA HENRIQUE MOREIRA  
AFURADA  
4400-475 V. N. GAIA - PORTUGAL | [arrabida@almedina.net](mailto:arrabida@almedina.net)

LIVRARIA ALMEDINA - PORTO  
R. DE CEUTA, 79  
TELEF. 22 2059773  
FAX 22 2039497  
4050-191 PORTO - PORTUGAL | [porto@almedina.net](mailto:porto@almedina.net)

EDIÇÕES GLOBO, LDA.  
R. S. FILIPE NERY, 37-A (AO RATO)  
TELEF. 21 3857619  
FAX 21 3844661  
1250-225 LISBOA - PORTUGAL | [globo@almedina.net](mailto:globo@almedina.net)

LIVRARIA ALMEDINA  
ATRIUM SALDANHA  
LOJAS 71 A 74  
PRAÇA DUQUE DE SALDANHA, 1  
TELEF. 213712690  
1050-094 LISBOA | [atrium@almedina.net](mailto:atrium@almedina.net)

LIVRARIA ALMEDINA - BRAGA  
CAMPUS DE GUALTAR,  
UNIVERSIDADE DO MINHO,  
4700-320 BRAGA  
TELEF. 253678822 | [braga@almedina.net](mailto:braga@almedina.net)

Julho 2004

#### **Execução Gráfica:**

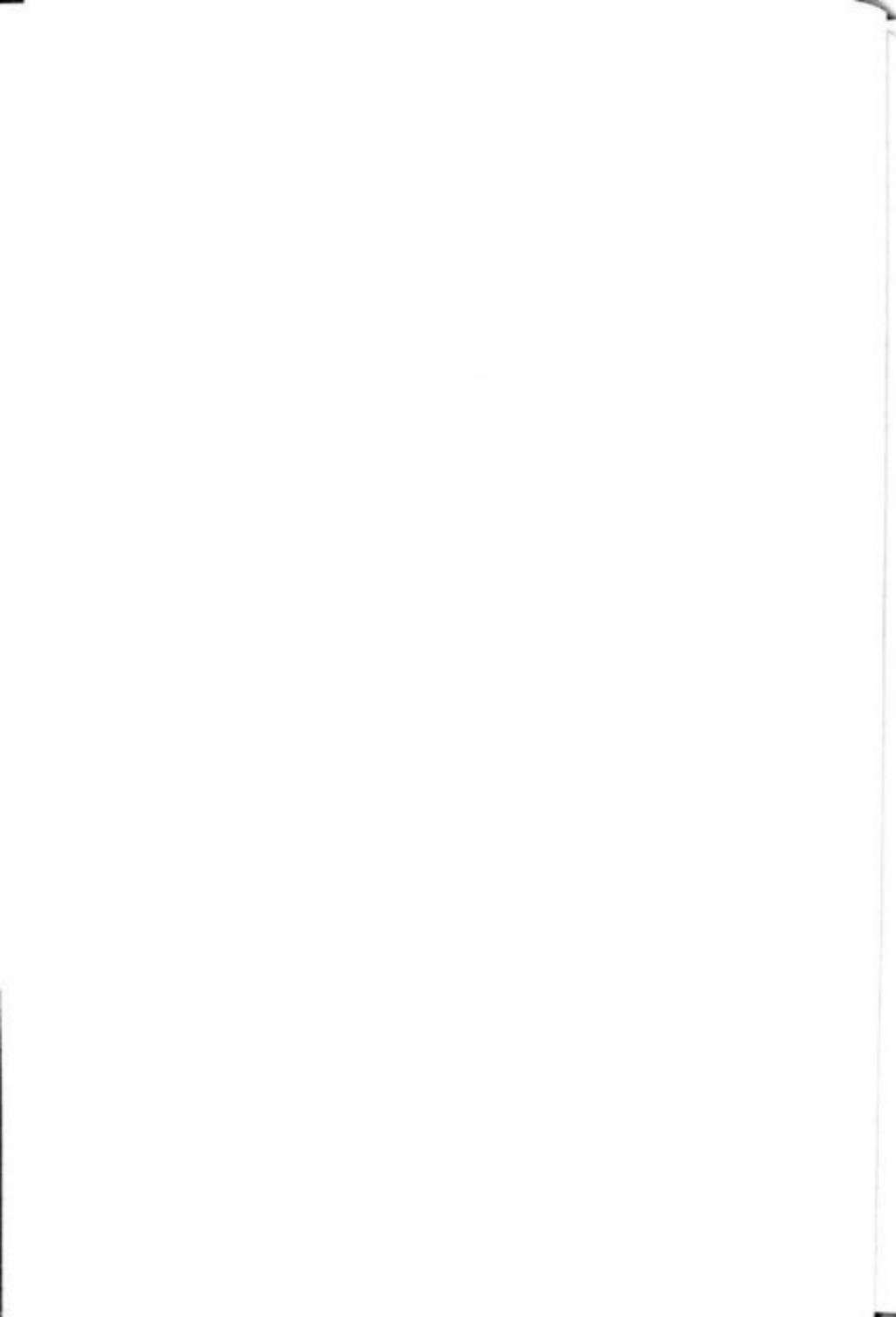
G.C. - GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.  
Email: [producao@graficadecoimbra.pt](mailto:producao@graficadecoimbra.pt)

Depósito Legal n.º 14030/99

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

# TEMAS DE INTEGRAÇÃO

1º SEMESTRE DE 2004  
N.º 17



## ÍNDICE

### ARTIGOS

- O Brasil Frente à Institucionalização e ao Direito do Mercosul  
por *Adriana Dreyzin de Klor e Diego P. Fernández Arroy* ..... 5
- De Iguaçú a Ouro Preto: A Árdua Jornada do Mercosul  
por *Maria Cândida Galvão Flores* ..... 43
- Apontamentos sobre a Liberdade de Estabelecimento das Sociedades  
por *Alexandre Mota Pinto* ..... 59

### JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

- O Acórdão Inspire Art LDT.: Novo Incentivo Jurisprudencial à Mobilidade das Sociedades na União Europeia  
por *Maria Ângela Coelho Bento Soares* ..... 123

### RECENSÃO

- Economics of Enlarging European Union  
por *Manuel Porto* ..... 163

### VÁRIA

- Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: Construir o nosso Futuro em Comum – Desafios políticos e recursos orçamentais da União alargada, 2007-2013 ..... 167



# O BRASIL FRENTE À INSTITUCIONALIZAÇÃO E AO DIREITO DO MERCOSUL\*

por *Adriana Dreyzin de Klor*\*\*  
e *Diego P. Fernández Arroyo*\*\*\*

SUMÁRIO: I. Introdução. – II. O Brasil frente à institucionalização do MERCOSUL: 1. O problema da institucionalização; 2. As atitudes brasileiras e seus argumentos; 3. O Protocolo de Olivos como solução de compromisso transitória. – III. O Brasil na prática do sistema mercosulino de solução de controvérsias: 1. A longa sombra da OMC; 2. O cumprimento efetivo dos laudos arbitrais; 3. A prática hipotética num sistema institucionalizado. – IV. O Juiz brasileiro e o direito do MERCOSUL: 1. O direito do MERCOSUL como direito internacional; 2. O direito do MERCOSUL como direito para a integração. – V. Conclusões: 1. O pragmatismo dos idealistas; 2. A necessidade de uma correta aplicação do direito do MERCOSUL.

## I. Introdução

Com dados de 2002, o Brasil representa, dentro do MERCOSUL, quase 80 % da população, 72% da superfície continental e cerca de

\* Os autores agradecem sinceramente a indispensável colaboração de Paula Schlee na redação da versão em português deste trabalho.

\*\* Professora Titular de Direito Internacional Privado e Doutora em Direito e Ciências Sociais da Universidade Nacional de Córdoba (Argentina). Professora convidada do MILA, Universidade Federal de Santa Maria.

\*\*\* Professor Titular de Direito Internacional Privado e Doutor em Direito da Universidade Complutense de Madrid (Espanha). Professor visitante no Centro de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

70% do produto bruto. A despeito da reconhecida frieza dos números e das estatísticas, não parece exagero ter presente que estes dados sempre se encontram, direta ou indiretamente, à origem das decisões ou atitudes das autoridades brasileiras que concernem à definição de seus mecanismos de relacionamento externo, em particular as relacionadas ao processo de integração mercossulino.

De fato, as dimensões populacional, geográfica e econômica do Brasil constituíram a base objetiva para o desenvolvimento de uma política em prol da liderança do país dentro da América Latina e, sobretudo, da América do Sul. A política do Itamaraty, sob a batuta de governos bastante distintos, oferece muitos exemplos do enorme interesse da União em transformar essa superioridade numérica em liderança internacional<sup>1</sup>. A busca de um assento permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas<sup>2</sup>, a preocupação com a política exterior do governo espanhol para a América ibérica<sup>3</sup> e a nova ofensiva em favor do estabelecimento de laços comerciais estáveis entre o MERCOSUL e a Comunidade Andina de Nações (CAN)<sup>4</sup> constituem amostras significativas nesse sentido.

<sup>1</sup> Ver S. DANESI, "¿Liderazgo brasileño?", *Foreign Affairs en español*, 1, 2001-3, p. 157-181.

<sup>2</sup> Ver L.A. DE A. CASTRO, "O Brasil e o sistema de segurança internacional das Nações Unidas, do Conselho de Segurança e dos organismos de não proliferação", em A. REBELO / L. FERNANDES / C.H. CARDIM (org), *Seminário Política externa do Brasil para o século XXI*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2003, p. 147-148.

<sup>3</sup> Ver B. AYLLÓN / F. KINOSHITA, "Brasil frente a la política de España en Latinoamérica", *Secuencia*, 43, 2001, p. 165-182.

<sup>4</sup> Tal ofensiva é percebida por alguns comentaristas como o relançamento da idéia apresentada, anos atrás, pelo atual Chanceler do Governo brasileiro, Celso Amorim, quando ocupava o mesmo cargo durante a Presidência de Itamar Franco: a da criação da ALCSA (Área de Livre Comércio da América do Sul). Ver C. Rossi, "Coesão de novo bloco é questionada", *Folha de S.Paulo*, 24/8/2003, p. A16. Ver também do mesmo colunista, na mesma página, "Acordo quer tornar região 4º pólo mundial" e, na p. A2, "A última utopia?". Falamos de "nova ofensiva" porque a idéia da criação de uma zona de livre comércio entre a CAN e o MERCOSUL sofreu muitos avanços e recuos desde que, em 16 de abril de 1998, foi firmado o Acordo Marco para conseguir tal objetivo. Entre outros aspectos, cabe recordar que os Chefes de Estado dos dois blocos estabeleceram, em setembro de 2000, em Brasília, um prazo limite para a constituição de dita zona de livre comércio, que expirava em janeiro de 2002. Embora ainda não se tenha alcançado tal objetivo, o que de fato foi firmado entre os nove Estados, em 2002, foi o Acordo de Complementação Econômica nº 56. Recentemente, em 4/8/2003, realizou-se uma reunião de Chanceleres de ambos os blocos, em Montevidéu, onde se renovou o compromisso de concluir as

Em que pese a evidente importância que o desempenho de tal liderança tem para o Brasil<sup>5</sup> no estado atual das relações internacionais, não é essa questão em si que nos ocupa neste trabalho. O destaque atribuído a esses dados deve-se, em realidade, ao fato de que eles constituem um parâmetro a ser considerado quando se trata de analisar as atitudes brasileiras com relação ao MERCOSUL, sua eventual institucionalização e seu ordenamento jurídico, do mesmo modo que historicamente exerceram influência considerável na maneira particular pela qual este país concebeu suas relações com outros Estados<sup>6</sup>, a política de adesão a tratados internacionais e os critérios jurídicos para a aplicação destes. É preciso esclarecer, de pronto, que algumas das atitudes ou argumentos que neste trabalho são atribuídos às autoridades brasileiras também foram verificados em alguns de seus sócios, como pontualmente colocaremos em relevo; destacamos as correspondentes ao Brasil precisamente porque este estudo dedica-se, em particular, a este país e pelo o enorme impacto que suas decisões têm dentro do bloco.

Tendo em conta os dados antes mencionados, mas sem deles ocupar-nos especificamente, nossa tarefa consistirá, então, em levar a cabo a análise dessas atitudes brasileiras, ocupando-nos, em primeiro lugar, das que se manifestam em relação à institucionalização do sistema de integração (II); em seguida, examinaremos as que dizem respeito aos litígios submetidos à arbitragem no seio do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL (III); mais adiante, enfocaremos as protagonizadas pelos juízes e tribunais brasileiros quando da interpretação e aplicação das normas do bloco (IV); e finalizaremos com breves conclusões (V).

---

negociações para a zona de livre comércio antes do final de 2003. A vinculação direta da qual já desfruta a Bolívia em relação ao MERCOSUL, assim como o acordo concluído com o Peru e a solicitação apresentada pela Venezuela, em junho de 2003, corroboram esta percepção. Ver também P.G.F. VIZENTINI, "América do Sul, espaço geopolítico prioritário do projeto nacional brasileiro", em A. REBELO / L. FERNANDES / C.H. CARDIM (org), *op. cit.*, p. 183-211.

<sup>5</sup> E também, logicamente, para os demais Estados da região, nem sempre em perspectiva coincidente.

<sup>6</sup> Nas palavras do ex-chanceler Celso Lafer: "Durante muito tempo, o Brasil viu no distanciamento do mundo a forma de defender sua autonomia". Ver "O Brasil e sua inserção no mundo", em C. LAFER, *Mudam-se os tempos. Diplomacia brasileira 2001-2002*, Brasília, FUNAG/IPRI, 2002, p. 170.

## II. O Brasil frente à institucionalização do MERCOSUL

### 1. O problema da institucionalização

Entre outras acepções, costuma-se falar da institucionalização do MERCOSUL como um processo que dotaria o sistema de órgãos permanentes, aptos a atuar de maneira autônoma em relação aos Estados Partes. Esse entendimento do vocábulo implicaria, ao menos em certa medida, a modificação do esquema atual de integração, passando do intergovernamental ao supranacional. Ainda que, ao se produzir, a institucionalização pudesse adquirir um alcance importantíssimo nos âmbitos executivo e legislativo, até ao momento, contudo, tal utilização do termo produz-se especialmente quando se discute a eventual substituição do modelo atual de solução de controvérsias, baseado na negociação direta e na arbitragem *ad hoc*<sup>7</sup>, por outro modelo que consiste na criação de um tribunal de justiça<sup>8</sup>.

Deve-se notar, ademais, que após a entrada em vigor do PO, o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL continuará desprovido de caráter permanente, em que pese ter o Tratado de Assunção (TA) estabelecido, no número 3 de seu Anexo III, que se adotaria um sistema com tal caráter ao final do curto período transitório então previsto, limite confirmado pelo art. 34 PB<sup>9</sup>. De fato, o PO ainda não

---

<sup>7</sup> Neste sentido, o modelo "atual" abarca tanto o sistema hoje vigente (contido no Protocolo de Brasília sobre o sistema de solução de controvérsias - PB, em seu Regulamento - RPB, e no Anexo ao Protocolo de Ouro Preto sobre estrutura institucional - POP), como o que em breve entrará em vigor (contido no Protocolo de Olivos - PO), à condição que o Brasil complete o processo de ratificação que já foi concluído por seus três sócios.

<sup>8</sup> Ver A.C. MELO, "Supranacionalidade e integração no MERCOSUL", em A. DA SILVA ILHA / D. VENTURA (orgs.), *O MERCOSUL, em movimento II*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 13-35. A importância de contar com um órgão supranacional permanente, que exerça o controle de legalidade, que se dote de poderes para unificar a interpretação de suas fontes jurídicas e que atue como órgão jurisdicional provido das competências necessárias para conferir ao processo garantias reais de justiça, foi posta em relevo em inúmeras oportunidades, o que levou a doutrina a quase invariavelmente referir-se ao modelo constituído pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE). Ver, em geral, C.C. LOCATELLI, *MERCOSUL. Tribunal arbitral ou permanente?*, Curitiba, Juruá, 2003. Ver, sobre esse ponto, *infra* III.3.

<sup>9</sup> Ver A. DRBYZIN DE KLOR, "El Protocolo de Olivos", *Rev. Dex Priv. Com.*, 2003, p. 570-621.

entrou em vigor, mas seu artigo 53 já nos indica que, antes de finalizar o processo de convergência da tarifa externa comum (agora previsto para 2006), efetuar-se-á uma revisão do mecanismo de solução de controvérsias instituído por este instrumento jurídico, a fim de adotar o sistema permanente exigido no mencionado item do Anexo III do TA.

É difícil, ao mesmo tempo em que carece de rigor, referir-se a uma "atitude brasileira" sobre a institucionalização do MERCOSUL como se ela pudesse ser uma conduta uniforme, eis que existem distintas sensibilidades a esse respeito. Um importante especialista refere precisamente a discussão que opõe, neste ponto, brasileiros "institucionalistas" e "pragmáticos", grupos que ele identifica respectivamente como a "quase totalidade dos acadêmicos que se dedicam à matéria"<sup>10</sup> e os "representantes governamentais"<sup>11</sup>. Antes de tecer alguns comentários sobre os elementos essenciais desta caracterização, parece-nos imprescindível fazer alguns apontamentos preliminares.

Por um lado, é preciso sublinhar a falta de homogeneidade em tais grupos. Com efeito, embora coincidamos com a impressão da tendência predominante que se nota entre os professores de Direito, é evidente que esse grupo não é, e nem poderia ser homogêneo. Tampouco o é o segundo grupo identificado, já que o governo, mesmo que de modo duvidoso limitemos o alcance do termo ao Poder Executivo, tem representado a síntese de um mecanismo de alianças, e isso em todas as Presidências brasileiras desde a assinatura do Tratado de Assunção. Parece igualmente claro que no seio de cada partido político existiram e existem posturas diferenciadas diante de cada um dos problemas que o governo enfrenta<sup>12</sup>. Além disso, quando se fala em "governo", deve-se ter em conta, no mínimo, duas questões adicionais: de uma parte, que as mudanças resultantes de cada eleição costumam desembocar numa mudança correlativa de prioridades, tanto na política interna quanto na internacional<sup>13</sup>; de outra parte, que os

<sup>10</sup> No mesmo sentido, N. DE ARAUJO, "Solución de controversias en el MERCOSUR", *JA*, 6052, 1997, p. 4; ver também P. B. CASILLA, *MERCOSUL, exigências e perspectivas*, São Paulo, LTr, 1996, p. 178.

<sup>11</sup> W. BARRAL, "O Protocolo de Olivos e o MERCOSUL", *Seqüência*, 44, 2002, p. 152-155.

<sup>12</sup> Os processos atuais de reforma do sistema de aposentadorias e de reforma tributária são exemplos eloquentes a este respeito.

<sup>13</sup> Neste sentido, ainda que desde a sua criação o MERCOSUL tenha sido a prioridade número um da política exterior brasileira (cf. C. LAFER, *op. cit.*, p. 165 - "Frentes da integração" - e p. 198 - "Prioridades comerciais brasileiras: o caminho

governos mudam, mas algumas estruturas mantêm uma dinâmica particular, o que habitualmente ocorre com as chancelarias.

Por outro lado, além da falta de homogeneidade destes dois grupos, deve-se destacar a presença de outros atores cuja influência é decisiva quando da tomada de decisões relevantes, com peso indubitavelmente maior do que o desfrutado pelo grupo dos acadêmicos. Um dos atores que no Brasil detém singular força é o Poder Judiciário, particularmente representado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), "atores relevantes da política interna brasileira"<sup>14</sup>. Outro exemplo de ator relevante é o conhecido como lobby empresarial, integrado por algumas entidades muito influentes como a FIESP. Além das lideranças destes grupos e de sua influência na definição das grandes linhas da integração, deve-se lembrar que, no cotidiano, podem ter muita importância as decisões de cada juiz e de cada empresa, e que, por conseguinte, as atitudes da "cabeça" podem funcionar também como exemplos (positivos ou negativos) para todo o "corpo"<sup>15</sup>.

Feitos esses apontamentos, o que se deve ter em conta, primeiramente, é que a utilização dos qualificativos de "institucionalistas" e "pragmáticos" não é de todo neutra. Isto porque, sobretudo no âmbito político, o pragmatismo tende a ser identificado com uma atitude realista e, portanto, responsável, enquanto os excluídos dessa categoria costumam ser batizados, na melhor das hipóteses, de "idealistas". Quer dizer, em certa medida, na caracterização de Barral, os "institucionalistas" não teriam "os pés no chão". Claro que, do mesmo modo, estes poderiam chamar seus oponentes de "conservadores" ou, ainda pior, "imobilistas", em lugar de "pragmáticos".

---

à frente"), na atual administração tal importância parece ter-se acentuado. Ver, entre outras manifestações oficiais, o Comunicado conjunto dos Presidentes Lula e Kirchner, emitido em Brasília, em 11 de junho de 2003.

<sup>14</sup> W. BARRAL (nota 11), p. 152-153.

<sup>15</sup> Não é demais recordar que embora o Brasil não estivesse representado na adoção da "Carta de Ouro Preto" de 21/9/1996, na qual as mais altas autoridades dos Poderes Judiciários dos Estados mercosulinos pronunciam-se claramente pela necessidade de um tribunal supranacional (ver G. S. ÁLVAREZ / E. I. HIGHTON, "¿Hacia un tribunal transnacional para el MERCOSUR?, *LL suplemento actualidad*, 26/11/1996, p. 1-2), um Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pronunciou-se no mesmo sentido (ver S. F. TEIXEIRA, "A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do MERCOSUL e a imprescindibilidade da Corte Comunitária", *RDM*, 1998-5, p. 106-108).

## 2. As atitudes brasileiras e seus argumentos

O que, ao contrário, não admite leituras duplas no artigo do professor de Santa Catarina é sua constatação da existência de uma "oposição brasileira à instalação de um sistema permanente" para a solução de controvérsias, atitude que "pode ser compreendida pela postura de alguns de seus negociadores, que julgavam inadmissível a igualdade formal implantada por um sistema permanente, quando contrastada com as diferenças econômicas materiais entre os Estados Partes do MERCOSUL"<sup>16</sup>. Igualmente eloquentes são as palavras do autor quando afirma que "as indefinições quanto à consolidação da união aduaneira faziam o governo brasileiro temer compromissos definitivos, que gerassem empecilhos às demais negociações multilaterais nas quais o país também tinha interesse"<sup>17</sup>.

Em sendo corretas ambas as observações – e tudo leva a crer que sim – a oposição brasileira à institucionalização do MERCOSUL seria mais sólida e difícil de modificar do que alguns possam imaginar. A respeito das enormes diferenças objetivas entre os sócios do bloco, pode-se dizer que, enquanto forem consideradas como elementos inelutáveis em qualquer discussão sobre seus mecanismos de solução de disputas, não poderá existir nenhum avanço significativo neste âmbito. Mesmo conscientes das dificuldades de distintas índoles que daí decorreriam, cremos que se poderia chegar a admitir que, em se produzindo algum processo de institucionalização efetiva do MERCOSUL, as disparidades se reflitam de alguma maneira na tomada de decisões, sempre que isto se opere com a devida cautela e com a introdução das correções e dos contrapesos necessários para manter o equilíbrio e a solidariedade entre os Estados Partes. O que parece de mais difícil compreensão é que se pretenda usar a superioridade econômica, aberta ou veladamente, como argumento quando se fala do sistema que deveria garantir a correta aplicação, o cumprimento e a interpretação uniforme das normas jurídicas adotadas conjuntamente.

Ademais, ainda que nos situemos fora do marco da definição do sistema de solução de disputas, parece-nos que se algum elemento diferenciador entre os Estados que querem proceder à institucionalização de seu sistema de integração pudesse chegar a ser invocado,

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 153.

com vistas a contar com maior peso específico na tomada de decisões, este seria unicamente o critério demográfico, em virtude de um princípio democrático. Ao contrário, os dados que dizem respeito aos indicadores macroeconômicos somente podem provocar maiores obrigações para o Estado mais forte, já que, a rigor, o Estado que usufrui de maior poder econômico é claramente o que mais se beneficia do estabelecimento de um mercado integrado e, diante desses benefícios, necessariamente deve fazer concessões a seus sócios. Em razão disso, os maiores interessados em colocar a questão nesses termos seriam os parceiros, não o Brasil<sup>18</sup>.

Também se utiliza como argumento de teor economicista, contra o abandono do sistema arbitral e a favor de um judicial, o do custo que teria a instalação de um tribunal permanente. Esta tese não pode ser acolhida. De início, note-se que ninguém recolheu dados concretos sobre esse custo pretensamente muito elevado. O que sabemos, sim, é que os procedimentos arbitrais são muito caros. Até agora não houve muitos mas, na medida em que aumentem, é pouco provável que o menor orçamento destinado ao tribunal supere a soma dos gastos arbitrais. A seguir, quando se fala em custos elevados é preciso compará-los com algo equivalente. Por exemplo, será mais cara a instalação de um tribunal permanente do que a manutenção de um sistema judicial como o brasileiro que conta, somente no âmbito federal, com o STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes em matéria eleitoral, militar e de trabalho, e Tribunais e Juízes do Distrito Federal e Territórios?<sup>19</sup> Para concluir, ainda que de difícil mensuração, não temos dúvidas de que os custos provenientes da insegurança jurídica, tanto nos Estados como junto aos particulares, é infinitamente maior que o do melhor equipado tribunal que se possa conceber.

A postura contrária à institucionalização também tem sido sustentada por meio de argumentos jurídicos. Um deles é o que expressa a incompatibilidade de um tribunal supranacional com os termos da

---

<sup>18</sup> Com relação ao argumento indicado em *ibid.*, p. 153, referente ao presumido temor de vincular-se de maneira estável aos demais Estados do MERCOSUL, baseado na hipotética perturbação que isto poderia significar para outras negociações, ver *infra* III.1.

<sup>19</sup> A manutenção da justiça federal se destinaria somente 1% dos gastos federais, segundo cita O. A. DE CASTRO JR., *Introdução à História do Direito. Estados Unidos x Brasil*, Florianópolis, IBRADD / CESUSC, 2001, p. 251.

Constituição vigente no Brasil. A necessidade de reforma constitucional, tanto no Brasil quanto no Uruguai<sup>20</sup>, de modo algum pode servir como desculpa para não levar a cabo a institucionalização, eis que se está, reiterada e simultaneamente, aludindo o compromisso com o MERCOSUL. Se esse compromisso realmente existe e se a integração mercosulina é, de fato, a prioridade número um do governo, o impulso da reforma constitucional seria a sua melhor manifestação. Tal reforma não seria tão difícil de articular, no plano técnico, e se pode duvidar que implique custos políticos muito elevados para o partido no governo, se comparados a outros que foram assumidos nos primeiros meses de gestão. Porém, enquanto essa reforma não chegar, é preciso encontrar uma forma de garantir a efetiva aplicação da normativa vigente.

Outro argumento pretensamente jurídico que aparentemente é invocado é o da diminuição de poder que sofreria o máximo tribunal nacional em relação a um tribunal que seria supranacional por definição. A experiência de outros processos de integração que constituíram, com maior ou menor sorte, um tribunal supranacional parece mostrar exatamente o contrário: o Judiciário nacional acaba reforçado frente aos demais Poderes do Estado. Se o argumento anterior converte-se num temor mais difuso à perda de soberania do Estado, caberia ressaltar que se trataria talvez da única questão em que a defesa da soberania estaria tendo êxito. Mas, além disso, tomando o mesmo argumento em toda sua extensão, chegaríamos forçosamente à conclusão de que não existe obstáculo algum para que o MERCOSUL estabeleça um tribunal judicial permanente, encarregado ao menos de dar interpretação "autêntica" às normas mercosulinas e de resolver os problemas postos pela interação entre estas e as normas vigentes nos Estados Partes. Se o problema reside na temida perda de soberania no que se refere ao poder jurisdicional que assiste a cada Estado – cujas autoridades deveriam executar decisões desse tribunal "supranacional" e decidir de acordo com as interpretações vinculantes dele emanadas –, deve-se ponderar que em todos os Estados mercosulinos estão em

---

<sup>20</sup> E. G. ESTEVA GALLICCHIO, "La cuestión constitucional en los cuatro Estados partes del MERCOSUR", en *El MERCOSUR después de Ouro Preto*, Montevideo, UCUDAL, 1995, pp. 35-51. Todavía, A.D. PEROTTI expôs com muita acuidade suas dúvidas sobre a necessidade de uma reforma constitucional no Brasil em "La supranacionalidad desde la óptica del derecho constitucional de los Estados Partes. El caso Brasil", *RDM*, 1998-6, p. 47-56.

vigor normas que obrigam a reconhecer e, se for o caso, executar decisões de autoridades judiciais estrangeiras e a cooperar com elas (não somente autoridades de outros países do MERCOSUL, é claro)<sup>21</sup> e, ainda mais significativas, normas que obrigam a executar decisões adotadas por particulares no estrangeiro, no âmbito de um processo arbitral<sup>22</sup>. Além disso, está claro que um tribunal do MERCOSUL assim concebido não seria “estrangeiro” em sentido estrito.

<sup>21</sup> Entre os tratados internacionais dedicados especificamente à cooperação entre autoridades e ao reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, no Brasil, além do Código Bustamante de 1928 (Decreto 18.871, de 13/8/1929), cuja vigência no Brasil tem sido discutida (ver J. SAMTLEBEN, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, trad., Buenos Aires, 1983, p. 321-324, e J. DOLINGER, “The Bustamante Code and the Inter-American Conventions in the Brazilian System of Private International Law”, em *Avances del derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, 2002, p. 136 e 142-143), estão em vigor as Convenções Interamericanas sobre cartas rogatórias – CIDIP I, Panamá, 1975 – (Decreto 1.899, de 9/5/1996) e seu Protocolo Adicional – CIDIP II, Montevideo, 1979 – (Decreto 2.022, de 7/10/1996), eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros – CIDIP II, Montevideo, 1979 – (Decreto 2.411, de 2/12/1997), prova e informação acerca do direito estrangeiro – CIDIP II, Montevideo, 1979 – (Decreto 1.925, de 10/6/1996), restituição de menores – CIDIP IV, Montevideo, 1989 – (Decreto 1.212, de 3/8/1994), obrigação alimentar – CIDIP IV, Montevideo, 1989 – (Decreto 2.482, de 17/12/97), e tráfico internacional de menores – CIDIP V, México, 1994 – (Decreto 2.470, de 20/8/1998); os Protocolos mercosulinos de Las Leñas de 1992 (Decreto 2.067, de 12/11/1996), e sobre medidas cautelares de 1994 (Decreto 2.626, de 15/6/1998); a Convenção da ONU de 1956 sobre prestação de alimentos no estrangeiro (Decreto 56.826, de 2/9/1965); as Convenções da Conferência de Haia sobre seqüestro de menores de 1980 (Decreto 3.413, de 14/4/2000) e adoção de 1993 (Decreto 3.087, de 21/6/1999); a Convenção de UNIDROIT de 1995 sobre bens culturais (Decretos 3.166, de 14/9/1999); e várias convenções bilaterais (com cada um dos parceiros e associados mercosulinos e com o México, na América, e com a Bélgica, a Espanha, a França, a Holanda, a Itália, Portugal e a Suíça, na Europa) que também contêm normas sobre cooperação e, algumas delas, sobre reconhecimento de sentenças estrangeiras. A obrigação de reconhecer e executar as decisões estrangeiras que provêm de Estados que não são partes desses tratados está também garantida se elas observarem os requisitos da legislação brasileira, conforme o previsto nos artigos 102.h da Constituição Federal, 15 da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), 483, 484 e 584.IV do Código de Processo Civil (CPC), e 215-229 e 317 do Regimento Interno do STF (RISTF). No âmbito penal, ver os artigos 787-790 do Código do Processo Penal (CPP), e 9 do Código Penal (CP).

<sup>22</sup> Além das regras dos textos citados na nota anterior, que são aplicáveis à execução de laudos arbitrais adotados no estrangeiro, no Brasil estão em vigor a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional – CIDIP I,

Solucionada pelo STF a discussão produzida no Brasil à época da aprovação da lei de arbitragem, Lei n. 9.307/96<sup>23</sup>, não parece haver obstáculo incontornável de natureza constitucional em torno da questão em geral, sequer quanto à obrigatoriedade do reconhecimento e da execução de decisões judiciais e arbitrais estrangeiras em particular, sempre que se respeite o procedimento de homologação e se cumpram as condições previstas nas normas convencionais ou nacionais aplicáveis ao caso<sup>24</sup>. Não obstante, cremos que as reformas constitucionais pertinentes nos países onde forem necessárias, não só avalizariam tecnicamente a instalação de um tribunal e evitariam o surgimento de controvérsias acerca de suas competências, mas igualmente causariam um impacto muito forte como demonstração da vontade política dos Estados Partes de consolidar o processo de integração.

### 3. O Protocolo de Olivos como solução de compromisso transitória

Quando o Conselho do Mercado Comum (CMC) procedeu, em junho de 2000, ao "Relançamento do MERCOSUL", numa tentativa de fortalecer o bloco afetado pela deterioração das relações entre os sócios, estabeleceu uma série de prioridades temáticas, entre as quais se incluía a revisão do sistema de solução de controvérsias<sup>25</sup>. A ini-

---

Panamá, 1975 (Decreto 1.902, de 9/5/1996) e, após uma longa espera, a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras – Nova Iorque, 1958 (Decreto 4.311, de 23/7/2002). O caráter universal da Convenção de Nova Iorque (artigo 1.3) impediria a aplicação dos artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem 9.307/96. Antes desta lei, o laudo arbitral ditado no estrangeiro não era executável no Brasil sem prévia homologação judicial no país de origem, com o que, final, no Brasil se executava uma sentença estrangeira, não um laudo arbitral. Ver J. B. LEE, *Arbitragem comercial internacional nos países do MERCOSUL*, Curitiba, Juruá, 2002, p. 209 e seguintes.

<sup>23</sup> Ver R. A. GASPAR, "Obrigatoriedade da Cláusula Compromissória fere o Princípio de Inafastabilidade do Poder Judiciário?", *Jornal do Advogado*, 1998, p. 26. O STF pronunciou-se pela constitucionalidade da Lei 9.307/96, na SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12/12/2001.

<sup>24</sup> Ver N. DE ABALJO, "Dimensión autónoma de los sistemas de reconocimiento. Brasil", em D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalla, 2003, p. 479-482; *id.*, *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 262-267, em particular, nota 562 ("a maioria dos pedidos não é sequer contestada").

<sup>25</sup> Concretamente, nessa ocasião o CMC instruiu o Grupo Mercado Comum (GMC) para que este por sua vez encarregasse o Grupo *ad-hoc* sobre Aspectos

ciativa não poderia ser mais oportuna pois a desvalorização da moeda brasileira havia desferido um duro golpe ao já maltratado espírito de colaboração interno. O bloco não estava preparado para um acontecimento dessa magnitude e, como sempre acontece em todos os aspectos da vida nos momentos críticos, os sentimentos e as atitudes se radicalizaram. E, assim como os espíritos solidários se empenharam em minimizar as conseqüências negativas e a buscar soluções para os novos problemas, os espíritos egoístas e os inimigos da causa mercossulina lançaram-se à rapinagem.

Revela-se paradoxal a necessidade de chegar praticamente a uma situação de não retorno para que se encarasse uma reforma que deveria ter-se iniciado muito tempo antes. O sistema adotado no PB foi débil desde seu nascimento, talvez porque estava destinado a reger a situação por pouco tempo, e sua complementação com o mecanismo previsto no Anexo do POP não melhorou muito o produto. Na medida em que, violando o espírito com o qual foi concebido, o PB "foi ganhando ares de crescente perpetuidade", devido fundamentalmente à já mencionada atitude brasileira contrária à institucionalização<sup>26</sup>, as críticas contra ele foram se tornando cada vez mais generalizadas. Os argumentos em que se sustentavam eram variados, mas podem ser assim resumidos: a inadequação do sistema para ajudar na consecução dos objetivos traçados pelo MERCOSUL e no aprofundamento do processo de integração (referindo-se, especialmente à falta de uma via acessível e expedita para as reclamações dos particulares<sup>27</sup>) e, no plano mais imediato, sua incipiência para garantir o respeito à legalidade e a interpretação uniforme do direito mercossulino<sup>28</sup>.

O corolário destas críticas sempre foi (e continua sendo) a necessidade de contar com um tribunal supranacional permanente. Assim, quando o CMC deflagrou o processo para a revisão do sistema vigente,

---

Institucionais (GAHAI) da realização de uma proposta de aperfeiçoamento do Protocolo de Brasília (Dec. 25/2000).

<sup>26</sup> W. BARRAL (nota 11), p. 152.

<sup>27</sup> O que, visto de outra perspectiva, se pode mencionar como o reconhecimento do efeito direto da normativa do MERCOSUL. Ver M. GATTIONI DE MUIJA / A. FREELAND LÓPEZ LECUBE / A. D. PEROTTI, "El efecto directo de las normas MERCOSUR y el asunto Van Gend & Loos", *RDIM*, 2002-4, p. 69-88.

<sup>28</sup> Ver A. Martínez Puñal, *La solución de controversias en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR): estudio de sus mecanismos*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2000, p. 308-311.

alguns pensaram que havia chegado a hora de dar forma a essa instituição no MERCOSUL. Não nos referimos exclusivamente aos acadêmicos idealistas. É importante recordar que o GAHAI não pôde adotar um documento consensual para que fosse aprovado pelo CMC na cúpula de Florianópolis, de dezembro de 2002, por força da oposição do Uruguai, que julgava totalmente insuficientes os termos da proposta brasileira, tornando necessária a constituição de um Grupo de Alto Nível (GAN) encarregado da elaboração do projeto<sup>29</sup>. Quando o PO finalmente foi adotado, em 18 de fevereiro de 2002<sup>30</sup>, os "pragmáticos" haviam ganhado a partida, já que o novo sistema, em que pese tenha introduzido algumas inovações importantes, mantém substancialmente o que havia sido objeto das críticas mencionadas<sup>31</sup>. Difícilmente se poderia adotar outro texto num momento de tanta incerteza e ceticismo como o que se viveu. Em contrapartida, os "institucionalistas" têm o consolo de contar com o prazo de até 2006 para refinar seus argumentos, com vistas ao estabelecimento do sistema permanente exigido desde o início do processo de integração.

Vendo, como o "bêbado otimista", a "garrafa parcialmente cheia", pode-se dizer que o compromisso alcançado satisfaz parcialmente a uns (já que o novo sistema não incorpora as soluções indesejadas) e a outros (que dispõem de maior prazo para persuadi-los das benesses do sistema que propugnam). Afinal, se por pragmatismo entendemos a atitude que busca adotar decisões com base nos dados da realidade e nas possibilidades eles oferecem, os "institucionalistas" parecem ter agido com muito maior pragmatismo do que aqueles assim caracterizados por Barral.

<sup>29</sup> Ver A. DREYZIN DE KLOR (nota 9), p. 580 e seguintes.

<sup>30</sup> A data não usual para a reunião do CMC se deve ao fato de que a caótica situação da Argentina, em dezembro de 2001 impediu a adoção do mesmo durante a Presidência uruguaia.

<sup>31</sup> Em especial, o caráter claramente arbitral *ad hoc*, a falta de acesso direto aos particulares e a falta de previsões para lograr uma interpretação uniforme do ordenamento mercosulino.

<sup>32</sup> Para voltar aos percentuais utilizados no começo deste trabalho, isso representa 66,66% dos casos ou, dito de outra maneira, duas de cada três controvérsias são protagonizadas pelo Brasil. Cabe destacar que este país se vê superado neste ponto pela Argentina, que participou em sete dos nove casos arbitrados, quer dizer, em 77,77% das controvérsias; em quatro desses casos atuou como parte autora e em três como demandada.

### III. O Brasil na prática do sistema mercosulino de solução de controvérsias

#### 1. A longa sombra da OMC

Seis das nove disputas que até agora resultaram na adoção de um laudo arbitral, no bojo do sistema atualmente em vigor, tiveram como protagonista o Brasil<sup>32</sup>, duas delas como autor e quatro como demandado. Desses seis casos, cinco tiveram como antagonista a Argentina<sup>33</sup> e nos restantes o Uruguai<sup>34</sup>. Esta pequena ponta do iceberg não nos deve fazer perder de vista que, abaixo da superfície, encontra-se uma enorme quantidade de conflitos entre os Estados do MERCOSUL, alguns deles resolvidos na etapa das negociações diretas ou pelo procedimento de consultas previsto no Anexo do Protocolo de Ouro Preto, e outros mantidos numa espécie de perene negociação política<sup>35</sup>.

Um dos dados mais relevantes da atitude do Brasil frente ao sistema de solução de controvérsias mercosulino é o que tange à apresentação de demandas entre Estados Partes do bloco perante o sistema da Organização Mundial do Comércio (OMC) e as consequências daí advindas para a redação do PO. Foi o que aconteceu com o Terceiro Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL (TAHM)<sup>36</sup>, cujo desenrolar foi acompanhado de um chamativo processo paralelo ante a OMC<sup>37</sup>, impulsionado pelo Brasil – que não chegou à fase de constituição de painel porque o processo mercosulino concluiu-se antes, e a Argentina eliminou, não muito alegremente, as cotas sobre as impor-

<sup>32</sup> Laudo de 28/4/1999 (licenças de importação exigidas pelo Brasil), Laudo de 27/9/1999 (subsídios do Brasil à produção e exportação de carne suína) – com esclarecimento do laudo em 27/10/1999 –, Laudo de 10/3/2000 (aplicação de medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis na Argentina), Laudo de 21/5/2001 (aplicação de medidas anti-dumping contra a exportação de frangos inteiros do Brasil para a Argentina), e Laudo de 19/4/2002 (obstáculos ao ingresso de produtos fitossanitários argentinos ao mercado brasileiro).

<sup>34</sup> Laudo de 9/1/2002 (proibição brasileira de importação de pneus remoldados procedentes do Uruguai).

<sup>35</sup> Como é o caso dos conflitos relativos aos setores automotivo e açucareiro.

<sup>36</sup> Ver A. D. PEROTTI, "Tercer Laudo del MERCOSUR: una buena excusa para hablar de salvaguardias y del derecho regional", *RDM*, 2000-5, p. 201-239.

<sup>37</sup> WT/DS 190.

tações de têxteis brasileiros que haviam originado o litígio, cumprindo assim o mandado contido no laudo<sup>38</sup>.

A situação foi suscitada com ainda mais repercussão no comércio ao assunto decidido pelo Quarto Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL (TAHM) em 21/5/2001 (assunto frangos)<sup>39</sup>. Essencialmente, o Brasil entendia que as medidas anti-dumping adotadas pela Argentina estavam proibidas pelo marco normativo vigente, coincidente com as regras do Acordo Anti-dumping da OMC, à qual pertencem ambos os Estados. A Argentina, por sua vez, sustentava que, inexistindo normas a esse respeito no sistema mercosulino, cada Estado poderia aplicar sua própria legislação, baseando-se numa espécie de relação especialidade/generalidade entre o MERCOSUL e a OMC, que faria inaplicáveis as regras desta organização às relações intra-mercossulinas. Como o TAM acolheu a postura argentina, o Brasil recorreu ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC em 7/11/2001. O painel se constituiu em 17/4/2002 e um ano depois (22/4/2003) apresentou o relatório acolhendo os postulados brasileiros<sup>40</sup>, quando a Argentina já havia eliminado a normativa em questão<sup>41</sup>. Agora é a Argentina que leva o caso ao Órgão de Apelação da OMC, a fim de que se revise a decisão adotada.

Nenhum dos Estados pode se considerar particularmente orgulhoso das posições aí defendidas. Os argumentos argentinos para justificar sua medida basearam-se numa das questões mais controvertidas do ordenamento do MERCOSUL, que é a necessidade de que uma norma seja incorporada pelos quatro Estados para que se possa considerar que está em vigor (principio da vigência simultânea, artigo 40 POP). Quer dizer, recorreu a um tecnicismo jurídico para chegar a um

<sup>38</sup> Ver A. URIONDO DE MARTINOLI, "Tercer Laudo Arbitral del MERCOSUR", *AADI*, X, 2000, p. 297.

<sup>39</sup> Ver A. D. PEROTTI, "Un nuevo ejercicio de aplicación judicial del Derecho MERCOSUR: el asunto Pollos", *RDM*, 2001-5, p. 174 e seguintes.

<sup>40</sup> WT/DS241.

<sup>41</sup> Resolução 79/2003 do Ministério da Produção, pela qual se retira os efeitos da medida estabelecida pela Resolução 574/2000 do Ministério de Economia, a operações de frangos eviscerados, originários da República Federativa do Brasil, 26/02/2003 (BO, 28/02/2003). É digno de destaque que, em virtude dos "Entendimentos Bilaterais" alcançados durante a Cúpula Presidencial Argentina-Brasil, celebrada em 26/9/2002, o Brasil comprometeu-se a solicitar a suspensão dos trabalhos do Grupo Especial que atuou na causa, em troca de que a Argentina derrogasse as medidas questionadas.

absurdo paradoxo: as medidas que não poderia opor a nenhum Membro da OMC poderiam, sim, ser invocadas contra seus sócios no processo sub-regional. A atitude do Brasil de recorrer ao OSC uma vez que o TAHM havia descartado sua reclamação, mesmo reconhecendo as razões de fundo que lhe assistiam, é claramente contrária à boa-fé, embora, curiosamente, o tribunal da OMC tenha decidido que, no âmbito da OMC, a violação desse princípio ocorre apenas quando se descumprem normas da Organização <sup>42</sup> (!).

Tão estimada parece ser para o Brasil esta faculdade de optar por um dos foros que este país impulsionou negociações para que a opção se concretizasse como uma das modificações relevantes introduzidas pelo PO, o qual consagra a possibilidade de submeter os conflitos ante outros foros, tais como a OMC ou outros esquemas preferenciais de comércio (como será provavelmente a Área de Livre Comércio das Américas – ALCA) a que pertençam individualmente os Estados Partes do bloco <sup>43</sup>. A favor desta opção que exerce o demandante, sem prejuízo de que as partes possam atuar de comum acordo, afirma-se que está de acordo com o disposto em outras associações regionais, como o NAFTA, que incorpora uma cláusula semelhante em seu artigo 2005.1, e que constitui a tendência prevalente nos acordos de última geração <sup>44</sup>.

O que parece não ser levado em consideração ao invocar esses exemplos é que, em todos os casos, trata-se de meros tratados de livre comércio, sem vocação para ir além, como pretende MERCOSUL. Para os Estados que participam de uma zona de livre comércio, parece lógico que exista uma opção entre recorrer ao sistema próprio ou ao da grande zona de livre comércio na qual se converteu grande parte do mundo com o surgimento da OMC, mas essa opção torna-se difícil de admitir num processo pelo qual se tenta avançar na direção de um grau maior de integração com órgãos que geram normas de maneira permanente. Ao menos na solução adotada pelo PO, uma vez eleito um foro, fica excluído o outro, limitação que encontra seu sentido na

<sup>42</sup> WT/DS241/R. par. 7.36.

<sup>43</sup> Art 1.2.

<sup>44</sup> Assim, entre outros, o XXI Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica (ACE) 35 MERCOSUL-Chile sobre Regime de Solução de Controvérsias (artigo 2); ACE 33 – Grupo dos Três/ Colômbia, México e Venezuela (artigo 19.3); e o Acordo de Associação entre a Comunidade Européia e seus Estados-Membros e o Chile (artigo 189).

pretensão de evitar a duplicidade de procedimentos e as resoluções contraditórias, ainda que se possa pensar que a razão de ser desta cláusula pode ser encontrada também no ocorrido por ocasião do conflito dos frangos antes mencionado.

Também se buscou justificar a opção em favor da OMC, em detrimento do sistema sub-regional, no prestígio e na experiência de que goza essa Organização<sup>45</sup>, assim como no fato de que a colocação em prática de seu *Entendimento relativo a normas e procedimentos* que regem a solução de controvérsias (ESC) preocupou-se em reduzir a arbitrariedade e evitar a adoção de medidas unilaterais em caso de não-cumprimento dos compromissos comerciais<sup>46</sup>. Parece-nos que, de um ponto de vista “pragmático”, a solução incorporada ao PO poderia ser considerada adequada não somente pelas razões indicadas mas também em função dos informes que evidenciam o andamento das causas que tramitam nesse foro. Neste sentido, ainda que o ideal fosse que os Estados do MERCOSUL resolvessem suas disputas mediante o mecanismo intra-zona, talvez se pudesse admitir que a solução “pragmática” na atualidade e no estágio em que se encontra o processo, bem pode ser a de oferecer uma alternativa que outorga maior grau de certeza, ao mesmo tempo que garante aos Estados uma tutela jurisdicional mais efetiva, sobretudo nos casos em que existam lacunas na regulamentação comercial do sistema sub-regional<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Ver os informes “WTO dispute settlement: emerging practice and procedure” (D. P. Steger / P. Van den Bossche) e “New directions in international trade law: WTO dispute settlement” (D. P. Steger / S. Hainsworth). No mesmo sentido, ver R. BHALA, “The Precedent Setters: *De Facto Stare Decisis* in WTO Adjudication” (Part II of a Trilogy), *Journ. of Trans'l L. & Policy*, Fall 1999, p. 1; W. BARRAL / T. PRAZERES, “Solução de controvérsias”, em W. BARRAL (org.), *O Brasil e a OMC*, 2ª ed., Curitiba, Jurú, 2003, p. 27-45.

<sup>46</sup> J. M. GAMBO, “La OMC y el Sistema de Arreglo de Controversias”, en *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto Rey Caro*, Córdoba, DRYAS-Lerner, p. 1103.

<sup>47</sup> W. BARRAL (nota 11), p. 160. Também um juiz nacional pode deparar-se com uma lacuna deste tipo. Resulta ilustrativa a sentença ditada em “Mandado de Segurança Nº 96.1011486-2 - Demandante: “Cerealista Fernández LTD - Demandado: Chefe do Serviço de Fiscalização Agropecuária do Paraná” - Juizado Federal de Foz do Iguaçu, Estado do Paraná. O recurso se resolve com base no Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias da OMC, ante a carência normativa no MERCOSUL. Logo, com fundamento na decisão tomada e na discussão que deu lugar a ela, o MERCOSUL adotou o Acordo da OMC como DEC/CMC/Nº 696. Ver A. DIEZYN DE KLOK / S. JURI RAMOS, “En torno a la libre circulación de mercaderías”,

Por outro lado, existindo a possibilidade de exercer a opção, haveria oportunidade suficiente para saber de maneira antecipada a que foro recorrerá a parte reclamante, pois o início formal do procedimento de solução de controvérsias segundo o ESC somente se efetua após a solicitação de estabelecimento de um painel, e isto ocorre uma vez concluídas as consultas. Há, claramente, o risco de *forum shopping*<sup>48</sup> mas, em todo caso, se trataria de um *forum shopping* com aviso prévio.

Algo bem distinto acontece quando a análise abandona o marco das puras possibilidades e se tomam em consideração questões políticas e de boa técnica jurídica<sup>49</sup>. Politicamente, as desvantagens de possibilitar a eleição de foro tornam-se evidentes pelo enfraquecimento que tal possibilidade pode produzir no sistema de integração, já que implica em reconhecer que o sistema adotado, no âmbito de um esquema que aspira a converter-se em um mercado comum, não é apto para solucionar todas as controvérsias entre seus sócios.

Que controvérsias podem ser levadas à OMC? Todas as suscitadas a respeito de questões captadas pelo âmbito de aplicação de suas disciplinas, controvérsias que serão julgadas conforme essas disciplinas ("acordos abarcados"). O dado surge do mesmo dispositivo do PO, ao assinalar que a opção alcança as controvérsias compreendidas em seu âmbito de aplicação que possam também ser submetidas ao sistema de solução de conflitos da OMC. O projeto apresentado pelo GAN, ao desenhar a possibilidade de eleição de foro, estabelecia que tal eleição unicamente poderia ser exercida em relação a uma norma da OMC incorporada à normativa MERCOSUL. A nosso juízo, foi acertado afastar-se dessa fórmula; a adoção textual de alguns dos acordos da OMC pelo MERCOSUL nada acrescenta ou retira, sem prejuízo de que quando se incorpora normativa da OMC ao bloco, esta tem que ser interpretada à luz do direito mercosulino vigente. Nada impediria que essa interpretação fosse diferente da mantida pelo OSC em litígios que não tenham sido produzidos em casos idênticos ao

---

em A. DREYZIN DE KLOR (coord.), *Temas de Derecho de la integración - Derecho internacional privado*, Córdoba, Advocatus, 1998, p. 243-254.

<sup>48</sup> Ver P. LOUREIRO, "Duplicidade de foro no direito internacional: a OMC e o MERCOSUL", *Rev. dir. econ. int.*, disponível em <<http://www.iribr.com/cancun>>.

<sup>49</sup> Para A. D. PEROTTI, admitir a opção de foro é um erro imposto por uma prática contrária ao Tratado de Assunção. Cfr. "¿Qué significó el Protocolo de Olivos?", *La Nación*, Comercio Exterior, 26/2/2002.

produzido no âmbito do MERCOSUL, quer dizer, litígios suscitados entre Estados que participam de uma união aduaneira e que estão desenvolvendo um processo de convergência tarifária com a finalidade de constituir um mercado comum<sup>50</sup>. O oitavo TAHM, instado a resolver o caso originado pela reclamação paraguaia contra o Uruguai pela aplicação de impostos à importação de cigarros provenientes do Paraguai, parece inclinar-se nesse sentido<sup>51</sup>.

Para concluir, é justo dizer que todos os Estados do MERCOSUL pronunciaram-se pelo "regionalismo aberto" que inspira este processo de integração<sup>52</sup>. Todos, num momento ou outro, olharam com carinho para fora da região, em busca de alternativas que pudessem satisfazer melhor suas necessidades comerciais. No caso do Brasil, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, essa atitude manifestou-se abertamente em várias oportunidades, ressaltando que a mesma se baseia na idéia-força tradicional do desenvolvimento nacional<sup>53</sup>. Tenha-se em conta, ademais, que no ano 2000, somente 20% das exportações do país dirigiram-se ao conjunto da América do Sul, frente aos 28% que se destinaram ao NAFTA e a idêntica proporção destinada à UE.

Esses dados talvez expliquem porque o Brasil, embora represente somente 0,9% do comércio internacional, esteja presente, como reclamante ou como reclamado, em 11,7% dos assuntos levados à OMC<sup>54</sup>. Claro que se a união aduaneira mercosulina fosse uma realidade, a política comercial de seus Estados teria que ser necessariamente comum. A falta de estabelecimento da mesma e a distância do

<sup>50</sup> Contrariamente, W. BARRAL (nota 11), p. 162. Ver também L. F. N. Corrêa, *O MERCOSUL e a OMC: regionalismo e multilateralismo*, São Paulo, LTr, 2001.

<sup>51</sup> Ali se lê: "A regra de igualdade no MERCOSUL, em sua essência, é a mesma que se deduz dos Tratados de Montevidéu e que aparece no GATT de 1947 e que persiste ainda hoje na OMC, dos quais fazem parte todos os Estados-Membros, que se submeteram também às regras do Tratado de Montevidéu, do qual também fazem parte. Desta forma, a definição do que é igualdade parte daí, mas adquire especificidade no MERCOSUL. A referência que se faça às demais normas de direito internacional, como os Tratados de Montevidéu e a OMC somente serviria para integrar lacunas".

<sup>52</sup> Ver a opinião do Chanceler uruguaio D. OPERTTI BADÁN, "Necesidad de un derecho internacional privado del MERCOSUR", em D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.) (nota 24), p. 25: "el MERCOSUR nació como un proyecto regionalista abierto al mundo y el desarrollo del mismo ha estado guiado siempre por esa máxima".

<sup>53</sup> Ver C. LAFER (nota 5), p. 165-167, 171-174, 197-201.

<sup>54</sup> W. BARRAL / T. PRAZERES (nota 45), p. 29.

mercado comum, permite e até justifica as condutas unilaterais. Mas isso não pode acarretar o esquecimento do compromisso político (e também jurídico!) assumido pelos Estados ao constituir o MERCOSUL. Por isso, para os conflitos que são produzidos dentro do bloco sub-regional, a regra geral de solução teria que ser a da aplicação da norma mais favorável à integração, entendendo a mesma como um objetivo superior do Estado. Acerca desses conflitos, as normas heterônomas (como as da OMC) somente deveriam ser aplicadas quando não fossem incompatíveis com as normas autônomas do MERCOSUL e, com o devido rigor, quando exista um vazio jurídico nestas últimas.

## 2. O cumprimento efetivo dos laudos arbitrais

Outro dado de muita importância para avaliar o alcance real da atitude do Governo brasileiro em relação ao sistema de solução de controvérsias vigente e, por extensão, em relação ao MERCOSUL, é o concernente ao cumprimento efetivo das decisões dos tribunais arbitrais. Além do duvidoso "acatamento" de um laudo que se configura ao invocar o que não foi aceito pelo TAHM ante o sistema de solução de controvérsias da OMC, é interessante observar o acontecido com a decisão adotada pelo Sexto TAHM em 9/1/2002, ordenando ao Brasil que derogue a proibição de importação de pneus remoldados provenientes do Uruguai. Aparentemente, o Brasil tinha cumprido rapidamente com o disposto pelo tribunal arbitral, já que, em 8/3/2002, quer dizer, antes de passados sessenta dias, a Secretaria de Comércio Exterior adotou a Portaria 2/02, onde se lê: "... e tendo em vista a decisão do Tribunal Ad Hoc na controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República Federativa do Brasil sobre a proibição de importação de pneus remoldados procedentes do Uruguai, proferida de conformidade com o Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL, resolve: Art. 1º: Fica autorizado o licenciamento de importação de pneus remoldados (...) procedentes dos Estados Partes do MERCOSUL (...). Art. 2º: As importações a que se refere o artigo 1º deverão obedecer ao disposto nas normas (...) estabelecidas por autoridades de meio ambiente"<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> A Portaria entrou em vigor na data de sua publicação, 11/3/2002.

O uso do advérbio “aparentemente” justifica-se ao apreciar a explicação fornecida pela delegação brasileira, na reunião do GMC de 3/12/2002, diante da queixa formulada por alguns de seus sócios por força da manutenção da mesma situação que havia motivado o deslinde do assunto pelo Sexto TAHM, quase um ano antes. Nessa explicação se observa a importância do disposto no artigo 2º da Portaria 2/02. Transcrevemos:

**MERCOSUL/GMC EXT/ATA Nº 3/02  
XXVI REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA  
DO GRUPO MERCADO COMUM**

Realizou-se no Rio de Janeiro, República Federativa do Brasil, no dia 03 de dezembro de 2002, a XXVI Reunião Extraordinária do Grupo Mercado Comum, com a presença das delegações de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

O Uruguai e o Paraguai reiteraram sua preocupação com as dificuldades que vêm sendo identificadas para a retomada das correntes de exportação de pneus remoldados para o Brasil, a despeito dos resultados do laudo arbitral sobre a proibição de importações de pneus remoldados no Brasil, estabelecida na Portaria SECEX Nº 8/00.

A delegação do Brasil, por sua vez, esclareceu que embora a Portaria 2/02 tenha, em função do Laudo Arbitral, revogado a Portaria SECEX N 8/00, liberando a emissão de licenças para importação de pneus, as dificuldades identificadas pelo Uruguai e pelo Paraguai decorrem do Decreto 3919, de 17/09/2001, do Ministério do Meio Ambiente que estipula multa para comercialização de pneus remoldados importados<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> “DECRETO Nº 3.919, DE 14 DE SETEMBRO DE 2001.

Acrescenta artigo ao Decreto no 3.179, de 21 de setembro de 1999, que dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no Capítulo VI da Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, DECRETA: Art. 1º: O Decreto Nº 3.179, de 21 de setembro de 1999, fica acrescido do seguinte artigo: “Art. 47-A: Importar pneu usado ou reformado: Multa de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), por unidade. Parágrafo único. Incorre na mesma pena, quem comercializa, transporta, armazena, guarda ou mantém em depósito pneu usado ou reformado, importado nessas condições.” (NR) Art. 2º: Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 14 de setembro de 2001; 180º da Independência e 113º da República. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO – José Carlos Carvalho”.

Aí termina a explicação, não muito satisfatória, por certo. Merece especial atenção que o Decreto aludido tenha sido aprovado pelo governo brasileiro quando o caso já se encontrava em plena discussão entre os dois Estados. O problema já perdura há vários anos. O argumento sempre louvável da proteção do meio-ambiente não parece no momento comprovado em relação aos pneus remoldados; ao contrário, o que parece claro é que os pneus europeus usados e tratados tecnologicamente no Uruguai para serem reutilizados têm chegado ao mercado brasileiro em condições muito competitivas<sup>57</sup>.

### 3. A prática hipotética num sistema institucionalizado

A litigiosidade que se manifesta através dos casos que acabamos de mencionar parece desalentar alguns. No entanto, para nós, o advento desses assuntos não faz mais que ressaltar a importância de contar com um sistema de solução de controvérsias acessível, transparente e eficaz. Já que a integração entre Estados não faz desaparecer as disputas entre eles, o importante é contar com um sistema que permita solucioná-las, descartando a utilização de medidas de retorsão. O contrário equivaleria a que, no âmbito do direito penal, se preferisse um sistema de justiça por mãos próprias a outro baseado numa justiça institucional e efetiva.

O certo é que, assim como no sistema baseado em tribunais arbitrais *ad hoc* é possível incluir algumas das soluções reclamadas

---

<sup>57</sup> Isso ao menos é o que aparentemente se infere da recente decisão da Juíza Federal da 6ª Vara de Porto Alegre, Ana Inés Latorre, que rechaça a demanda apresentada por cinco Estados brasileiros para que se impedisse a importação dos famosos pneus pelos danos que causariam ao meio-ambiente. A Juíza menciona que esses danos não podem ser inferidos dos elementos do caso e que o reaproveitamento dos pneus descartados na Europa seria positivo, já que os problemas ambientais devem ser tratados do ponto de vista mundial, no local. Cfr. *La República* (Montevideo), 13/8/2003, p. 13. Na semana de fechamento deste trabalho (28/8/2003, data de entrada em vigor), foi publicada a Resolução 301 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), adotada em 21/3/2003, que parece solucionar o problema. Nela se reconhece que "os pneumáticos novos, depois de usados, podem ser utilizados em processos de reciclagem", e se estabelece a obrigação, para fabricantes e importadores de pneus novos ou reformados, de "coletar e dar destinação final, ambientalmente adequada, aos pneus inservíveis existentes no território nacional".

pelos críticos do sistema vigente no MERCOSUL (como, por exemplo, a admissão de reclamações dos particulares)<sup>58</sup>, um tribunal judicial permanente não tem como garantir, por sua simples constituição, que problemas como os mencionados neste trabalho deixem de ser produzidos.

Segundo Barral, existem ainda outros três argumentos “pragmáticos” contra a implementação do tribunal permanente: a impossibilidade material de ouvir reclamações de particulares, o desconhecimento da estrutura pelos judiciários nacionais e o “centralismo presidencial que macula a política externa dos quatro países do MERCOSUL”<sup>59</sup>. Não parecem ser argumentos muito fortes. O primeiro é inexplicável se comparado com as funções dos órgãos judiciais dos Estados Partes; o segundo é inaceitável diante das competências das quais os juizes nacionais dispõem e devem exercer com relação a outros temas bastante complicados e de considerável importância política, econômica e social, como falências ou contratos internacionais; o último, se utilizado em toda sua amplitude, não permitiria fazer absolutamente nada em muitos Estados do mundo, não só do MERCOSUL.

É, porém, forçoso concordar com Barral no que atine às prevenções sobre a repetida invocação do exemplo paradigmático do TJCE e o papel que desempenhou na integração da Europa<sup>60</sup>, para efeitos de instalação desse modelo no Mercosul. É preciso (e não somente neste tema) encontrar uma vacina que cure os acadêmicos mercosulinos dessa curiosa *européitis* endêmica, em que pese a evidência de que se está diante de tipos de associação diferentes, desenvolvidos em distintos contextos históricos, políticos, sociológicos e econômicos e que, em consequência disso, não é possível nem desejável efetuar um transplante das instituições<sup>61</sup>. Embora os organismos europeus possam ter proporcionado excelentes resultados graças a esse esquema,

<sup>58</sup> Como se faz no Capítulo 19 do NAFTA. W. Barral destaca que o 88,7% das controvérsias desse Capítulo provêm de reclamações de particulares. Ver W. BARRAL (nota 11), p. 155 e id., “Solução de controvérsias no NAFTA”, em A. MERCADANTE / J. C. DE MAGALHÃES, *Solução e prevenção de litígios internacionais*, São Paulo, NECIN / CAPES, 1998, p. 241-264.

<sup>59</sup> W. BARRAL (nota 11), p. 153-154.

<sup>60</sup> *Id.* No mesmo sentido ver J. SAMTLEBEN, “Perspectivas para uma Corte do Mercosul e a experiência européia”, *Rev. Inf. Leg.*, 131, 1996, p. 261 e seguintes.

<sup>61</sup> Neste sentido é obrigatória a leitura de D. VENTURA, *As assimetrias entre o MERCOSUL e a União Européia. Os desafios de uma associação inter-regional*, Barueri (SP), Manole, 2003, especialmente, p. 1-317.

sua adoção inadvertida em outros processos de integração que não respondem às mesmas características, não projetaria resultados semelhantes<sup>62</sup>.

Se vale a pena tomar algo da experiência europeia, seria a constatação de que nos 50 anos de integração demonstrou-se algumas vezes que tal integração pode trazer muitos benefícios ao resolver importantes problemas estruturais, mas que em geral os conflitos de interesses entre os Estados continuam existindo, especial mas não exclusivamente nas áreas ainda não afetadas, ou afetadas somente de forma parcial, pela integração. Dizemos "não exclusivamente" porque é evidente que até mesmo – ou precisamente – em matérias tão europeizadas como a agricultura, que conta com organizações comuns setoriais de mercado, as desavenças são moeda corrente; às vezes protagonizadas pelos próprios Estados, outras vezes por particulares ou grupos de particulares. Este não é, desde logo, o único setor problemático, mas é um dos mais significativos<sup>63</sup>.

#### IV. O Juiz brasileiro e o direito do MERCOSUL

##### 1. O direito do MERCOSUL como direito internacional

O problema da localização do direito internacional dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em que pese venha ocupando os es-

---

<sup>62</sup> D. Operti Badán expressa-se em termos muito claros neste sentido em "Del sistema de solución de controversias a la justicia supranacional", *Unión Europea y MERCOSUR – El papel de los órganos jurisdiccionales en los procesos de integración*, Asunción, Poder Judicial, 1998, p. 49.

<sup>63</sup> Veja-se, por exemplo, o conhecido caso dos ataques sistemáticos na França aos produtos agrícolas provenientes de outros Estados, especialmente da Espanha. A situação recorrente vinha a refletir o descontentamento de associações de agricultores daquele país pelo que entendiam ser uma concorrência desleal de parte de seus pares de outros Estados comunitários. Para evitá-la, decidiram recorrer a um método muito expeditivo: destruir os produtos quando estivessem em solo francês, seja detendo os caminhões que os transportavam ou atacando os postos de venda onde eram oferecidos. Mas ali precisamente se vê a efetividade real do esquema supranacional comunitário que, bastante tarde e após não poucas dilações, solucionou o problema mediante a sentença do TJCE de 9 de dezembro de 1997 (As. C-265/95, *Comisión c/ Francia*), que condenou a França pelo não-cumprimento do Direito comunitário. Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Los conflictos de mercado en el ámbito comunitario europeo: problemas y soluciones", em A. DREYZIN DE KLOR (nota 47), p. 51-68.

pecialistas já há muito tempo, não parece ter uma solução unívoca nos tribunais<sup>64</sup>. Na medida em que muitas normas do direito do MERCOSUL – desde o mesmíssimo “direito originário” contido no Tratado de Assunção e nos Protocolos de Ouro Preto, Brasília e Olivos – materializam-se por meio de textos qualificáveis como de direito internacional, tais normas são em princípio afetadas pela existência do mencionado problema, ainda quando, devido especialmente a seus mecanismos particulares de produção jurídica e a sua “obrigatoriedade” (consagrada no POP de forma clara e múltipla) se torne cada vez mais difícil assimilar o direito emanado do MERCOSUL ao direito internacional puro e duro.

Apesar da proclamação da obrigatoriedade das normas do MERCOSUL em um texto vigente nos quatro Estados (POP), tal é a preocupação que existiu sempre sobre a falta de aplicação real deste postulado que, em julho de 1998, o GMC aprovou as Resoluções 22/98 (“Diretrizes com relação à normativa MERCOSUL pendente de incorporação”) e 23/98 (“Incorporação da normativa MERCOSUL”) voltadas, nem mais nem menos, a recordar aos Estados Partes que “é necessário garantir a efetiva incorporação da normativa MERCOSUL aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Partes”. No entanto, em junho de 2000, o CMC teve que voltar à carga com a aprovação da Dec. 23/00 (“Incorporação da normativa MERCOSUL ao ordenamento dos Estados Partes”). Imaginamos que os seus redatores tenham sentido uma mescla de vergonha e impotência ao redigir o art. 1º, que diz pateticamente: “as Decisões, Resoluções e Diretivas são obrigatórias para os Estados Partes”. Quase seis anos depois de Ouro Preto! Quer dizer que o GMC e o CMC deram-se conta de que a quadruplicada menção do caráter obrigatório das normas do MERCOSUL que efetua o POP não calou suficientemente fundo<sup>65</sup>. Diante de tal cons-

<sup>64</sup> Ver J. DOLINGER, “As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o Direito interno e o Direito internacional: um exercício de ecletismo”, *Revista Forense*, vol. 334, 1996, p. 71-107; J. C. MAGALHÃES, *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional. Uma análise crítica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

<sup>65</sup> Ver J. SAMTLEBEN, “Der MERCOSUR als Rechtssystem”, em J. BASEDOW / J. SAMTLEBEN (dirs.), *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR – Horizont 2000*, Baden-Baden, 2001, p. 68 e seguintes; A.D. PEROTTI, “Algunas precisiones de cuándo resulta necesario incorporar la norma MERCOSUR”, *RDM*, 2001-4, p. 188-195; P. B. CASSELLA, “Direito do MERCOSUL e certeza jurídica”, *Avances del derecho internacional privado interamericano. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, 2002, p. 432-435.

tatação, mostra-se evidente a necessidade de reformulações do sistema atualmente vigente, que poderia passar, entre outras coisas, pela fixação de um prazo peremptório para a incorporação de todas as normas elaboradas pelo MERCOSUL que requeiram tal procedimento (ver já o art. 7 da Dec. 23/00), com sanções concretas para o caso de não-cumprimento<sup>66</sup>.

Passando do institucional ao estritamente normativo, é verdade que as dúvidas acerca da obrigatoriedade real da normativa mercosulina (não obstante o evidente estabelecimento de tal caráter no POP) continuam encontrando sustentação na falta de uma base constitucional propícia e homogênea nos Estados Partes<sup>67</sup>. Isto significa, nem mais nem menos, que a normativa do MERCOSUL fica sujeita à circunstância de que normas internas ou tratados posteriores descartem sua aplicação, segundo o caso. Mas essa não é a única consequência. De um lado, a reiterada advertência dos órgãos mercosulinos aos

<sup>66</sup> No sétimo TAHM se discutiu a questão, ainda que a solução dada não clareie muito o panorama. Ver A. D. PEROTTI, "El séptimo tribunal del MERCOSUR y la decisión sobre la falta de incorporación al derecho interno de las normas del bloque", *RDM*, 2002-3, p. 114-143. Com efeito, a partir da distinção que havia realizado o quarto TAHM entre conceito de obrigatoriedade por um lado e o de vigência simultânea por outro (de acordo com a qual, o primeiro implica para os Estados Partes a ordem imperativa de levar a cabo os passos necessários para introduzir nos ordenamentos estatais as normas comuns, assim como não adotar nenhuma medida que se oponha a elas ou que as frustrate, a vigência de tais normas somente se consegue quando os quatro Estados tenham realizado essa incorporação), o sétimo tribunal estabelece que se o prazo de incorporação não vem determinado na própria norma mercosulina, o mesmo deve ser "razoável". As normas em questão (várias resoluções do GMC) já esperavam há seis anos ser incorporadas ao ordenamento do Brasil (o que vai de encontro à velocidade com que o Brasil pôs em vigor o Acordo TRIPS; embora tivesse cinco anos para fazê-lo, fez-lo logo após a assinatura dos acordos resultantes da Rodada Uruguai). Ver N. DE ARAUJO, "A internalização dos tratados internacionais no direito brasileiro e o caso do TRIPS", *Revista da ABPI*, 62, 2003, p. 3-14). Para uma visão muito positiva da doutrina assentada em nos laudos quatro e sete do MERCOSUL, ver E. J. CÁRDENAS / G. TEMPESTA, "Comentario al laudo arbitral sobre fitosanitarios: nuevo aporte al 'acervo jurídico' del MERCOSUR", *RDM*, 2002-3, p. 109-113.

<sup>67</sup> Ver o alcance desta afirmação em D. VENTURA (nota 61), p. 167 ss.; D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, "El derecho internacional privado en el MERCOSUR: ¿hacia un sistema institucional?", em *El derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Eurolex, 1997, p. 190-193; H. ARBUET VIGNALLI, "Las relaciones entre el derecho comunitario y los sistemas internos de los Estados del MERCOSUR", *Roma e América*, 1997-4, p. 99-119.

Estados Partes acerca da obrigatoriedade das normas emanadas daqueles, demonstra a falta de confiança e de convencimento destes na hora de por em prática tais normas <sup>68</sup>. De outro lado, a falta de primazia do direito da integração deve ser vista sob a perspectiva da disparidade de critérios existente no MERCOSUL no que diz respeito à mesma primazia do direito internacional, somente reconhecido pelas constituições argentina e paraguaia, duvidosa no Uruguai e em boa medida descartada no Brasil <sup>69</sup>. É verdade que os laudos arbitrais ditados até o momento no bojo do sistema de solução de controvérsias mercosulino tentaram estabelecer bases mínimas de um "direito comum", até mesmo tomando como precedente em alguns casos as decisões dos tribunais anteriores; mas isso dista e muito da configuração de um tal direito. Se a isso somamos o caráter limitado (*inter partes*) que têm os efeitos das decisões que adotam os TAHM e as contradições que foram produzidas entre alguns deles, o panorama não se apresenta de todo alentador <sup>70</sup>.

Sem deixar de reconhecer a legitimidade de cada um dos Estados do MERCOSUL para regulamentar como melhor lhes pareça as relações entre o direito internacional incorporado a seus ordenamentos e o resto do ordenamento estatal, deve-se aceitar que o tratamento distinto que um Estado Parte oferece à questão não ajuda muito o bom funcionamento do sistema. Dentre os critérios empregados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal existe um que teria aplicação direta ao direito emanado dos órgãos do MERCOSUL. Trata-se da distinção entre tratados normativos e tratados contratuais, a qual, apesar das dúvidas que suscita <sup>71</sup>, serviu ao STF para que deixasse clara-

<sup>68</sup> Ver G. ARGERICH, "Situación real de la incorporación y vigencia de la normativa MERCOSUR", *JA*, 4/8/1999, p. 9-10; A. DREYZIN DE KLOR, "Algunas reflexiones sobre la cooperación jurisdiccional internacional en torno a la calidad del derecho de la integración", en R. RUIZ DÍAZ LABRANO (org.), *MERCOSUR - Unión Europea*, Asunción, ECSA, 2001, p. 23-28.

<sup>69</sup> Ver M. A. R. MIDÓN, *Derecho de la integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 366-377; N. DE ARAUJO / I. DA MATTA ANDREUOLO, "A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos", en C. E. DE ABREU BOUCAULT / N. DE ARAUJO (ed.), *Os direitos humanos e o direito internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 86-100; D. VENTURA (nota 61), p. 188-233 (quem fala da "existência de irredutíveis soberanistas").

<sup>70</sup> Ver a preocupação de A. D. PEROTTI (nota 36), com a mudança de fundo que o Terceiro TAHM realiza a respeito dos dois anteriores no que tange ao momento da determinação do objeto da controvérsia.

<sup>71</sup> Ver N. DE ARAUJO (nota 66), p. 8.

mente definido que se um tratado estabelece obrigações recíprocas diretas entre vários Estados (como é o caso dos tratados comerciais) a supremacia do mesmo com relação à lei interna posterior é indiscutível<sup>72</sup>. Para Dolinger, "quando um tratado estabelece uma obrigação recíproca direta de Estado para Estado, o *pacta sunt servanda* está muito mais evidente, muito mais forte, e muito mais vinculante do que quando os Estados assinam uma convenção decidindo introduzir uma certa norma em seus sistemas nacionais"<sup>73</sup>. Cita nesse sentido a decisão do STF na Apelação Cível 5.393, de 23/7/1953, onde se evidencia a importância do interesse econômico comum que preside à celebração de tais tratados, para concluir: "qualquer entrave que se crie será um recuo no solene compromisso que o Brasil assumiu"<sup>74</sup>.

Se essa jurisprudência tem sido constante em relação a simples tratados de livre comércio – alguns de caráter bastante geral como o da Associação Latino-americana de Livre Comércio (ALALC), com muito mais razão deveria alcançar os tratados que constituem o direito mercosulino originário, os quais se encaminham para a constituição de um mercado comum. Isto quer dizer que a hierarquia superior do direito mercosulino originário em face das normas do direito interno brasileiro não é, atendendo à citada jurisprudência, um dado controvertido. No entanto, ainda restariam dois problemas por solucionar: a extensão de dita supremacia ao direito mercosulino derivado, por um lado, e aos conflitos com outros tratados internacionais, por outro<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Ver J. DOLINGER (nota 64), p. 102-104 e 94-97.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 103. N. DE ARAUJO (nota 66), p. 8, discorda "pois em verdade todos os tratados são informados pela máxima *pacta sunt servanda*".

<sup>74</sup> J. DOLINGER (nota 64), p. 103.

<sup>75</sup> Ver o que estabelece o laudo adotado pelo Oitavo TAHM: "Na realidade, as normas originárias do Tratado de Assunção, assim como as normas subsequentes do Mercosul, integram-se ao direito interno dos países membros do Mercosul segundo os procedimentos das respectivas constituições. Uma vez integradas, adquirem vigência na ordem interna. Também produzem efeitos na ordem internacional.

No primeiro, são criadoras de obrigações e produzem efeitos concretos. As obrigações criadas pelo Mercosul em matéria de livre circulação têm uma natureza dupla: a primeira é negativa – proíbem aos Estados-membros introduzir quaisquer normas contrárias a esse objetivo – e a segunda, de outra parte, é uma obrigação positiva – de implantar de boa-fé em sua legislação o que seja necessário para alcançar a integração.

Na ordem interna, têm ao menos hierarquia de lei, e se houvesse antinômias entre as leis e as normas do Tratado, se colocariam em prática os procedimentos

## 2. O direito do MERCOSUL como direito para a integração

A chave para avançar na solução dos problemas que acabamos de indicar, enquanto a questão não se resolver através de uma reforma constitucional, passa por reforçar a idéia das diferenças que existem entre o direito do MERCOSUL e o direito internacional em geral. A qualificação de "contratual" atribuída aos tratados básicos do sistema de integração sub-regional deveria estender-se a todo o direito internacional emanado de seus órgãos, mesmo quando em presença de um texto que, considerado isoladamente, possa ser qualificado como "normativo". Esta afirmação é uma consequência forçosa da constatação de que existe um verdadeiro ordenamento jurídico do MERCOSUL, tal como afirma, em termos categóricos, o Nono TAHM<sup>76</sup>. Não faltava razão ao Tribunal para adotar esta posição. Difícilmente se pode pensar que um conjunto normativo complexo – no qual convivem regras típicas de direito internacional com outras que adotam diferentes formas características do direito interno, dentre as quais algumas nem sequer necessitam ser integradas formalmente ao ordenamento interno – elaborado mediante mecanismos específicos, por órgãos particulares, de acordo com as regras previstas no TA e no POP, e o que é muito mais importante, com a finalidade de constituir algo tão importante para o futuro dos Estados Partes como é um mercado comum, constitui, sem mais, direito internacional.

É indubitável que o processo de integração que se desenvolve desde 1991 precisa de diferentes tipos de instrumentos e mecanismos

---

aplicáveis em caso de conflito temporal de cada um dos direitos internos, conforme o caso, e tendo em conta a existência de obrigações internacionais".

Mais adiante diz:

"Uma lei que vá contra uma regra contida em um Tratado Internacional – cuja hierarquia é igual, no mínimo, à de uma lei interna – não será aplicada pelo juiz nacional: neste sentido, as regras contidas no Tratado de Assunção e até mesmo o Artigo 7 têm caráter auto-executável, uma vez que o direito não admite as antinomias em sua lógica".

<sup>76</sup> "Não há dúvida de que pode e deve ser qualificado como tal, por muito que se possa discutir acerca de sua plenitude, considerando que estamos, como foi descrito, diante de um ordenamento organizado e estruturado, que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlos, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimiento y las violaciones." (J. PÉREZ OTERAÍN, *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto*, Montevideo, FCU, 2000, p. 105). Laudo nove, de 4/4/2003, adotado pela demanda da Argentina contra o regime uruguaio de estímulo à industrialização de IIL, número 63.

para alcançar tal finalidade, e é a contribuição destes instrumentos e mecanismos à integração o que dá unidade ao conjunto. Isso nos parece bastante evidente em relação aos protocolos aprovados como Decisões do CMC sobre diferentes matérias<sup>77</sup>. A utilização mesma do termo "protocolo" indica sua vinculação direta com as normas do direito originário, relação que se confirma no texto desses protocolos<sup>78</sup>. A respeito dos textos do MERCOSUL que não se articulam como tratados internacionais, tal relação se evidencia funcionalmente, tendo em conta que os mesmos somente podem ser aprovados porque o TA e o POP estabeleceram uma estrutura institucional e normativa na qual esses textos se integram. Os governos dos Estados Partes não poderiam legislar mediante "decisões", "resoluções" e "diretrizes", se eles não tivessem previamente definido que esses seriam os canais para lograr a constituição do mercado comum. As dificuldades em saber com certeza quando as normas do direito mercosulino derivado entram em vigor poderiam ser minoradas graças a uma interpretação menos rigorosa do que a utilizada na maioria dos casos até o presente, partindo da consideração de que essas normas são parte integrante de uma ordem jurídica diferenciada, com suas próprias características, princípios e mecanismos de legislação.

Os TAHM, ainda que com nuances, pronunciaram-se, em geral, neste sentido. Mas o problema volta a evidenciar-se quando são os tribunais nacionais os que interpretam e aplicam o direito do MERCOSUL, já que algumas vezes o fazem com parâmetros distintos dos do tribunal arbitral em casos equivalentes. Por exemplo, no Brasil, um mês depois da decisão do Sexto TAHM que decidiu sobre a proibição brasileira de importação de pneus remoldados procedentes do Uruguai, dispondo que as normas brasileiras que restringem a importação de pneus remoldados são contrárias ao TA, o Tribunal Federal da 4ª Região (RS) convalidou tal legislação<sup>79</sup>. Em outras oportunidades o juiz nacional viola diretamente a normativa fundamental de integra-

<sup>77</sup> Como é o caso dos textos adotados em matéria de direito internacional privado. Ver, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Direito internacional privado interamericano. Evolução e perspectivas*, Barueri (SP), Manole D.P. 2003, Cap. IV.II.

<sup>78</sup> Com efeito, incluiu-se nos protocolos o seguinte dispositivo: "A adesão por parte de um Estado ao Tratado de Assunção implicará de pleno direito a adesão ao presente Protocolo" (artigos 31 do Protocolo de Las Leñas, art. 17 do Protocolo de Buenos Aires, art. 30 do Protocolo de Medidas Cautelares, art. 11 Protocolo de São Luiz, etc.).

<sup>79</sup> Ver *supra*, III.2.

ção, como aconteceu com o juiz do Rio Grande do Sul que adotou uma medida cautelar impedindo a importação de arroz proveniente de outros Estados do MERCOSUL<sup>80</sup>. Outro tanto pode ser dito da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que rechaçou a isenção de tributo a produtos oriundos do Uruguai, porque "a isenção não se verifica presente na quase totalidade do território brasileiro"<sup>81</sup>.

Esse tipo de decisão de juízes e tribunais inferiores também pode ser vista na jurisprudência dos máximos órgãos judiciais do país. Assim, é muito conhecida a controvertida decisão do STF, de 4/5/1998, denegando a cooperação cautelar solicitada na Argentina, por considerar inaplicável o Protocolo sobre medidas cautelares de 1994 por falta de promulgação presidencial<sup>82</sup>, fato que serviu para que nos demais Estados do MERCOSUL fossem percebidas as características sistema de entrada em vigor das normas internacionais no Brasil<sup>83</sup>. Posteriormente, a aplicação de tal Protocolo no Brasil parece estar normalizada<sup>84</sup>, embora o STF demonstre um alto grau de exigência no controle do atendimento aos requisitos<sup>85</sup>. Em algum caso

<sup>80</sup> A questão foi resolvida pelo STJ, Decisão Monocrática, PET 1.273/RS, rel. Min. Paulo Costa Leite (Presidente), 8/6/2000: "a suspensão das importações [a] interfere na própria credibilidade da política externa brasileira, colocando-a em risco, na medida em que frustra a observância pelo país de compromisso assumido em avenças públicas internacionais, qual o livre comércio de bens, [b] além de comprometer o processo de consolidação do MERCOSUL, o que se revela gravemente danoso para a economia nacional". Ver também, STJ, Corte Especial, AgRg em PET 1.273/RS, rel. Min. Nilson Naves, 29/8/2002 (DJU, 30/9/2002).

<sup>81</sup> TJRS, 1ª Câmara Civil, Apelação e Reexame Necessário 7000062633, rel. Min. Des. Pedro Luiz Rodrigues Bossle, 1/8/2001.

<sup>82</sup> Decisão proferida pelo Ministro - então Presidente - do STF Celso de Mello, na Carta Rogatória 8279, confirmada em 17/7/1998 após o recurso da empresa argentina. Ver o comentário de M.B. NOODT TAQUELA, *RDIM*, 1998-2 Supl., p. 40 e seguintes.

<sup>83</sup> O Ministro Celso de Mello afirma na sua decisão: "Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral". D. VENTURA (nota 61), p. 159-167, fala da "fragilidade da argumentação da Corte", indicando, entre outras coisas, que o Protocolo estabelece claramente sua entrada em vigor trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação e que assim foi aprovado pelo Parlamento, "admitindo uma forma de vigência diferente da regra geral".

<sup>84</sup> Ver, por exemplo, a decisão do STF, Decisão Monocrática, carta rogatória 10.162/at/Argentina, rel. Min. Marco Aurélio (Presidente), 4/3/2002, DJU, 18/3/2002.

<sup>85</sup> Assim, em STF, Decisão Monocrática, carta rogatória 10.190/AT/Argentina, rel. Min. Marco Aurélio (Presidente), 6/3/2002, DJU, 19/3/2002; STF, Decisão

mais recente em que a medida é adotada no Brasil, solicitando cooperação às autoridades de um Estado sócio, até se percebe certo entusiasmo no pronunciamento judicial<sup>86</sup>. É o que se extrai de um caso no qual se ordena a adoção de medidas cautelares, numa ação promovida pela *Fazenda Nacional contra uma pessoa residente em Mendoza, Argentina*, que liquidou irregularmente uma empresa da qual era gerente no Brasil<sup>87</sup>.

Outro texto mercosulino de direito internacional privado, o Protocolo de Las Leñas de 1992<sup>88</sup>, teve sorte desigual nos tribunais brasileiros. Um primeiro problema tem a ver com a exigência de homologação que, derivada da atribuição em tal sentido outorgada ao STF pelo artigo 102 da Constituição, se exige também para um tratado que, precisamente, procura tornar mais fácil a cooperação judicial entre os Estados que compõem o sistema de integração. É verdade que a interpretação literal do texto em questão serve para sustentar esse procedimento em todos os casos<sup>89</sup>, mas também é certo que a homologação pela máxima autoridade judicial do país não é exigida em nenhum dos outros Estados do MERCOSUL<sup>90</sup>. Além disso, numa das Convenções da CIDIP que está em vigor no Brasil, a referente a obrigações alimentares adotada na CIDIP IV – Montevidéu, 1989 – estabelece expressamente no seu artigo 13 que:

A verificação dos requisitos acima indicados caberá diretamente ao juiz a quem corresponda conhecer da execução, o qual atuará de forma sumária, com audiência da parte obrigada, mediante citação

---

Monocrática, carta rogatória 10.042/AT/Argentina, rel. Min. Marco Aurélio (Presidente), 1/4/2002, *DJU*, 12/4/2002.

<sup>86</sup> Ver o reflexo da decisão judicial na imprensa, em *Gazeta Mercantil*, 12/7/2002, p. 1, citando opiniões dos professores L. O. Baptista e P. B. Casella.

<sup>87</sup> Decisão de 4/7/2002, Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, 2ª Vara Federal de Execução Fiscal, Juiz Carlos Guilherme Francovich Lugones (autor: Fazenda Nacional, réu: Bernardo Carlos Weinert).

<sup>88</sup> Protocolo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista, e administrativa.

<sup>89</sup> O que o STF aceitou é que a cooperação (como é o reconhecimento da sentença estrangeira) pode ser solicitada diretamente pelos juízes e tribunais dos Estados parceiros, através de carta rogatória, questão claramente estabelecida pelo artigo 19 do Protocolo. Ver Carta Rogatória 7.613. Relator Min. Celso de Mello, de 26/5/1999, *DJ*, 15/6/1999; Carta Rogatória 7618 – República Argentina (AgRg). Relator Min. Sepúlveda Pertence. Ver também SEMC 3.408.

<sup>90</sup> Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.) (nota 24), Cap. 12.

pessoal e com vista do Ministério Público, sem examinar o fundo da questão. Quando a decisão for apelável, o recurso não suspenderá as medidas cautelares, nem a cobrança e execução que estiverem em vigor.

Isto significa que o Parlamento brasileiro, ao ratificar esta Convenção, admitiu que a homologação não é imprescindível em todos os casos e que é excepcionável<sup>91</sup>. Se isto é possível com base na matéria regulada, com mais razão deveria considerar-se possível com base na finalidade (de integração) perseguida pelas normas em questão. Ademais, se não se considera necessária a homologação com relação à cooperação solicitada por qualquer Estado (a Convenção interamericana está aberta à ratificação por todos os Estados do sistema interamericano e à adesão de qualquer outro Estado), não se compreende qual pode ser o obstáculo para admitir o mesmo critério para a cooperação que solicitam os Estados parceiros do MERCOSUL.

Outra questão colocada com relação ao Protocolo de Las Leñas refere-se à exigência de caução para o demandante estrangeiro que não tem bens no país. Em 4/2/2003, o STJ adotou uma decisão unânime<sup>92</sup> confirmando a decisão monocrática de 6/9/2002<sup>93</sup>, que por sua vez validava a decisão unânime da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná<sup>94</sup>, pela qual se exigia uma caução contra uma empresa uruguaia que não possuía bens imóveis no Brasil, apesar da proibição expressa em tal sentido prevista no artigo 4 do Protocolo de Las Leñas. O Tribunal paranaense baseou sua decisão no artigo 835 do CPC que consagra essa exigência para os demandantes que não têm bens no país, invocando jurisprudência do STJ<sup>95</sup>, e estimando que o Protocolo em questão "parece não ser aplicável, enquanto não houver a devida regulamentação do seu artigo 2, que

<sup>91</sup> Quer dizer que a competência outorgada ao STF pela Constituição Federal deveria ser exercida naqueles casos em que a normativa em vigor exige o mecanismo de homologação. Se a homologação não é requerida, não se verifica a competência do STF para prestar a cooperação às autoridades estrangeiras.

<sup>92</sup> STJ, 3ª turma, MC (AgRg) 5.459/PR (2002/0105725-0), rel. Min. Castro Filho, 4/2/2003, DJU, 10/3/2003.

<sup>93</sup> STJ, 3ª turma, Decisão Monocrática, MC 5.459/PR, rel. Min. Castro Filho, 6/9/2002, DJU, 12/9/2002.

<sup>94</sup> TJPR, 7ª Câmara Cível, AgIn 121.717-2/CU, rel. Des. Accácio Cambi, 20/5/2002 (inédito).

<sup>95</sup> RESP 110.110-RJ 4ª T. rel. Min. César Asfor Rocha j., 9/5/2000, DJ, 26/6/2000, p. 175.

prevê a criação de organismos de unificação e uniformização das práticas processuais, evitando decisões díspares, para situações assemelhadas". O STJ, no entanto, afirma que "com essa posição, não se está negando aplicabilidade ao tratado, como alegado pela agravante, mas, tão-somente, ressaltando que, por se tratar de cautelar, e tendo em conta as razões do especial e a fundamentação do acórdão, o exame da matéria exigiria avaliação além dos limites inerentes à medida".

## V. Conclusões

### 1. O pragmatismo dos idealistas

Os TAHM continuarão agindo em tal caráter quando entre em vigor o PO, e a natureza *inter partes* de seus pronunciamentos seguirá dificultando a conformação de uma jurisprudência própria que assente precedentes que possibilitem avançar em direção a uma interpretação uniforme do acervo normativo do MERCOSUL. A função que neste sentido possa cumprir o chamado Tribunal Permanente de Revisão, ainda está por ser vista, mas é de se esperar que seja positiva. É certo que até agora os princípios em que se fundamentam os laudos arbitrais foram recebidos nos sucessivos pronunciamentos. No entanto, tão verdadeira quanto esta afirmação, é a de que em outras tantas oportunidades, os árbitros deles se afastaram, efetuando interpretações divergentes. Num e noutro casos, estaríamos frente a parâmetros para os laudos que eventualmente sejam exarados por futuros tribunais arbitrais. Da mesma forma, caberia destacar a importância que os entes dotados de poder decisório deveriam assumir como fonte de sentenças dos tribunais nacionais. Com efeito, ao interpretar e aplicar o direito interno emanado em execução das obrigações derivadas do MERCOSUL, os órgãos jurisdicionais dos Estados teriam que se guiar por esse ordenamento. Mas não parece ser a atitude dominante na atual conjuntura. Negar-se a reconhecer essa realidade, somente por envolver-se em uma visão claramente favorável à institucionalização, importaria em não diferenciar o "ser" do "dever ser", atitude que acaba sendo contrária ao objetivo principal, isto é, ao bom funcionamento do sistema de integração.

Qual é então a situação com a qual nos deparamos? A de um esquema que pretende ser um mercado comum, mas não é; que aspira

a alcançar as quatro liberdades fundamentais – fato que se ratifica com a possível livre circulação de pessoas, tema que nos últimos meses de 2002 ocupou importantes espaços na imprensa dos Estados mercosulinos – mas não se sabe com certeza como se implementará; não raramente se realizam comparações com a União Européia e se utilizam seus axiomas, quando o que temos nas mãos é o MERCOSUL e as diferenças com respeito a tal processo são notórias em numerosas ordens.

As vantagens que pode oferecer um tribunal supranacional a dotar o modelo de integração de legalidade, legitimidade e de princípios, em muitos casos assentados a partir da interpretação uniforme que realiza um órgão permanente dotado de competência para tanto, é de uma compatibilidade no mínimo duvidosa com várias disposições dos sistemas legais dos Estados Partes do MERCOSUL, em particular do Brasil. Ainda mais, não se nota uma grande vocação política para que num futuro próximo se revertam estas condições, e sim todo o contrário. A aprovação do PO pelo CMC é um fato positivo, mas não se deve sucumbir à ilusão de acreditar que se alcançou um MERCOSUL legitimado.

Em todo caso, agora que antevê-se novos ventos nos países do MERCOSUL, todos os chamados “institucionalistas” teriam que se converter em partícipes ativos do processo, fazendo valer sua aspiração de justiça, a partir da situação de protagonistas de que estão revestidos. O ano de 2006 – data prevista para adotar um mecanismo definitivo – está muito próximo. Afirma-se de maneira constante que tudo depende da vontade política; acaso não é esta um reflexo bastante aproximado da vontade de cada um dos habitantes do MERCOSUL? O desejo é a justiça, a aspiração é instalar um sistema sólido que respeite a separação e a independência dos poderes; o trabalho dos “institucionalistas”, então, é o de convencer a todos os atores do processo de integração da viabilidade de suas propostas, em especial aos que tomam as decisões políticas. Até que essa institucionalização chegue e levando em conta a hipótese de que pode não chegar, se tanto se valoriza a existência do MERCOSUL como ferramenta para ajudar decisivamente no desenvolvimento de seus Estados Partes, é muito importante garantir que funcione bem. Para isto se deve trabalhar com os elementos trazidos pela realidade, buscando os mecanismos e argumentos para que as normas do ordenamento jurídico mercosulino sejam efetivamente aplicadas e, em consequência, as finalidades básicas perseguidas pelo sistema de integração possam ser obtidas.

## 2. A necessidade de uma correta aplicação do direito do MERCOSUL

Com o mesmo empenho exteriorizado com relação ao ponto anterior e com toda a cautela que nos impõe nosso caráter de observadores estrangeiros (ou relativamente estrangeiros, dadas nossas múltiplas e entranhadas relações com este país) nos animamos a manifestar nossa impressão de que talvez tenha chegado o momento de realizar uma reforma constitucional que faça a adequação do texto fundamental brasileiro à realidade das relações internacionais que o país mantém na atualidade. De fato, várias das propostas apresentadas quando foi aprovada a vigente Constituição Federal encaminhavam-se nesse sentido. Mesmo na ausência de uma reforma constitucional, seria muito interessante que os tribunais brasileiros (e dos demais Estados mercosulinos), em particular os superiores, deixassem de considerar as normas do MERCOSUL como típicas regras de direito internacional. Vários dos laudos dos tribunais arbitrais do MERCOSUL destacaram o caráter singular do ordenamento jurídico mercosulino, com base nas relações particulares que estabelece entre seus sócios e nos objetivos perseguidos pelo sistema de integração, que não são os correspondentes a um simples esquema de livre comércio, mas os que têm a ver com um verdadeiro mercado comum.

Dentro do marco da jurisprudência que o STF desenvolveu sobre a matéria, já é óbvio que a aplicação dos tratados comerciais não pode se ver prejudicada por leis posteriores que estejam em contradição com eles. Com relação ao MERCOSUL – que segundo os responsáveis pela política externa brasileira tem sido desde seu início a máxima prioridade dessa mesma política – o importante é que essa caracterização não se esgote no direito originário, mas que se estenda a todas as normas do que muito bem se definiu como “um verdadeiro ordenamento jurídico”. Deste modo, nenhuma norma interna brasileira poderá servir de argumento para deixar de cumprir as obrigações assumidas no âmbito mercosulino.

Para as eventuais contradições entre a normativa do MERCOSUL e as de algum esquema de livre comércio como é o da OMC e como pode ser o da ALCA, a consideração dos tribunais brasileiros – e dos demais Estados do MERCOSUL – deve se basear na distinção entre a mera (embora importante) liberalização comercial e a integração econômica. No âmbito dos conflitos que se produzem dentro do bloco sub-regional, a regra geral de solução teria que ser a da apli-

cação da norma mais favorável à integração, entendendo esta última como um objetivo superior do Estado. Com esta compreensão, as normas dos esquemas de livre comércio somente seriam aplicáveis aos conflitos intra-zona quando não fossem incompatíveis com as do MERCOSUL e, com o devido rigor, quando exista uma lacuna nestas últimas. Somente assim o sistema sub-regional poderá servir para afiançar a posição de seus Estados Partes num mundo sujeito à dinâmica da globalização.



## DE IGUAÇU A OURO PRETO: A ÁRDUJA JORNADA DO MERCOSUL\*

por *Maria Cândida Galvão Flôres*\*\*

### 1. Introdução

Este artigo apresenta um olhar sobre o Mercosul a partir dos discursos do governo brasileiro no período que compreende os governos de José Sarney, Collor de Mello e Itamar Franco que foram os presidentes que assinaram os três documentos marcos do Mercosul: a Declaração de Iguazu<sup>1</sup>, o Tratado de Assunção<sup>2</sup> e o Protocolo de Ouro Preto<sup>3</sup>.

Neste lapso de tempo observamos que o Mercosul teve diferentes orientações que podem ser percebidas nas ênfases e omissões constantes do discurso de cada governo que indicavam que a construção desse bloco regional periférico foi plena de simbolismos. Ela representou uma visão de regionalismo aberto, foi um marco de referência democrática dos países que o integram, e buscou trabalhar a

---

\* A origem deste artigo é a dissertação de Mestrado da Autora, intitulada "A árdua jornada de Iguazu a Ouro Preto. O Mercosul nos discursos do governo brasileiro (1985-1994)", defendida no Programa de Pós-graduação em História da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ, em 2002, e orientada pelo Prof. Dr. Orlando de Barros. A Autora é inteiramente responsável pelas idéias nele contidas, bem como eventuais erros ou omissões.

\*\* Maria Cândida Flôres é economista pela PUC-RIO, especialista em Administração Pública pela UERJ e mestre em História (linha de pesquisa: História das Relações Internacionais) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ.

<sup>1</sup> Assinado em 30/09/1985.

<sup>2</sup> Assinado em 26/03/1991.

<sup>3</sup> Assinado em 17/12/1994.

compatibilidade da agenda interna e externa da modernização, em virtude do esgotamento do modelo de Estado até então vigente, gestor de uma economia baseada na substituição de importações, que ocorreu até a década de 90. A profusão simbólica aludida, em larga medida, assinala uma produção discursiva que nos pareceu importante elucidar.

As fontes primárias foram os discursos do governo brasileiro nos fóruns internacionais, como nas sessões de abertura da ONU<sup>4</sup>, em reuniões de cúpula regionais e em solenidades nacionais e internacionais<sup>5</sup>.

A importância dos discursos políticos concentra-se no fato de que eles são produzidos com o objetivo de persuadir e seduzir os interlocutores e, através deles o país envia mensagens ao mundo. Como contraponto aos discursos consultamos jornais e revistas nacionais e internacionais<sup>6</sup>, em especial sul-americanos, para através de suas reportagens verificar a repercussão das falas do governo.

As fontes secundárias, obras e artigos acadêmicos<sup>7</sup>, foram utilizados para fundamentar reflexões.

<sup>4</sup> Ver "A Palavra do Brasil nas Nações Unidas, 1946-1995", Brasília: FUNAG, 1995.

<sup>5</sup> Ver "Resenha de Política Exterior do Brasil", Brasília, MRE, diversos números de 1985 a 1994.

<sup>6</sup> Ver "Boletim CEDEP/UFRGS", Rio Grande do Sul, UFRGS, diversos números de 1985 a 1994.

<sup>7</sup> Ver: (1) ALMEIDA, Paulo Roberto de. "O Mercosul no contexto regional e internacional". São Paulo: Aduaneiras, 1993. (2) BATISTA, Paulo Nogueira. "A política externa de Collor: modernização ou retrocesso?". In: *Política Externa*, vol. 1, nº 4. São Paulo: Editora Paz e Terra, mar 1993. (3) CAMARGO, Sonia de. "A integração do Cone Sul". In: *Textos*, IRI-PUC/RIO, nº 13, 1993. (4) CAMPBELL, Jorge. "Mercosul entre a realidade e a utopia". Rio: Relume Dumará, 2000. (5) FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima e ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. "Mercosul hoje". Rio: FUNAG/MRE; São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1995. (6) KEOHANE, Robert e NYE, Joseph. "Poder e interdependência: la política mundial en transición". Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1988. Tradução de Heber Cardoso Franco. (7) KLAVEREN, Albert van. "Análise das políticas externas latino-americanas: perspectivas teóricas". In: MUÑOZ e TULCHIN, *A América Latina e a política mundial*, São Paulo: Convívio, 1986. (8) MARQUES, Renato. "Mercosul - origens, evolução e desafios". In: *Boletim de Integração Latino Americano*, nº 2, Brasília: GETEC/MRE, set 1991. (9) SCHMIDT, Stefan. "Globalização transnacional e cooperação regional na Europa e na América Latina". In: *Contexto Internacional*, vol. 18, nº 2. Rio: IRI-PUC, jul-dez 1996. (10) SEITENFUS, Ricardo. "Para uma nova política externa brasileira". Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994. (11) SILVA PINTO, Pedro Borges de Sousa da. "O

Para análise das fontes, utilizamos um quadro teórico-metodológico que privilegiou elementos das teorias de relações internacionais e de análise de discurso. Além disso, a documentação foi analisada à luz da semiologia iniciando-se esta análise semiológica do conteúdo das fontes com a identificação de dois eixos: o sincrônico, que representa os valores e as ideias de quem escreve no momento em que escreve e, também, os objetivos mais imediatos do mesmo, e, o diacrônico, que caracteriza as referências históricas, as circunstâncias que promoveram ou ensejaram a asserção do autor do documento. Em seguida, identificamos dentro do texto, a percepção do juízo que o autor tem ou quer passar das representações que usa, classificando-se os aspectos positivos como "eufóricos" e os negativos como "disfóricos"<sup>8</sup>.

A nossa investigação concentrou-se em identificar as diferentes orientações do Mercosul e, também, em identificar nos discursos dos três governos uma configuração mítica do Mercosul, criada pela narrativa das falas. O discurso mítico, teoricamente configurado por Girardet (1987)<sup>9</sup>, constitui-se pela repetição, na associação de um estreito círculo de conceitos, até consubstanciar-se num ente significativo, concebido idealmente. Ainda, segundo Girardet (1987)<sup>10</sup>, o mito pode ser associado à incitação da ação, aparecendo em definitivo como um estimulador de energias de excepcional potência.

Então, buscando uma nova abordagem para este tema da história político-econômica do Brasil que desperta o interesse de diversos pesquisadores, direcionamos o foco da nossa abordagem para o significado deste processo de integração do Cone Sul, no contexto da política externa brasileira e de acordo com uma perspectiva histórica. A sua construção englobou diferentes orientações, que se apresentam nos discursos políticos dos governos de José Sarney, Collor de Mello e Itamar Franco, ao sabor dos eventos dos períodos sucedentes. Esses

---

Mercosul no triângulo comercial Alca, União Européia e América Latina". Lisboa: Universidade Autónoma, 2001.

<sup>8</sup> Esta análise semiológica do conteúdo das fontes foi realizada obedecendo referência e método apreendidos nas aulas do Prof. Dr. Orlando de Barros, que ministrou a disciplina "Culturas políticas e sistemas de poder: questões de sentido no documento do historiador", no 1º semestre de 2002, no Mestrado do Programa de Pós-graduação em História da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ.

<sup>9</sup> Ver Raoul Girardet, "Mitos e mitologias políticas", São Paulo, Companhia das Letras, 1987, passim.

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*.

discursos apresentam diferenças em muitos aspectos no que tange à *eleição temática*, à *estratégia retórica* e à distribuição de *atuantes* e de *afetos*, mas também, se assinalando por certa convergência de *efeito de sentido*<sup>11</sup>.

Assim, o que se tem como prioritário é tratar da situação-problema colocando a perspectiva brasileira em primeiro plano, sem descuidar das demais, tendo em mente as aspirações, as esperanças, os projetos. Estas se colocam, essencialmente, nas declarações e nas falas, e são *campos discursivos* por excelência. Como os discursos se aclaram mais eficientemente enquanto *percurso enunciativo*, conforme visão do historiador, consideramos pertinente, e mesmo indispensável, estudar a *diacronia* que se contrói em três mandatos presidenciais sucessivos, que os balizamos em recortes bem definidos por eventos-chave, que nos parece mais adequado ao entendimento de um *enunciado* geral<sup>12</sup>.

## 2. O Mercosul no governo de José Sarney: um marco de referência democrática no Cone Sul

Nesta época a conjuntura política do Cone Sul apresentava-se com um novo perfil criado pelo fim quase simultâneo dos governos militares e pelo retorno à democracia.

No governo José Sarney, as dificuldades no cenário externo concentravam-se em duas variáveis importantes: a crise e a desmobilização do mundo em desenvolvimento, e o controle exercido pelos países desenvolvidos sobre a agenda internacional. Os discursos do

<sup>11</sup> "Eleição temática", "retórica", e "atuantes" são conceitos clássicos da semiologia, e se referem, respectivamente, aos temas, à estratégia de convencimento e aos sujeitos mencionados no texto. Os "afetos" se referem aos valores positivos ou negativos atribuídos nos discursos, e são especialmente desenvolvidos por Lyotard, "Des dispositifs pulsionnels", Paris: Christian Bourgeois Editeur, 1973. Quanto aos conceitos gerais, veja, por consulta, Umberto Eco, "Tratado Geral de Semiótica", São Paulo: Perspectiva, 1976.

<sup>12</sup> "Percurso enunciativo" se refere à série temporal indicada nos discursos; a "diacronia" se refere à interação temporal com os eventos históricos paralelos aos discursos; o "enunciado geral" trata de uma sùmula proposta no conjunto de enunciados de um discurso. A propósito, ver Diana L. P. Barros, "Teoria do discurso: fundamentos semióticos", São Paulo, 1988, bem como Roland Barthes, "Elementos de semiologia", São Paulo, Cultrix, 1996.

governo denunciavam estas questões e enfatizavam a sua influência nas motivações do mesmo, no sentido de aprofundar e melhorar as bases de cooperação na América do Sul, destacando-se a aproximação entre Brasil e Argentina, que deu origem ao Mercosul.

No cenário interno os discursos davam ênfase aos novos tempos caracterizados pela redemocratização que ocorria de forma quase simultânea nos países do Cone Sul, gerando estabilidade e legitimidade e levando os governos a buscarem um contato mais estreito com os vizinhos, vistos agora como nações com os mesmos dilemas e desafios a enfrentar.

Este novo contexto influenciou na reformulação da concepção original da integração entre Brasil e Argentina; houve a mudança de uma estratégia de regionalização baseada em uma aliança estrutural que era centrada na concepção autárquica de desenvolvimento nacional, para um modelo de mercado comum baseado na conformação de um universo geográfico-tarifário comum que levou à criação do Mercosul.

Sobressaem então, nos discursos políticos deste governo, a vontade manifesta de aprofundar e melhorar as bases de cooperação no Cone Sul calcadas neste novo modelo de integração, com destaque para um relacionamento mais estreito com a Argentina.

Observa-se esta política explícita de aproximação no sul do continente no seguinte pronunciamento do presidente José Sarney, em 29 de novembro de 1985, na fronteira entre o Brasil e a Argentina, por ocasião da inauguração da ponte "Presidente Tancredo Neves":

"Estamos dando, hoje, outro passo histórico, que irá aprimorar o relacionamento Brasil-Argentina. Refiro-me à criação da Comissão Mista de Alto Nível para a Cooperação e Integração Econômica.

Formada de representantes governamentais e do setor empresarial de ambos os países, a ela caberá examinar e propor programas, projetos e medidas que intensifiquem a integração e a complementação econômica de nossos países.

Nesta oportunidade, expressei o compromisso do governo brasileiro de trabalhar intensamente com as autoridades argentinas, para que esse processo de integração se expanda a ritmo acelerado e ganhe ampla dimensão"<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Trecho do discurso do presidente José Sarney, IN Resenha de Política Exterior, nº 12, ano 47, out-nov-dez, Brasília, MRE, 1985, p.19.

Ressaltamos a importância desta fala, sobretudo pela variedade temática que ali se encerra: cooperação e integração entre duas nações que num passado não muito remoto apresentavam-se como rivais, e a presença simultânea do setor público e do setor privado neste processo de aproximação entre os dois países.

A vontade política de aprofundar este processo de integração estava apoiada no incremento do comércio bilateral e na remoção de obstáculos, como a desconfiança quanto ao uso da energia nuclear, vinda sobretudo desde o governo Geisel, e agora convertida em fator de aproximação, ou melhor, de impulsão para a cooperação plena.

Estas colocações estão presentes no seguinte trecho desta mesma fala do presidente José Sarney na solenidade na fronteira Brasil-Argentina:

"(.....)

A integração entre o Brasil e a Argentina nasce da vontade política comum e já se traduz em iniciativas conjuntas concretas, com os projetos de represa no rio Uruguai, as interligações elétricas, os estudos sobre a viabilidade de fornecimento de gás e a associação de projetos industriais.

O potencial de expansão do comércio bilateral exige mecanismos novos, capazes de reforçar as duas economias, como defesa contra uma conjuntura internacional adversa.

Ao mesmo tempo que dinamizamos as áreas tradicionais decidimos dar, em nossa cooperação, atenção prioritária à biotecnologia, à informática, às tecnologias de ponta essenciais para evitar sermos marginalizados da revolução científica de nossa época.

Num desses setores, o da tecnologia do átomo, demonstramos nossa capacidade de, sem desconfianças, preconceitos ou rivalidades colocar a energia nuclear ao serviço exclusivamente pacífico do desenvolvimento dos nossos povos, através de projetos conjuntos<sup>14</sup>."

Este trecho do pronunciamento enfatizou a importância da aproximação entre os dois países, circunstanciando as medidas concretas de como esta cooperação ocorreria a partir da criação desta Comissão. Entretanto, além das promessas e declarações conjuntas sobre diferentes temas, a única proposta concreta que emergiu desse encontro foi um acordo, assinado pelos chanceleres do Brasil e da Argentina, para oficializar o intercâmbio entre cientistas e empresas brasileiras e argentinas no campo da biotecnologia<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>15</sup> Jornal do Brasil, "Único acordo é sobre tecnologia", 01/12/1985.

À medida que o entendimento entre os dois países se ampliava, outros acordos de cooperação foram firmados, como a criação de um grupo binacional de pesquisa em tecnologia de ponta, na área de informática<sup>16</sup>. Também, os governos de Brasil e Argentina decidiram ampliar os acordos de cooperação na área de transporte fluvial<sup>17</sup>, e projetos vinculados à interação do setor energético dos dois países, em particular para a construção do gasoduto e das represas hidroelétricas sobre o rio Uruguai<sup>18</sup>.

Então, em 30 de novembro de 1985, para caracterizar este processo de integração econômica do Cone Sul, que foi impulsionado pela vontade política e determinação do Brasil e da Argentina, em fazer avançar no terreno prático a relativa complementariedade já existente entre as duas economias, foi firmado pelos presidentes dos dois países a Ata de Iguaçu, criando uma Comissão Mista de Alto Nível para Cooperação e Integração Econômica Bilateral. Neste contexto foram assinadas a Declaração Conjunta sobre Política Nuclear e a Declaração de Iguaçu.

Ressaltamos que o retorno à normalidade política no Brasil recuperou a valorização da negociação e do consenso na tomada de decisões, alterando substancialmente a ordem institucional, e terminando com o período de vinte anos de excepcionalidade em que os militares exerceram efetivamente o poder de Estado.

No Cone Sul que passara pelo mesmo processo de anormalidade institucional ocorrida no Brasil, a necessidade de consolidar os novos processos democráticos atuou como compromisso e como condição nos avanços em matéria de cooperação regional.

### **3. O Mercosul no governo Collor de Mello: um marco em direção da Iniciativa para as Américas**

A ascensão de Collor de Mello à presidência do Brasil provocou uma crise de paradigma da política exterior, porque foram questiona-

---

<sup>16</sup> Folha de São Paulo, "Informática terá pesquisa com grupo argentino", 24/02/1986.

<sup>17</sup> La Nación, "Ampliarán acuerdos de cooperación con Brasil", 18/04/1986.

<sup>18</sup> Clarín, "Se desconocen los beneficios. Argentina entregará a Brasil 10 millones de m<sup>3</sup> de gas", 21/06/1986 e Gazeta Mercantil, "Gasoduto Brasil-Argentina é viável, concluem gaúchos", 29-31/08/1987, p.14.

das as linhas gerais que orientaram o comportamento externo do país durante muitos anos. As mudanças nos cenários interno e externo estão registradas no seguinte trecho de seu discurso na Sessão de Abertura da Assembléia Geral da ONU, em 24 de setembro de 1990:

"Esta é a primeira vez que me dirijo à Assembléia Geral das Nações Unidas. Registro com emoção a coincidência de inaugurar este ano o debate geral precisamente quando, no Brasil e no mundo, transformações múltiplas e profundas estão revendo os conceitos e preconceitos que há décadas vinham asfixiando a comunidade de nações.

(.....)

Sob o impulso promissor das novas tendências, quase nos permitimos um sentimento de euforia e complacência. Mas a fragilidade da ordem internacional, o efeito desestabilizador de certas situações regionais e a gravidade dos problemas econômicos recomendam-nos cautela reservada<sup>19</sup>."

No cenário interno observava-se o esgotamento do modelo de crescimento econômico, baseado na dinâmica da substituição de importações e, politicamente, sobre o rumo da estratégia de desenvolvimento a adotar, o Brasil entrava nos anos 90 com uma confrontação entre um pensamento mais liberal, e outro mais nacionalista. No cenário externo, uma das características mais importantes dessa nova ordem internacional foi o desvio do eixo de competição em escala mundial, do poder ideológico-militar para as questões econômico-ideológicas. Assim, a conjunção desses fatores externos e internos rompeu o consenso que existia, internamente, dentro das elites sobre o projeto de política exterior e, condicionou o próprio comportamento externo do país.

Os discursos do governo denunciavam este contexto e o presidente Collor de Mello, com grande ênfase, anunciava a mudança da política externa e econômica destacando o embate entre isolacionismo e globalização que existia entre determinados segmentos da sociedade. Em suas falas ele afirmava desejar deixar de lado a concepção terceiro-mundista de confronto, e procurava reforçar os laços com o Primeiro Mundo através de um relacionamento preferencial com as economias ocidentais avançadas, em especial os Estados Unidos.

<sup>19</sup> Trecho do discurso do presidente Collor de Mello, na ONU, em 24/09/1990 IN "A palavra do Brasil nas Nações Unidas 1946-1995", Brasília, FUNAG, 1995, p. 509-10.

Nos seus pronunciamentos, o presidente ressaltava a sua condição de *primeiro presidente eleito pelo voto direto em quase trinta anos*, o que lhe dava moral para ensejar mudanças importantes como a abertura da economia e a mudança da estratégia do desenvolvimento agora sob a bandeira da integração. Mais adiante, neste discurso na ONU, o presidente Collor de Mello mostrava que estava consciente dos desafios que se apresentavam para o Brasil:

"{.....}"

Para que não se converta em fórmula estéril ou em disfarce de uma crise política mais profunda, o "novo multilateralismo" há de ser realmente inovador e atento ao imperativo da representatividade. As últimas semanas evidenciaram, de forma direta e dramática, não só a globalização do sistema das relações internacionais, mas também, sua vulnerabilidade e sua instabilidade.

Nunca como hoje, Senhor Presidente, a política e a diplomacia foram tão necessárias na esfera multilateral<sup>20</sup>."

Acreditamos que ao referir-se aos acontecimentos das últimas semanas, o presidente Collor de Mello quis lembrar o fato que nos dias 17 e 18 de setembro aconteceu em Washington: um encontro entre uma delegação conjunta de diplomatas brasileiros, argentinos, uruguaios e paraguaios para discutir com funcionários norte-americanos a proposta do presidente Bush (pai) de uma zona de livre comércio para as Américas, posteriormente denominada Iniciativa para as Américas.

Esta proposta contemplava uma nova parceria no hemisfério baseada em mais comércio e menos ajuda. Na proposta dos países do Cone Sul discutiu-se acrescentar o acesso da região aos conhecimentos tecnológicos produzidos nos Estados Unidos às tarefas propostas por Bush (pai) como prioritárias: a redução da dívida externa regional, a derrubada de barreiras comerciais e a liberalização de políticas de investimento no continente. Iniciava-se assim, na prática, a proposta de posições comuns dos países do Cone Sul em relação a temas de interesse geral da agenda internacional.

Neste contexto, o Mercosul apresentava-se como instrumento adequado para a abertura da economia, no marco das recomendações do Consenso de Washington<sup>21</sup>, e funcionou como um mascaramento

<sup>20</sup> Idem, *ibidem*, p. 519.

<sup>21</sup> Modelo de organização econômica que os representantes das agências governamentais norte-americanas e de instituições internacionais de crédito nos Estados

do projeto político real que era a implantação do receituário neoliberal no Brasil.

Então, rompendo com a postura cautelosa e gradual inaugurada no governo anterior, em virtude da urgência em implementar as novas medidas econômicas, os presidentes do Brasil e da Argentina decidiram converter a Área de Livre Comércio Brasil-Argentina num Mercado Comum do Cone Sul, como mostra o pronunciamento de Collor de Mello por ocasião da assinatura do Tratado para a constituição do Mercosul, em Assunção, em 26 de março de 1991:

"Não lançamos, hoje, uma obra retórica e decorativa da história do Cone Sul. Há anos, viemos trabalhando incessantemente, para nivelar ao plano da cooperação econômica a excelência de nosso entrosamento político. Sabíamos que, numa conjuntura internacional em tantos capítulos adversa, à conta do ressurgimento extemporâneo de barreiras comerciais, práticas protecionistas e medidas discriminatórias no sentido Norte-Sul, a alternativa mais recomendável era a viabilização do que, aqui, na capital paraguaia, estamos concretizando, para a surpresa dos pessimistas, mas para a grandeza e a prosperidade de nossos países.

Sabíamos que, num mundo agigantado pela transnacionalização das relações econômicas e financeiras e, ao mesmo tempo, seduzido pelo impulso de reunir, em megabloques, os influentes centros pós-industriais, não havia opção à modernidade.

Começamos a escrever nossa própria modernidade criando um Mercado Comum que, ao fortalecer nossa capacidade produtiva, no lastro da complementação de nossas economias, não nos fecha ao exterior. Pelo contrário, abençoa nosso mecanismo sub-regional de integração a certeza de que, juntos, nos abrimos enriquecidos à parceria com terceiros, ao fluxo de capitais, à renovação tecnológica, ao vigor, enfim, das forças mais promissoras do cenário internacional<sup>22</sup>."

Observamos nesta fala que Collor de Mello justificava a abrupta mudança nos rumos do processo integracionista do Cone Sul pela evolução dos acontecimentos internacionais, especialmente a consolidação dos espaços econômicos, a globalização da economia e a imperiosa necessidade de uma inserção competitiva na economia. É neste cenário adverso que o Mercosul aparece como o espaço integrado, o lugar de representações idealizadas.

---

Unidos haviam indicado como o mais adequado para a América Latina. Era a consolidação da filosofia ultra liberal.

<sup>22</sup> Trecho do discurso do presidente Collor de Mello, in *Resenha de Política Exterior do Brasil*, n° 68, Brasília, FUNAG, 1° semestre 1991, p. 32.

Em 1991, o presidente voltou à tribuna da ONU. Pronunciou discurso perante a 46ª Sessão Ordinária, vindo mencionar a constituição do Mercosul, agora significativamente acompanhada de uma sinalização em direção à sua compatibilização com a Iniciativa para as Américas, proposta pelo presidente dos Estados Unidos, com vista ao estabelecimento de uma área de livre-comércio nas três Américas:

“(.....)”

No continente americano, a Iniciativa para as Américas, hoje conhecida como Plano Bush, é um primeiro sinal de disposição para o entendimento.

*Seguindo esse mesmo impulso rumo à integração real do continente, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai firmaram o Tratado para a Constituição do Mercado Comum do Sul, o Mercosul, que já se articula com a Iniciativa para as Américas por meio do Rose Garden Agreement, assinado em Washington este ano<sup>23</sup>.”*

O “Rose Garden Agreement” ou Acordo 4+1 firmado entre o Mercosul e os Estados Unidos foi uma estratégia da diplomacia brasileira para preservar a integridade do Mercosul porque o simples anúncio de uma área hemisférica de livre-comércio poderia atrair individualmente alguns países-membros do Mercosul e perturbar o processo de integração subregional.

#### 4. O Mercosul no governo de Itamar Franco: um marco na integração sul-americana

O fim prematuro do governo Collor de Mello permitiu que o vice-presidente Itamar Franco assumisse o governo do país em um quadro interno, de certa forma ambíguo, com orientações divergentes no que se refere ao projeto de política exterior, numa direção o neoliberalismo e noutra o desenvolvimentismo.

Entretanto, apesar deste cenário conflituoso, o presidente Itamar Franco promoveu expressiva alteração na política externa e na estratégia de abertura econômica. As principais diretrizes da política externa de Itamar Franco encontram-se no seguinte trecho de seu discurso no Instituto Rio Branco:

<sup>23</sup> Trecho do discurso do presidente Collor de Mello na ONU, em Nova York, em 23/09/1991, op. cit. p. 535.

"(.....)

Ao refletir sobre o que deve ser uma pauta de política externa brasileira identifique claramente algumas prioridades:

A defesa do tratamento multilateral e nos seus foros apropriados dos grandes temas internacionais – políticos e econômicos – assim como uma maior transparência e democratização no acesso ao processo *decisório internacional*.

O reforço do sistema multilateral de comércio, que poderá ser obtido por uma conclusão satisfatória da Rodada Uruguai, para cujo sucesso já foram dedicados tantos anos de esforços negociadores.

A consolidação de nosso processo de integração regional, que nos abre novas perspectivas e oportunidades *no campo econômico e comercial*, e que deverá reforçar a base política com que poderemos para o apoio a nossos pontos de vista no cenário internacional.

(.....)

Somos um país que deseja a integração.

Nesse sentido, será preciso valorizar nossa própria região. A América Latina, em particular a América do Sul, sempre foi e deve continuar a ser área privilegiada de atuação de nossa política externa<sup>24</sup>."

*Entretanto, a crise interna exerceu um efeito de retração sobre a política exterior e abriu espaço para duas posições antagônicas em torno da redefinição das relações com os Estados Unidos. Uma que via na aproximação com os Estados Unidos um caminho para recuperar a credibilidade internacional, segundo o modelo argentino, e outra, mais tradicional, que propunha a busca de uma maior autonomia e distanciamento dos Estados Unidos.*

Nesta época, o Brasil teve um papel mais ativo nos fóruns multilaterais; *buscou, também, aliviar o drama de suas relações com os Estados Unidos, tentando uma aproximação com outros países como a China e a Índia. Além disso, o Brasil preocupou-se em aprofundar a integração regional, dando ênfase ao Mercosul, que foi impulsionado, internamente, pela consolidação democrática fortalecida pela estabilidade econômica alcançada com o Plano Real e, externamente, pelo processo de globalização. Estes fatores internos e externos refletiram-se num projeto de inserção externa para um país continental com interesses na dinâmica da globalização da economia mundial, e como sócio importante no processo de regionalização da América do Sul.*

<sup>24</sup> Trecho do discurso do presidente Itamar Franco, em 27/04/1993, na cerimônia de formatura da turma de 1992 do curso preparatório da carreira diplomática do Instituto Rio Branco. Gazeta Mercantil, "América do Sul é prioridade para o Brasil", de 28/04/1993, p. 3, in Boletim CEDEP/UFRGS, ano 8, nº 9, abr 1993.

O resultado desta conjunção de fatores internos e externos refletiu-se na orientação dada ao Mercosul no sentido de conformar a zona de livre comércio, e tornar a união aduaneira uma realidade, o que possibilitaria a negociação com outros blocos. Discursando na Sessão de Abertura da VIIª Reunião do Conselho do Mercado Comum, em Ouro Preto, em 1994, o presidente Itamar Franco assim se pronunciou:

"O fim do mandato da Presidência Pro Tempore brasileira, a 31 de corrente, coincide com o término do período de transição previsto no Tratado de Assunção, que estamos hoje aperfeiçoando por meio do Protocolo de Ouro Preto. Definimos assim a nova estrutura institucional de nossa associação e a ele damos personalidade jurídica de direito internacional.

(.....)

O acerto de nossas políticas se confirma a cada dia. Em nosso entorno geográfico, o Mercosul deverá, no decorrer dos primeiros meses do ano vindouro, negociar a ampliação de acordos logrados no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração, bem como a criação, no prazo de dez anos, de uma zona de livre comércio. A proposta que apresentei, em fins de 1993, de uma Área Sul-Americana de Livre Comércio, é hoje iniciativa conjunta do Mercosul, em fase de negociação com nossos vizinhos. O Chile e a Bolívia estão bem próximos de concluir laços de associação conosco<sup>25</sup>."

Observa-se que neste trecho desta fala foi enfatizada a integração da América do Sul. Em 1993, discursiva e simultaneamente à construção da união aduaneira do Mercosul, o governo lançou a proposta de uma área de livre comércio sul-americana que seria uma expansão do Mercosul, ampliando desta forma a integração do Cone Sul para uma integração da América do Sul. Podemos observar nos discursos, de forma implícita que esta proposta do governo serviu, de certa forma, para conformar ou deixar de lado os obstáculos a enfrentar para a consolidação e o aprofundamento do Mercosul. Percebia-se que o governo Itamar Franco manobrava demais sem por termo ao mínimo necessário para que suas iniciativas se tornassem viáveis.

Discursivamente, a orientação emprestada ao Mercosul de pólo aglutinador da integração sul-americana representou uma mudança de

<sup>25</sup> <http://www.mre.gov.br/unir/webunir/BILA/15/mercosul/lccm01.htm> Trecho do discurso do presidente Itamar Franco, pronunciado na Sessão de Abertura da VIIª Reunião do Conselho do Mercado Comum, em Ouro Preto, em 16 e 17 de dezembro de 1994.

paradigma político para a América do Sul, considerando-se que o Brasil é o país que se opõe com mais força, em termos de competitividade, aos Estados Unidos e poderia, a partir dessa proposta, assumir uma postura de vanguarda liderando a idéia de integrar a América do Sul.

De início, a proposta de uma Área de Livre Comércio Sul Americana gerou uma certa confusão dentro do bloco pois parecia indicar uma estratégia de negociação independente incompatível com a vigência da união aduaneira. Entretanto, há que se observar que, na percepção do governo, era uma política de largo alcance porque uma vez consolidado o Mercosul, tornava-se necessário estender o processo de integração para a América do Sul como um todo. O Mercosul e a proposta do presidente Itamar Franco de uma Área de Livre Comércio Sul Americana<sup>26</sup>, além de sua importância econômica e comercial, têm profundo sentido político, na medida em que eram a expressão concreta do perfil mais dinâmico do Brasil na América do Sul.

## 5. Considerações Finais

Destacamos que, neste período específico objeto de nossa análise, a integração do Cone Sul tornou-se um tema prioritário da política externa brasileira onde concentraram-se grande parte das aspirações e dos interesses nacionais, buscando um novo perfil internacional para o país.

Observamos que, em seu discurso, a construção deste novo perfil internacional iniciou-se com a Declaração de Iguazu quando foram dados os primeiros passos para a integração do Cone Sul visando uma maior inserção internacional do Brasil e, concretizou-se com o Protocolo de Ouro Preto que deu personalidade jurídica de direito internacional ao bloco do Cone Sul.

Além disso, os desafios e dilemas deste processo de integração, durante o lapso de tempo selecionado nesse estudo, reportaram-se às flutuações típicas de uma época de crises internas e externas, e a

---

<sup>26</sup> Proposta pelo presidente Itamar Franco, no final de 1993, na Reunião do Grupo do Rio, em Santiago. Essa proposta foi ratificada na reunião dos presidentes do Mercosul, em Colônia, e foi objeto da análise dos chanceleres da região em março de 1994.

atuação do governo foi problemática porque tentou extrair de uma conjuntura internacional em mudança, maiores possibilidades de inserção para o país. Este quadro refletiu-se nas diferentes orientações dadas ao Mercosul.

Discursivamente, as diferentes orientações do Mercosul foram estrategicamente utilizadas em função de determinados interesses do jogo político. No governo de José Sarney predominou o fator político na integração visando responder a um sistema internacional conflituoso, para zelar e buscar promover da melhor forma possível os interesses do país dentro de um contexto democrático.

No governo Collor de Mello, o fator econômico assumiu a condução do processo integracionista com a liberação linear e automática do intercâmbio, assumindo o Mercosul uma perspectiva de etapa intermediária entre um mercado global e o protecionismo nacional; também, no governo Itamar Franco persistiu, com menos ênfase, a preponderância do fator econômico, entretanto, houve a proposta do governo de ampliação do Mercosul, denotando uma preocupação política em fortalecer o continente sul-americano no cenário internacional.

Apesar das diferentes orientações, destacamos que, nestes três governos, o valor eufórico do Mercosul, que sobressaiu, foi a determinação e a vontade política de levar o projeto de integração a termo, no marco de regimes democráticos em todos os países-membros e, o valor disfórico foi o cronograma pouco realista para a consecução de objetivos ambiciosos.

As diferentes orientações do Mercosul aparecem nos discursos de cada governo vinculadas a idéias, noções e associações que foram ditas, repetidas e enfatizadas em circunstâncias e lugares distintos, criando, assim, a lógica do discurso mítico. Nesse sentido, o Mercosul mobilizou diversos segmentos da sociedade em termos de cooperação em diversas áreas.

Dessa forma, mesmo que o Mercosul não perca a sua realidade objetiva, por assim dizer, prática e histórica, não deixa também de ter sido um mito, com todas as propriedades concernentes a esse tipo de entidade de significação, servindo bem aos propósitos de persuadir, conduzir, e acalmar, tendo, por isso mesmo, o defeito de deformar e confiar em ideações como solução para os problemas concretos. E, se assim é, temos hoje a perspectiva do tempo para dizer que o Mercosul, pelos seus impasses do presente, não ultrapassou de muito sua construção discursiva.



## APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO DAS SOCIEDADES

por *Alexandre Mota Pinto*

SUMÁRIO: 1. A liberdade de estabelecimento, fundamento do Direito Europeu das Sociedades; 2 Conteúdo da liberdade de estabelecimento, distinção face às restantes liberdades fundamentais e noção de estabelecimento: a) Delimitação face à liberdade de circulação de trabalhadores; b) Delimitação face à liberdade de prestação de serviços; c) Delimitação face à liberdade de circulação de capitais; d) Delimitação face à liberdade de circulação de mercadorias; e) Noção de estabelecimento; 3 Conteúdo da liberdade de estabelecimento, liberdade de estabelecimento primária e secundária: a) Liberdade de estabelecimento, primária e secundária; b) Conteúdo da liberdade de estabelecimento primária e secundária das sociedades; c) Formas de estabelecimento secundário: estabelecimentos sem personalidade jurídica e estabelecimentos com personalidade jurídica; 4 Beneficiários da liberdade de estabelecimento, as sociedades beneficiárias da liberdade de estabelecimento; 5 Aplicabilidade directa da liberdade de estabelecimento: a) Aplicabilidade directa das normas sobre liberdade de estabelecimento; b) Aplicabilidade directa da liberdade de estabelecimento das sociedades; c) Concretização da aplicabilidade directa das normas sobre liberdade de estabelecimento; d) Eficácia directa entre privados das normas sobre liberdade de estabelecimento?; 6 Extensão da liberdade de estabelecimento, simples proibição de discriminações ou proibição geral de restrições?: a) Os artigos 43º e 48º como proibição de discriminações; b) Os artigos 43º e 48º como proibição geral de restrições?: ba) A jurisprudência do TJCE: de simples proibição de discriminações a proibição geral de restrições; bb) Análise crítica da interpretação do TJCE: bba) As várias hipóteses de utilização da liberdade de estabelecimento; bbb) Interpretação do

artigo 43º; bbc) Alcance da liberdade de estabelecimento enquanto proibição de restrições; bc) O problema da discriminação de nacionais ("discriminação às avessas").

## 1. A Liberdade de estabelecimento, fundamento do Direito Europeu das Sociedades

A liberdade de estabelecimento, uma das cinco liberdades fundamentais previstas no Tratado da Comunidade Europeia, constitui uma verdadeira "Magna Carta"<sup>1</sup> do Direito Europeu das Sociedades.

Na verdade, para a consecução de um Mercado Comum ou mesmo de um (mais exigente) Mercado Interno<sup>2</sup> é fundamental assegurar a liberdade de circulação das empresas. A liberdade de estabelecimento, juntamente com a livre circulação dos trabalhadores<sup>3</sup> e a livre circulação dos capitais, possibilitam a livre movimentação dos factores de produção, ao passo que as liberdades de circulação de mercadorias e de prestação de serviços tornam possível a livre circulação de produtos<sup>4</sup>, dentro do Mercado Comum.

Em termos ideais, os factores de produção e, em particular, as empresas, que reúnem o trabalho e o capital, deveriam circular dentro do Mercado Comum com a mesma liberdade com que circulam dentro dos mercados nacionais. Com efeito, deve ser reconhecida às empresas a possibilidade de movimentação dentro do território comunitário, única e exclusivamente de acordo com critérios de racionalidade económica, escolhendo a melhor localização no que se refere aos custos de produção e de comercialização dos seus produtos<sup>5</sup>. Pode dizer-se,

<sup>1</sup> Na feliz expressão de Marcus LUTTER, *Europäisches Unternehmensrecht*, Berlin, New York, 1996, pág. 36.

<sup>2</sup> O artigo 2º do Tratado da Comunidade Europeia prevê a criação de um Mercado Comum, ao passo que o artigo 14º introduzido pelo Acto Único Europeu representou um salto no nível de integração com o objectivo de formação de um Mercado Interno.

<sup>3</sup> Complementadas com a disposição do artigo 18º do TCE, que estabelece o direito de livre circulação e permanência de qualquer cidadão da União Europeia no território dos Estados-Membros, estas duas liberdades constituem a liberdade de pessoas no seio da União. Com esta disposição, a livre circulação de pessoas deixou de depender do exercício de uma actividade económica.

<sup>4</sup> Assim, Günter C. SCHWARZ, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Baden Baden, 2000, pág. 76.

<sup>5</sup> Cfr. Günter C. SCHWARZ, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Baden Baden, 2000, pág. 76. Sobre a função económica da liberdade de estabelecimento, cfr.

portanto, que a liberdade de estabelecimento prossegue uma eficiente alocação de recursos dentro do território comunitário.

O direito de estabelecimento encontra-se previsto nos artigos 43° a 48° do Tratado da Comunidade Europeia (TCE)<sup>6</sup>, correspondentes aos artigos 52° a 58° do Tratado da Comunidade Económica Europeia (TCEE), que constituem assim as normas de Direito Comunitário primário mais importantes para o Direito Europeu das Sociedades.

## **2. Conteúdo da liberdade de estabelecimento: distinção face às restantes liberdades fundamentais e noção de estabelecimento.**

De acordo com o artigo 43°, § 1, são proibidas as restrições ao livre estabelecimento de um nacional de um Estado-membro no território de outro Estado-membro. A liberdade de estabelecimento abrange, antes de mais, o direito de as pessoas singulares que são nacionais de um Estado-membro emigrarem para outro Estado-membro e aí exercerem actividades de forma autónoma (não subordinada), bem como o direito de aí constituírem e gerirem empresas, nomeadamente, através da constituição de sociedades, nas condições definidas por este Estado para os seus próprios nacionais (artigo 43°, § 2).

O artigo 48° estende estas faculdades às pessoas colectivas e, de forma expressa, às sociedades, que também gozam do direito de se estabelecerem e exercerem uma actividade noutra Estado-membro. Aliás, o artigo 43°, ao prever a possibilidade de o direito de estabelecimento ser exercido através da constituição de agências, sucursais ou filiais, já estende, ainda que implicitamente, a liberdade de estabelecimento às sociedades, uma vez que as pessoas singulares não podem constituir filiais<sup>7</sup>.

Troberg in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-Dieter EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 4ª ed., 1º vol., Baden Baden, 1991, comentário aos artigos 52° a 58°, nº 3.

<sup>6</sup> O Tratado da Comunidade Europeia (TCE) corresponde ao Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia na versão que resultou do Tratado de Amsterdão. Pertencem ao TCE todas as normas citadas sem indicação da respectiva proveniência.

<sup>7</sup> Como bem nota Günter C. SCHWARZ, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 83.

O artigo 43º não fornece uma definição completa da liberdade de estabelecimento, pelo que só através da sua delimitação face às restantes liberdades fundamentais poderemos precisar o conteúdo desta liberdade.

#### a) Delimitação face à liberdade de circulação de trabalhadores

Antes de mais, devemos distinguir a liberdade de estabelecimento da liberdade de circulação dos trabalhadores, prevista nos artigos 39º e seguintes, que impõe a supressão de qualquer discriminação dos trabalhadores em razão da nacionalidade, no que respeita ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho<sup>8</sup>. A liberdade de circulação de trabalhadores protege os trabalhadores subordinados, ao passo que a liberdade de estabelecimento abrange os trabalhadores autónomos.

Trabalhador autónomo é aquele que exerce uma actividade por sua própria conta e risco, e sem depender de ordens ou instruções por parte do credor dessa actividade<sup>9 10</sup>.

Poderão surgir dificuldades no que toca aos membros dos órgãos sociais e aos administradores, directores e gerentes das sociedades. Estes, em regra, são trabalhadores subordinados<sup>11</sup>, abrangidos pela

---

<sup>8</sup> Sobre a liberdade de circulação de trabalhadores, entre nós, cfr., por todos, Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário—sumários desenvolvidos*, Coimbra, 2001, págs. 367 a 378.

<sup>9</sup> Cfr. Ulrich EVERLING, *Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt*, Berlin, Frankfurt/Main, 1963, pág. 15, Jürgen BRÖHMER, in Christian CALLIES/Mathias RUFFERT (orgs.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Neuwied, Krißel Lucherhand, 1999, anot. ao art. 43º, pág. 662, Günter C. SCHWARZ, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 79.

<sup>10</sup> O critério de distinção assenta, pois, na subordinação jurídica que, de acordo com o critério desenvolvido na ordem jurídico-laboral portuguesa para distinguir o trabalho autónomo do trabalho subordinado, se afere pela verificação de uma série de indícios de subordinação. No entanto, como veremos, certos trabalhadores subordinados que ocupam funções de direcção também são abrangidos pela liberdade de estabelecimento.

<sup>11</sup> Notemos, porém, que sendo o Conselho de Administração, o Conselho Geral e a Direcção das sociedades anónimas, bem como a Gerência das sociedades por quotas, órgãos colectivos, podem alguns dos seus membros não participar activamente na vida da empresa (v.g. um accionista, membro do Conselho Geral, que se desloca à empresa, apenas, para assistir às reuniões deste órgão social).

liberdade de circulação de trabalhadores, mas, dada a sua qualidade de representantes da sociedade, não há dúvida de que são tutelados pelo artigo 43º, § 2, que abrange a "gestão de empresas e designadamente de sociedades"<sup>12</sup>. Com efeito, o TJCE, no seu Acórdão de 9 de Março de 2000 ("Comissão/Bélgica"), decidiu que a exigência de residência no Estado de exercício da actividade, imposta a pessoas a quem foi confiado o exercício efectivo da administração da empresa, viola a liberdade de estabelecimento<sup>13</sup>.

De forma a evitar vazios de protecção, devemos ter em conta a restrição nacional em causa, no caso concreto. Se essa restrição também afecta os trabalhadores que não exercem actividades de direcção ou nos órgãos sociais da sociedade, aplicar-se-ão os artigos 39º e segs. Se a restrição nacional abrange, apenas, trabalhadores com funções de direcção ou que são membros dos órgãos sociais, estes serão protegidos, através dos artigos 43º e segs<sup>14</sup>.

Mais duvidosa será a situação dos trabalhadores que exercem funções de direcção a um nível intermédio. A melhor solução é a de considerar que a liberdade de estabelecimento abrange estes trabalhadores, desde que gozem de suficiente autonomia para tomar decisões com relevância empresarial<sup>15</sup>. Há um argumento<sup>16</sup> que se nos afigura

<sup>12</sup> Cfr. Ulrich EVERLING, *Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt*, cit., pág. 16, Dominik SCHNICHOLS, *Reichweite der Niederlassungsfreiheit-Dargestellt am Beispiel des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts*, Baden Baden, 1995, pág. 31, Troberg in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º, nº 24, Günter C. SCHWARZ, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 79.

<sup>13</sup> Cfr. o Acórdão do TJCE no Processo C-355/98 (*Comissão/Bélgica*), nº 31.

<sup>14</sup> Neste sentido, Ulrich EVERLING, *Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt*, cit., pág. 16, Troberg in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º, nº 22, Stephan ROHDE, *Europäische Integration und Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften von und nach Deutschland*, Onabrück, 2002, pág. 157.

<sup>15</sup> Cfr., neste sentido, Troberg in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º, nº 22, Stephan ROHDE, *Europäische Integration und Sitzverlegung* cit., pág. 157, Günter C. SCHWARZ, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 79. Criticando esta solução, cfr. Uwe EYLES, *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft-Die Überlagerung des deutschen Gesellschaftsrechts und Unternehmenssteuerrechts durch Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, 1990, págs. 92 e segs.

<sup>16</sup> Que colhemos em Troberg in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-

decisivo a favor da extensão desta liberdade a este último grupo de trabalhadores. De acordo com o artigo 44º, nº 2, alínea f), a liberdade de estabelecimento deverá ser realizada através da supressão das restrições quanto “às condições que regulam a admissão de pessoal do estabelecimento principal nos órgãos de gestão ou de fiscalização” das “agências, sucursais ou filiais”. Acontece que as agências e as sucursais não têm quaisquer órgãos sociais e que o pessoal que aí exerce funções de direcção se encontra dependente das instruções e ordens provenientes do estabelecimento principal, não restando, no entanto, dúvidas de que gozam da liberdade de estabelecimento.

### b) Delimitação face à liberdade de prestação de serviços

De acordo com o artigo 49º, § 1, são proibidas as restrições à livre prestação de serviços dentro do espaço comunitário, por nacionais de um Estado-membro “estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação”. O objecto desta liberdade é constituído pelas prestações, normalmente realizadas mediante remuneração, que não sejam abrangidas pelas liberdades de circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas (artigo 50º, § 1). A livre prestação de serviços tem assim um carácter subsidiário e residual face às restantes liberdades e, em particular, face à liberdade de estabelecimento<sup>17</sup>.

A nota distintiva da liberdade de prestação de serviços é o seu carácter transfronteiriço, já que no seu exercício, pelo menos a prestação de serviços atravessará a fronteira de um Estado-membro para outro Estado-membro<sup>18</sup>.

Com efeito, se se tratar de uma prestação de serviços activa, o prestador atravessará a fronteira do Estado onde se encontra estabele-

-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º, nº 24, e que é também salientado por Günter C. SCHWARZ, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 79.

<sup>17</sup> Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, cit., pág. 387, (salientando, igualmente, o § 3 do artigo 50º), Kay HAILBRONNER/Andreas NACHBAUR, *Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt 1992*, in *WiWerw*, 1992, págs. 96 e segs, Wulf-Henning ROTH, *Grundlagen des gemeinsamen europäischen Versicherungsmarktes*, in *RabelsZ* 54, 1990, pág. 65.

<sup>18</sup> Neste sentido, Dominik SCHNICHELS, *Reichweite der Niederlassungsfreiheit*, cit., pág. 34, Thomas OPPERMAN, *Europarecht*, 2ª ed. München, 1999, nº 1592.

cido, deslocando-se ao Estado onde o serviço será prestado (v.g. um arquitecto português que se desloca a Espanha para aí realizar um projecto para uma empresa). Já se se tratar de uma prestação de serviços passiva, será o destinatário da prestação que se deslocará ao Estado onde se encontra estabelecido o prestador de serviços (v.g. os administradores da empresa espanhola deslocam-se a Portugal para a realização do referido projecto). Por fim, pode a prestação de serviços ser, pura e simplesmente, enviada pelo prestador estabelecido num Estado-membro, para o destinatário, residente noutro Estado-membro, sem que qualquer deles se tenha de deslocar (v.g. a realização do projecto é acordada por telefone, e aquele é enviado através da Internet)<sup>19</sup>. Como é óbvio, estas distinções possuem, apenas, interesse analítico, já que é comum a verificação das três modalidades na mesma prestação de serviços (globalmente considerada).

Vemos assim que na livre prestação de serviços, o prestador não transfere o seu local habitual de trabalho para outro Estado-Membro, pelo que permanece sempre como estrangeiro face ao destinatário da prestação ou, pelo menos, como residente noutro Estado-Membro<sup>20</sup>.

Devemos notar que o conceito de prestação de serviços não cobre o conceito económico de "sector terciário", dado que o recurso à liberdade de estabelecimento também pode ter em vista a prestação de um serviço noutro Estado-membro (por exemplo, através da abertura de um restaurante ou de um hotel<sup>21</sup>).

Por outro lado, devemos notar igualmente, que o direito de estabelecimento pode ser (e é muitas vezes) exercido, com vista à prossecução de actividades que não constituem uma prestação de serviços (por exemplo, a constituição de uma empresa dedicada à actividade industrial)<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. a distinção entre prestação de serviços activa e passiva, com vários exemplos, em João MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, 2002, pág. 559.

<sup>20</sup> Troberg in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. aos arts. 59º a 66º, nº 9 e Thomas OPPERMAN, *Europarecht*, cit., nº 1592.

<sup>21</sup> Cfr. Thomas OPPERMAN, ob. e loc. cit., Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 80.

<sup>22</sup> Neste aspecto, parece-nos menos feliz a divisão efectuada por Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, cit., págs. 378 e segs, que inclui a liberdade de estabelecimento, juntamente com a livre prestação de serviços, na livre circulação dos serviços, escrevendo que "em ambos os casos estão em causa disposições que visam assegurar a liberdade de circulação dos serviços" (pág. 379). Em bom rigor, a

Vimos que na prestação de serviços avulta, sempre, um carácter transfronteiriço ou extra-territorial, dado que prestador e destinatário se encontram estabelecidos em Estados-membros distintos. Já na liberdade de estabelecimento, o prestador e o destinatário da prestação encontram-se estabelecidos no mesmo Estado-membro, pelo que a prestação chega à esfera jurídica do destinatário sem atravessar qualquer fronteira.

Sucede, contudo, que, em certos casos, o prestador de serviços transfere (ainda que temporariamente) o seu local de trabalho ou os seus meios de produção para outro Estado-membro, suscitando dificuldades de delimitação entre as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços. Para superar estas dificuldades, deveremos seguir três critérios que nos permitirão aferir se um nacional de um Estado-membro se estabeleceu noutra Estado-membro, sendo, por isso, abrangido pela liberdade de estabelecimento e não pela livre prestação de serviços: a instalação permanente e estável; a duração indeterminada do exercício da actividade; o centro da actividade desenvolvida.

Antes de mais, a liberdade de estabelecimento pressupõe uma instalação fixa e permanente noutra Estado-Membro<sup>23</sup>. Portanto, a

---

liberdade de estabelecimento insere-se na liberdade de pessoas, estendendo-a aos trabalhadores autónomos (art. 43º, § 2) e, com grande importância para o Direito Europeu das Sociedades, às pessoas colectivas (art. 48º).

<sup>23</sup> O TJCE atribui a este critério, entre outros critérios de delimitação, carácter decisivo, contudo, ainda não se pronunciou, em termos exaustivos, sobre todos os critérios de delimitação do conceito "estabelecimento". O TJCE aproximou-se, no entanto, dessa definição nos seus Acórdãos de 25 de Julho e 4 de Outubro de 1991 (*Factortame I e II*, processos C-221/89 e C-246/89). Tratava-se, aqui, de saber se o facto de um barco de pesca navegar sob uma bandeira nacional (mais concretamente, o registo de um navio num determinado Estado, do qual depende a aquisição da nacionalidade desse Estado) constitui um estabelecimento nesse Estado. Os factos, em análise, em termos muito sucintos, eram os seguintes: uma sociedade que possuía muitos barcos de pesca opôs-se à restrição dos pressupostos para o registo de um barco no registo de pescas britânico. Tratava-se de uma sociedade de direito britânico, cujos sócios e directores eram maioritariamente de nacionalidade espanhola. 53 barcos da sociedade foram registados originalmente em Espanha, até que, a partir de 1980, foram sendo sucessivamente registados no Reino Unido. Outros 42 barcos foram, logo originariamente, registados no Reino Unido. Contudo, o Reino Unido alterou a lei do registo, em 1988, de forma que os navios da *Factortame, Ltd*, a partir de 1988 não se poderiam inscrever no registo das pescas britânico e, como tal, não poderiam pescar em águas territoriais britânicas. Com esta alteração, o Governo britânico quis impedir a prática de aproveitamento das quotas de pesca britânicas por

instalação de fábricas, armazéns, escritórios, espaços comerciais, em regra indicará a aplicabilidade do direito de estabelecimento. Note-mos, porém, que não tem de existir uma relação imediata entre a instalação e o fim lucrativo prosseguido, pelo que são abrangidos escritórios de representação, centros de apoio a clientes ou centros de formação, desde que sirvam aquele fim, pelo menos, de forma mediata<sup>24</sup>. Note-se que, tendo em conta a natureza da actividade desenvolvida, este critério será preenchido, ainda que as instalações em causa se resumam, apenas, à própria casa do trabalhador, como sucederá, por exemplo, com um trabalhador autónomo que actua como agente por conta de uma empresa de outro Estado-Membro<sup>25</sup>.

Por outro lado, a liberdade de estabelecimento dirige-se a uma integração duradoura, estável, por tempo indeterminado<sup>26</sup>, noutro Estado-Membro, ao passo que a liberdade de prestação de serviços se dirige a uma permanência temporária ou transitória, o que resulta inequivocamente do artigo 50º, § 3. Este requisito da duração indeterminada é distinto do anterior. Na verdade, se uma empresa de cons-

---

barcos que navegam sob bandeira britânica (registando-se, para este efeito, no Reino Unido), mas que, na realidade, não são barcos britânicos. A *Factortame Ltd* apresentou uma queixa contra o agravamento dos requisitos do registo no Reino Unido, com base, entre outros argumentos, na violação da liberdade de estabelecimento da sociedade. Ora, o TJCE considerou que o acto, meramente formal, de registo de um navio, não preenche os pressupostos de constituição de um estabelecimento, no sentido do art. 43º, dado que este consiste no "exercício efectivo de uma actividade económica, através de uma instalação permanente num determinado Estado, por tempo indeterminado". Cfr. o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de Julho de 1991 (*Factortame I*), Col. 1991, I, pág. 3905, nº 20.

João MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pág. 560, refere-se ao "critério da presença do prestador de serviços no Estado em que a prestação é executada" (sublinhado do A.). Cfr. o critério indicado em Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º, nº 4, Wulf-Henning ROTH, *Grundlagen des gemeinsamen europäischen Versicherungsmarktes*, in *RabelsZ* 54, 1990, pág. 65, Günter C. SCHWARZ, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 80.

<sup>24</sup> O TJCE entendeu, no seu Acórdão de 18 de Junho de 1985, processo 197/84 (*Steinhauser/Stadt Biarritz*), Col. 1985, pág. 827, nº 16, que o arrendamento por um pintor, de um casebre no porto de Biarritz constituía um estabelecimento. Na verdade, o TJCE averiguou, apenas, se se trataria de uma actividade com fins lucrativos, o que veio a confirmar, interpretando, de forma extensiva o conceito de actividade com fins lucrativos, e pressupondo, *in casu*, a existência de um estabelecimento.

<sup>25</sup> Neste sentido, o Acórdão do TJCE de 4 de Dezembro de 1986, proc. 205/84, (*Comissão/República Federal da Alemanha*), col. 1986, pág. 3801, nº 21.

trução civil participar na realização de uma obra de grande dimensão noutro Estado-membro, tendo de criar nesse Estado infra-estruturas instalações para os seus trabalhadores e para as suas máquinas, que, contudo, serão desmanteladas findos os trabalhos, estaremos perante uma hipótese de prestação de serviços<sup>27</sup>.

Por último, poderão surgir hipóteses em que, embora não se verifique uma instalação permanente, o centro de gravidade ou o centro principal da actividade exercida pelo trabalhador autónomo ou empresa se encontram noutro Estado. Na verdade, se um trabalhador autónomo, embora operando a partir do Estado de que é nacional, tem uma clientela proveniente, na sua quase totalidade, de outro Estado-membro, deve considerar-se que se estabeleceu neste Estado<sup>28</sup>. Isto, especialmente, quando o exercício da actividade em causa não carece de uma instalação fixa no Estado de estabelecimento, como sucede, por exemplo, com um corretor.

De acordo com este critério, há que averiguar se o trabalhador em causa se encontra ligado à vida económica de outro Estado, de forma exclusiva ou em termos predominantes, para o que se deve atender ao caso concreto e, em especial, à função económica da liberdade de estabelecimento. Se o trabalhador pretende utilizar os factores de produção e outros custos de produção de uma economia estranha, estaremos perante uma hipótese que se subsume à liberdade de estabelecimento. Se o trabalhador pretende, apenas, realizar uma prestação numa economia estranha, então, tratar-se-á de uma questão de liberdade de prestação de serviços<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. aos arts. 59º a 66º, nº 5, Thomas OPPERMANN, *Europarecht*, cit., nº 1592, Uwe EYLES, *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft*, cit., pág. 155. Entre nós, Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, cit., pág. 380 e especialmente, 387-8, salienta os dois critérios referidos em texto, ao escrever que o direito de estabelecimento se destina ao "exercício (por uma pessoa singular ou colectiva) de actividades não assalariadas que apresentem características de estabilidade e permanência".

<sup>27</sup> Com este exemplo, Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º nº 4.

<sup>28</sup> Neste sentido, decidiu o TJCE no seu Acórdão de 3 de Dezembro de 1974 (Van Binsbergen, Proc. 33/74, Col. 1974, 1309, nºs 10 a 12).

<sup>29</sup> Cfr., neste sentido, Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º nº 6, Günter C. SCHWARZ, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 81. Entre nós, João MOTA DE CAMPOS, *Manual* cit., págs. 558 e segs., parece ter em conta os três critérios referidos em texto.

### c) Delimitação face à liberdade de circulação de capitais

De acordo com o artigo 43º, § 2, as regras sobre o direito de estabelecimento são aplicáveis sob reserva de inaplicabilidade das regras sobre liberdade de capitais e de pagamentos, constantes dos artigos 56º a 60º, que suprimem as restrições ao movimento de capitais e de pagamentos. O conceito de movimento de capitais não se encontra definido no TCE, mas é geralmente entendido que abrange quer o movimento de capital em espécie (investimentos directos em imóveis, em participações sociais ou direitos de propriedade industrial), quer o movimento de capital em dinheiro (empréstimos, fianças ou créditos)<sup>30</sup>.

À primeira vista, dir-se-á que os investimentos, financiamentos e outras transferências de capital necessárias ao estabelecimento de uma empresa noutro Estado-membro não são regulados pelas regras sobre direito de estabelecimento, mas apenas pelas regras sobre livre circulação de capitais. Contudo, a verdade é que nas hipóteses de estabelecimento de uma empresa noutro Estado-membro, as liberdades de estabelecimento e de movimento de capitais não se excluem, antes se entrecruzam. Com efeito, nestas hipóteses, o direito de estabelecimento e a liberdade de movimento de capitais regulam dois campos juridicamente distinguíveis de uma situação empresarial unitária<sup>31</sup>.

---

ao escrever que o "direito de estabelecimento implica uma instalação duradoura, estável, (ou pelo menos criada com intenção de permanência), que seja o centro da actividade desenvolvida no Estado de estabelecimento em relação a clientes indeterminados" (sublinhados do A., ob. cit., pág. 561).

<sup>30</sup> Neste sentido, Uwe EYLES, *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft*, cit., pág. 47, Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 81. O TJCE reconheceu que as liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais são aplicáveis uma ao lado da outra, nos seus recentes e importantes Acórdãos de 4 de Junho de 2002 (procs. C-367/98 e C-483/99, nºs 30 e 55ss).

<sup>31</sup> Neste sentido, Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claudio Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º nº 11, Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 81, Mathias HABERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, München, 2003, págs. 9, 18-19. Em sentido diferente, Stephan RONDE, *Europäische Integration und Sitzverlegung*, cit., pág. 156, entende que a delimitação entre as duas liberdades deve ter em conta se a medida restritiva nacional em causa se dirige, principalmente, ao exercício de uma actividade empresarial, através do estabelecimento noutro Estado-Membro, hipótese em que estará em causa a liberdade de estabelecimento, ou se dirige antes à transferência de património relacionada com a constituição, participação (numa) ou aquisição de uma empresa nesse Estado, hipótese em que estará em causa a liberdade de movimento de capitais e pagamentos.

Na verdade, os movimentos de capitais que se traduzam em investimentos directos noutros Estados-membros podem representar igualmente um estabelecimento, no sentido dos artigos 43º e seguintes, pelo que, para efeitos *distintivos*, também aqui teremos de ter em conta a função económica da liberdade de estabelecimento. Os investimentos realizados noutro Estado-membro em que o investidor assume uma posição passiva de mero mutuante-capitalista não constituem qualquer estabelecimento, sendo apenas abrangidos pela liberdade de movimento de capitais.

Já os investimentos directos em que o investidor pretende beneficiar das vantagens locais da economia estrangeira, apresentando-se no estrangeiro como empresário, além de movimentos de capitais, constituem verdadeiros estabelecimentos, como tal, abrangidos pelos artigos 43º e seguintes. A aquisição de uma sociedade filial noutro Estado-membro, com a finalidade de manter o exercício da actividade desta, constitui assim um investimento directo (e, portanto, movimento de capitais) e um estabelecimento.

Coloca-se, no entanto, a questão do montante de participação social que deve ser adquirido para, além de um simples movimento de capitais, estarmos perante um verdadeiro estabelecimento. Parece-nos que a aquisição de participações sociais que proporcione ao adquirente, ainda que com uma posição minoritária, exercer um controle de facto sobre a sociedade, constitui um investimento directo e um estabelecimento<sup>32</sup>.

*Em casos duvidosos poderemos recorrer à definição de filial efectuada pelo artigo 1º da sétima Directiva sobre contas consolidadas, que prevê a hipótese em que uma sociedade detém uma participação noutra sociedade de, pelo menos, 20 % e exerce sobre esta uma efectiva influência dominante<sup>33</sup>.*

---

<sup>32</sup> Neste sentido, Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Christofer EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º, nº 12, Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 82. Neste aspecto, assumem grande importância os 3 Acórdãos de 4 de Junho de 2002 (Procs. C-483/99, C-367/98, C-503/99), em que o TJCE decidiu que o comportamento dos Estados Portugueses e Francês que, para garantir a sua influência e controle sobre empresas energéticas nacionais, estabeleceram participações sociais privilegiadas nessas empresas (denominadas, na prática, como "golden share" - "participação dourada"), viola a liberdade de circulação de capitais.

<sup>33</sup> Neste sentido, Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Christofer EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º, 12.

Nos mesmos termos, o investimento directo na constituição de um estabelecimento da empresa, sem personalidade jurídica, noutra Estado-membro, como uma sucursal ou agência, também constitui um estabelecimento e, como tal, é abrangido pela liberdade de que tratamos.

Nestas hipóteses de aplicação simultânea das liberdades de movimento de capitais e de estabelecimento, dado o disposto nos artigos 43º, § 2, e 58º, §, 2<sup>a</sup>, cada uma das liberdades pode ser limitada, na prática, por restrições lícitas à outra liberdade<sup>35</sup>.

Com relevância para o Direito das Sociedades, notamos que o livre movimento de capitais e pagamentos abrange, igualmente, os pagamentos correntes, como, por exemplo, o pagamento de lucros por uma filial, agência ou sucursal à empresa-mãe. De igual forma, também a admissão de valores mobiliários nos mercados de capitais é abrangida pela liberdade de movimento de capitais e pagamentos<sup>36</sup>.

#### **d) Delimitação face à liberdade de circulação de mercadorias**

Bastante mais simples é a delimitação da liberdade de estabelecimento face à liberdade de circulação de mercadorias, prevista nos artigos 23º a 31º, proibindo os artigos 28º e 29º restrições quantitativas à importação e exportação, bem como, "todas as medidas de efeito equivalente". Estaremos perante uma situação abrangida pela liberdade de circulação de mercadorias sempre que se trate do comércio, compra, venda ou troca de mercadorias. Não há dúvidas, por outro lado, que a instalação de armazéns para a realização de comércio ou de distribuição de mercadorias, é abrangida pela liberdade de estabelecimento<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> O artigo 43º, § 2, estabelece que o regime do direito de estabelecimento se aplica "sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais", ao passo que o artigo 58º, § 2, prescreve que a previsão de restrições à liberdade de estabelecimento "não prejudica a possibilidade de aplicação de restrições ao direito de estabelecimento que sejam compatíveis com o presente Tratado".

<sup>36</sup> Mathias HABERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, München, 2003, pág. 19.

<sup>37</sup> Günter C. SCHWARZ, *ob. cit.*, pág. 82.

<sup>38</sup> Günter C. SCHWARZ, *ob. cit.*, pág. 80, Stephan ROLHE, *Europäische Integration und Sitzverlegung*, cit., pág. 157.

### e) Noção de estabelecimento

Estamos, agora, em condições de avançar com uma noção de estabelecimento. De acordo com o TCE, estabelecimento é a instalação de um centro permanente de actividade comercial ou profissional por nacionais (pessoas singulares ou colectivas) de um Estado-membro, no território de outro Estado-membro, quer na forma de transferência integral da actividade, quer na forma de constituição de agências, sucursais ou filiais, com o objectivo de aceder (ao exercício de) ou exercer actividades, de forma autónoma, com fim lucrativo.

## 3. Conteúdo da liberdade de estabelecimento: liberdade de estabelecimento primária e secundária.

### a) Liberdade de estabelecimento primária e secundária

Na liberdade de estabelecimento, distinguem-se as faculdades de constituição de um estabelecimento primário ou secundário, pelo que podemos subdividir esta liberdade em liberdade de estabelecimento primária e secundária. A liberdade de estabelecimento primária encontra-se prevista no artigo 43º, § 1, 1ª parte, e abrange as seguintes hipóteses, em que está em causa a constituição de um estabelecimento primário:

A constituição de um estabelecimento num Estado-membro, por um cidadão nacional de outro Estado-membro que aí exerce, pela primeira vez, uma actividade autónoma ou empresarial<sup>38</sup>; a constituição (ou a aquisição de uma participação dominante) de uma sociedade por um (ou mais) nacional(is) de um Estado-membro, no território de outro Estado-membro; a transferência da actividade de um trabalhador autónomo ou do centro principal de actividade de uma empresa, para outro Estado-membro, tendo como consequência a extinção da actividade profissional ou empresarial no Estado de origem ou a manu-

<sup>38</sup> Note-se que resulta do artigo 44º, § 2, alínea d), que a liberdade de estabelecimento abrange, igualmente, a hipótese de um nacional de um Estado-Membro ser trabalhador subordinado noutro Estado-Membro e passar a exercer neste Estado, uma actividade como trabalhador autónomo ou a constituir uma empresa. Cfr., neste sentido, Günter C. SCHWARZ, *ob. cit.*, pág. 83.

tenção, neste Estado, de uma actividade dependente do novo estabelecimento<sup>39</sup>.

A liberdade de estabelecimento secundária (prevista no artigo 43º, § 2, 2ª parte), por sua vez, abrange as hipóteses em que está em causa a constituição de um estabelecimento secundário. Se um trabalhador autónomo ou uma empresa, mantendo o seu estabelecimento original, constituem um estabelecimento noutro Estado-membro, estabelecimento este que depende, em termos organizativos ou económicos daquele estabelecimento principal, estaremos perante a constituição de um estabelecimento secundário<sup>40</sup>. Nesta hipótese, o centro principal da actividade do trabalhador autónomo ou empresa não se transferiu, tendo-se constituído, apenas, noutro Estado, um ponto de apoio, auxiliar<sup>41</sup> da actividade económica exercida. Esta liberdade de estabelecimento secundária é exercida através da constituição de agências, sucursais ou filiais noutro(s) Estado(s)-membro(s).

#### b) Conteúdo da liberdade de estabelecimento primária e secundária das sociedades

Convirá, agora, concretizar a distinção entre liberdade de estabelecimento primária e secundária das sociedades.

Os artigos 43º, § 1, 1ª parte, e 48º atribuem às sociedades a liberdade de estabelecimento primária, isto é, o direito de transferir o centro da sua actividade empresarial (o estabelecimento principal) para o território de outro Estado-membro. Nesta hipótese, a sociedade abandona um Estado-membro (Estado-membro de origem) para se instalar noutro Estado-membro (Estado-membro de estabelecimento). O centro principal da actividade societária situa-se, normalmente, no Estado em que a sociedade tem a sede efectiva da sua administração, pelo que, em regra, o exercício da liberdade de estabelecimento primária consiste na transferência da sede efectiva da administração para o Estado de estabelecimento.

<sup>39</sup> Cfr. Günter C. SCHWARZ, *ob. cit.*, pág. 83.

<sup>40</sup> Sobre a distinção entre liberdade de estabelecimento primária e secundária, cfr. o Acórdão do TJCE de 28 de Janeiro de 1986, proc. C-270/83, col. 1986, pág. 301.

<sup>41</sup> Neste sentido, Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claudio-Dieter EHLERMANN, *Kommentar, cit.*, adot. ao art. 52º, nº 14.

Sucedo, contudo, que de acordo com as ordens jurídicas de alguns Estados-membros, o estatuto jurídico das sociedades (a sua nacionalidade) é definido pelo (ou melhor, pela ordem jurídica do) Estado-membro, onde se localiza a sede efectiva da respectiva administração. Se uma sociedade cujo Estado de origem segue a teoria da sede efectiva transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro (v.g. a transferência de sede de uma "GmbH/Gesellschaft mit beschränkter Haftung" – sociedade por quotas alemã – para a Holanda), deixará de ser reconhecida juridicamente no seu Estado de origem, devendo proceder-se à sua dissolução e liquidação, antes da transferência.

Por outro lado, uma sociedade que transfira a sede efectiva da sua administração para um Estado-membro que siga a teoria da sede efectiva (v.g. a transferência de uma "B.V./Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid" – sociedade por quotas holandesa – para a Alemanha), não será reconhecida juridicamente no Estado de estabelecimento, tendo de se constituir *ex novo* neste Estado.

A verdade, contudo, é que só se poderá falar de uma verdadeira liberdade de estabelecimento das sociedades, quando for possível a transferência do estabelecimento principal (da sede efectiva da administração) das sociedades, sem que estas percam a sua identidade<sup>42</sup>. Pelo que se conclui que as ordens jurídicas que não permitem ou restringem a emigração ou imigração de sociedades, mantêm uma relação de tensão com a liberdade de estabelecimento.

É importante notar que se deve distinguir a liberdade de estabelecimento primária que consiste na transferência da sede social para outro Estado-membro, da faculdade de constituição *ab initio* de uma sociedade nesse Estado. Na verdade, nesta hipótese não está em causa a liberdade de estabelecimento das sociedades, mas antes a liberdade de estabelecimento dos sócios<sup>43</sup>.

Também se insere na liberdade de estabelecimento primária, a hipótese de fusão transfronteiriça de sociedades dentro do espaço comunitário, isto é, a fusão de uma sociedade nacional de um Estado-membro com uma sociedade nacional de outro Estado-mem-

---

<sup>42</sup> Neste sentido, Claus STARINGER, *Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften*, Wien, 1999, pág. 67, Viola KRUSE, *Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997, pág. 67.

<sup>43</sup> Cfr., neste sentido, Brigitte KNOBBE-KEUK, *Umzug von Gesellschaften in Europa*, in ZHR, 1990, pág. 345, Viola KRUSE, *Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften*, cit., pág. 68.

bro<sup>44</sup>. Por último, também se insere na liberdade de estabelecimento de sociedades a transferência de activos de uma sociedade nacional de um Estado-membro para uma sociedade (já constituída ou a constituir) de outro Estado-membro, tendo como contrapartida um valor monetário ou a aquisição de participações sociais<sup>45</sup> (v.g. uma sociedade anónima portuguesa que detém uma empresa de construção civil em Portugal, transmite esta empresa a uma "sociedad anónima" espanhola e adquire, como contrapartida, acções desta sociedade)<sup>46</sup>.

Já na liberdade de estabelecimento secundária, nos termos dos artigos 43º, § 1, 2ª parte, e 48º, o principal centro da actividade empresarial da sociedade permanece no Estado de origem, limitando-se a sociedade a estender a sua actividade a outro(s) Estado(s), através da constituição de sociedade(s) filial(is)<sup>47</sup> com personalidade jurídica, ou de sucursais ou agências.

É igualmente abrangido pela liberdade de estabelecimento secundária, o direito de adquirir participações sociais em sociedades que exercem a sua actividade noutros Estados-membros<sup>48</sup>, entrecruzando-se, nesta hipótese, como vimos, a liberdade de estabelecimento secundária com a liberdade de movimento de capitais.

No exercício da liberdade de estabelecimento, a prática empresarial tem dado clara preferência à constituição de sociedades filiais,

<sup>44</sup> Sucede, contudo, que assim como na transferência internacional, também a fusão internacional de sociedades no espaço comunitário é fortemente limitada pelos direitos de conflitos e pelos direitos materiais dos Estados-membros, cfr., sobre estas restrições, Peter BEHRENS, *Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Licht der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt (Art. 52º e 58º TCEE)*, in ZGR, 1994, págs. 1 e segs., Harald KALLMEYER, *Die Mobilität der Gesellschaften in der Europäischen Union. Europäischer Binnenmarkt und grenzüberschreitende Fusion oder Spaltung und grenzüberschreitende rechtsfähigkeitswahrende Sitzverlegung*, in AG, 1998, págs. 88 e segs. A Comissão, contudo, apresentou a proposta de uma 10ª Directiva em matéria de Direito das Sociedades, com o objectivo de suprimir as restrições às fusões internacionais resultantes dos Direitos nacionais.

<sup>45</sup> Note-se que esta hipótese é distinta da denominada fusão por incorporação, já que a sociedade que transfere os activos não se extingue.

<sup>46</sup> Veja-se Marcus LUTTER, *Europäisches Unternehmensrecht*, cit., pág. 42.

<sup>47</sup> Com a aprovação e transposição da 12ª directiva na área do Direito das Sociedades, pode a sociedade filial ser constituída na forma de sociedade unipessoal por quotas.

<sup>48</sup> Cfr., neste sentido, Mathias HABERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 9.

conduzindo a um grande número de pequenos e médios grupos empresariais, de tal forma que se pode dizer que na União Europeia o grupo de sociedades constitui a "normalidade legal e não a excepção"<sup>49</sup>

**c) Formas de estabelecimento secundário: estabelecimentos sem personalidade jurídica e estabelecimentos com personalidade jurídica.**

O artigo 43º, § 1, 2ª parte, começa por indicar, como formas de estabelecimento secundário, a constituição de agências e sucursais, prevendo, portanto, entes sem personalidade jurídica. O TJCE ainda não interpretou o conceito de agências e sucursais presente no artigo 43º, mas já interpretou conceito idêntico a propósito do artigo 5º, nº 5, da Convenção de Bruxelas, de 27 de Setembro de 1968, sobre a competência judiciária e a execução de decisões judiciais em matéria civil e comercial, no seu Acórdão de 22 de Novembro de 1987 (*Somafer/Saar-Ferngas*<sup>50</sup>).

De acordo com o TJCE, o conceito de agência e sucursal indica um centro de actividade económica que se distingue, de forma duradoura, como elemento exterior de uma casa-mãe, que tem um director e está materialmente equipado, de forma a poder realizar negócios com terceiros, em termos tais que estes, embora saibam que possivelmente constituirão uma relação jurídica com a casa-mãe, entendem que não precisam de se dirigir directamente a esta, podendo, antes, concluir negócios com aquele centro de actividade que constitui um seu elemento exterior. Trata-se, desde logo, de locais exteriores com autonomia e competência suficientes para a concretização de negócios e que se encontram directamente ligados ao estabelecimento principal. Normalmente, entende-se que a sucursal possui maior autonomia que as agências, podendo, mesmo, suceder que uma sucursal constitua uma agência<sup>51</sup>.

De modo a evitar lacunas na aplicação da liberdade de estabelecimento, esta deve abranger, igualmente, partes do estabelecimento

<sup>49</sup> Marcus LUTTER, *Europäisches Unternehmensrecht*, cit., pág. 41. ("In der EU ist dadurch der Konzern die legale Normalität, nicht etwa die Ausnahme..").

<sup>50</sup> Proc. 33/87, col. 1987, pág. 2193, nº 12.

<sup>51</sup> Cfr., neste sentido, Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º, nº 16.

que não se encontram directamente ligadas ao estabelecimento principal, com autonomia para a conclusão de negócios<sup>52</sup>. É o que se verifica, por exemplo, com armazéns, salas de exposição, centros de cálculo ou informáticos, centros de formação ou aprendizagem. Deve notar-se, no entanto, que se trata aqui de uma interpretação extensiva do artigo 43º, de acordo com os fins e objectivos da comunidade, que o TJCE ainda não confirmou<sup>53</sup>.

O artigo 43º, § 1, 2ª parte, prevê uma forma distinta de estabelecimento secundário: a constituição de sociedades filiais. As sociedades filiais são dotadas de uma autonomia jurídica que se caracteriza essencialmente pelas seguintes notas: a sociedade-mãe não se responsabiliza necessariamente pelos negócios da sociedade filial; a sociedade filial é juridicamente independente da sociedade-mãe e, como tal, mantém a sua existência, mesmo após a dissolução desta; a sociedade filial tem um estatuto jurídico-societário próprio, independente da sociedade-mãe. A liberdade de decisão da sociedade filial só se encontra limitada no que se refere às relações internas face à sociedade-mãe<sup>54</sup>.

#### 4. Beneficiários da liberdade de estabelecimento; as sociedades beneficiárias da liberdade de estabelecimento.

De acordo com o artigo 43º, § 1, 1ª parte, beneficiam da liberdade de estabelecimento todas as pessoas singulares nacionais de um Estado-membro. Para gozar da liberdade de estabelecimento primária, as pessoas singulares não têm de residir no território de um Estado-membro (v.g., um médico de nacionalidade portuguesa residente no Brasil goza da liberdade de estabelecer uma clínica estética em França).

<sup>52</sup> Cfr., neste sentido, Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/CLAUS-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º, n.º 17, Alpert BLECKMANN, *Europarecht*, 5ª. Ed., Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, n.ºs. 1102 e segs, e Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 84, que aqui seguimos de perto.

<sup>53</sup> Embora o Acórdão de 4 de Dezembro de 1986, (*Comissão / República Federal da Alemanha*), proc. 205/84, col. 1986, pág. 3801, n.º 21, vá, claramente, na direcção referida no texto.

<sup>54</sup> Para o conceito de empresa filial pode recorrer-se à definição presente no artigo 1º, § 2, da sétima Directiva em matéria de sociedades (Directiva sobre contas consolidadas nos grupos de sociedades).

No que se refere aos beneficiários da liberdade de estabelecimento secundária, o artigo 43º, § 1, 2ª parte, exige, além da nacionalidade de um Estado-membro, o estabelecimento no território comunitário<sup>55</sup>, no Estado-membro de que o beneficiário é nacional ou noutro Estado-membro (v.g. um médico de nacionalidade portuguesa residente no Brasil não goza da liberdade de estabelecer uma sucursal da sua clínica estética em França, mas já gozará dessa liberdade se residir, por exemplo, em Espanha).

Por esta forma, exclui-se da sombra protectora da liberdade de estabelecimento a constituição de estabelecimentos dependentes por empresas que não se encontram integradas na vida económica da Comunidade<sup>56</sup>.

O artigo 48º estende o direito de estabelecimento às sociedades, equiparando-as às pessoas singulares nacionais dos Estados-membros, desde que aquelas tenham sido "constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro" e "tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade"<sup>57</sup>.

O artigo 48º, § 2, adopta, para este efeito, um conceito muito amplo de sociedade, abrangendo quaisquer pessoas colectivas de direito privado ou público<sup>58</sup>, que prossigam uma actividade com fins

<sup>55</sup> Cfr. JOÃO MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pág. 564, Michael SCHWEITZER/Waldemar HUMMER, *Europarecht*, 4ª ed., Neuwied, Kriitel, Berlin, 1993, pág. 287, Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 84, Calliess/Ruffert, ob. cit., pág. 662.

<sup>56</sup> Notamos, contudo, com Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 52º, nº 87 que, em casos duvidosos, se deve interpretar a exigência de estabelecimento no território comunitário, como se referindo ao local onde é exercida a actividade em causa e não à residência ou ao domicílio habitual (v.g. um nacional português que vive em Lisboa, mas que tem o seu principal estabelecimento em Marrocos, não pode, invocar o artigo 43º, § 1, 1ª parte, para fundar uma sucursal em França).

<sup>57</sup> Como nota Horts HAMMEN, *Zweigniederlassungsfreiheit europäischer Gesellschaften und Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene*, in WM, 1999, pág. 2492, este direito de estabelecimento no território comunitário resulta, igualmente, da fórmula utilizada no artigo 183º nº 4, que estabelece o direito de "todas as pessoas singulares e colectivas, nacionais dos Estados-Membros" participarem nas adjudicações e fornecimentos que resultem de investimentos financiados pela Comunidade.

<sup>58</sup> Exceptuando-se, contudo, de acordo com o artigo 45º nº 1, o exercício de actividades de autoridade pública, cfr. Michael SCHWEITZER/Waldemar HUMMER, *Europarecht*, cit., pág. 288, Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claus-Dieter EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 58º, nº 3.

económicos. É verdade que o artigo 48º, § 2, "in fine" se refere, literalmente, à prossecução de fins lucrativos, mas esta parte do preceito deverá ser interpretada, por extensão teleológica, no sentido de abranger todas as pessoas colectivas que prossigam uma finalidade económica. Esta interpretação é a que melhor se coaduna com os fins prosseguidos pelas normas sobre liberdade de estabelecimento que, de acordo com os fins económicos da Comunidade, se destinam a proteger o exercício de todas as actividades económicas no território comunitário. Aliás, da menção às cooperativas, constante do corpo do artigo, as quais, como é sabido, não têm de prosseguir fins lucrativos, já resultaria que esta finalidade não é absolutamente necessária.

Por outro lado, parece-nos que não faria sentido que o artigo 48º contivesse uma exigência acrescida para o exercício da liberdade de estabelecimento pelas pessoas colectivas, quando o artigo 43º, § 2, para as pessoas singulares, exige apenas o exercício de actividades não assalariadas. Devemos entender que, neste aspecto, o artigo 48º não contradiz, antes reafirma o artigo 43º<sup>99</sup>.

Concluímos, portanto, que o elemento essencial é a prossecução de uma actividade económica pelas sociedades, de forma que estas participem na vida económica do Estado-membro de estabelecimento, ainda que não tendo como objectivo a produção de lucros<sup>100</sup>. A liberdade de estabelecimento abrange assim pessoas colectivas que exerçam actividades prestadas contra o pagamento de uma remuneração, não sendo necessário que esta remuneração cubra os custos da actividade, nem que garanta a sua auto-subsistência. Só se excluem do exercício da liberdade de estabelecimento as pessoas colectivas com fim ideal, como associações ou fundações que se dediquem exclusivamente a fins de caridade, políticos, religiosos ou culturais.

A liberdade de estabelecimento abrange as seguintes pessoas colectivas: as sociedades comerciais, isto é, as sociedades em nome colectivo, as sociedades por quotas, as sociedades unipessoais por quotas, as sociedades anónimas e as sociedades em comandita; as sociedades civis; as associações e as fundações que prossigam fins económicos, e as cooperativas; por fim, as pessoas colectivas de direito público, como por exemplo, as entidades públicas empresariais.

<sup>99</sup> Neste sentido, Troberg, in Hans von der GROEBEN/Jochen THIESING/Claudio EHLERMANN, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 58º, nº 4.

<sup>100</sup> Cfr., neste sentido, Troberg, *últ. ob. e loc. cit.*, Albert BLECKMANN, *Europarecht*, cit., págs. 588 e 590, Günter C. SCHWARZ, *ob. cit.*, págs. 98-9

Uma diferença notória entre as pessoas singulares e as pessoas colectivas reside no facto de estas não terem uma nacionalidade na verdadeira acepção do termo. No que toca às pessoas singulares, a nacionalidade serve de elemento de conexão à ordem jurídica de um Estado-membro. Já no que se refere às pessoas colectivas (e, em particular, às sociedades), é necessário erigir critérios que actuem como elemento de conexão às ordens jurídicas dos Estado-membros e, por consequência, à Comunidade Europeia.

O artigo 48º, § 1, estabelece dois critérios ou pressupostos para a equiparação das sociedades às pessoas singulares como beneficiárias da liberdade de estabelecimento:

1 - A constituição de acordo com o Direito das Sociedades de um Estado-membro;

2 - A localização no território comunitário da sede social, da administração central ou do estabelecimento principal.

Os pressupostos 1 e 2<sup>61</sup> devem verificar-se cumulativamente, mas as várias hipóteses previstas no pressuposto 2 são de verificação alternativa. Podemos desde já adiantar que o artigo 48º, § 1, ao prever o pressuposto 2, tem em conta os elementos de conexão em que se baseiam as duas teorias adoptadas pelos direitos de conflitos dos Estados-membros na definição do estatuto jurídico das sociedades: a teoria da constituição e a teoria da sede efectiva.

O primeiro pressuposto exige que a sociedade se tenha constituído validamente, de acordo com as normas jurídicas de um determinado Estado-membro. A constituição válida requer que o(s) acto(s) de constituição (por exemplo, um acto notarial ou um registo) e os estatutos da sociedade respeitem as exigências legais vigentes no Estado-membro em causa<sup>62</sup>. Entre nós, por exemplo, o contrato de sociedade tem de ser celebrado por escritura pública e posteriormente deve proceder-se ao respectivo registo na Conservatória do Registo Comercial.

Notamos, por outro lado, que o conceito "constituição" assume aqui uma grande amplitude, abrangendo, igualmente, a criação de um instituto público ou de uma entidade pública empresarial, mais con-

<sup>61</sup> Troberg, *últ. ob. cit.*, anot. ao art. 58º, nº 5, denomina-os, respectivamente, critério da *constituição* e critério da *presença* na comunidade.

<sup>62</sup> Neste sentido, Günter C. SCHWARZ, *ob. cit.*, pág. 99, Troberg, *últ. ob. cit.*, anot. ao art. 58º, nº 6.

cretamente o acto pelo qual o Estado reconhece personalidade jurídica a estas entidades<sup>63</sup>.

O requisito de constituição de acordo com a ordem jurídica de um Estado-membro deve verificar-se no momento em que a sociedade pretende usufruir da liberdade de estabelecimento. Uma sociedade constituída de acordo com a ordem jurídica de um Estado-membro, mas que posteriormente transfere a sua sede e se transforma numa sociedade de um terceiro Estado, isto é, que se reconstitui de acordo com a ordem jurídica deste terceiro Estado deixa de beneficiar da liberdade de estabelecimento<sup>64</sup>.

O artigo 48º, § 1, exige, igualmente, que as sociedades tenham uma conexão com a ordem jurídica comunitária, mais concretamente com a ordem jurídica de um Estado-membro, que não tem, necessariamente, de ser o Estado onde a sociedade se constituiu. O referido preceito exige que a sociedade tenha "a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal", no território de um Estado-membro. De acordo com a opinião claramente dominante, estes elementos de conexão são alternativos<sup>65</sup>, como resulta em termos literais da palavra "ou", pelo que basta a verificação de um deles para que a sociedade beneficie da liberdade de estabelecimento.

A referência à "sede social" no artigo 48º, § 1, tem o significado de sede estatutária, isto é, a sede que foi escolhida pelos sócios para figurar no contrato de sociedade.

<sup>63</sup> Cfr. Troberg, últ. ob. cit., anot. ao art. 58º, nº 6.

<sup>64</sup> Troberg, últ. ob. cit., anot. ao art. 58º, nº 6, e Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 100. Curiosamente, o artigo 48º contém uma lacuna no que se refere às formas jurídico-societárias supra-nacionais (v.g. um agrupamento europeu de interesse económico), já que estas, em termos exactos, não se constituem de acordo com a ordem jurídica de um Estado-membro, mas de acordo com o Direito Comunitário uniformizado. Contudo, resulta de um argumento *a fortiori* que estas formas jurídicas supra-nacionais também beneficiam da liberdade de estabelecimento. Na verdade, se uma sociedade constituída de acordo com o Direito das Sociedades de um Estado-membro pode beneficiar do direito de estabelecimento, então as sociedades constituídas de acordo com o Direito das Sociedades vigente em todos os Estados-membros, também têm de beneficiar desse direito. Cfr. Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 100.

<sup>65</sup> Cfr., por exemplo, Peter TROBERG, últ. ob. cit., anot. ao art. 58º, nº 7, RANDELZHOFFER, in Eberhard GRABITZ/Hilf MEINHARD, *Kommentar zur Europäischen Union*, vol. 1, München, 1998, anot. ao art. 58º, nº 11, Albert BLECKMANN, *Europarecht*, cit., pág. 589. Com uma opinião distinta, num momento inicial da CEE, Jacques AUDINET, *Le droit d'établissement dans la communauté économique européenne*, Clunet (86), 1959, pág. 982.

A administração central é o local onde se situa o processo de formação da vontade, bem como a verdadeira direcção empresarial da sociedade<sup>66</sup>. Em termos substanciais, a administração central identifica-se com a sede principal da administração, erigida em critério de conexão pela teoria da sede efectiva.

De acordo com o critério imposto pela doutrina e jurisprudência alemãs, a sede da administração é o local onde a direcção/administração da sociedade exerce a sua actividade. É nesse local (normalmente, o sítio onde se reúnem os órgãos sociais, em especial, a direcção/administração) que as decisões fundamentais de direcção empresarial se convertem em actos efectivos de administração da sociedade. Notamos, contudo, que nos grupos de sociedades não se trata do local de administração da sociedade dominante, mas antes da sociedade dependente que pode exercer autonomamente o seu direito de estabelecimento<sup>67</sup>.

O estabelecimento principal é o local onde se concentram os recursos materiais e humanos essenciais à actividade da sociedade, isto é, onde efectivamente se situa o centro principal de actividade da sociedade (v.g. a principal fábrica de uma empresa industrial)<sup>68</sup>.

É importante notar que o artigo 48º, § 1, não exige que a sede estatutária, a administração central ou o estabelecimento principal se situem no Estado-membro em que a sociedade se constituiu. Por exemplo, uma sociedade constituída num Estado-membro, no qual se localiza a respectiva sede estatutária e da administração, mas com o estabelecimento principal situado noutra Estado-membro, não deixa de beneficiar da liberdade de estabelecimento.

Por outro lado, verificamos que os Direitos das Sociedades dos Estados-membros exigem que a sede estatutária da sociedade se localize no Estado onde se constitui, pelo que, pelo menos, este elemento de conexão se verificará se uma sociedade se constituir validamente num Estado-membro.

Se a ordem jurídica do Estado-membro onde a sociedade se formou seguir a teoria da constituição na definição do estatuto jurídico das sociedades, então a sociedade poderá ter a sua administração central ou o estabelecimento principal no território de outro Estado-mem-

<sup>66</sup> Neste sentido, Peter TROBERG, *últ. ob. cit.*, anot. ao art. 58º, nº 7.

<sup>67</sup> Cfr., neste sentido, Günter C. SCHWARZ, *ob. cit.*, pág. 100, que aqui seguimos.

<sup>68</sup> Cfr., neste sentido, Peter TROBERG, *últ. ob. cit.*, anot. ao art. 58º, nº 7, RANDEL-ZHOFER, in Eberhard GRABITZ/Hilf MEINHARD, *Kommentar*, cit., anot. ao art. 58º, nº 11.

bro ou, mesmo, fora do território comunitário (v.g., a constituição de uma *private limited company* inglesa, com sede estatutária em Inglaterra, que se destina a explorar um hotel em Portugal, no Algarve, onde, portanto, se situa o seu principal estabelecimento e a sua administração central).

Já se a ordem jurídica do Estado-membro de constituição da sociedade adoptar a teoria da sede efectiva na definição do estatuto jurídico das sociedades, então a sociedade, para se constituir validamente de acordo com o Direito desse Estado, terá de situar a sede da sua administração no território daquele (v.g., uma *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* alemã tem de situar a sua administração central em território alemão, não podendo aquela situar-se, por exemplo, em Portugal). Mais uma vez, sobressai aqui uma relação de tensão entre a liberdade de estabelecimento e a teoria da sede efectiva na definição do estatuto jurídico das sociedades.

Salientamos, ainda, que o gozo da liberdade de estabelecimento por uma sociedade não depende da nacionalidade dos accionistas ou sócios que detêm o respectivo capital. Com efeito, o artigo 48º, § 1, não estabelece um tal requisito, pelo que devemos afastar a denominada teoria do controle<sup>69</sup> na definição do estatuto jurídico das sociedades como sociedades comunitárias. Portanto, desde que se verifiquem os pressupostos exigidos pelo artigo 48º, uma sociedade cujos accionistas são nacionais de um terceiro Estado (v.g. cidadãos norte-americanos) poderá beneficiar da liberdade de estabelecimento, exactamente nos mesmos termos que uma sociedade cujos sócios sejam nacionais de um Estado-membro. Esta especificação é sobretudo relevante para os grandes grupos de empresas multinacionais, podendo sociedades dominantes de direito norte-americano ou japonês controlar sociedades dependentes que gozam do estatuto de sociedades comunitárias e, como tal, beneficiam da liberdade de estabelecimento<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> De acordo com esta teoria, o estatuto da sociedade é determinado pela nacionalidade de quem a controla, isto é, dos accionistas ou sócios. Recusando a teoria do controle, cfr. Michael SCHWEITZER/Waldemar HUMMER, *Europarecht*, cit., pág. 287, Callies/Ruffert, ob. cit., pág. 691, Peter TROBERG, últ. ob. cit., anot. ao art. 58º, n° 20, Kay HAILBRONNER/Andreas NACHBAUR, *Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit*, cit., pág. 89.

<sup>70</sup> Cfr., neste sentido, Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 101.

Por último, notamos que o requisito constante do artigo 43º, § 1, 2ª parte, para o exercício da liberdade de estabelecimento secundária por pessoas singulares, exigindo que estas se encontrem estabelecidas no território de um Estado-membro, também se aplica às sociedades (e, claro está, às pessoas colectivas em geral).

Portanto, só podem constituir agências, sucursais ou filiais no território da Comunidade, as sociedades que se encontrem estabelecidas num Estado-membro. Desta forma, pretende evitar-se a constituição no espaço comunitário de "sociedades-apartado" ou "sociedades-caixa de correio"<sup>71</sup>, isto é, sociedades com sede estatutária num Estado-Membro, mas cuja ligação efectiva ao espaço comunitário se reduz a uma simples caixa de correio no território desse Estado. Na verdade, a liberdade de estabelecimento só deve beneficiar as sociedades que estejam efectivamente integradas na vida económica da Comunidade Europeia.

Uma sociedade só se considera estabelecida na Comunidade, quando a sua administração central ou o seu estabelecimento principal se localiza no território da Comunidade<sup>72</sup>. Deve-se exigir, portanto, que a actividade da sociedade se encontre numa ligação efectiva e duradoura com a economia de um Estado-membro. Devem, em suma, verificar-se os critérios supra-referidos para que se possa falar de um estabelecimento da sociedade na Comunidade: a sociedade deve dispor, de forma duradoura (por tempo indeterminado), de instalações permanentes no território comunitário, com base nas quais desenvolve uma actividade económica. Uma tal ligação verificar-se-á, em regra, se a sociedade em causa possui uma sucursal no espaço comunitário<sup>73</sup> ou se o Mercado Interno constitui o principal mercado da sociedade.

---

<sup>71</sup> Referindo-se a este propósito de evitar "Briefkastenfirmen", Uwe EYLES, *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften*, cit., pág. 347, Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 102 e Stephan ROHDE, *Europäische Integration*, cit., pág. 153.

<sup>72</sup> Cfr. Peter TROBERG, últ. ob. cit., anot. ao art. 58º, nº 8.

<sup>73</sup> Cfr., neste sentido, Peter TROBERG, últ. ob. cit., anot. ao art. 58º, nº 8, e Viola KRUSE, *Sitzverlegung*, cit., pág. 65.

## 5. Aplicabilidade directa da liberdade de estabelecimento

### a) Aplicabilidade directa das normas sobre liberdade de estabelecimento

Para que uma sociedade ou um cidadão nacionais de um Estado-membro possam invocar a sua liberdade de estabelecimento, com base nos artigos 43º e 48º, perante os Tribunais e administração nacionais, é necessário que estas regras jurídicas sejam directamente aplicáveis. É necessário assim que a aplicação das referidas normas não careça de um acto de transposição para as ordens jurídicas nacionais, por exemplo, através de uma lei ou de um regulamento.

Contudo, os Tratados que instituíram a Comunidade vinculam, em primeira linha, os Estados-membros (artigo 10º), assim como a Comunidade e os órgãos comunitários (artigo 5º)<sup>74</sup>. São muito raras as disposições do TCE que prevêm, expressamente, direitos e deveres para os cidadãos comunitários (cfr., por exemplo, os artigos 81º e 82º que contêm proibições directamente aplicáveis às empresas, com o objectivo de salvaguardar a concorrência na Comunidade Europeia). Contudo, na prossecução dos seus objectivos primários, de estabelecimento de um Mercado Comum (artigos 2º e 3º, alínea c)) e realização de um Mercado Interno, o TCE é mais do que um simples Tratado de Direito Internacional Público que prevê deveres recíprocos para as partes contratantes. Na verdade, verificadas certas circunstâncias, o TCE, também se aplica directamente às pessoas singulares e colectivas nacionais de um Estado-membro, as quais poderão invocar directamente as respectivas disposições e, em particular, os artigos 43º e 48º, perante os tribunais e as autoridades nacionais<sup>75</sup>.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>76</sup>, para que uma norma de Direito Comunitário

<sup>74</sup> Cfr. Bengt BEUTLER, Roland BIEBER, Jörn PIKORN, Jochen STREIL, *Die Europäische Union*, 4ª ed., Baden-Baden, 1993, pág. 207

<sup>75</sup> Cfr. Rudolf GEIGER, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 3ª ed., München, 2000, anot. ao art. 10º TCE, nº 21, Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 54.

<sup>76</sup> Cfr., os Acórdãos do TJCE *Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*, Proc. 26/62, Col. 1963, pág. 27; *Van Duyn/Home Office*, Proc. 41/74, Col. 1974, pág. 1347, nº 5/7; *Staatliche Finanzverwaltung/S.p.A. Simmenthal*, Proc. 106/77, Col. 1978, pág. 643, nº 14/16.

primário seja directamente aplicável, tem de impor deveres aos Estados-membros, de forma clara, precisa e incondicional. Para ser directamente aplicável, a norma em causa tem de obedecer aos seguintes requisitos: tem de ser formulada em termos juridicamente perfeitos, isto é, claros e precisos, não necessitando de qualquer concretização; o seu conteúdo normativo não pode sujeitar-se a quaisquer condições, como, por exemplo, a aprovação de actos legislativos pelos Estados-membros; deve impor aos Estados-membros, de forma imediata, deveres de acção ou omissão.

No que se refere, em concreto, à liberdade de estabelecimento, os artigos 52º e 58º (actualmente artigos 43º e 48º), no seu teor literal, obrigavam os Estados-membros a suprimir gradualmente as restrições ao livre estabelecimento dentro da Comunidade, durante um período de transição. De acordo com o artigo 8º TCEE, mais tarde artigo 7º (suprimido pelo Tratado de Amsterdão), esse período de transição terminaria em 31 de Dezembro de 1969.

Para a efectiva realização da liberdade de estabelecimento, o artigo 54º, nº 1, do TCEE (suprimido pelo Tratado de Amsterdão) atribua à Comissão e ao Conselho a incumbência de estabelecer um programa geral para a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento. Este programa, que veio a ser aprovado pelo Conselho em 18 de Dezembro de 1961, continha um plano temporal para a concretização da liberdade de estabelecimento, através da progressiva supressão de restrições ao exercício do direito de estabelecimento, em diferentes áreas de actividade<sup>77</sup>.

Durante o referido período de transição, as normas sobre liberdade de estabelecimento não eram directamente aplicáveis e, como tal, não podiam ser directamente invocadas pelos nacionais (pessoas singulares ou colectivas) de um Estado-membro. Os nacionais de um Estado-membro não podiam assim fundar, directamente nos artigos 52º e 58º do TCEE, uma pretensão de exercício do direito de estabelecimento.

Após o termo do período de transição, em 31 de Dezembro de 1969, o artigo 52º passou a ser directamente aplicável<sup>78</sup> e como tal invocável pelos nacionais de um Estado-membro.

<sup>77</sup> "Programa geral para a supressão dos limites e restrições à liberdade de estabelecimento", JOCE, nº 2, de 15 de Janeiro de 1962, pág. 32.

<sup>78</sup> Neste sentido, entre nós, Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, pág. 382, João MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, págs. 567-8. No

É verdade que uma interpretação que se ativesse ao teor literal do artigo 52º (“os limites ao livre estabelecimento (...) serão gradualmente suprimidos durante o período de transição, de acordo com as disposições seguintes”) e à sua articulação com o artigo 54º, o qual previa a aprovação de certas disposições para a realização da liberdade de estabelecimento, poderia levar à conclusão de que a aplicação daquela norma estaria dependente do surgimento de disposições de direito comunitário secundário, destinadas à realização da liberdade de estabelecimento. Esta posição, aliás, foi defendida por alguns Estados-membros perante o TJCE<sup>79</sup>, bem como por Autores<sup>80</sup> que entendiam que os artigos 43º e 48º constituíam simples normas programáticas, que careciam de uma harmonização das ordens jurídicas dos Estados-Membros.

O TJCE, contudo, estabeleceu, em termos claros, que “a liberdade de estabelecimento constitui uma das disposições fundamentais da Comunidade e que as respectivas normas do TCEE são directamente aplicáveis, desde o termo do período de transição<sup>81</sup>”.

O Acórdão “Reyners<sup>82</sup>”, no qual o TJCE decidiu que o artigo 52º do TCE “na medida em que estabelece o fim do período de transição como prazo para a realização da liberdade de estabelecimento” estabelece um dever “cujo resultado é claro e cujo cumprimento através do estabelecimento de medidas programáticas e graduais é, na verdade, facilitado, mas não deve ser condicionado<sup>83</sup>”, constituiu um verdadeiro ponto de viragem nesta matéria. Na fundamentação do referido Acórdão, o TJCE teve ainda em conta o artigo 8º, § 7, do TCEE (mais tarde, artigo 7º, § 7, suprimido pelo Tratado de Amsterdão), o

estrangeiro, cfr., por exemplo, Michael SCHWEITZER/Waldemar HUMMER, *Europarecht*, cit., pág. 288, Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 78.

<sup>79</sup> Cfr., o processo 2/74 que terminou com o fundamental Acórdão de 21 de Julho de 1974 (*Reyners/Bélgica*), Col. 1974, págs. 631 e segs., e o processo 270/83 (*Comissão/França*), col. 1986, págs. 273 e segs.

<sup>80</sup> Herbert WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht: Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrecht*, vol. 1, München, 1980, págs. 793 e segs., para quem só haverá um verdadeiro direito ao estabelecimento, após uma harmonização dos Direitos dos Estados-Membros.

<sup>81</sup> Acórdão de 27 de Setembro de 1988 (*Daily Mail*, proc. 81/87), col. 1988, pág. 5510, parágrafo 15).

<sup>82</sup> Acórdão de 21 de Julho de 1974 (*Reyners/Bélgica*, proc. 2/74), col. 1974, pág. 652, parágrafos 24 e 28.

<sup>83</sup> Acórdão de 21 de Julho de 1974 (*Reyners/Bélgica*, proc. 2/74), col. 1974, págs. 631 e segs.

qual estabelecia que o fim do período de transição constituía o termo do prazo para a entrada em vigor de todos os preceitos do Tratado, bem como para a concretização de todas as medidas necessárias à realização do Mercado Comum.

A aplicabilidade directa das normas que prevêem o direito de estabelecimento tornou-se clara na nova redacção do artigo 43º (antigo artigo 52º), introduzida pelo Tratado de Amsterdão, que expressamente proíbe todas as restrições à liberdade de estabelecimento.

### **b) Aplicabilidade directa da liberdade de estabelecimento das sociedades**

Os artigos 43º e 48º também são directamente aplicáveis às pessoas colectivas e, em particular, às sociedades. Contudo, nas hipóteses de exercício da liberdade de estabelecimento primária através da transferência da sede da administração da sociedade, o TJCE parece ter afastado, na prática, a aplicação directa da liberdade de estabelecimento.

Referimo-nos ao Acórdão "Daily-Mail"<sup>84</sup>, em que o TJCE parece ter submetido a liberdade de estabelecimento às normas de conflitos dos Estados-membros que definem o estatuto jurídico das sociedades. Acontece, contudo, que o próprio TJCE, nesse mesmo Acórdão, reconheceu que os artigos 43º e 48º são directamente aplicáveis às sociedades, embora tenha decidido em termos (quanto a nós criticáveis) que parecem contrariar essa sua afirmação.

Na verdade, não faria sentido que as sociedades não beneficiassem directamente da liberdade de estabelecimento, dado que o TCE nos seus artigos 43º e 48º determina, expressamente e sem quaisquer reservas, a equiparação das sociedades "às pessoas singulares, nacionais dos Estados-Membros". Concluímos assim que as sociedades que pretendam exercer o seu direito de livre estabelecimento, podem invocar directamente os artigos 43º e 48º<sup>85</sup>. A aplicabilidade

<sup>84</sup> Partindo deste Acórdão, alguns Autores manifestam dúvidas sobre a aplicabilidade directa dos artigos 43º e 48º às sociedades. Cfr., por exemplo, Wulf-Henning ROTH, *Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht*, in *RabelsZ* (55), 1991, pág. 647.

<sup>85</sup> Neste sentido, cfr., por exemplo, Bernhard GROSSFELD in STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Gesellschaftsrecht*, 14ª ed.,

directa das referidas normas às sociedades já foi, aliás, confirmada pelo TJCE em numerosos e importantes arestos<sup>86</sup>.

### c) Concretização da aplicabilidade directa das normas sobre liberdade de estabelecimento

As normas sobre liberdade de estabelecimento vinculam directamente os tribunais e as autoridades dos Estados-membros que não podem aplicar normas jurídicas que violem aquela liberdade fundamental. Devemos notar, contudo, que o direito de estabelecimento não concede qualquer direito, a invocar perante um Estado-membro, ao exercício de uma determinada actividade autónoma ou empresarial<sup>87</sup>.

Trata-se, antes, de normas que afastam a aplicação de normas nacionais violadoras da liberdade de estabelecimento. Uma norma nacional que, em violação dos artigos 43º e 48º, estabeleça restrições à liberdade de estabelecimento das sociedades é inaplicável e, como tal, inoponível aos beneficiários da liberdade de estabelecimento.

A compatibilidade das normas nacionais com a liberdade de estabelecimento é aferida, normalmente, através do procedimento de reenvio prejudicial, previsto no artigo 234º. Sempre que se levante a questão da compatibilidade de uma norma jurídica nacional com a liberdade de estabelecimento perante um tribunal nacional, este tribunal pode ou se se tratar de um tribunal cujas decisões não admitem recurso é obrigado a pedir ao TJCE que se pronuncie sobre essa questão.

### d) Eficácia directa entre privados das normas sobre liberdade de estabelecimento?

Como acabamos de ver, não há dúvida de que os artigos 43º e 48º têm eficácia directa nas relações verticais, entre os nacionais e os

Berlin, 1998, n. 120, Viola KRUSE, ob. cit., pág. 126, Rolf SACK, *Auswirkungen der Art. 52, 58 EWGV auf das internationale Gesellschaftsrecht-EuGH*, in JuS, 1990, pág. 352.

<sup>86</sup> Os Acórdãos "Daily Mail plc" cit., n.º 15, *Imperial Chemical Industries plc -ICI*, (proc. C-264/96), Col. 1998, pág. I-4695, n.º 21, *Centros Ltd*, (proc. C-212/97), *Compagnie de Saint-Gobain*, (proc. C-307/97) *Royal Bank of Scotland plc* (proc. C-311/97), col. §.

<sup>87</sup> Cfr. Peter TROBERG, últ. ob. cit., anot. aos arts. 52º, n.º 68 e 59º, n.º 45.

seus respectivos Estados. Um nacional de um Estado-membro pode alegar em Tribunal que uma norma legal, regulamentar ou mesmo uma medida administrativa viola o seu direito de estabelecimento e, como tal, não lhe é oponível.

Mais complicada é a questão de saber se a liberdade de estabelecimento tem eficácia imediata entre particulares ("*Drittwirkung*"), se tem, portanto, eficácia horizontal entre pessoas singulares e pessoas colectivas privadas, nacionais dos Estados-membros.

Não há dúvida de que a liberdade de estabelecimento pode ser efectivamente limitada ou dificultada por sujeitos privados. É o que sucede, por exemplo, com câmaras ou ordens profissionais, que exigem a qualidade de membro destas associações privadas para o exercício de uma determinada profissão, bem como com associações privadas que controlam o acesso a determinadas áreas profissionais. Pensamos, antes de mais, em regras colectivas emanadas por instituições privadas, que um particular não pode evitar, como por exemplo estatutos e regulamentos especiais de federações desportivas ou em condições contratuais utilizadas por privados, mas aprovadas pelo Estado<sup>88</sup>. O TJCE admitiu, num Acórdão<sup>89</sup> de 1976, a eficácia imediata entre particulares das disposições sobre livre circulação de trabalhadores e livre prestação de serviços. Esta jurisprudência foi, mais tarde, confirmada, através do famosíssimo Acórdão "*Bosman*"<sup>90</sup>.

Recentemente, o TJCE confirmou a eficácia directa do direito de estabelecimento entre particulares, ao considerar que uma exigência efectuada num anúncio de um emprego oferecido por um banco privado tirolês violava o artigo 39º (livre circulação de trabalhadores)<sup>91</sup>. Esta confirmação é relevante, porque no caso em apreço tratava-se de regras que o sujeito privado em questão podia evitar, no exercício da sua autonomia privada, não se candidatando ao referido emprego.

<sup>88</sup> Assim, no proc. C-251/83 (*Haug-Adrión*), que culminou com o Acórdão de 13 de Dezembro de 1984, col. 1984, pág. 4288, nº 14.

<sup>89</sup> Acórdão de nº14 de Julho de 1976 (*Dona/Mantero*, proc. 13/76), col. 1976, pág. 1340, nº 17 e segs.

<sup>90</sup> Acórdão de 15 de Dezembro de 1995, proc. C-415/93, col. 1995, I-4921.

<sup>91</sup> Trata-se do Acórdão de 6 de Junho de 2000 (*Angonese*, proc. C-281/98), col. 2000, pág. I-4173, nº 36. Tratava-se *in casu* de uma exigência efectuada num anúncio de emprego de um banco privado do Tirol do Sul, de acordo com a qual o poliglottismo dos candidatos poderia ser atestado, apenas, através de um certificado passado no Tirol do Sul.

Parece-nos que esta jurisprudência é transponível para o direito de estabelecimento, o qual terá eficácia imediata entre particulares<sup>92</sup>. Não podemos, contudo, deixar de salientar que esta aplicação imediata do direito de estabelecimento, ainda não foi decidida pelo Tribunal e de colocar algumas reservas às consequências desta solução.

Analisemos, com maior detalhe, as consequências práticas de uma tal solução na área do Direito das Sociedades. Aceitando a eficácia imediata entre particulares da liberdade de estabelecimento, uma cláusula de um contrato de uma sociedade por quotas portuguesa, que exija que os sócios tenham nacionalidade portuguesa ou habitem em território português, ou que preveja que a mudança de nacionalidade de um dos sócios constitui um facto permissivo da amortização da respectiva quota, violará o direito de estabelecimento (artigos 12º, 43º e 56º do TCE) de um não nacional que pretenda adquirir quotas da sociedade ou do sócio que pretende mudar a sua nacionalidade.

Da mesma forma, uma cláusula de um contrato de uma sociedade por quotas que exija o consentimento da sociedade para a transmissão de acções poderá constituir uma restrição ao direito de estabelecimento de uma sociedade alemã que pretenda adquirir uma participação maioritária na sociedade (cfr. artigos 43º e 56º) que, como tal, carece de uma justificação. Nestas hipóteses, portanto, o não nacional que pretende ser sócio ou a sociedade alemã poderiam invocar em Tribunal o seu direito de estabelecimento, com as consequências de que as referidas cláusulas contratuais seriam inaplicáveis e, por conseguinte, não lhes seriam oponíveis.

Ora, já se vê que a eficácia horizontal aumenta consideravelmente a efectividade da liberdade de estabelecimento, com custos nítidos no que se refere à autonomia privada que, por seu lado, é tutelada pelas ordens jurídicas de todos os Estados-membros. Tanto mais, quando as reservas previstas no TCE ao direito de estabelecimento (no artigo 46º), bem como as possibilidades de justificação de restrições, se adequam mal à contratação entre privados<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Neste sentido, Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 96, Peter THORBERG, últ. ob. cit., anot. ao art. 52º, nº 69 e Albert BLECKMANN, *Europarecht*, cit., nº 1574.

<sup>93</sup> Cfr., neste sentido, Mathias HABERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2ª ed., München, 2003, págs. 28 e 29, que, referindo-se ao artigo 86º, § 2, cujo teor literal determina uma aplicação imediata às empresas argumenta "a contrario", que os particulares não devem estar directamente vinculados às liberdades fundamentais. Assim, este A. defende, apenas, uma eficácia mediata das liberdades fundamentais e,

Ainda assim, propendemos para uma aplicação imediata da liberdade de estabelecimento entre particulares, o que fazemos sem qualquer reserva no que toca à proibição de medidas (cláusulas contratuais, regulamentos) discriminatórias. No exemplo figurado, o estrangeiro interessado em adquirir uma quota na sociedade portuguesa poderia, de facto, invocar a liberdade de estabelecimento perante um tribunal português e aquela cláusula não lhe seria aplicável.

Já no que toca a restrições da liberdade de estabelecimento sem carácter discriminatório, a eficácia imediata deve ser temperada por uma mais criteriosa ponderação da possibilidade de justificação da medida restritiva em causa. Na verdade, o respeito da autonomia privada impõe que se tenham em conta interesses particulares dos sócios, ao estabelecer a medida restritiva em causa. A aplicação do teste da proporcionalidade para verificar se a medida em causa se justifica terá, por isso, de ser mais criteriosa, atendendo à liberdade dos sujeitos privados na escolha dos interesses que pretendem prosseguir. No caso figurado, a sociedade alemã poderia, de facto, não lograr a aquisição de uma posição maioritária na referida sociedade, uma vez que a disposição contratual em causa prossegue, em termos proporcionados, um interesse dos accionistas, em manter o mesmo grupo de controlo da sociedade (v. g. uma família).

#### **6. Extensão da liberdade de estabelecimento: simples proibição de discriminações ou proibição geral de restrições?**

O artigo 43º proíbe literalmente “as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro”. São proibidas não só as restrições ao acesso a actividades não assalariadas, mas também ao exercício dessas actividades, através do estabelecimento no território de um Estado-membro. Coloca-se, no entanto, a questão da extensão do direito de estabeleci-

---

nomeadamente, da liberdade de estabelecimento entre particulares: os órgãos judiciais nacionais estão obrigados a realizar uma interpretação do Direito nacional conforme ao Direito Comunitário, e um Estado-membro que deixe de se opôr a restrições às liberdades fundamentais na esfera negocial privada, violará, por seu lado, os deveres que para si decorrem do TCE.

mento: o artigo 43º contém uma simples proibição de discriminações em razão da nacionalidade, ou vai (bem) mais longe, contendo uma proibição geral de restrições à liberdade de estabelecimento?

#### a) Os artigos 43º e 48º como proibição de discriminações

O artigo 43º começa por conter uma proibição de discriminações e, na realidade, numa fase inicial foi interpretado como contendo apenas uma proibição de discriminações e uma obrigação de igualdade de tratamento de nacionais e não nacionais<sup>94</sup>.

Neste sentido, o artigo 43º concretiza o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, constituindo uma norma especial em relação ao artigo 12º<sup>95</sup>. O que, aliás, resulta do teor literal do artigo 43º, que prevê "o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do Segundo parágrafo do artigo 48º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais". Esta norma exige portanto que todos os nacionais de um Estado-membro da Comunidade que se pretendam estabelecer noutro Estado-membro, sejam tratados como os nacionais deste Estado.

<sup>94</sup> Sendo, portanto, uma concretização, na área do direito de estabelecimento, do princípio do tratamento nacional. Assim, expressamente, João MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, 2002, pág. 557, Jacques AUDINET, *Le droit d'établissement*, cit., pág. 990, Ulrich EVERLING, *Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt*, Berlin, Frankfurt/Main, 1963, pág. 21, Hans Peter IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, pág. 642. O entendimento do artigo 43º como simples proibição de discriminações continua, aliás, a ser defendido por alguns A. Cfr., por exemplo, Uwe EYLES, *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften*, cit., pág. 71, Wolfgang GROS, *Niederlassungsrecht (Art. 3 lit. C, Art. 43 ff. EWG-Vertrag) im Gemeinsamen Markt*, in AG, 1990, pág. 536, Hans-Jürgen RABE, *Internationales Anwaltsrecht-Dienstleistung und Niederlassung*, in NJW, 1987, pág. 2185. Também o TJCE, em vários Acórdãos, parte de um entendimento do artigo 43º como proibição de discriminações, sem se referir a qualquer proibição geral de restrições, cfr., por exemplo, os Acórdãos *Reyners*, (proc. 2/74), col. 1974, pág. 651, nº 20, *Comissão / França* (proc. 270/83), col. 1986, pág. 304, nº 18, *Segers* (proc. 79/85), col. 1986, pág. 2387, nº 14.

<sup>95</sup> Cfr., neste sentido, o Acórdão do TJCE *Royal Bank of Scotland* (proc. C-311/97); entre nós, Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, pág. 384; na doutrina estrangeira, Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 86.

Dado que as sociedades beneficiam do direito de estabelecimento (artigo 48º), o Direito das Sociedades português tem de tratar os sócios ou sociedades nacionais de um Estado-membro, como se fossem sócios e sociedades portugueses<sup>96</sup>. Por exemplo, uma sociedade nacional de um Estado-membro (v.g., alemã) que pretenda estabelecer-se em Portugal, transferindo a sua sede para território português, não pode ser colocada em pior situação do que uma sociedade portuguesa já estabelecida em território português<sup>97</sup>.

É considerado uma discriminação, desde logo, o tratamento diferente de duas situações de facto idênticas, do qual resulte um prejuízo para o sujeito em causa. Mas, também é uma discriminação (proibida) o igual tratamento de duas situações de facto que, nas suas características essenciais, não são idênticas<sup>98</sup>. O essencialmente igual deve ser tratado de forma igual, ao passo que o essencialmente desigual deve ser tratado de forma desigual.

O artigo 43º proíbe, antes de mais, as discriminações directas (abertas ou imediatas), isto é, as regras que prejudicam, de forma imediata, os estrangeiros beneficiários da liberdade de estabelecimento, em relação aos nacionais, por causa da sua nacionalidade<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Assim, Marcus LUTTER, *Europäisches Unternehmensrecht*, Berlin, New York, 1996, pág. 39. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Comercial, Vol. IV, Sociedades Comerciais*, Lisboa, 1993, págs. 46-7, escreve, a propósito da nacionalidade das sociedades comerciais: "Pode-se fazer exigências particulares às sociedades nacionais, por terem vínculos particulares de fidelidade ao Estado e estarem integradas nas finalidades gerais da nação, como se pode lhes atribuir vantagens particulares, que se não atribuem aos estrangeiros". Mas, logo a seguir, faz uma reserva em relação a sociedades nacionais de Estados-membros da Comunidade Europeia: "toda a tendência recente é para a equiparação, e essa equiparação é acelerada com a integração nas comunidades europeias".

Da mesma forma, uma sociedade portuguesa com sócios portugueses não pode ser tratada em termos diferentes de uma sociedade portuguesa com sócios espanhóis, como resulta do já referido Acórdão do TJCE de 25 de Julho de 1991 (*Factortame II*, proc. C-221/89), col. 1991, pág. 3966, n.ºs 28 e segs.

<sup>97</sup> Veremos, porém, que este direito das sociedades tarda em afirmar-se, cfr. *infra*, pág.

<sup>98</sup> Cfr. Viola KRUSE, *Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften*, cit., págs. 100 e segs, e os Acórdãos do TJCE *Royal Bank of Scotland*, (proc. C-311/97), e *Schumacker* (proc. C-279/93), col. 1995, I-225, n.º 30.

<sup>99</sup> Cfr. Günter C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 86. Note-se que o prejuízo não existe apenas perante desvantagens economicamente mensuráveis, mas também perante procedimentos administrativos complicados, posições jurídicas menos seguras ou práticas especiais que afectem a actividade em termos desvantajosos. Cfr. A. ob. cit., pág. 87.

São assim proibidas todas as regras nacionais restritivas da liberdade de estabelecimento, cuja aplicação depende, formalmente, da nacionalidade dos destinatários (a nacionalidade é um dos elementos de facto que compõem a hipótese da norma restritiva). Em relação às sociedades, a discriminação normalmente baseia-se, em termos formais, na localização da sede social, uma vez que as ordens jurídicas dos Estados-membros definem a nacionalidade das sociedades, em função da localização da sua sede estatutária ou da sede da sua administração.

Trata-se, muitas vezes, de medidas nacionais que pretendem impedir a invasão da economia nacional por sociedades estrangeiras ou compensar uma insegurança que supostamente se associa aos estrangeiros<sup>100</sup>.

Por exemplo, se uma norma legal, com o intuito de salvaguardar certos sectores estratégicos da economia face à influência de estrangeiros, viesse a estabelecer que as sociedades proprietárias de empresas do sector energético deveriam ser detidas, maioritariamente, por nacionais, essa norma violaria o artigo 43º (e o artigo 56º). Um outro exemplo: se, com o objectivo de garantir a estabilidade dos postos de trabalho criados por investimento estrangeiro, uma norma viesse a restringir a possibilidade de recurso à contratação a termo, motivada pelo início de laboração de um estabelecimento (v.g., aumentando o prazo mínimo de contratação), no caso de o estabelecimento ser constituído por um não nacional, essa norma violaria o artigo 43º. Se uma norma estabelecesse requisitos que dificultassem a obtenção de uma licença em matéria ambiental (v.g. para gerir aterros de resíduos tóxicos) por empresas não nacionais, essa norma conteria uma discriminação directa violadora do direito de estabelecimento (artigo 43º).

O artigo 43º profibe, igualmente, as denominadas discriminações indirectas, isto é, as regras restritivas que, embora se apliquem independentemente da nacionalidade, produzem efeitos exclusiva ou preponderantemente em relação a estrangeiros, nacionais de Estados comunitários, prejudicando-os. Nestas hipóteses de discriminação indirecta, embora a regra restritiva aparente ser neutral em relação à nacionalidade, acaba por prejudicar efectivamente os nacionais de outros Estados-membros em relação aos nacionais do Estado-membro em causa, conduzindo, na prática, ao mesmo resultado que as discriminações directas.

<sup>100</sup> Assim, Günter C. SCHWARZ, *ob. cit.*, pág. 87.

Um exemplo de discriminação indirecta, afirmada pelo TJCE, no seu Acórdão de 7 de Maio de 1991 (*Vlassopoulou*)<sup>101</sup>, era constituído pelo artigo § 4 da Lei Federal dos Advogados alemã (*Bundesrechtsanwaltsordnung*), que só permitia o acesso à advocacia a quem tivesse as habilitações necessárias para a magistratura judicial, de acordo com a lei alemã sobre a magistratura judicial. De acordo com o TJCE, a referida norma, embora se aplicasse indistintamente a alemães ou nacionais de outro Estado-membro, acabava por produzir efeitos desvantajosos em relação a estes e, como tal, violava o direito de estabelecimento.

São assim proibidas as discriminações que, embora se baseiem em pressupostos de facto distintos (no caso referido a posse de habilitações no sistema de ensino alemão) da nacionalidade, acabam por conduzir ao mesmo resultado que a referência directa à nacionalidade.

É o que sucederá, por exemplo, quanto a exigências injustificadas de residência no país de estabelecimento, como reconheceu o TJCE, no seu Acórdão de 25 de Julho de 1991 (*Factortame II*), quanto à exigência (entre outras) de residência no Reino Unido dos sócios de sociedades que exploravam barcos de pesca, para que o barco pudesse ser registado como inglês e (o verdadeiro cerne da questão) explorar as quotas de pesca atribuídas ao Estado inglês. O TJCE esclareceu que a exigência de residência acabava por conduzir a um resultado idêntico à discriminação em razão da nacionalidade e, como tal, considerou-a incompatível com a liberdade de estabelecimento.

Da mesma forma decidiu o TJCE, no seu Acórdão de 13 de Julho de 1993 (*Commerzbank*)<sup>102</sup>, cujos factos são bastante simples: de acordo com o direito fiscal britânico, os contribuintes (pessoas singulares ou colectivas) a quem devesse ser restituído imposto, teriam direito a um suplemento de juros de 8,25% sobre o montante global a receber. No entanto, os contribuintes não residentes na Grã-Bretanha não teriam direito a este suplemento. A sucursal londrina da sociedade "*Commerzbank AG*", com sede na Alemanha, detentora de um crédito à restituição de imposto, exigiu igualmente o suplemento, exigência que foi recusada pela administração fiscal inglesa. O TJCE considerou que a referida exigência de residência na Grã-Bretanha constituía uma discriminação indirecta das sociedades não nacionais.

<sup>101</sup> Proc. C-340/89, col. 1991, pág. I-2383, n.ºs 15 e segs.

<sup>102</sup> Proc. C-330/91, col. 1993, I; pág. 4044, n.ºs 18 e segs.

Concluimos, assim, que o artigo 43º proíbe não só as discriminações directas, mas também as discriminações indirectas. Convém referir, por último, que as regras que estabeleçam um tratamento diferente entre nacionais e não nacionais podem não ser consideradas discriminatórias, desde que se justifiquem por razões substanciais e a desigualdade de tratamento não contrarie os fins do TCE<sup>103</sup>.

#### **b) Os artigos 43º e 48º como proibição geral de restrições?**

Coloca-se-nos, agora, a questão de saber se os artigos 43º e 48º proíbem, apenas, discriminações de estrangeiros em relação a nacionais ou se proíbem, igualmente, restrições à liberdade de estabelecimento não discriminatórias, isto é, que se aplicam, indistintamente, a estrangeiros e a nacionais. Aplicando a questão às sociedades, pretende saber-se se a liberdade de estabelecimento afasta, apenas, medidas discriminatórias de sociedades estrangeiras ou se vai bem além disso, proibindo, igualmente, restrições ao estabelecimento de sociedades estrangeiras que se aplicam igualmente a sociedades portuguesas.

Como é óbvio, o alcance da liberdade de estabelecimento e a sua influência, ainda que reflexa<sup>104</sup>, sobre os direitos das sociedades nacionais será muito maior se impuser uma proibição geral de restrições. Se assim for, todas as normas de Direito das Sociedades que limitem ou dificultem a emigração ou a imigração de sociedades serão proibidas ou, pelo menos, terão de justificar-se à luz da liberdade de estabelecimento.

#### **ba) A jurisprudência do TJCE: de simples proibição de discriminações, a proibição geral de restrições.**

Inicialmente, o TJCE adoptou uma jurisprudência restritiva, decidindo, de forma expressa, que a liberdade de estabelecimento compreendia apenas uma proibição de discriminações<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> O próprio Tratado já prevê hipóteses em que não haverá discriminações (artigo 45º). Cfr., o Acórdão do TJCE de 16 de Outubro de 1980 (*Hochstrass/Gerichtshof*, proc.147/79), col. 1980, pág. 3019, nº 7.

<sup>104</sup> Cfr. as considerações que fazemos *infra* a propósito da discriminação de nacionais.

<sup>105</sup> Cfr. os Acórdãos de 21 de Junho de 1974 (*Reyners/Bélgica*, proc. 2/74), col.

Na evolução das liberdades fundamentais de simples proibições de discriminações até proibições gerais de restrições, coube um papel pioneiro às liberdades de circulação de mercadorias e de prestação de serviços.

Antes de mais, através do Acórdão do TJCE, de 11 de Julho de 1974 ("*Dassonville*"<sup>106</sup>), em que o Tribunal, ao delimitar o conceito "medidas de efeito equivalente", presente nos artigos 28º e 29º<sup>107</sup>, questionou, pela primeira vez, se uma liberdade fundamental, mais do que uma simples proibição de discriminações, continha uma proibição geral de restrições. O TJCE entendeu que é uma medida de efeito equivalente "qualquer regulamento comercial dos Estados-Membros que seja apto a perturbar, de forma directa ou indirecta, efectiva ou potencial, o comércio intra-comunitário"<sup>108</sup>. Por este meio, o Tribunal afirmou a livre circulação de mercadorias como proibição geral de restrições, abandonando o entendimento daquela liberdade fundamental (seguido até à data do Acórdão) como simples proibição de discriminações.

Embora confirmando este entendimento, o TJCE veio, contudo, a introduzir-lhe uma importante restrição no seu Acórdão "*Cassis de Dijon*" de 20 de Fevereiro de 1979, ao decidir que os "obstáculos ao comércio interno da Comunidade que resultem das diferenças das regras nacionais sobre a comercialização destes produtos, devem ser aceites, desde que essas disposições sejam necessárias para satisfazer exigências imperativas, em especial as exigências de um eficaz controlo fiscal, de protecção da saúde pública, de lealdade nas relações comerciais e de protecção do consumidor"<sup>109</sup>. O Tribunal veio, assim, reconhecer ao artigo 28º o carácter de proibição geral de restrições, estabelecendo-lhe, contudo, limites que deverão obedecer ao requisito da proporcionalidade, isto é, esses limites devem ser necessários,

---

1974, pág. 651, nºs 16 e 20, e de 28 de Abril de 1977 (*Thieffrey*, proc. 71/76), col. 1977, pág. 777, nºs 13 e segs.

<sup>106</sup> Acórdão de 11 de Julho de 1974 (*Dassonville*, proc. 8/74), col. 1974, págs. 837 e segs.

<sup>107</sup> Artigo 28º "São proibidas, entre os Estados-Membros, as restrições quantitativas à importação [à exportação, no artigo 29º], bem como *todas as medidas de efeito equivalente*".

<sup>108</sup> Acórdão *Dassonville* cit., pág. 852, nº 5.

<sup>109</sup> Tratava-se, aqui, de um limite imanente à liberdade de circulação de mercadorias. Dominik SCHNICHELS, *Reichweite der Niederlassungsfreiheit*, cit., pág. 70.

adequados e proporcionais ao fim (v.g. protecção do ambiente) que prosseguem.

O TJCE estendeu este entendimento das liberdades fundamentais como proibições gerais de restrições à liberdade de prestação de serviços, prevista nos artigos 49º e 50º (à data, artigos 59º e 60º TCEE). No seu Acórdão de 3 de Dezembro de 1974 ("van Binsbergen"), o Tribunal entendeu que os artigos 59º e 60º do TCEE (artigos 49º e 50º) exigem a supressão de todas as restrições aplicáveis, indistintamente, a nacionais e estrangeiros, "que sejam aptas a impedir ou perturbar a actividade do prestador". Esta jurisprudência foi sendo, posteriormente, confirmada por vários Acórdãos sobre a livre prestação de serviços, assumindo particular nitidez no Acórdão de 25 de Julho de 1991 ("Säger/Dennemeyer"), em que o Tribunal estabeleceu, claramente, que o artigo 59º não exigia, apenas, a supressão de todas as discriminações do prestador de serviços, mas também a supressão de todas as restrições que valem indistintamente para prestadores nacionais como para prestadores de outros Estados-Membros<sup>110 111</sup>.

Face à proximidade do teor literal do artigo 49º ao artigo 43º, bem como à afinidade sistemática entre a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços, dir-se-ia que este entendimento da livre prestação de serviços como proibição geral de restrições seria, de imediato, aplicável à liberdade de estabelecimento.

Contudo, assim não sucedeu e o Tribunal começou por entender que a liberdade de estabelecimento compreendia, apenas, uma proibi-

<sup>110</sup> "O artigo 59º TCEE não exige, apenas, a supressão de todas as discriminações do prestador de serviços com base na sua nacionalidade, mas também exige a supressão de todas as restrições-mesmo se estas se aplicam indistintamente a prestadores de serviços nacionais ou a prestadores de serviços de outros Estados-Membros se estas forem aptas a impedir ou perturbar a actividade do prestador estabelecido noutro Estado-Membro e que aí realiza legalmente prestações análogas".

<sup>111</sup> O entendimento das liberdades fundamentais como proibições gerais de restrições foi, também, afirmado em relação à liberdade de circulação de trabalhadores, através do Acórdão "Bosman" cit. Escrevendo que este Acórdão confirmou o entendimento do artigo 39º (antigo artigo 48º) como um "edifício normativo composto por três andares", que proíbe as "discriminações ostensivas", as "discriminações encobertas ou dissimuladas" e que se traduz ainda numa "genérica proibição de restrições à livre circulação", cfr. João LEAL AMADO, *Vinculação versus Liberdade, o processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo*, Coimbra, 2002, pág. 419, esp. n. 681, (sublinhados do A.) Para uma análise mais aprofundada do Acórdão, v., do mesmo A., *O caso Bosman e a "indenização de promoção ou valorização"* (art. 22º, n.º 2 do DL n.º 305/95), in QL, n.º 7, 1996, págs. 3-17.

ção de discriminações, certamente porque o estabelecimento implica uma ligação duradoura e mais estreita com uma ordem jurídica estrangeira, do que a livre prestação de serviços ou a livre circulação de mercadorias,

O Acórdão de 12 de Julho de 1984 ("*Klopp*"<sup>112</sup>) constituiu um claro ponto de viragem na jurisprudência do TJCE, sobre esta matéria. O Senhor *Onno Klopp*, advogado alemão estabelecido na Alemanha, requereu autorização à *Ordre des Avocats au barreau de Paris* para abrir em Paris uma sucursal do seu escritório alemão. Esta autorização foi-lhe recusada com o argumento de que a lei francesa só permitia aos advogados manter um único escritório, situado no distrito judicial em que residem. O Senhor *Klopp*, que pretendia manter o seu escritório alemão, invocou a liberdade de estabelecimento, pelo que o TJCE foi chamado a resolver a questão.

No seu Acórdão, o Tribunal decidiu que a norma francesa, que impunha uma obrigação de residência válida para nacionais e estrangeiros era incompatível com a liberdade de estabelecimento<sup>113</sup>. O TJCE reconheceu, assim, ao artigo 43º um alcance mais vasto do que uma simples proibição de discriminações, abrangendo igualmente restrições não discriminatórias ao estabelecimento, no caso, restrições à constituição de uma sucursal<sup>114</sup>.

Esta jurisprudência foi, posteriormente, confirmada pelo TJCE, no seu Acórdão de 19 de Janeiro de 1988 ("*Güllung*"<sup>115</sup>), em que o Tribunal verificou se uma regra nacional não discriminatória, restritiva

<sup>112</sup> Acórdão de 12 de Julho de 1984, proc. 107/83, col. 1984, págs. 2971 e segs.

<sup>113</sup> Acórdão cit., pág. 2989, nº 16.

<sup>114</sup> Embora este Acórdão tenha sido entendido como confirmação de uma interpretação do artigo 43º, como proibição geral de restrições, cfr., por exemplo, Peter BEHRENS, *Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht*, in *RabelsZ* 52 (1988), pág. 510, Rolf SACK, *Auswirkungen der Art. 52, 58 EWGV auf das internationale Gesellschaftsrecht-EuGH*, in *JuS*, 1990, pág. 355, Joachim SEDEMUND, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, in *NJW*, 1985, pág. 529, Uwe EYLES, *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft*, pág. 76, Viola KRUSE, *Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften*, cit., pág. 99, houve quem visse no Acórdão *Klopp*, um simples problema de discriminação indirecta, Ulrich EVERLING, *Das Niederlassungsrecht in der Europäische Gemeinschaft*, in *DB*, 1990, pág. 1853. Com uma súmula da evolução da jurisprudência do TJCE e do debate doutrinal na Alemanha sobre a extensão da liberdade de estabelecimento, cfr. por exemplo, Rolf SACK, ob. cit., págs. 354-5.

<sup>115</sup> Proc. 292/86, col. 1988, págs. 111 e segs.

da liberdade de estabelecimento, se poderia justificar com base no "interesse público". O que pressupõe que o Tribunal considerou que a referida medida, apesar de não discriminatória, era abrangida pela liberdade de estabelecimento. Por outro lado, este Acórdão veio demonstrar que, assim como sucede com a livre circulação de mercadorias, também a liberdade de estabelecimento, enquanto proibição geral de restrições, se depara com certos limites imanescentes.

O TJCE seguiu esta linha em importantes Acórdãos sobre o reconhecimento de diplomas estrangeiros, como, por exemplo, o Acórdão de 21 de Março de 1993 ("*Kraus*")<sup>116</sup>, em que se pronunciou sobre o reconhecimento de um título académico (um *LLM*) obtido por um cidadão alemão na Grã-Bretanha. O Tribunal considerou que o artigo 43º se opõe a qualquer regra nacional que, "embora aplicável sem qualquer discriminação em razão da nacionalidade, é apta a perturbar ou tornar menos atractivo o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado"<sup>117</sup>.

Esta evolução encontrou uma importante súmula conclusiva no Acórdão do TJCE, de 30 de Novembro de 1995 ("*Gebhard*")<sup>118</sup>, em que, reafirmando o artigo 43º como proibição geral de restrições, o TJCE concretizou, no entanto, a possibilidade de introduzir limites à liberdade de estabelecimento, bem como os requisitos a que estes limites devem obedecer. Assim, o Tribunal entendeu que regras nacionais que perturbem ou tornem menos atractivo o exercício da liberdade de estabelecimento, só serão lícitas se forem aplicadas em termos não discriminatórios, se se justificarem por motivos imperativos de interesse público e se obedecerem ao princípio da proporcionalidade<sup>119</sup>.

Esta interpretação do artigo 43º como proibição geral de restrições foi também aplicada às sociedades, nos termos do artigo 48º. Desde logo, no Acórdão fundamental de 27 de Setembro de 1988 ("*Daily Mail*")<sup>120</sup>, em que o Tribunal se debruçou sobre uma restrição

<sup>116</sup> Proc. C-19/92, col. 1993, I, págs. 1663 e segs.; Também sobre o reconhecimento de diplomas estrangeiros, cfr o Acórdão de 7 de Maio de 1991 ("*Vlassopoulou*"), proc. C-340/89, col. 1991, I, págs. 2357 e segs.

<sup>117</sup> Ac. cit., pág. 1697, nº 32.

<sup>118</sup> Proc. C-55/94, col. 1995, I, págs. 4165 e segs.

<sup>119</sup> Cfr. Ac. cit., págs. 4197 e segs., nº 37.

<sup>120</sup> Proc. 81/87, col. 1988, págs. 5483 e segs. Tratava-se, neste caso, de uma sociedade gestora de participações sociais de direito inglês, a "*Daily-Mail plc*", que

de carácter fiscal à transferência da sede da direcção de uma sociedade inglesa para fora do território britânico. No referido Acórdão, o Tribunal afirma, expressamente, que "os direitos garantidos pelos artigos 43º e segs. seriam vazios de sentido, se o Estado de origem pudesse proibir a emigração de empresas, para se estabelecerem noutro Estado-Membro." Torna-se portanto nítido que o TJCE entende os artigos 43º e 48º como proibição geral de restrições à liberdade de estabelecimento das sociedades, independentemente do seu carácter discriminatório, dado que a referida norma se dirigia a qualquer sociedade com sede de direcção no território britânico<sup>121</sup>.

Esta jurisprudência foi confirmada pelo Acórdão do TJCE de 16 de Julho de 1998 ("*Imperial Chemical Industries*"), em que o Tribunal se debruçou sobre a compatibilidade com o artigo 52º (actualmente, artigo 43º), de uma norma inglesa que estabelecia determinadas vantagens fiscais para sociedades que participassem consociadas numa sociedade " *Holding*" (sociedade gestora de participações sociais), fazendo, contudo, depender essas vantagens do pressuposto de que a referida "*holding*" detivesse, exclusiva ou principalmente, participações em sociedades estabelecidas no Reino Unido. O TJCE decidiu que esta norma constituía uma restrição incompatível com a liberdade de estabelecimento e pronunciou-se, em termos claros, sobre o carácter desta liberdade como proibição geral de restrições:

"Mesmo se as disposições sobre liberdade de estabelecimento, de acordo com o seu teor literal, devem assegurar, especialmente, a igualdade de tratamento no Estado-membro de estabelecimento, aquelas proíbem, também, que o Estado de origem perturbe o estabeleci-

---

*pretendia alienar parte das acções que tinha em carteira por forma a realizar um avultado montante de mais-valias (até as verdadeiras reservas ocultas), evitando, ao mesmo tempo, a tributação imposta pelo Direito Fiscal inglês.*

Com este objectivo, a sociedade pretendeu transferir a sede da sua direcção (a sede fiscal de acordo com o direito inglês) para a Holanda, onde as referidas mais-valias não seriam tributadas. Contudo, o direito inglês exigia uma autorização da administração fiscal para a transferência da sede fiscal de uma sociedade para fora do território inglês. Não tendo obtido a referida autorização, a "*Daily Mail plc*" recorreu para o TJCE, alegando que a referida exigência violava a sua liberdade de estabelecimento.

<sup>121</sup> Como veremos, o TJCE, no referido aresto não retirou todas as consequências desta interpretação, já que face à ausência de harmonização dos direitos de conflitos dos Estados-membros no que toca ao estatuto jurídico das sociedades, acabou, por considerar aquela restrição compatível com a liberdade de estabelecimento.

mento dos seus nacionais ou de uma sociedade constituída de acordo com o seu direito e que corresponda à definição do artigo 58º, num outro Estado-membro”.

Por fim, esta interpretação dos artigos 43º e 48º, como proibição geral de restrições consolidou-se com o aresto fundamental “Centros”, em que se tratava da constituição na Dinamarca de uma sucursal de uma sociedade pseudo-estrangeira, mais concretamente, de uma sucursal da sociedade de direito inglês “Centros, plc<sup>122</sup>”. E o TJCE fixou, igualmente, os requisitos a que têm de obedecer eventuais restrições para serem compatíveis com a liberdade de estabelecimento: “Medidas nacionais que perturbem ou possam tornar menos atractivo o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo contrato, serão lícitas se estiverem preenchidos quatro pressupostos: têm de ser aplicadas em termos não discriminatórios, têm de corresponder a razões imperativas de interesse público, têm de ser aptas à obtenção do fim que prosseguem e não podem ir além do necessário para a obtenção desse fim”<sup>123</sup>.

Podemos assim concluir que, de acordo com a jurisprudência do TJCE, a liberdade de estabelecimento compreende uma proibição geral de restrições.

### *bb) Análise crítica da interpretação do TJCE*

#### *bba) As várias hipóteses de utilização da liberdade de estabelecimento.*

Como resulta dos Acórdãos referidos, são várias as hipóteses em que podem surgir restrições não discriminatórias da liberdade de esta-

<sup>122</sup> Cfr. o Acórdão de 9 de Março de 1999, no Proc. C-212/97, col. 1999, págs. 1485 e segs. Tratava-se, neste caso, da constituição de uma sucursal dinamarquesa de uma sociedade (a “Centros plc”), constituída em Inglaterra por um casal dinamarquês (os “Brydes”), com o único objectivo de evitar a obrigação de realizar um capital mínimo imposta pela lei dinamarquesa.

Tendo constituído a “Centros Ltd” com sede em casa de um amigo inglês e sem a realização de um capital social mínimo, os Brydes pretendiam exercer toda a sua actividade empresarial na Dinamarca, através de uma sucursal da “Centros Ltd”. As autoridades dinamarquesas, contudo, não aceitaram o registo desta sucursal, o que o referido casal dinamarquês considerou ser uma violação de liberdade de estabelecimento da “Centros Ltd”.

<sup>123</sup> O tribunal recorreu, assim, à fórmula já utilizada no Acórdão *Gebhard*, cfr. Ac. cit., pág. 1495, nº 34.

belecimento das sociedades, pelo que procederemos, agora, à sua sistematização<sup>124</sup>.

1 – As hipóteses de *imigração*, em que os nacionais ou sociedades estrangeiras se deparam com restrições impostas pelo Estado-membro onde se pretendem estabelecer, ou seja, pelo Estado-membro de estabelecimento<sup>125</sup> (v.g. a exigência de formação e efectiva realização de um capital mínimo para a constituição de uma sociedade por quotas, em Portugal);

2 – As hipóteses de *emigração*, em que os nacionais ou as sociedades que se pretendem estabelecer noutro Estado-membro deparam com restrições impostas pelo seu Estado-membro, ou seja, pelo Estado-membro de origem<sup>126</sup> (v.g. a prescrição de que as sociedades portuguesas que transfiram a sua sede para o estrangeiro, devem previamente ser dissolvidas e pagar impostos sobre eventuais reservas ocultas);

3 – As hipóteses de *repatriação*, em que sociedades ou nacionais de um Estado-membro, estabelecidos noutro Estado-membro e que pretendem reestabelecer-se no Estado nacional, deparam com restrições ao regresso<sup>127</sup> (v.g. uma norma que negue o reconhecimento de diplomas obtidos por nacionais noutros Estados-membros);

4 – As hipóteses de *discriminação de nacionais*, em que os nacionais de um Estado-membro, sujeitos a restrições impostas pelas normas jurídicas nacionais, ficam colocados em pior situação do que os estrangeiros que se estabelecerem nesse Estado, no gozo da liberdade de estabelecimento (v.g. se dois ingleses forem dispensados da obrigação de liberar o capital mínimo exigido por lei para a constituição de uma sociedade por quotas em Portugal).

A hipótese de emigração de nacionais ou sociedades (2) impõe uma interpretação do artigo 43º como proibição geral de restrições. Se afastássemos esta interpretação seriam válidas todas as restrições impostas pelo Estado de origem à emigração de nacionais ou sociedades, uma vez que estas restrições, dirigidas, justamente, aos nacionais do próprio Estado, excluem qualquer carácter discriminatório.

<sup>124</sup> De acordo com a distinção efectuada por Uwe EYLES, *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften*, cit., págs. 54 e segs.

<sup>125</sup> Por exemplo, nos Acórdãos "Centros" e "Klopp" cit.

<sup>126</sup> Por exemplo, nos Acórdãos "Daily Mail" e "Bosman" cit.

<sup>127</sup> Por exemplo, no Acórdão "Kraus" cit.

A liberdade de estabelecimento proibiria, apenas as restrições à entrada no Estado-membro de estabelecimento. Já as restrições à saída do Estado-membro de origem seriam permitidas, o que afectaria gravemente a liberdade de estabelecimento<sup>128</sup> e, em consequência, a própria criação de um Mercado Comum.

Também a hipótese 3 (repatriação de sociedades) parece exigir uma interpretação do artigo 43º como proibição geral de restrições, já que se trata aqui de uma restrição imposta por um Estado-membro a um nacional ou a uma sociedade desse Estado-membro, o que também exclui o carácter discriminatório da restrição.

Estas duas hipóteses, de emigração ou repatriação, assumem a particularidade de um nacional ou uma sociedade invocarem a liberdade de estabelecimento contra o seu Estado nacional. O que se articula mal com o teor literal do artigo 43º, que ao proibir "as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro", parece prever, apenas, a hipótese de um estrangeiro invocar a liberdade de estabelecimento perante o Estado de estabelecimento. O TJCE, no entanto, tendo em conta que a liberdade de estabelecimento seria gravemente afectada, se os Estados-membros pudessem impedir a emigração de nacionais ou sociedades para se estabelecerem noutros Estados-membros, afirmou a liberdade de estabelecimento nestas hipóteses.

As hipóteses de emigração e repatriação de nacionais ou sociedades (2 e 3) têm uma característica comum que as distingue da hipótese de discriminação de nacionais (4). É que essas duas hipóteses envolvem mais do que um Estado-membro, assumindo, por isso, uma dimensão transnacional ou transfronteiriça<sup>129</sup>. Na verdade, não se trata de situações puramente internas, mas sim de situações transnacionais, que envolvem a deslocação de um Estado-membro para outro Estado-membro e, como tal, caem no âmbito de aplicação do artigo 43º.

Já nas hipóteses de discriminação de nacionais (4) falta este carácter transnacional, uma vez que o sujeito envolvido se encontra

<sup>128</sup> Desde logo, a liberdade de estabelecimento primária, em que uma sociedade sai de um Estado-membro para entrar noutro Estado-membro e aí se estabelecer. Mas, também, a liberdade de estabelecimento secundária poderia ser afectada, uma vez que o Estado-membro de origem poderia prever medidas restritivas da constituição de agências, sucursais ou filiais noutros Estados-membros.

<sup>129</sup> Neste sentido, v. Stephan ROHDE, *Europäische Integration und Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften*, 172.

em contacto, apenas, com o seu Estado nacional. A discriminação sucede na ordem jurídica de um único Estado-membro em relação aos seus próprios nacionais, pelo que estas hipóteses, como veremos infra<sup>130</sup>, não são abrangidas pela liberdade de estabelecimento.

Podemos, assim, concluir que as próprias situações surgidas perante o TJCE, especialmente as hipóteses de emigração de nacionais ou sociedades, exigiram que o artigo 43º fosse interpretado, no sentido de proibir, igualmente, as restrições da liberdade de estabelecimento não discriminatórias em razão da nacionalidade.

### *bbb) Interpretação do artigo 43º*

Procederemos, agora, a uma análise interpretativa do artigo 43º, para verificar se se confirma o entendimento que lhe atribui o sentido de proibição geral de restrições. Embora se trate de uma disposição do Tratado da Comunidade Europeia, para a sua interpretação socorremos-nos dos elementos gerais de interpretação<sup>131</sup>.

Debrucemo-nos, antes de mais, sobre a letra do artigo 43º, procurando dela extrair, não o sentido que as suas palavras comumente assumem em cada Estado-membro, mas um sentido jurídico-comunitário, isto é, um sentido que sendo idêntico em toda a ordem jurídica comunitária, garantirá a unidade ou uniformidade de aplicação<sup>132</sup> do Direito Europeu<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> *Infra*, pág. 117.

<sup>131</sup> Günter C. SCHWARZ, *ob. cit.*, pág. 56.

<sup>132</sup> Destacando o princípio da uniformidade de aplicação nas relações entre o ordenamento comunitário e os ordenamentos nacionais dos Estados-membros, cfr. Rui MOURA RAMOS, *Das Comunidades à União Europeia, estudos de Direito Comunitário*, 2ª ed., Coimbra, 1999, pág. 99: "a ideia de unidade do mercado seria inevitavelmente prejudicada se nele pudessem coexistir diferenças de regulamentação em aspectos nucleares, ainda que eles não fossem mais que o resultado de divergências estaduais na interpretação de textos comuns".

<sup>133</sup> Günter C. SCHWARZ, *ob. cit.*, pág. 57, que, face à autonomia da ordem jurídica comunitária, afirma a necessidade de constituir conceitos próprios de Direito Comunitário, o que não se compadece com a interpretação desses conceitos, de acordo com os diferentes sentidos que os conceitos equivalentes assumem nos Estados-membros (exceptuando, contudo, os conceitos de Direito Comunitário que remetam, tacitamente, para conceitos nacionais, como, por exemplo, o conceito de nacionalidade. É importante notar, com Stephan ROHDE, *ob. cit.*, pág. 178, que os Tratados se encontram redigidos nas diferentes línguas dos Estados-membros da Comunidade e que

Numa primeira abordagem, o artigo 43º, § 2, ao prever que a liberdade de estabelecimento abrange "tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais...", parece conter uma proibição especial de discriminações na área de aplicação desta liberdade fundamental.

Contudo, o texto do artigo 43º, ao proibir "as restrições à liberdade de estabelecimento", parece indicar que esta norma vai além de uma simples proibição de discriminações, contendo igualmente uma proibição de restrições. Na verdade, os conceitos "restrição" e "discriminação" não são utilizados como sinónimos no TCE como se constata, por exemplo, de um confronto entre a primeira e a segunda parte do artigo 58º, § 3,<sup>134</sup>: "As medidas e procedimentos (...) não devem constituir um meio de *discriminação* arbitrária [1ª parte], nem uma *restrição* dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos [2ª parte](...)".

Um outro argumento permite inferir do texto do artigo 43º, que esta norma constitui uma proibição geral de restrições. No § 1 pode ler-se que "a liberdade de estabelecimento *compreende* (...) o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício (...) a constituição e gestão de empresas e designadamente de sociedades (...), nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais". O termo "compreende" parece significar que a proibição de discriminação de não nacionais constitui, apenas, um aspecto parcial que não esgota a liberdade de estabelecimento<sup>135</sup>.

Deixando o elemento gramatical e socorrendo-nos, agora, do elemento histórico da interpretação, verificamos que este conduz a resultados contraditórios. Assim, se a *occasio legis* leva a compreender o artigo 43º como simples proibição de discriminações, já de acordo com a sua história, esta norma assume o sentido de proibição

---

qualquer dos textos é obrigatório (art. 314º, §§ 1 e 2.), pelo que a definição do seu sentido jurídico-comunitário deve ter em conta as diferentes versões linguísticas.

<sup>134</sup> Com este argumento, Stephan RÖHDE, *ob. cit.*, pág. 179.

<sup>135</sup> Assim, Dominik SCHNICHELS, *Reichweite der Niederlassungsfreiheit*, *cit.*, pág. 127. Stephan RÖHDE, *ob. cit.*, pág. 179, escreve que este sentido encontra perfeita correspondência na fórmula empregue na versão inglesa "freedom of establishment shall include".

geral de restrições. Na verdade, a intenção reguladora dos Estados-membros ao firmar o TCEE terá sido a de consagrar a liberdade de estabelecimento como simples proibição de discriminações, o que estaria mais de acordo com o significado normalmente atribuído a esta liberdade nos tratados internacionais sobre estabelecimento<sup>136</sup>.

Sucedo, contudo, que esta compreensão histórica foi sendo superada pela progressiva realização do projecto de integração comunitária, que acabou por levar a uma importante alteração do texto do artigo 43º, através do Tratado de Amsterdão. O artigo 52º que previa a supressão gradual das restrições à liberdade de estabelecimento foi substituído pelo actual artigo 43º, que contém uma proibição de todas as restrições a esta liberdade. Isto é, houve uma evolução da intenção reguladora subjacente ao artigo 43º, de simples proibição de discriminações para proibição geral de restrições.

Socorramo-nos, agora, do elemento sistemático da interpretação e tentemos compreender o artigo 43º, no contexto das restantes liberdades fundamentais e das normas e princípios que se inferem do Tratado como um todo uno e coerente.

Como vimos, o artigo 12º contém uma proibição geral de discriminações, pelo que se o artigo 43º fosse uma simples concretização daquela norma na área da liberdade de estabelecimento, seria, na prática, privado de qualquer conteúdo autónomo<sup>137</sup>. Tratar-se-ia assim de uma norma supérflua, já que o seu conteúdo não iria além de uma simples proibição de discriminações, já prescrita, em termos gerais, pelo artigo 12º.

Este entendimento, contudo, contrariaria o princípio do efeito útil do Direito Comunitário (*"effet utile"*), de acordo com o qual cada norma deve ser interpretada com um sentido que, correspondendo ao esgotamento dos poderes comunitários, lhe conceda a maior eficácia possível<sup>138</sup>. Ao artigo 43º deverá assim ser atribuído um sentido que vá além de uma simples proibição de discriminações, já prevista no artigo 12º, isto é, o significado de uma verdadeira proibição geral de restrições.

O artigo 3º, § 1, alínea c), prevê a criação de "um mercado interno caracterizado pela abolição, entre os Estados-Membros, dos

<sup>136</sup> Cfr. Stephan ROHDE, ob. cit., pág., 180

<sup>137</sup> Neste sentido, Stephan ROHDE, ob. cit., pág., 181.

<sup>138</sup> Cfr. Günter C. SCHWARTZ, ob. cit., pág. 58.

obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais". Esta previsão, em conjunto e sem qualquer distinção, das diferentes liberdades fundamentais aponta no sentido de uma interpretação coerente das normas que as prevêm<sup>139</sup>.

O TJCE reconheceu há muito que as liberdades de circulação de mercadorias e de prestação de serviços impõem verdadeiras proibições gerais de restrições, pelo que parece que à liberdade de estabelecimento deveria ser reconhecido sentido idêntico. Embora o texto dos artigos 29º e 30º (livre circulação de mercadorias) com a referência a "medidas de efeito equivalente" se distinga da letra do artigo 43º, o mesmo não se poderá dizer do artigo 49º que, dada a semelhança com o artigo 43º, aproxima as liberdades de prestação de serviços e estabelecimento.

Poderá objectar-se que se verificam importantes diferenças materiais entre a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços e, como tal, que uma interpretação que vise a concordância prática de ambas terá de ter em conta essas diferenças, podendo chegar a resultados distintos. Isto porque a liberdade de estabelecimento conduz os seus beneficiários a um contacto duradouro com a ordem jurídica de estabelecimento, ao passo que na livre prestação de serviços, o contacto entre o prestador e o Estado-membro do destinatário da prestação é transitório.

Esta diferença material, contudo, não parece justificar uma cisão tão grande do sentido interpretativo a atribuir às normas que prevêm ambas as liberdades: enquanto à livre prestação de serviços seriam inoponíveis quaisquer restrições, já ao direito de estabelecimento só não seriam oponíveis restrições discriminatórias.

Na verdade, as duas liberdades assumem um importante denominador comum, já que se trata, em ambas, do exercício de uma actividade económica noutro Estado-membro<sup>140</sup>. Este elemento comum, quanto a nós, parece ser suficiente para um reconhecimento coerente de ambas as liberdades como proibições gerais de restrições.

<sup>139</sup> Cfr. VIOLA KRUSE, *Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften*, cit., pág. 114, Stephan ROHDE, ob. cit., pág., 182.

<sup>140</sup> Aliás, como vimos, a prestação de serviços pode, mesmo, implicar uma estadia duradoura no Estado em que a prestação é realizada. Mesmo nos casos em que a prestação é enviada através da fronteira ou em que é o destinatário da prestação que se desloca ao Estado do prestador para aí receber o serviço, sempre se poderá dizer que este afecta a economia do Estado-membro a que pertence o destinatário.

A referida diferença entre liberdade de estabelecimento e liberdade de prestação de serviços deverá relevar para o reconhecimento de limites mais amplos à liberdade de estabelecimento.

Socorrendo-nos, por fim, do elemento teleológico da interpretação, analisemos o objectivo prático visado pelo artigo 43º. Há que reconhecer, aqui, grande relevância aos fins gerais intencionados pelos Tratados que instituíram a Comunidade Europeia, fins esses assumidos em termos nítidos pelas normas sobre a missão e as actividades da Comunidade (artigos 2º e 3º) e sobre o Mercado Interno (artigo 14º)<sup>141</sup>.

De acordo com os artigos 2º e 3º, § 1, alínea c), o objectivo da Comunidade é "através da criação de um mercado comum (...) e da aplicação das políticas ou acções comuns a que se referem os artigos 3º e 4º, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das actividades económicas (...) "<sup>142</sup>". Para prosseguir os fins enunciados no artigo 2º, deverá ser criado "um mercado interno caracterizado pela abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais." (artigo 3º, § 1, alínea c)).

Verificamos, assim, que as liberdades fundamentais constituem um meio para a criação de um Mercado Comum. A sua finalidade é impedir todas as medidas que possam separar os diferentes mercados nacionais dos Estados-Membros, garantindo a fusão destes num único Mercado Comum.

Com efeito, só existirá um verdadeiro Mercado Comum se os vários intervenientes nesse Mercado puderem escolher as melhores localizações para a sua actividade empresarial, tendo em conta, por exemplo, os custos de produção<sup>143</sup>. Aos nacionais ou sociedades de um Estado-membro deve assim reconhecer-se a faculdade de livre estabelecimento noutro Estado-membro.

Já vimos, contudo, que a liberdade de estabelecimento, postulado de um verdadeiro Mercado Comum, pode ser muito dificultada ou até impossibilitada por restrições nacionais sem qualquer carácter discriminatório. Relembremos as hipóteses em que o Estado-membro

<sup>141</sup> Na medida em que os fins da Comunidade estão expostos no próprio contrato, o elemento teleológico coincide, aqui, com o elemento sistemático.

<sup>142</sup> Art. 2º Questão-estas finalidades estão numa ordem hierárquica?

<sup>143</sup> Neste sentido, v. Ulrich EVERLING, *Das Niederlassungsrecht*, cit., pág. 3 e Stephan RÖHDE, ob. cit., pág., 184.

de origem impede a emigração de sociedades, como se verificou, por exemplo, no caso julgado pelo Acórdão *Daily-Mail*<sup>144</sup>. Também a liberdade de estabelecimento secundária pode ser restringida de forma não discriminatória pelo Estado de estabelecimento, como ficou evidenciado, por exemplo, no caso julgado pelo Acórdão *Klopp*<sup>145</sup>.

Verificamos, assim, que se poderia frustrar o objectivo de criação de um Mercado Comum se a liberdade de estabelecimento contivesse uma simples proibição de medidas discriminatórias. Essa intencionalidade fundamental conduz à interpretação do artigo 43º com o sentido de proibição geral de restrições.

Esta conclusão interpretativa é reforçada pelo artigo 14º, o qual prevê a criação de um Mercado Interno até 31 de Dezembro de 1992. O Mercado Interno representa um nível de integração superior<sup>146</sup> ao originariamente intencionado para o Mercado Comum, compreendendo "um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada (...)". Ora, a constituição de um Mercado Interno é incompatível com restrições que possam conduzir à separação dos diferentes mercados nacionais.

A interpretação do artigo 43º permite-nos assim concluir que este assume o sentido de verdadeira proibição geral de restrições<sup>147</sup>.

<sup>144</sup> Cfr., supra, pág. 102.

<sup>145</sup> Cfr., supra, pág. 100.

<sup>146</sup> Cfr. Ernst STEINDORFF, *Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt*, in ZHR (150), 1986, pág. 689, e Stephan RÖHDE, ob. cit., pág., 185.

<sup>147</sup> Não podemos, por isso, concordar com João MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, 2002, pág. 557, quando afirma que o direito de estabelecimento exige "simplesmente o respeito do princípio da não discriminação que «grosso modo» coincide com o princípio do tratamento nacional". Como vimos, este direito não impõe, apenas, a proibição de restrições à liberdade de estabelecimento discriminatórias de não nacionais, mas também a proibição de restrições não discriminatórias, isto é, que se aplicam, de igual forma, a nacionais e não nacionais de um Estado-membro.

MOTA DE CAMPOS, aliás, reconhece-o, ao escrever a propósito da denominada "discriminação às avessas" que "o princípio da não discriminação (...) não é rigorosamente coincidente com o princípio dito do tratamento nacional" (ob. cit., pág. 566), uma vez que "o operador estrangeiro (da Comunidade) beneficia por vezes de um tratamento mais favorável que o dispensado aos nacionais".

Na realidade, do que se trata nestas hipóteses é que, para lá da proibição de discriminações (ou da imposição do tratamento nacional), o art. 43º proíbe, igualmente, restrições não discriminatórias à liberdade de estabelecimento.

No sentido de que a liberdade de estabelecimento constitui uma proibição geral

*bbc) Alcance da liberdade de estabelecimento enquanto proibição de restrições*

As hipóteses de imigração de nacionais ou sociedades (1) impõem a seguinte questão: a liberdade de estabelecimento proíbe apenas regras que restrinjam a entrada e estabelecimento de um nacional ou sociedade noutro Estado-membro ou proíbe igualmente regras que regulam em termos restritivos o exercício da actividade nesse Estado.

Na verdade, há quem<sup>148</sup> saliente uma nota distintiva da liberdade de estabelecimento face às liberdades de circulação de mercadorias e de prestação de serviços, que se traduz no facto de o estabelecimento implicar uma permanência duradoura noutro Estado-membro, para o exercício de uma determinada actividade nesse Estado. Enquanto as liberdades de circulação de mercadorias e de prestação de serviços só afectam a ordem jurídica de outro Estado-membro no momento em que a prestação é realizada, isto é, no momento de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, já os beneficiários da liberdade de estabelecimento constituem uma relação duradoura com o Estado de estabelecimento.

Por isso, o estabelecimento, normalmente, afecta os interesses do Estado de estabelecimento em medida bem maior do que uma impor-

---

de restrições, cfr., por exemplo, Günter C. SCHWARZ, ob. cit., págs. 92 e 93, Rolf SACK, *Auswirkungen der Art. 52, 58 EWGV auf das internationale Gesellschaftsrecht-EuGH*, in JuS, 1990, págs. 354-5, Michael SCHWEITZER/Waldemar HUMMER, *Europarecht*, cit., pág. 288. Com uma posição peculiar, Jürgen BRÖHMER, in Christian CALLISS/Mathias RUFFERT (orgs.), *Kommentar* cit., págs. 670 e segs, afirma que os beneficiários da liberdade de estabelecimento, deslocando-se, de forma duradoura e livre, para o território de outro Estado-membro se colocam sob a sombra protectora da ordem jurídica deste Estado, o que, juntamente com o princípio da subsidiariedade indica que os Estados-membros deverão manter as suas competências de regulamentação jurídica do exercício do direito de estabelecimento. O A. defende, assim, uma utilização mais ampla e conseqüente do conceito de discriminação indirecta, para combater os preceitos que, embora não se baseiem formalmente na nacionalidade, afectam especialmente os estrangeiros. Já os preceitos nacionais que não contenham discriminações directas ou indirectas, isto é, que afectem, da mesma forma, estrangeiros ou nacionais não serão, na perspectiva deste A., abrangidos pela liberdade de estabelecimento.

<sup>148</sup> Cfr., por exemplo, Uwe EYLES, *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften*, cit., págs. 71 e segs, e Kay HAILBRONNER, *Prüfungspflicht der Mitgliedstaaten zur Vergleichbarkeit ausländischer Diplome und Prüfungszeugnisse-EuGH*, in JuS, 1991, pág. 920.

tação de mercadorias ou uma prestação de serviços<sup>149</sup>. O que, na perspectiva de alguns Autores<sup>150</sup>, justificaria um tratamento diferente destas liberdades, que permitisse aos Estados-membros sujeitar à regulamentação interna, ainda que restritiva, o exercício da actividade dos beneficiários da liberdade de estabelecimento. Na verdade, afirmam os mesmos A., esses beneficiários ao optar pelo estabelecimento num determinado Estado-membro, decidiram sujeitar-se às normas jurídicas que neste Estado regulam o exercício da sua actividade.

Com efeito, como o estabelecimento implica o exercício de uma actividade de forma duradoura, serão muitas as regras jurídicas do Estado-membro de estabelecimento que poderão constituir restrições ao exercício dessa actividade. Se, como vimos, a liberdade de estabelecimento proibir qualquer restrição que impeça ou torne menos atractivo o seu exercício<sup>151</sup>, então qualquer norma imperativa de direito das sociedades nacional poderá constituir uma restrição à liberdade de estabelecimento, que, como tal, carecerá de uma justificação à luz dos fins que prossegue e deverá respeitar o princípio da proporcionalidade.

Um tal entendimento da liberdade de estabelecimento poderia afectar quer as áreas do direito das sociedades nacional ainda não harmonizadas<sup>152</sup>, quer as áreas em que o direito nacional vai além das Directivas comunitárias.

Por outro lado, um tal entendimento poderia constituir um grande estímulo à harmonização na área do direito societário, uma vez que as normas do direito das sociedades nacional ainda não harmonizado teriam de sujeitar-se ao controle da liberdade de estabelecimento. Só estariam legitimadas as normas nacionais restritivas da liberdade de estabelecimento que prosseguissem interesses públicos desse Estado-membro, em obediência ao princípio da proporcionalidade<sup>153</sup>.

<sup>149</sup> Neste sentido, Stephan ROHDE, ob. cit., pág. 170, afirma que o direito de estabelecimento se aproxima de um direito análogo aos direitos de cidadania.

<sup>150</sup> Cfr., por exemplo, Ulrich EVERLING, *Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot-Tragweite und Grenzen*, in *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, Köln, 1997, págs. 618 e segs, Mathias HABERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2ª ed. cit., págs. 26 e 27.

<sup>151</sup> Acórdão *Kraus* cit., supra

<sup>152</sup> Por exemplo, a obrigação de efectiva realização de um capital social mínimo nas sociedades por quotas, cfr. o Acórdão *Centros* cit.

<sup>153</sup> Assim, criticamente, cfr. Mathias HABERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2ª ed. cit., págs. 25 e 26.

Preocupados com esta visão maximalista da liberdade de estabelecimento, alguns Autores alemães<sup>154</sup> entendem que ela conduz esta liberdade fundamental longe de mais, acabando por "confiscar" parte importante dos poderes de regulamentação dos Estados-membros na área do Direito das Sociedades. Esses A. defendem, por isso, a transposição para a liberdade de estabelecimento dos princípios extraídos do Acórdão de 24 de Novembro de 1994 ("Keck"<sup>155</sup>), em que o TJCE considerou que a aplicação a produtos de outros Estados-membros, de preceitos nacionais não discriminatórios que proíbem ou limitam certas formas de venda, não é vedada pela liberdade de circulação de mercadorias (art. 30º).

Baseando-se neste Acórdão, os referidos Autores entendem que a liberdade de estabelecimento abrange apenas a entrada num (mercado de um) Estado-membro, não já o exercício da actividade nesse Estado, a qual deverá obedecer ao direito das sociedades nacional. Isto é, os preceitos imperativos e não discriminatórios do direito das sociedades de um Estado-membro, que contêm restrições ao exercício da actividade nesse Estado por um beneficiário da liberdade de estabelecimento não caem no campo de aplicação do artigo 43º<sup>156</sup>.

Ao lado destes A., com uma visão da liberdade de estabelecimento que apelidaremos de minimalista, surgem outros que, com um entendimento maximalista, afirmam que a liberdade de estabelecimento proíbe não só as restrições à entrada, mas também ao próprio exercício de actividade no Estado-membro de estabelecimento<sup>157</sup>.

Para compensar um mais extenso campo de aplicação da liberdade de estabelecimento, estes A. defendem a ampliação dos limites a esta liberdade fundamental, procurando, por este meio, evitar uma excessiva intervenção do Direito Comunitário no Direito das Sociedades nacional<sup>158</sup>. Assim, as normas nacionais restritivas da liberdade de

<sup>154</sup> Cfr. nota 150.

<sup>155</sup> Proc. C-268/91, col. 1993, I, págs. 6097 e segs.

<sup>156</sup> Cfr. Mathias HABERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2ª ed. cit., págs. 26 e 27, cuja exposição seguimos. Como escreve este A., essas restrições seriam análogas a restrições que afectam certas modalidades de vendas, no sentido do Acórdão "Keck".

<sup>157</sup> Cfr., por exemplo, Günter C. SCHWARZ, ob. cit., págs. 92 e 93 e Dominik SCHNICHELS, *Reichweite der Niederlassungsfreiheit*, cit., págs. 115 e segs.

<sup>158</sup> As diferenças materiais entre a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços reflectir-se-ão, portanto, na ampliação dos limites à liberdade de estabelecimento. A maior duração da actividade e a maior afectação dos interesses

estabelecimento serão justificadas, desde que não sejam discriminatórias, se fundamentem num importante interesse geral desse Estado ainda não tutelado pelo Direito Comunitário e, por último, sejam proporcionais ao fim a atingir<sup>159</sup>.

Qual o melhor entendimento da liberdade de estabelecimento: simples proibição de restrições à entrada num Estado-membro ou proibição geral de restrições à entrada e ao exercício de actividade nesse Estado-membro, mas com uma mais ampla possibilidade de justificação dessas restrições?

A resposta a esta questão exige uma reflexão profunda sobre o sentido da previsão das liberdades fundamentais nos Tratados comunitários, que não cabe neste espaço. Sempre diremos, contudo, que a previsão das liberdades fundamentais visa, justamente, modelar as ordens jurídicas nacionais com as soluções que melhor se coadunem com essas liberdades. Em último termo, as liberdades fundamentais indicam aos Estados-membros, ainda que de modo reflexo, que deverão adoptar as soluções jurídicas mais adequadas à criação de um verdadeiro Mercado Único.

O entendimento da liberdade de estabelecimento que mais se adequa a esta visão das liberdades fundamentais é o de que aquela se impõe ao direito das sociedades dos Estados-membros, proibindo quer as restrições ao acesso, quer as restrições ao exercício da actividade nesses Estados. A liberdade de estabelecimento deverá assim prevalecer sobre as normas nacionais que a restrinjam, a menos que estas se legitimem pela prossecução, em termos proporcionais, de interesses públicos do Estado-membro em causa.

Dois exemplos poderão ilustrar a nossa posição. Suponhamos que dois ingleses que pretendem constituir uma sociedade por quotas em Portugal, alegam que a obrigação de equipar a sociedade com um

---

nacionais em causa releverão assim, quanto à possibilidade de justificar eventuais restrições à liberdade de estabelecimento. Cfr., neste sentido, VIOLA KRUSE, ob. cit., pág. 115, GÜNTER C. SCHWARZ, ob. cit., págs. 92 e 93.

<sup>159</sup> GÜNTER C. SCHWARZ, ob. cit., pág. 93. Encontramos uma posição intermédia em STEPHAN RÖHDE, ob. cit., pág. 187. Este A. afirma que a liberdade de estabelecimento só proíbe restrições à entrada no Mercado de um Estado-membro, aplicando ao artigo 43º a jurisprudência do TJCE no Acórdão "Keck". No entanto, citando o Acórdão "Centros Ltd", o A. entende que essas restrições nunca poderão impossibilitar nem dificultar em demasia o exercício de actividade no Estado-membro de estabelecimento.

capital social mínimo (5 000 €, artigo 201º nº 1 do CSC) constitui uma restrição à sua liberdade de estabelecimento.

Não haverá dúvidas de que a obrigação de realização de um capital mínimo restringe, de facto, a liberdade de estabelecimento dos cidadãos ingleses, só que essa restrição é justificada pela finalidade de protecção dos credores das sociedades por quotas. Mas, será que a obrigação de realização de um capital social mínimo obedece ao princípio da proporcionalidade na prossecução do objectivo de protecção dos credores?

Temos sérias dúvidas, desde logo, sobre a adequação da obrigação de realização de um capital social mínimo à finalidade de protecção dos credores, dúvidas estas que muitos Autores têm suscitado e que o TJCE veio confirmar no seu Acórdão "*Centros Ltd*"<sup>160</sup>. A obrigação de realização de um capital social mínimo coaduna-se mal com a liberdade de estabelecimento, colocando-se a questão da conceitabilidade de outros meios de protecção dos credores menos restritivos desta liberdade fundamental.

Como segundo exemplo, suponhamos que uma sociedade espanhola adquire participações sociais numa sociedade anónima portuguesa correspondentes a 45% do capital social e que os estatutos desta sociedade estabelecem, nos termos do artigo 384º nº 2, alínea b), que não serão contados os votos emitidos por um só accionista acima dos votos que correspondem a uma participação social de 10% do capital. Sucede, porém, que um dos accionistas desta sociedade é o Estado que, embora com uma participação social bem inferior à da sociedade espanhola (v.g. 20%), acaba por deter bem mais poder na sociedade, já que o artigo 384º, nº 3, do CSC<sup>161</sup> privilegia o accionista Estado, isentando-o da limitação estatutária de votos.

Eis um exemplo de uma restrição ao exercício da actividade por uma sociedade beneficiária da liberdade de estabelecimento. Esta norma prossegue a finalidade de garantir ao Estado um poder efectivo nas sociedades em que participa, mas esta finalidade parece-nos dificilmente justificável face à liberdade de estabelecimento (e de circulação de capitais).

<sup>160</sup> Ac. cit. supra, pág. 103.

<sup>161</sup> Artigo 384º, nº 3, do CSC: "A limitação de votos permitida pelo nº 2, alínea b), (...) não vale em relação aos votos que pertençam ao Estado ou a entidades a ele equiparadas por lei para este efeito" referência a outras normas que favorecem o Estado.

Para além de se poder discutir o seu eventual carácter discriminatório<sup>162</sup>, parece-nos claro que esta norma viola, de forma clara, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, já que se todos os Estados-membros adoptassem medidas idênticas, as liberdades de circulação de capitais e de estabelecimento seriam gravemente afectadas. Por outro lado, também se colocarão dúvidas em relação à necessidade da norma face ao objectivo prosseguido, uma vez que o Estado poderá sempre controlar uma sociedade anónima, desde que disponibilize dinheiro suficiente para este fim. Não poderá é prosseguir essa finalidade, através de mecanismos jurídicos altamente lesivos das liberdades de circulação de capitais e de estabelecimento.

O artigo 384º nº 3 do CSC, ao estabelecer um privilégio a favor do accionista Estado, não o sujeitando às limitações estatutárias de contagem de votos emitidos por um só accionista, constitui uma violação da liberdade de circulação de capitais e da própria liberdade de estabelecimento<sup>163</sup>.

Em suma, compreendemos a liberdade de estabelecimento como proibição geral de restrições ao acesso ou ao exercício de uma actividade num Estado-membro, pelo que qualquer restrição nacional se deverá sujeitar a um "teste" justificativo que exige uma ponderação face ao grau de violação desta liberdade.

Uma regra nacional restritiva da liberdade de estabelecimento será lícita se: não contiver qualquer discriminação em razão da nacionalidade; se fundar num elevado interesse público do Estado-membro em causa; esse interesse público ainda não estiver regulamentado ao nível comunitário; for adequada à prossecução desse interesse público, esse interesse público não se encontrar suficientemente protegido pelo Direito desse Estado e for efectuada pela norma menos lesiva da liberdade de estabelecimento (princípio da proporcionalidade)<sup>164</sup>.

<sup>162</sup> Na verdade, embora ela se aplique no confronto entre o Estado português e sócios nacionais ou estrangeiros, sempre se poderá dizer que há uma discriminação a favor de um nacional, o Estado.

<sup>163</sup> O que, aliás, está de acordo com o Acórdão do TJCE cit, que considerou que as denominadas "golden share" violam a liberdade de circulação de capitais.

<sup>164</sup> V., neste sentido, Günter C. SCHWARZ, *op. cit.*, pág. 93.

**bc) O problema da discriminação de nacionais (discriminação às avessas)**

O entendimento da liberdade de estabelecimento como proibição geral de restrições<sup>165</sup> leva a que os nacionais de um Estado-membro, por vezes, sejam colocados em pior situação que os estrangeiros, beneficiários da liberdade de estabelecimento.

Por exemplo, na sequência do Acórdão "*Klopp*"<sup>166</sup>, que afirmou a incompatibilidade com a liberdade de estabelecimento de uma norma que impedia um advogado alemão de se estabelecer em França, mantendo, ao mesmo tempo, o seu estabelecimento em território alemão<sup>167</sup>, coloca-se a questão da possibilidade de os advogados franceses, invocando o artigo 43º, obterem, igualmente, uma autorização de constituição de um segundo estabelecimento em território francês.

Na área do Direito das Sociedades, pensemos, por exemplo, no Acórdão "*Centros Ltd*", que considerou que a proibição de registo na Dinamarca de uma sucursal de uma "*private limited company*" inglesa com um capital social irrisório e não realizado, violava a liberdade de estabelecimento. Poderão nacionais dinamarqueses invocar o artigo 43º, para constituir em território dinamarquês uma sociedade por quotas (*Anpartsselskab*) sem capital social, que, por sua vez, criaria uma sucursal?

Verificamos assim que o funcionamento das liberdades fundamentais e da liberdade de estabelecimento, em particular, conduz à discriminação de nacionais, também denominada "discriminação às avessas"<sup>168</sup>.

<sup>165</sup> Note-se, porém, que as denominadas discriminações indirectas já podiam conduzir a este resultado, como se tornou patente no caso julgado pelo TJCE, através do seu Acórdão de 7 de Fevereiro de 1979 ("*Knoors*", proc. 115/78), col. 1979, págs. 399 e segs. Neste caso, as autoridades holandesas que tinham reconhecido a equivalência de uma prova para a obtenção do grau de Mestre efectuada na Bélgica por um não nacional (no caso um cidadão belga), não reconheceram a equivalência da mesma prova, efectuada por um cidadão de nacionalidade holandesa.

<sup>166</sup> Acórdão do TJCE, de 12 7 1984, Proc. nº 107/83 (*Ordre des avocats au barreau de Paris/Klopp*).

<sup>167</sup> A Lei Francesa exigia que os advogados tivessem, apenas, um escritório que se deveria situar na comarca em que estão registados, cfr. *supra*, pág. 100.

<sup>168</sup> João LEAL AMADO, *Vinculação versus Liberdade*, cit., pág. 425, oferece como exemplo nítido de discriminação às avessas, a situação vigente em Portugal, logo após o Acórdão Bosman: "abolição das «indenizações de transferência» à

O TJCE já afirmou em vários Acórdãos que o artigo 43º não poderá ser aplicado a estas hipóteses de discriminação de nacionais, isto é, em que se trate de situações puramente internas<sup>169</sup>.

Na verdade, o artigo 43º contém uma proibição especial de discriminações, que veda apenas o tratamento desigual de estrangeiros face a nacionais, pelo que estes não o poderão invocar<sup>170</sup>. Falta às hipóteses de discriminação de nacionais o carácter transnacional que o artigo 43º pressupõe.

Só serão abrangidas pelo campo de protecção desta norma, as hipóteses em que se verificar uma relação entre um nacional de um Estado-membro que pretende beneficiar da liberdade de estabelecimento e outro Estado-membro. Na discriminação às avessas, o tratamento desigual sucede dentro da ordem jurídica de um único Estado-membro, sem que um cidadão de outro Estado seja colocado em pior situação<sup>171</sup>.

Na verdade, se uma sociedade portuguesa decide mudar a sua sede de Coimbra para Beja, onde depara com um regulamento municipal restritivo dessa transferência, trata-se de uma situação puramente interna, de competência exclusiva do Estado Português.

Esta situação de discriminação às avessas é o preço a pagar pela manutenção da prevalência do Direito nacional nas situações puramente internas. Por outro lado, o princípio da subsidiariedade retira

---

escala comunitária (para as transferências interestaduais) e manutenção de tais indemnizações à escala nacional (para as transferências intra-estaduais)". Também Oliveira ASCENÇÃO, *Direito Comercial, Vol. IV, Sociedades Comerciais*, Lisboa, 1993, pág. 47, quando escreve, a propósito da equiparação das sociedades operada pela integração comunitária que "são apenas as consequências favoráveis da nacionalidade que se têm em conta nessa integração", acaba por se referir implicitamente à discriminação das sociedades nacionais que se mantêm vinculadas a certos ónus ou exigências particulares.

<sup>169</sup> Cfr., por exemplo, os Acórdãos de 7 de Fevereiro de 1979 (*Knoors*, proc. 115/78), col. 1979, pág. 410, n.ºs 24 e segs, e de 20 de Abril de 1988 (*Strafverfahren contra #Bekaert*, proc. 204/87), col. 1988, pág. 2039, n.ºs 10 e segs.

<sup>170</sup> Questão bem diferente (que deixamos em aberto) e que deverá ser decidida na ordem jurídico-constitucional interna é a da inconstitucionalidade das normas de que resultam discriminações de nacionais, por violação do princípio da igualdade (artigo 13º da C.R.P.).

<sup>171</sup> Neste sentido, Stephan RONDE, pág. 172, que afirma que nestas hipóteses se verifica, apenas, uma discriminação positiva de não nacionais, que o artigo 43º não abrange.

qualquer possibilidade de agir contra estas hipóteses ao nível do Direito Comunitário<sup>172</sup>.

Concluímos, pois, que nestas situações puramente internas, um nacional não pode, com base no artigo 43º, invocar perante o seu próprio Estado que está a ser vítima de uma discriminação face a não nacionais<sup>173</sup>.

A liberdade de estabelecimento só pode ser invocada por um nacional contra o seu Estado-membro, nas hipóteses que tenham carácter transnacional, isto é, que ponham em contacto mais do que um Estado-membro. É o que se verifica nas já citadas hipóteses de emigração e repatriação de sociedades. É o que se verifica, ainda, nas hipóteses em que um nacional ou uma sociedade sofrem um tratamento discriminatório, por possuírem um estabelecimento secundário noutro Estado-membro, como sucedeu, por exemplo, no Acórdão do TJCE de 16 de Julho de 1998 (*ICI*)<sup>174</sup>.

Neste Acórdão, o TJCE analisou normas fiscais do Reino Unido que faziam depender certas vantagens fiscais, (*in casu* a possibilidade de compensar perdas sofridas por filiais), da detenção de participações sociais exclusivamente ou principalmente em sociedades estabelecidas no Reino Unido. Uma sociedade (a *Imperial Chemical Industries Ltd*) que utilizara a sua liberdade de estabelecimento para, através de uma  *Holding*, constituir uma sociedade filial noutro Estado-membro invocou o artigo 43º perante o TJCE, que considerou as referidas normas incompatíveis com a liberdade de estabelecimento.

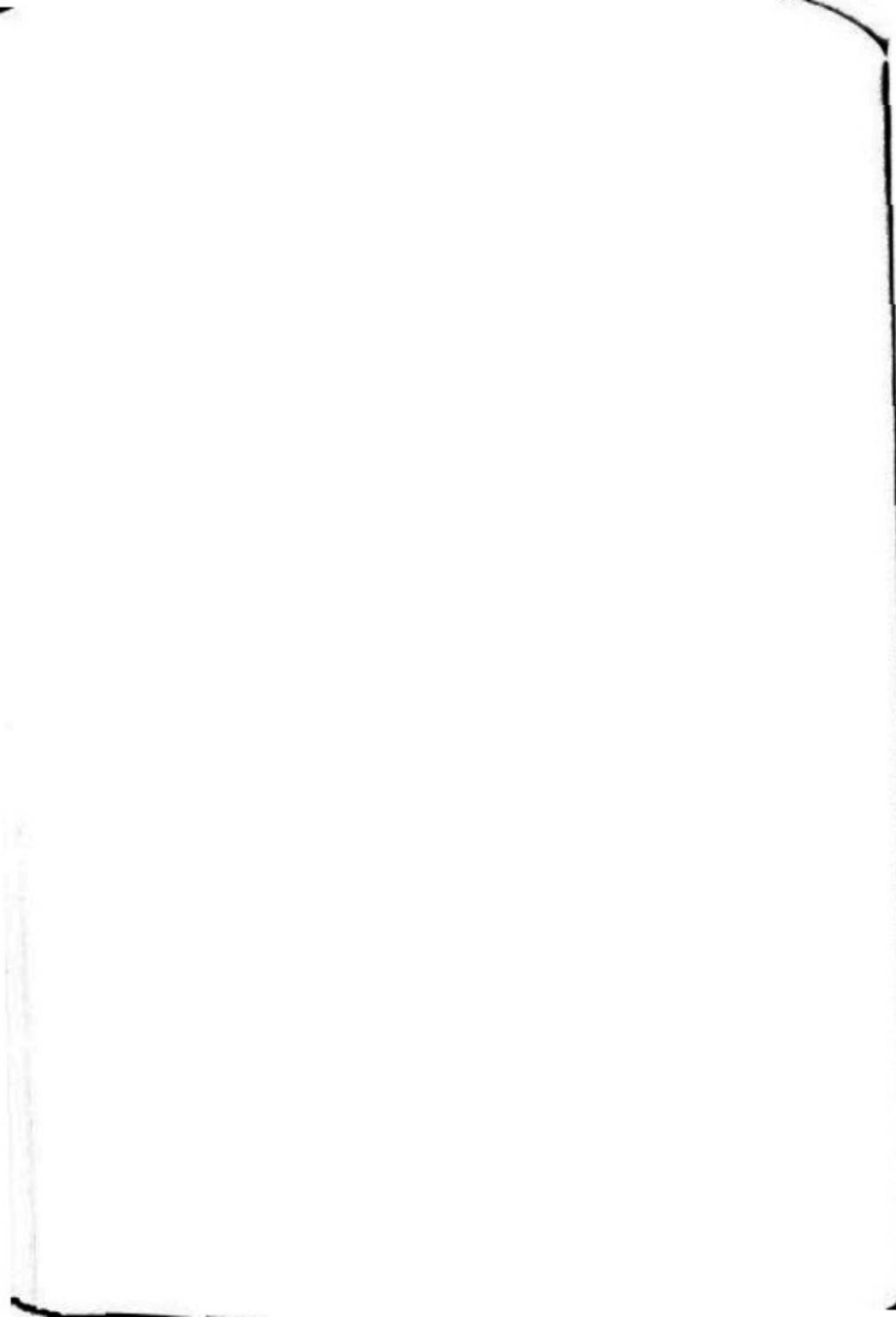
(continua no próximo número)

<sup>172</sup> Assim, Jürgen BRÖHMER, in Christian CALLIESS/Mathias RUFFERT (orgs.), *Kommentar*, cit., págs. 661 e 662.

<sup>173</sup> Neste sentido, entre nós, v. João MOTA DE CAMPOS, *op. cit.*, págs. 566-7 "As exigências ou imposições a que em matéria de estabelecimento os Estados-membros submetam os seus nacionais é matéria que escapa ao império do Direito Comunitário". Com a mesma conclusão em relação à liberdade de circulação de trabalhadores, v. João LEAL AMADO, *Vinculação versus Liberdade*, cit., pág. 423: "as chamadas «situações puramente internas», isto é, as actividades cujos elementos se circunscrevem ao território de um único Estado-Membro, não são cobertas pelo princípio comunitário da livre circulação dos trabalhadores". Na doutrina estrangeira, cfr., por exemplo, Günter C. SCHWARTZ, *ob. cit.*, págs. 93 e 94, Jürgen BRÖHMER, in Christian CALLIESS/Mathias RUFFERT (orgs.), *Kommentar*, cit., págs. 661 e 662, Stephan ROTH, pág. 172.

<sup>174</sup> Proc. C-246/96, col. 1998, págs. 4695 e segs.

**JURISPRUDÊNCIA  
CRÍTICA**



**O ACÓRDÃO INSPIRE ART LTD.:  
NOVO INCENTIVO JURISPRUDENCIAL  
À MOBILIDADE DAS SOCIEDADES  
NA UNIÃO EUROPEIA**

por *Maria Ângela Coelho Bento Soares\**

Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de Setembro de 2003 – Processo C-167/01: *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd*<sup>1</sup>:

*“1) O artigo 2º da Décima Primeira Directiva 89/666/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativa à publicidade das sucursais criadas num Estado-Membro por certas formas de sociedades reguladas pelo direito de outro Estado, opõe-se a uma legislação nacional que, como a *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* (lei sobre as sociedades formalmente estrangeiras), de 17 de Dezembro de 1997, impõe obrigações de publicidade não previstas na referida directiva à sucursal de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro.*

*2) Os artigos 43º CE e 48º CE opõem-se a uma legislação nacional que, como a *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*, sujeita o exercício da liberdade de estabelecimento a título secundário nesse Estado, por uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro, a determinadas condições previstas no direito interno para a constituição de sociedades, relativas ao capital mínimo e*

---

\* Investigadora do Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos (CIEJE)

<sup>1</sup> Ainda não publicado na Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça.

*à responsabilidade dos administradores. As razões pelas quais a sociedade foi constituída no primeiro Estado-Membro, bem como a circunstância de ela exercer as suas actividades exclusiva ou quase exclusivamente no Estado-Membro de estabelecimento, não a privam, a menos que se demonstre, caso a caso, a existência de um abuso, do direito de invocar a liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado CE."*

SUMÁRIO: I – O Acórdão Inspire Art no contexto da anterior jurisprudência do Tribunal de Justiça. II – Análise da decisão Inspire Art. A – O litígio no processo principal e as questões prejudiciais. B – A decisão do Tribunal. a)– Publicidade. b)– Capital social e responsabilidade dos administradores. III – Sentido e alcance da decisão Inspire Art. O ponto da situação da jurisprudência do Tribunal de Justiça no domínio da liberdade de estabelecimento. A – Obrigação de reconhecimento mútuo das sociedades pelos Estados-membros. B – Concorrência entre as ordens jurídicas estaduais comunitárias. C – Liberdade de escolha do modelo societário. D – Aplicação da lei da constituição ao estatuto pessoal da sociedade. E – Matérias abrangidas pelo estatuto pessoal. F – Medidas estaduais restritivas da liberdade de estabelecimento. G – A jurisprudência "Golden shares". H – A liberdade de estabelecimento e a transferência internacional da sede.

## **I – O acórdão Inspire Art Ltd. no contexto da anterior jurisprudência do Tribunal de Justiça**

1. Com a decisão conhecida como Inspire Art Ltd, vem o Tribunal de Justiça reforçar a sua mais recente jurisprudência em matéria de liberdade de estabelecimento das sociedades.

Nos últimos anos, aquele Tribunal tem demonstrado um particular empenho em fazer reconhecer aos preceitos que fundamentam no Tratado CE aquela liberdade – os artigos 43º e 48º – um significativo campo de actuação.

Atendendo à interpretação que daqueles princípios havia sido feita pelo Tribunal de Justiça, mormente nos seus acórdãos Centros<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Acórdão Centros Ltd. contra Erhvervs – og Selskabsstyrelsen, de 09.03.1999 (Colect. Jur. 1999, I, ps. 1459 e ss.).

e *Überseering*<sup>3</sup>, tivemos já ocasião de salientar, em comentário à última decisão, nas páginas desta Revista<sup>4</sup>, os principais aspectos em que se desdobrava a jurisprudência já então estabelecida:

a) Admissão expressa do princípio do reconhecimento mútuo das sociedades regularmente constituídas á luz da legislação de um qualquer Estado-membro, ainda que aqui não tenham a sua sede real nem desenvolvam qualquer actividade. Princípio que traduz a ideia de que todas as ordens jurídicas comunitárias, ainda que diferentes entre si, devem ser respeitadas e postas em pé de igualdade – ideia que constitui um pressuposto para a efectiva concretização de um Mercado único.

b) A obrigação do reconhecimento das sociedades referidas no número anterior por parte dos Estados-membros de acolhimento implica para estes também a obrigação de respeitar a capacidade jurídica que aquelas sociedades possuem nos termos do direito do seu Estado de constituição.

c) Possibilidade de uma sociedade, susceptível de ser reconhecida nos termos do artigo 48º CE, invocar a liberdade de estabelecimento em qualquer Estado-membro, *a título originário* (isto é, como primeiro estabelecimento), desde que apresente qualquer um dos três elementos de ligação à Comunidade referidos naquele artigo.

Como esse elemento pode ter um carácter tão só jurídico-formal (sede estatutária) e, por outro lado, não se exige que a sociedade tenha já exercido qualquer actividade no país da constituição, pode dizer-se que são abrangidas pela liberdade de estabelecimento as sociedades pseudo-estrangeiras (*pseudo foreign companies*): sociedades que se constituem num Estado, mas que se destinam a exercer a sua actividade num outro Estado.

A este propósito, o Tribunal de Justiça declarou mesmo (acórdão Centros) que a *constituição de uma sociedade no Estado-membro cuja lei se afigurar mais favorável aos interessados nunca pode ser*

<sup>3</sup> Acórdão *Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, de 05.11.2002 (Colect. Jur. 2002, I, ps. 9919 e ss.).

<sup>4</sup> Cfr. MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, *A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia*, Temas de Integração, n.os 15 e 16, 2003, ps. 283 e ss.

*invocada como justificação da limitação da liberdade de estabelecimento.* Nem mesmo quando a escolha dessa lei represente uma forma de contornar regras de outro Estado: tal não configurará um comportamento abusivo, já que ele está coberto pela utilização da liberdade de estabelecimento consagrada no Tratado CE.

Ainda neste âmbito, poder-se-à dizer que o Tribunal de Justiça (ainda no acórdão Centros) pretendeu garantir às sociedades constituídas à luz da legislação de um Estado-membro o acesso originário tanto a um estabelecimento secundário como a um estabelecimento principal. Saliente-se que, embora formalmente a situação litigiosa tivesse sido encarada como a da criação de uma sucursal, substancialmente, tratava-se da constituição de um verdadeiro estabelecimento principal (e único) da sociedade em causa.

d) Diferenciação de tratamento das situações em que uma sociedade pretenda estabelecer-se a título derivado (isto é, implicando uma transferência internacional da sede real), consoante a questão seja apresentada no Estado de origem ou no Estado de acolhimento. Assim:

A primeira situação – invocação, pela sociedade, no Estado de origem, da pretensão de estabelecimento num outro Estado-membro, mediante a transferência da sede real para este último – não estará tutelada pelo direito comunitário, não se encontrando assim garantida a liberdade de estabelecimento. Com efeito, nos termos da decisão Daily Mail – clarificada depois no acórdão Überseering – o Tribunal de Justiça declarou que um Estado-membro tem a possibilidade de impor a uma sociedade constituída nos termos da sua ordem jurídica restrições à deslocação da sede efectiva para fora do seu território a fim de que a mesma possa conservar a personalidade jurídica de que beneficiava até aí, nos termos do direito desse mesmo Estado.

Já na segunda situação, a conclusão será diferente, conforme decorre da decisão Überseering: *o Estado-membro de acolhimento não pode opor-se a que uma sociedade se estabeleça no seu território, para aqui transferindo a sua sede real, desde que essa sociedade tenha sido constituída e continue a existir à luz da legislação de um outro Estado-membro (aqui tendo a sede estatutária).* Mais ainda: *aquela sociedade deve ser havida no Estado-membro de acolhimento enquanto sociedade de direito do Estado de constituição e, como tal, ser dotada da capacidade jurídica que neste último Estado lhe tenha sido outorgada.*

e) Admissibilidade da utilização de *mecanismos restritivos da liberdade de estabelecimento societário*, por parte dos Estados-membros, em certas circunstâncias e condições. Com efeito, segundo o Tribunal de Justiça, um Estado-membro não está impedido de *tomar medidas adequadas para prevenir ou sancionar fraudes*, nomeadamente quando se prove que a constituição de uma sociedade serviu de meio para a lesão de credores sediados no território desse Estado. Não concretiza o Tribunal que tipo de medidas poderão ser tomadas. Apenas delas exclui expressamente aquelas que representam uma pura e simples *negação daquela liberdade*: a recusa de registo de uma sucursal de uma sociedade com sede noutra Estado-membro (acórdão Centros) e o não reconhecimento da capacidade jurídica (e judiciária) de uma sociedade regularmente constituída num Estado-membro. De qualquer modo, os juízes comunitários recordam que, para serem legítimas, as medidas restritivas da liberdade de estabelecimento terão sempre que corresponder aos critérios fixados em anteriores acórdãos: serem aplicadas de modo não discriminatório, justificarem-se por razões imperativas de interesse geral, serem adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassarem o que é necessário para o atingir. E, no acórdão Überseering, adianta-se que os interesses dos credores, dos sócios minoritários, dos trabalhadores e até mesmo do fisco podem vir a considerar-se razões de interesse geral que justifiquem restrições à liberdade de estabelecimento das sociedades.

2. Com o acórdão Inspire Art Ltd., o Tribunal de Justiça, retomando a linha decisória do acórdão Überseering, avança em relação a este mais um passo<sup>5</sup> tendente ao esclarecimento do sentido e alcance das normas comunitárias sobre liberdade de estabelecimento das sociedades.

As proposições jurisprudenciais suscitadas pelo caso Überseering, como acabámos de recordar, foram no sentido da afirmação clara da obrigação do reconhecimento, por parte de qualquer Estado-membro, de uma sociedade válida e eficazmente constituída noutra Estado-membro; devendo, ademais, a capacidade jurídica dessa sociedade ser

<sup>5</sup> A ligação desse passo ao que tinha sido dado no acórdão Überseering é assim expressivamente salientada por SCHWAB/SUTNER, *Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach "Inspire Art"*, AG 2003, p. 662: "Inspire Art knüpft also genau dort an, wo Überseering aufhört".

aferida pelo seu direito de constituição. Se um Estado-membro não observar estes ditames, estará a *negar* a liberdade de estabelecimento das sociedades, tal como o legislador comunitário a concebeu.

Mas o Tribunal de Justiça não teve que ir mais além no processo *Überseering*. É certo que – como acima também lembrámos – os juízes fizeram questão de reafirmar<sup>6</sup> a admissibilidade (embora condicionada) de medidas nacionais restritivas da liberdade de estabelecimento quando se impuser a tutela de certos interesses. Todavia, o caso de espécie não reclamava que o Tribunal se pronunciasse sobre qualquer medida concreta: não se punha um problema de concurso entre liberdades comunitárias e normas imperativas de um Estado-membro<sup>7</sup>. Desse modo, a decisão *Überseering* não trouxe qualquer esclarecimento quanto à questão de saber em que medida é que cada Estado-membro poderá submeter as sociedades estrangeiras às normas cogentes do seu próprio direito.

Ora, no litígio que deu origem ao acórdão *Inspire Art Ltd.*, como veremos de seguida, o que estava em causa era precisamente um problema de compatibilização do normativo comunitário sobre liberdade de estabelecimento das sociedades com determinadas soluções legais internas que visavam condicionar a actuação de sociedades constituídas no estrangeiro. Não pôde assim o Tribunal de Justiça deixar de encarar e decidir este específico conflito. E fê-lo nos termos que decorrem do sumário (acima reproduzido) do acórdão: todas as medidas nacionais restritivas e controvertidas foram consideradas inadmissíveis à luz dos dispositivos comunitários vigentes em matéria de direito de estabelecimento das sociedades a título secundário.

## II – Análise da decisão *Inspire Art Ltd.*

### A. O litígio no processo principal e as questões prejudiciais

Vejamos então, resumidamente, a situação litigiosa que levou ao reenvio prejudicial.

<sup>6</sup> Cfr. pontos 92 e 93 do acórdão *Überseering* cit. *supra* nota (3).

<sup>7</sup> Assim, TITO BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, Riv. delle Soc. 2003, p. 690.

1. A Inspire Art Ltd., sociedade constituída em Julho de 2000, de acordo com o direito inglês e sob a forma de "private company limited by shares", foi registada em Inglaterra, aqui fixando a sede estatutária.

Entretanto, a sociedade constituiu uma sucursal na Holanda (onde já tinha domicílio o único administrador social), matriculada no registo comercial de Amsterdão. Será através desta sucursal que a Inspire Art Ltd. irá desenvolver a sua actividade comercial exclusivamente na Holanda, não pretendendo sequer iniciar tal actividade em Inglaterra.

2. Na Holanda – como, de resto, na Inglaterra – vigora, em matéria de estatuto pessoal das sociedades, a chamada teoria da incorporação; aí se reconhece capacidade jurídica às sociedades constituídas à luz de um direito estrangeiro, sem necessidade de cumprimento de formalidades suplementares.

Acontece, porém, que, a partir de 1997, o sistema jurídico holandês integra uma lei, aplicável às chamadas sociedades formalmente estrangeiras: sociedades constituídas em conformidade com um direito estrangeiro mas que exerçam as suas actividades integral ou quase integralmente na Holanda, não tendo, ademais, um vínculo real com o Estado à luz de cujo direito se hajam constituído. A aprovação de tal lei – a *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (WFBV)* – teve como objectivo evitar que a constituição de sociedades com base num direito estrangeiro pudesse constituir um mecanismo destinado a contornar disposições imperativas do direito holandês.

Assim, prevê-se que as "sociedades formalmente estrangeiras" fiquem sujeitas a especiais obrigações, das quais importa salientar para o presente caso:

- Obrigações de publicidade: da matrícula no registo comercial devem constar determinadas menções, entre as quais a de que a sociedade é formalmente estrangeira – menção que é igualmente requerida em todos os documentos emanados da sociedade.
- Observância das regras internas de direito holandês, relativamente ao montante e à realização do capital mínimo. O desrespeito destas regras leva à cominação da responsabilidade pessoal e solidária com a sociedade dos administradores sociais.

3. A Inspire Art Ltd., ao registar a sucursal no registo comercial de Amsterdão, não fez aí qualquer referência a que se trataria de uma

“sociedade formalmente estrangeira”. Instada a completar a matrícula com essa menção, a Inspire Art Ltd. recusou-se a fazê-lo, entendendo que ela não cairia no campo de aplicação da WFBV e que, por outro lado, tal Lei seria contrária ao direito comunitário, especificamente aos artigos 43º e 48º do Tratado CE.

O tribunal competente para dirimir o litígio que opôs a Inspire Art Ltd. e as autoridades registrais holandesas – o Kantonengerecht Amsterdam – decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

“1. Devem as disposições conjugadas dos artigos 43º CE e 48º CE ser interpretadas no sentido de que obstam a que os Países Baixos subordinem, nos termos da *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* de 17 de Dezembro de 1997, a condições adicionais, como as enunciadas nos artigos 2º a 5º desta lei, o estabelecimento, nos Países Baixos, de uma sucursal de uma sociedade que foi constituída no Reino Unido apenas com o objectivo de gozar das vantagens que a sua legislação oferece em comparação com uma constituição da sociedade nos termos do direito neerlandês, que impõe normas mais rígidas do que as aplicáveis no Reino Unido no que respeita à constituição das sociedades e à realização do seu capital, quando o direito neerlandês deduz aquele objectivo do facto de a sociedade exercer as suas actividades inteira ou quase inteiramente nos Países Baixos e, além disso, não ter qualquer ligação efectiva com o Estado em que vigora a legislação nos termos da qual a sociedade foi constituída?

2. Se da adequada interpretação destes artigos resultar que o disposto na *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* é incompatível com eles, deve o artigo 46º CE ser interpretado no sentido de que o disposto nos artigos 43º CE e 48º CE não obsta à aplicabilidade das disposições neerlandesas da *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*, pelas razões avançadas na fundamentação desta lei pelo legislador neerlandês?”

## **B. A decisão do Tribunal de Justiça**

O Tribunal abordou separadamente a questão da admissibilidade das obrigações de publicidade exigidas na WFBV para as “sociedades

formalmente estrangeiras” e a questão da compatibilidade daquela lei, em matéria de capital e de responsabilidade, com o normativo comunitário.

### a) Publicidade

1. O Tribunal de Justiça parte da ideia de que as obrigações de publicidade das sucursais estão taxativamente referidas na 11ª Directiva em matéria societária, de 1989 (Directiva das sucursais)<sup>9</sup>: “a harmonização da publicidade das sucursais é exaustiva, pois, só nessa hipótese, ela está em condições de realizar o objectivo que prossegue”<sup>9</sup>. Os Estados-membros não estão, pois, legitimados a prever obrigações de publicidade adicionais para sucursais de sociedades constituídas noutros Estados-membros<sup>10</sup>.

Em consequência, serão contrárias ao direito comunitário as normas da WFBV que sujeitam as sociedades aí visadas a certas obrigações – não previstas na 11ª Directiva –, entre as quais, a de se matricularem no registo como “sociedades formalmente estrangeiras”.

Já nada haverá a opor às obrigações previstas na WFBV que representem a transposição para o direito interno das medidas de publicidade previstas naquela Directiva. O Tribunal admite, porém, que a norma daquela Lei que comina a sanção para o incumprimento dessas obrigações<sup>11</sup> – responsabilidade pessoal dos gerentes – possa

<sup>9</sup> Directiva 89/666/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativa à publicidade das sucursais criadas num Estado-Membro por certas formas de sociedades reguladas pelo direito de outro Estado (J.O.C.E. 1989 L 395, ps. 36 e ss.).

<sup>9</sup> Ponto 69 do acórdão Inspire Art.

<sup>10</sup> Cremos que as normas do direito português (v.g. do Código das Sociedades Comerciais, do Código do Registo Comercial e do Decreto-Lei nº 225/92, de 21 de Outubro), que representam a transposição da 11ª Directiva, se conformarão com os ditames deste diploma comunitário, tal como o Tribunal de Justiça os interpretou.

<sup>11</sup> Nos termos do artigo 12º da 11ª Directiva, os Estados-membros devem prever sanções adequadas para a falta de cumprimento da publicidade exigida às sucursais. A este propósito, diga-se que parecem adequadas e não discriminatórias as sanções previstas no nº 2 do artigo 4º do Código das Sociedades Comerciais, para o incumprimento das obrigações previstas no nº 1. Sobre este artigo, veja-se RUI MOURA RAMOS, *Aspectos recentes do Direito Internacional Privado Português*, separata do número especial do BFDUC, “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Queiró, 1986, ps. 5 e ss. e O artigo 4º do Código das Sociedades Comerciais revisado, RDE 1987, ps. 343 e ss.

eventualmente ser contrária ao direito comunitário se o tribunal holandês constatar que tal sanção é desproporcionada e coloca as "sociedades formalmente estrangeiras" em desvantagem relativamente às sociedades holandesas.

2. A propósito desta tomada de posição do Tribunal de Justiça, no âmbito do caso *Inspire Art Ltd.*, queremos focar o seguinte ponto:

O Tribunal faz repousar esta primeira decisão *em via directa* no direito comunitário derivado, fazendo apelo ao conteúdo de uma directiva<sup>12</sup>, não coincidindo, neste passo, com o advogado-geral ALBER que, nas suas conclusões, considerou, sem mais, as normas em causa da WFBV como uma limitação injustificada da liberdade de estabelecimento da *Inspire Art Ltd.*, que imediatamente faz decorrer do Tratado CE.

Pode dizer-se, com alguns autores<sup>13</sup>, que esta metodologia envolve uma chamada de atenção dirigida aos legisladores nacionais: ao criarem uma disciplina para determinada matéria, estes não podem ignorar o direito derivado, estando-lhes vedado ultrapassar a "margem de manobra" que o legislador comunitário entendeu conceder-lhes.

Por outro lado, assim procedendo, o Tribunal de Justiça não se esquivou ao esclarecimento do carácter *exaustivo das normas de publicidade* contidas na 11ª Directiva, que assim não são configuradas como *normas mínimas* de harmonização: fazendo apelo aos *considerandos quarto e quinto* dessa directiva, os juízes consideraram que "as disparidades existentes entre as legislações nacionais no que respeita à sucursais, nomeadamente no domínio da publicidade, podem perturbar o exercício da liberdade de estabelecimento e é, portanto, necessário eliminá-las"<sup>14</sup>.

3. Esta decisão, bem como a argumentação em que radica, poderá bem vir a servir de incentivo a que surjam novas intervenções jurisprudenciais tendentes a identificar o carácter limitativo de outras

<sup>12</sup> Cuja disciplina, diga-se, tem como finalidade o exercício da liberdade de estabelecimento das sociedades que dela beneficiam, conforme pode ler-se no primeiro considerando da 11ª Directiva.

<sup>13</sup> Assim, HORST EIDENMÖLLER e GEBHARD REHM, *Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrecht*, ZGR 2004, p.162 e s.

<sup>14</sup> Ponto 68 do acórdão *Inspire Art*.

normas de direito derivado, isto é, de normas que não deixem qualquer poder discricionário aos Estados-membros.

E isto mesmo para além do campo específico da liberdade de estabelecimento das sociedades<sup>15</sup>. Lembremos só uma situação a que noutra ocasião tivemos ensejo de aludir<sup>16</sup>, em que, estando em causa uma norma do direito português, se afigura importante a intervenção esclarecedora do Tribunal de Justiça.

Trata-se da situação a que na doutrina se vem chamando de *entradas dissimuladas* e que se encontra contemplada e disciplinada, para as sociedades anónimas e comanditas por acções no art. 11º da 2ª Directiva comunitária em matéria de harmonização de sociedades<sup>17</sup>. Neste preceito prevê-se que fiquem sujeitas ao regime das entradas em espécie as aquisições de bens pertencentes aos fundadores feitas dentro de um determinado período de tempo após a constituição da sociedade e a que corresponda um contravalor considerável. Com esta norma, o legislador comunitário visou, obviamente, garantir a efectiva realização do capital. Pretende-se, de facto, que um sócio, subscrevendo acções a que correspondam entradas em dinheiro – porventura tomando de empréstimo os capitais para o efeito – venda, de seguida, à sociedade um bem que, não tendo passado pelo crivo do regime jurídico das entradas em espécie, pode ser assim objecto de sobreavaliação. Daí a expressão *entradas dissimuladas* aplicável a esta situação.

Ora o legislador do Código das Sociedades Comerciais, ao transpor este passo da Directiva, no artº 29º, veio alargar o campo de actuação da respectiva disciplina, para além do momento da constituição da sociedade, fazendo aí incluir também os aumentos de capital. Mas esta opção do legislador português que, sem dúvida, reforça as cautelas em matéria de realização do capital, poderá não estar isenta de críticas se vier a vingar a tese já defendida por um advogado-geral comunitário no âmbito de um reenvio prejudicial utilizado por um tribunal alemão junto do Tribunal de Justiça das Comunidades, a propósito de um caso de subscrição de acções com entradas em dinheiro,

<sup>15</sup> WIENAND MEILICKE, GmbHR 2003, p. 1273, em anotação ao acórdão Inspire Art, é de opinião que o Tribunal de Justiça, com esta decisão, mostrou não aceitar a chamada *Mindestnormtheorie*, desenvolvida pelo Tribunal Federal Alemão (BGH).

<sup>16</sup> Cf. MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, *Aumento do capital in Problemas do Direito das Sociedades*, IDET, Almedina, 2002, p. 243 e ss.

<sup>17</sup> Directiva 77/91/CEE, de 13.12.76 (J.O.C.E. L 26, de 31.01.77).

logo seguida do reembolso de um crédito que o subscritor tinha sobre a sociedade.

De acordo com a tese do advogado-geral TESAURO, o disposto no citado artº 11º da Directiva, ao consagrar uma espécie de *presunção juris et de jure de fraude relativamente às aquisições em causa, reveste carácter excepcional*, pelo que não pode ser estendido a outros momentos para além da constituição da sociedade, nem a outras situações para além daquela aí especificamente contemplada.

Pena foi que o Tribunal de Justiça, refugiando-se no carácter hipotético do caso *sub iudice*, se tivesse absterido de decidir a questão de fundo<sup>18</sup>.

## **b) Capital social e responsabilidade dos administradores**

No que se refere às sociedades do tipo da sociedade por quotas portuguesa, o legislador comunitário não aprovou qualquer diploma tendente a harmonizar as legislações nacionais em matéria de capital social – diferentemente do que sucede com as sociedades do tipo da sociedade por acções, relativamente à qual haverá de ter-se em conta a já referida 2ª Directiva em matéria societária<sup>19</sup>.

Na ausência de direito derivado a considerar neste domínio, o Tribunal de Justiça questionou directamente a compatibilidade das normas da WFBV em matéria de capital com os preceitos do Tratado CE que garantem a liberdade de estabelecimento das sociedades.

### **1. Existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento**

E assim é que, na sequência da sua jurisprudência anterior, vem o Tribunal de Justiça afirmar que as normas da WFBV sobre capital e responsabilidade dos administradores são atentatórias da liberdade de estabelecimento tal como está consagrada no direito comunitário.

O Tribunal começa por não reconhecer qualquer valor ao argumento do Governo holandês, de acordo com o qual a WFBV não

<sup>18</sup> Cf. as conclusões do advogado-geral TESAURO proferidas no âmbito do processo C-83/91 e respectivo acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de Julho de 1992 (Colect. Jur. 1992, I, p.4871 e ss).

<sup>19</sup> Cfr. *supra*, nota (17).

violaria de modo algum a liberdade de estabelecimento, na medida em que as sociedades estrangeiras são plenamente reconhecidas na Holanda, não sendo aqui recusada a sua matrícula no registo comercial (ao contrário do que havia sucedido no caso do acórdão Centros).

Na verdade – afirmam expressamente os juízes – a WFBV tem como consequência a aplicação imperativa das normas holandesas do direito societário sobre capital mínimo e responsabilidade dos administradores a sociedades estrangeiras, como a Inspire Art, quando estas desenvolvem a sua actividade de modo exclusivo ou quase exclusivo na Holanda. Deste modo, essa legislação holandesa, impondo à sucursal de uma sociedade “constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro, o respeito das normas do Estado de estabelecimento relativas ao capital social e à responsabilidade dos administradores, tem por efeito travar o exercício, por essa sociedade, da liberdade de estabelecimento reconhecida pelo Tratado”<sup>20</sup>.

## 2. Eventual justificação da restrição à liberdade de estabelecimento

Por outro lado, a limitação da liberdade de estabelecimento assim diagnosticada na WFBV pelo Tribunal não se apresenta, na óptica deste, de modo algum justificada:

### 2.1. Inaplicabilidade do artigo 46º do Tratado CE

Em primeiro lugar, o Tribunal entende que não encontra aqui qualquer campo de aplicação o artigo 46º do Tratado CE – ao invés do que pretendia o Governo holandês, invocando sobretudo a protecção dos credores. Nos termos daquele preceito, o direito ao livre estabelecimento pode ser limitado através de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas que prevejam um regime especial para os estrangeiros e sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública.

Ora, como recorda o advogado-geral ALBER, nas suas conclusões neste processo<sup>21</sup>, nem a protecção dos credores é referida expres-

<sup>20</sup> Ponto 101 do acórdão Inspire Art.

<sup>21</sup> Ponto 113 dessas conclusões.

samente no artigo 46º, nem tal protecção é abrangida pelos conceitos de ordem pública ou segurança pública – conforme jurisprudência já assente do Tribunal<sup>22</sup>; logo, a limitação da liberdade de estabelecimento representada pela WFBV não encontra justificação naquele preceito do tratado CE.

## 2.2. Inexistência de exercício abusivo da liberdade de estabelecimento

De acordo com a argumentação das autoridades holandesas, a WFBV visaria prevenir e sancionar a utilização abusiva de sociedades constituídas à luz de um direito estrangeiro para desenvolver actividades na Holanda. Tais sociedades viriam muitas vezes a cair numa situação de falência, desde logo por não possuírem um capital inicial mínimo.

Já atrás<sup>23</sup> pusemos em relevo que o Tribunal de Justiça vem reconhecendo aos Estados-membros o direito de tomar medidas adequadas para prevenir ou sancionar comportamentos que se traduzam, nomeadamente, na utilização, de forma abusiva ou fraudulenta, de normas comunitárias como meio de contornar a legislação nacional imperativa. *Todavia, como relembra o advogado-geral ALBER*<sup>24</sup>, o Tribunal subordinou sempre a admissibilidade jurídica destas medidas de protecção à verificação *casuística* de indícios *concretos* da existência de um comportamento abusivo, recusando uma apreciação *geral e abstracta* com base numa *disposição legal*. Assim sendo, não é de admirar que o Tribunal de Justiça, não tenha valorizado a *ratio* das normas da WFBV enquanto justificação da limitação do direito de estabelecimento.

Por outro lado, no parecer dos juízes, também o circunstancialismo do caso *sub-judice* não justifica a conclusão da existência de uma utilização abusiva do direito de estabelecimento. Para a fundamentação deste ponto louvam-se em anteriores decisões, mormente nos casos SEGERS<sup>25</sup> e CENTROS<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Ver o ponto nº 34 do acórdão Centros (*cit. supra*, nota (2)).

<sup>23</sup> V. *supra* I, 1, e).

<sup>24</sup> Ponto 117 das conclusões no processo Inspire Art.

<sup>25</sup> Acórdão Segers contra Bedrijfsvereniging voor Bank – en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen, de 10.07.1986 (Colect. Jur. 1986, ps. 2375 e ss.).

<sup>26</sup> *Cit. supra*, nota (2).

Na verdade – diz o Tribunal –, embora a Inspire Art tenha sido constituída em conformidade com o direito das sociedades da Inglaterra, com vista nomeadamente a escapar à aplicação do direito das sociedades holandesas, considerado mais severo, não é menos exacto que as disposições do Tratado CE relativas à liberdade de estabelecimento visam precisamente permitir às sociedades que foram constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro, e que têm a sua sede social, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal na Comunidade, exercerem, por intermédio de uma agência, de uma sucursal ou de uma filial, actividades no território de outros Estados-membros. Assim, como em outra altura foi decidido, o facto de um nacional de um Estado-membro, que pretenda criar uma sociedade, optar por constituí-la no Estado-membro cujas normas de direito das sociedades lhe parecem menos rigorosas, criando seguidamente sucursais noutros Estados-membros, é inerente ao exercício, num mercado único, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado.

Finalmente, recorda ainda o Tribunal que o facto de uma sociedade não exercer qualquer actividade no Estado-membro em que tem a sua sede e exercer as suas actividades única ou principalmente no Estado-membro da sua sucursal não basta para demonstrar a existência de um comportamento abusivo e fraudulento que permita a este último Estado negar à sociedade em causa o benefício das disposições comunitárias relativas ao direito de estabelecimento.

### 2.3. A medida restritiva e a tutela dos credores

O Tribunal vem ainda rebater o argumento das autoridades holandesas, de acordo com o qual o normativo da WFBV, relativo ao capital mínimo, à sua liberação e à sua manutenção se destinaria a proteger os credores e os terceiros; tal normativo teria sobretudo como finalidade reforçar a capacidade financeira das sociedades e garantir desse modo mais eficazmente os credores públicos e privados.

Recorda-se, a este respeito, que segundo jurisprudência assente, só se verificará a justificação das medidas nacionais susceptíveis de perturbar ou tornar menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento quando tais medidas obedecerem a quatro condições: serem aplicadas de modo não discriminatório, justificarem-se por razões imperativas de interesse geral, serem adequadas para garantir a reali-

zação do objectivo que prosseguem e não ultrapassarem o que é necessário para atingir esse objectivo.

Ora, na opinião do Tribunal, as normas da WFBV, que estão em causa, não ultrapassarão aquele teste de "legitimidade comunitária"<sup>27</sup>. De um modo especial, os juízes afastam a justificação da restrição à liberdade de estabelecimento que tais normas representam, invocando o facto de a Inspire Art se apresentar como uma sociedade de direito inglês e não como uma sociedade holandesa. Assim, os potenciais credores da sociedade estão suficientemente informados de que ela depende de uma legislação diferente da que rege, na Holanda, a constituição de sociedades de responsabilidade limitada, nomeadamente, em matéria de capital mínimo e de responsabilidade dos administradores.

Para além disso – afirma também o Tribunal – os credores estão protegidos ainda pelas regras de publicidade constantes de outras normas de direito comunitário, tais como algumas Directivas em matéria de harmonização societária: a 4ª Directiva, sobre contas anuais das sociedades<sup>28</sup> e a 11ª Directiva, sobre a publicidade das sucursais criadas num Estado-membro por sociedades reguladas pelo direito de outro Estado-membro<sup>29</sup>.

### III – Sentido e alcance da decisão Inspire Art. O ponto da situação da jurisprudência do Tribunal de Justiça

Já acima<sup>30</sup> pusemos em destaque o significado e eventuais repercussões da intervenção do Tribunal de Justiça, ao esclarecer o carácter exaustivo do elenco das obrigações de publicidade previstas na 11ª Directiva.

Cumpra agora avaliar a outra componente da decisão, isto é, a tomada de posição daquele órgão especificamente em matéria de

<sup>27</sup> Assim se lhe refere BENEDETTI, "Mercato" comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, Riv. delle Soc. 2003, p. 712.

<sup>28</sup> Directiva 78/660/CEE, de 25 de Julho de 1978 (J.O.C.E. L 222, de 14 de Agosto de 1978).

<sup>29</sup> Directiva cit. *supra* nota (8).

<sup>30</sup> II, B, al. a).

liberdade de estabelecimento das sociedades, acentuando os seguintes aspectos:

a) A confirmação pelo Tribunal dos seus anteriores pontos de vista em matéria de interpretação dos artigos 43º e 48º do Tratado CE.

b) A importante clarificação que agora é feita pelo acórdão Inspire Art: um Estado-membro deve não apenas reconhecer capacidade jurídica a uma sociedade proveniente de outro Estado-membro, mas deve respeitá-la enquanto sociedade regulada fundamentalmente pelo direito societário do seu Estado de constituição. Estará excluída especificamente – e era essa a questão posta no processo Inspire Art – a possibilidade de aplicação à sociedade de normas do direito do Estado de acolhimento relativas ao capital social e à responsabilidade dos administradores.

c) A indefinição que ainda permanece: em aberto ficam certas questões a que não foi (ainda) dada resposta cabal pelo Tribunal de Justiça. Entre elas figura, por exemplo, a que diz respeito ao eventual critério de identificação das matérias cuja disciplina não deverá decorrer necessariamente do direito do Estado de constituição da sociedade, podendo aí o Estado de acolhimento opor a sua própria regulamentação a qualquer sociedade que desenvolva actividades no seu território.

Com base nos tópicos acabados de enunciar, iremos “actualizar” o ponto da situação da jurisprudência do Tribunal de Justiça, após o acórdão Inspire Art <sup>31</sup> no domínio de que nos vimos ocupando.

**A – Obrigação de reconhecimento mútuo das sociedades pelos Estados-membros.** Apresenta-se confirmada em toda a linha, pelo Tribunal, a obrigação de um Estado-membro reconhecer uma sociedade constituída à luz do direito de outro Estado-membro, ainda que essa sociedade não desenvolva aqui qualquer actividade. E continuamos<sup>32</sup> em crer que a obrigatoriedade desse reconhecimento não se restringirá apenas às situações em que estejam em causa sociedades constituídas à luz da legislação de um Estado que perfilhe a teoria da incorporação (caso da Inglaterra, nos acórdãos Centros e Inspire Art); os restantes Estados comunitários também deverão reconhecer, *sem*

<sup>31</sup> Cf. o resumo do ponto da situação feito com referência aos acórdãos anteriores sobre a matéria, *supra* I, 1.

<sup>32</sup> Com efeito, manifestámos já anteriormente essa opinião no nosso estudo *A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia*, cit. *supra*, nota (4).

mais, uma sociedade regularmente constituída à luz do direito de um Estado-membro que adopte a teoria da sede, desde logo quando esse Estado não exija a coincidência, no momento da constituição, da sede estatutária e da sede real<sup>33</sup>.

**B – Concorrência entre as ordens jurídicas comunitárias.**  
O Tribunal de Justiça continua a considerar incluída no conteúdo da liberdade de estabelecimento a própria liberdade de escolha da lei estadual (comunitária) a cuja luz a sociedade se pretende constituir.

Deste modo, o fenómeno da concorrência entre as várias ordens jurídicas comunitárias é uma realidade inevitável. Todavia, esse fenómeno, em si mesmo, não será considerado desvantajoso, permanecendo incontestada a opinião do advogado-geral LA PÉRGOLA expressa nas suas conclusões no processo Centros. Segundo essa opinião, a situação derivada de uma situação de competição de ordens jurídicas “contribui para o objectivo pelo qual foi instaurada a liberdade comunitária de estabelecimento: favorecer a livre circulação de pessoas (e de capitais) e, através dela, a realização de um mercado comum”<sup>34</sup>.

No processo Inspire Art, embora não a citando expressamente, o Tribunal terá feito sua a opinião do advogado-geral ALBER: para este, a WFBV não institui condições iguais de concorrência, pois a aplicação dessa lei holandesa suprime mesmo a concorrência entre os diversos sistemas jurídicos. E – acrescenta –, no estágio actual do direito comunitário, “não existe qualquer motivo para restringir a liberdade dos cidadãos na escolha da ordem jurídica mais adequada ao seu projecto de constituição da sociedade”<sup>35</sup>.

Perante esta tomada de posição do Tribunal de Justiça, não podem os Estados-membros deixar de, pelo menos, ponderar a situação

<sup>33</sup> Ou ainda quando esse Estado admita a manutenção da personalidade jurídica da sociedade, em caso de transferência da sede real. Assim, NORBERT HORN, *Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art*, NJW 2004, p. 897. Sobre a questão específica da “emigração” comunitária das sociedades e a posição do Tribunal de Justiça a seu respeito, veja-se o que diremos *infra*, III, H.

<sup>34</sup> Cfr. ponto 20 das conclusões do processo Centros (cit. *supra*, nota (2)). Sobre este aspecto, veja BENEDETTI, *op. cit.* nota (27), p. 702.

<sup>35</sup> Cfr. o ponto 138 das conclusões do advogado-geral no processo Inspire Art.

do seu próprio sistema jurídico no quadro global dos sistemas jurídicos comunitários. Está com a razão quem defende<sup>36</sup> que os Estados-membros não podem ter a garantia de que as suas eventuais desvantagens concorrenciais venham a ser superadas unicamente pelos resultados dos esforços de harmonização das legislações societárias internas que os órgãos comunitários venham a desenvolver. Antes, deverão eles próprios, analisando criticamente as soluções do seu direito interno, providenciar no sentido de tornar este competitivo num campo que alguém já designou por "mercado de regras"<sup>37</sup>.

E pode dizer-se que já se vem notando essa preocupação da parte de alguns legisladores europeus que nos últimos anos têm procurado modernizar a sua disciplina jurídica interna, precisamente no domínio do tipo social em que a concorrência de ordens jurídicas mais se pode fazer sentir: o das sociedades de responsabilidade limitada equivalentes às sociedades por quotas do direito português.

Assim, a França, no âmbito da Lei n.º 2003-721, de 1.8.2003 (*Loi pour l'initiative économique*), tendo em vista a simplificação da criação de empresas, veio introduzir alterações à regulamentação do Code de Commerce sobre a *société à responsabilité limitée*; essas alterações dizem respeito especificamente ao capital da sociedade, o qual, desde logo, pode ser fixado em apenas 1 euro<sup>38</sup>.

Também a Espanha, através da Lei 7/2003, de 1 de Abril, veio alterar a Lei 2/1995, de 23 de Março, sobre sociedades de responsabilidade limitada; a alteração traduziu-se no aditamento a esta última Lei de um novo capítulo (o XII), onde se disciplina a chamada "sociedad limitada nueva empresa". Com esta intervenção, pretendeu

<sup>36</sup> Assim, por ex., CHRISTOPH WETZLER, *Nationales Gesellschaftsrecht im Wettbewerb: Anmerkung zu EuGH Rs. C-167/01 vom 30.9.2003 - Inspire Art*, GPR 2/03-04, p. 86 e SCHANZE/JÜTTNER, *op. cit.* nota (5), ps. 670 e s. Sobre o carácter insuficiente e fragmentário dos diplomas comunitários de harmonização, pode ver-se, por ex., a opinião de NORBERT HORN, *op. cit.* nota (33), p. 894 e ss.

<sup>37</sup> Assim, BENEDETTI, *op. cit.* supra, nota (27).

<sup>38</sup> Sobre estas alterações à legislação francesa, cfr. PAUL LE CANNU, *La loi pour l'initiative économique et le droit des sociétés*, Rev. Soc. 2003, ps. 414 e ss., PATRICIA BECKER, *Verabschiedung des Gesetzes über die französische Blitz - S.A.R.L. GmbH*, 2003, ps. 1120 e s. e THOMAS WACHTER, *Frankreich: Die "Ein-Euro-GmbH" ab 2004*, GmbHR 2003, R 377 e ss. De notar que, para este último autor, as alterações legislativas em causa não teriam sido influenciadas pela recente jurisprudência do Tribunal de Justiça, a qual, não aparecendo referida nos trabalhos preparatórios, também, segundo ele, terá ainda pouco eco em França.

o legislador espanhol – assim decorre da exposição de motivos da Lei 7/2003 – dar tradução à orientação contida na Carta Europeia das Pequenas Empresas<sup>39</sup>, tendo como objectivo estimular a criação de novas empresas, especialmente as de pequena e média dimensão, que constituem a coluna vertebral da economia espanhola e europeia<sup>40</sup>.

Deve ainda referir-se o caso da Itália, onde, através do artigo 3º do D. Lgs. 6/2003, se reformulou a disciplina jurídica da *società a responsabilità limitata (s.r.l.)*. Com a entrada em vigor desta reforma, e na opinião dos comentadores, a disciplina italiana da s.r.l. assemelhar-se-à, bem mais do que antes, à disciplina dos tipos sociais congéneres de países potenciais concorrentes da Itália. Assim se favorecerá a concorrência internacional, um dos objectivos a que terá sido dirigida aquela reforma<sup>41</sup>.

**C – Liberdade de escolha do modelo societário.** Pode, pois, afirmar-se que os interessados na constituição de uma sociedade têm

<sup>39</sup> No dizer da Comissão Europeia, a Carta Europeia das Pequenas Empresas, aprovada no Conselho Europeu da Feira, em Junho de 2000, é fundamental para atingir o objectivo definido em Lisboa de transformar a economia europeia, até 2010, na mais competitiva e dinâmica a nível mundial. Reconhece o papel crucial desempenhado pelas pequenas empresas no desenvolvimento da competitividade, da inovação e do emprego na Europa.

Essa Carta instou os Estados-membros e a Comissão a tomarem medidas numa série de áreas, no sentido de apoiar e encorajar as pequenas empresas. Cfr. o último Relatório da Comissão sobre a implementação da Carta, onde se dá conta dos progressos efectuados pelos Estados-membros nas áreas prioritárias seleccionadas – COM (2004) 64 final, ps. 11 e ss.

<sup>40</sup> Sobre a disciplina inovadora espanhola em causa, vejam-se RODRIGUEZ ARTIGAS, *Sociedad de responsabilidad limitada y empresa familiar*, RdS 2003-2, ps. 21 e ss., ROBIN MELCHIOR e CHRISTIAN SCHULTE, *Feliz año nuevo oder: Glückliches Spanien – Armes Deutschland?*, GmbHR 2003, R1, NADYA VIETZ, *Die neue "Blitz-GmbH" in Spanien*, GmbHR 2003, ps. 26 e ss. e, da mesma autora, *Verabschiedung des Gesetzes über die neue Blitz-GmbH in Spanien*, GmbHR 2003, ps. 523 e ss.

<sup>41</sup> Cfr. GIUSEPPE ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, Riv. delle Soc. 2003, ps. 59 e ss. Este autor faz, contudo, notar que a política legislativa de aproximação a outras legislações europeias não reclamaria o aligeiramento da tutela de terceiros e dos sócios que se verifica na nova regulamentação.

Reconhecendo que a nova regulamentação italiana não terá correspondido inteiramente ao objectivo de tornar a s.r.l. mais atractiva para as pequenas empresas, veja-se FLORIAN BUENGER, *Die Reform des italienischen Gesellschaftsrecht – Geschäftsführung und Kontrolle in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, RIW 2004, ps. 249 e ss.

à sua disposição os vários modelos societários conhecidos na legislação de cada um dos Estados-membros; modelos que – em face do que constatámos no número anterior – tenderão a ser cada vez mais variados e atraentes<sup>42</sup>.

Assim, atendendo ao maior ou menor rigorismo de cada sistema jurídico, podem eles escolher aquele que mais facilidades lhes virá a trazer enquanto direito de constituição da sua sociedade<sup>43</sup>.

Na opinião expressa do Tribunal de Justiça – relembre-se – esta liberdade de conformação jurídica da empresa societária não é condicionada nem pelas razões que possam levar à escolha de uma determinada lei de constituição da sociedade, nem pelo facto de esta vir a desenvolver as suas actividades exclusivamente num Estado-membro diferente do Estado de constituição. Só assim não sucederá quando, caso a caso, se demonstre a existência de um abuso.

**D – Aplicação da lei da constituição ao estatuto pessoal da sociedade.** E a decisão Inspire Art ainda faz avultar mais o significado da liberdade de escolha do modelo societário outorgada aos interessados, nos termos referidos. Na verdade, a partir dessa decisão, ficou claro que qualquer Estado-membro de acolhimento não está apenas

<sup>42</sup> Cfr. ZIMMER, Nach "Inspire Art": Grenzlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, NJW 2003, p. 3591, o qual sugestivamente afirma que os empresários podem servir-se "à la carte" das diferentes ofertas legislativas do conjunto dos Estados-membros.

<sup>43</sup> No caso da Alemanha, até já existem estudos doutrinários que, de algum modo, pretendem esclarecer os interessados quanto às vantagens (ou desvantagens) do modelo societário estrangeiro preferido na prática: a *private company limited by shares* inglesa. Vejam-se, neste sentido, por ex., ALEXANDER SCHUMANN, *Die englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland: Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Haftung bei Insolvenz*, DB 2004, ps. 743 e ss., SUSANNE RIEDEMANN, *Das Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Insolvenzstatut: "Inspire Art" und die Insolvenz über das Vermögen einer englischen "limited" in Deutschland*, GmbHR 2004, ps. 345 e ss., HARALD KALLMEYER, *Vor- und Nachteile der englischen Limited im Vergleich zur GmbH oder GmbH & Co. KG*, DB 2004, ps. 639 e ss., EBERT/LEVEDAG, *Die zugezogene "private company limited by shares (Ltd.)" nach dem Recht von England und Wales als Rechtsformalternative für in- und ausländische Investoren in Deutschland*, GmbHR 2003, ps. 1337 e ss. e THOMAS WACHTER, *Auswirkungen des EuGH-Urteils in Sachen Inspire Art. Ltd. auf Beratungspraxis und Gesetzgebung. Deutsches GmbH vs. englische private limited company*, GmbHR 2004, ps. 88 e ss. Este último autor, aludindo à frequência da escolha deste tipo inglês de sociedade, afirma que a Inglaterra parece estar predestinada a tornar-se o Delaware europeu.

obrigado a reconhecer a válida constituição de uma sociedade (e respectiva capacidade jurídica) à luz da legislação de outro Estado-membro; para além disso, aquele deve ainda respeitar a específica disciplina jurídica a que a sociedade ficará sujeita, no quadro do seu direito de constituição<sup>44</sup> <sup>45</sup>.

É certo que, no caso Inspire Art, estiveram em apreciação unicamente questões relativas ao capital social e à responsabilidade dos administradores. Mas, atendendo à forma como o Tribunal de Justiça abordou essas questões e aos termos da fundamentação da sua decisão, não será temerário antever que, doravante, aquele órgão jurisdicional virá a considerar submetidas ao direito da constituição todas as matérias abrangidas pelo chamado estatuto pessoal das sociedades, no qual se compendia, como alguém diz <sup>46</sup>, a identidade da sociedade enquanto pessoa jurídica. Assim se garante, de resto, uma certa unidade do regime societário<sup>47</sup>.

Em consequência, e no âmbito dessas matérias, uma sociedade beneficiária da liberdade de estabelecimento não pode ficar sujeita à

---

<sup>44</sup> Nesta medida se terá verificado, como afirmam SPINDLER/BERNER, *Inspire Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet*, RfW 2003, p. 955, um reforço do *Herkunftslandprinzip*, com paralelo noutros domínios do direito comunitário, como o da Directiva do comércio electrónico (Directiva 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000 – J.O.C.E. L178, de 17.7.2000, ps. 1 e ss.: vide o considerando 22 desta Directiva).

<sup>45</sup> Pode dizer-se que é este o alcance atribuído à decisão Inspire Art pelo comum dos autores que a ele aludem. Mesmo na Alemanha há uma generalizada “resignação” em face daquilo que se reconhece ser um ganho de terreno por parte da chamada teoria da incorporação na definição do estatuto pessoal das sociedades beneficiárias do direito de estabelecimento. Cfr., por todos, PETER ULMER, *Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften – Zum Verhältnis zwischen gläubigerschützendem nationalem Gesellschafts-, Delikt- und Insolvenzrecht und der EG-Niederlassungsfreiheit*, NJW 2004, ps.1201 e ss. Remando contra a maré, levanta-se a voz de HOLGER ALTMEPPEL, *Schutz vor “europäischen” Kapitalgesellschaften*, NJW 2004, ps. 97 e ss., que, continuando a defender galhardamente a teoria da sede, se pronuncia pela compatibilidade da jurisprudência Inspire Art com a aplicação do direito do Estado de acolhimento às sociedades constituídas noutro Estado-membro, excepto no que diga respeito estritamente às matérias conexonadas com a constituição dessas sociedades.

<sup>46</sup> Assim, BENEDETTELLI, *op. cit.* nota (27), p.708.

<sup>47</sup> Sobre a necessidade de salvaguardar essa unidade de regime, veja-se GARCIMARTIN ALPÉREZ, *La sentencia “Überseering” y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro*, Rev. Der. Merc. 2003, ps. 663 e ss.

legislação que o Estado-membro de acolhimento dite para formas societárias equivalentes – mais uma vez se acentuando a ideia de que a proibição de limitações à liberdade de estabelecimento colhe mais além do que a prevenção ou supressão do tratamento discriminatório das sociedades<sup>48</sup>.

Em face da orientação do Tribunal de Justiça, que favorece o tratamento jurídico das sociedades à luz do seu direito de constituição, vêm sendo questionadas na doutrina as opções do legislador comunitário quanto a regras de atribuição de competência judiciária em matéria societária.

Tem-se directamente em vista o Regulamento 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000<sup>49</sup> que, a partir de 1 de Março de 2002, substituiu a Convenção de Bruxelas, de 27 de Setembro de 1968, nas relações entre os Estados-membros, à excepção da Dinamarca<sup>50</sup>. E, de um modo particular, visa-se a disposição desse Regulamento – o artigo 22º, nº 2 – que estabelece a competência exclusiva dos tribunais do Estado-membro em cujo território a sociedade tem a sua *sede*, “em matéria de validade, de nulidade ou de dissolução das sociedades ou outras pessoas colectivas (...) ou de validade ou nulidade das decisões dos seus órgãos”. Acrescenta ainda que, para determinar essa sede, o tribunal aplicará as regras do seu direito internacional privado.

Ora a *sede* que aí é referida parece ser, numa interpretação literal, conjugada com a invocação do elemento sistemático<sup>51</sup>, a *sede*

<sup>48</sup> Cfr. STEFAN GRUNDMANN e FLORIAN MÖSLEIN, *Die Goldene Aktie – Staatskontrollrechte in Europarecht und wirtschaftspolitischer Bewertung*, ZGR 2003, p. 328, reconhecendo que, tal como as limitações à liberdade de circulação de capitais, também hoje as limitações à liberdade de estabelecimento não serão apenas avaliáveis enquanto *Diskriminierungsverbote*. Sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria das designadas “golden shares”, veja-se o que diremos *infra*, III, G.

<sup>49</sup> J. O.C.E. L12, de 16.1.2001, ps. 1 e ss.

<sup>50</sup> Cfr. o considerando 22 do Regulamento.

<sup>51</sup> Sempre que o legislador comunitário quis referir-se à *sede estatutária*, fê-lo em termos expressos – cfr. artigo 60º, nº 1, al. a), do Regulamento em causa e, ainda, o artigo 3º, nº 1, do Regulamento 1346/2000, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência. Note-se, a propósito, que também neste Regulamento o legislador atribui competência para abrir o processo de insolvência aos tribunais do Estado-membro em que se situa o *centro dos interesses principais* do devedor (local onde este exerce habitualmente a administração dos seus interesses – como se lê no considerando 13 deste último Regulamento). A alusão ao local da sede estatutária neste contexto é feita apenas para estabelecer a presunção (*ilidfel*) da coincidência

*efectiva* das sociedades; solução que é vista como altamente criticável por vários autores, a partir do momento em que não haja coincidência entre o Estado-membro da sede efectiva e o da constituição. Desde logo, tal situação constituirá um factor discriminatório e é susceptível de conduzir a resultados insatisfatórios, dada a pouca familiaridade que os juizes do Estado da sede poderão ter com o *direito* societário a aplicar às questões enumeradas no citado artigo 22º, nº 2, do Regulamento<sup>52</sup>. E alguns autores, procurando compatibilizar a referida orientação jurisprudencial com as regras estabelecidas quanto à competência judiciária, propõem mesmo uma interpretação correctiva desse artigo 22º, nº 2, no sentido de que a competência exclusiva af referida seja a do Estado da constituição da sociedade<sup>53</sup>. Procedimento que, todavia, se nos afigura de legitimidade duvidosa!

**E – Matérias abrangidas pelo estatuto pessoal.** Quanto às matérias que devem considerar-se incluídas no estatuto pessoal societário, embora não se possa ter a garantia da utilização de um critério único nos vários países, para a respectiva delimitação, cremos que elas se reconduzirão, *grosso modo*, ao elenco feito no artigo 33º, nº 2, do nosso Código Civil: “a capacidade da pessoa colectiva; a constituição, funcionamento e competência dos seus órgãos; os modos de aquisição

---

entre aquele local e o do centro dos interesses principais. Veja-se, entre nós, o artigo 7º do Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de Março, que aprova o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, onde se utilizam, parece que cumulativamente, os critérios da *sede* e do *centro dos principais interesses* do devedor para identificar o tribunal competente. O título XIV deste Código trata da execução do referido Regulamento Comunitário relativo aos processos de insolvência.

<sup>52</sup> Assim, MELICKE, *op. cit.*, nota (15), p. 1272, que aponta como preferível a solução do sistema jurídico norte-americano, de acordo com o qual a competência judiciária – também em sede de processo de insolvência – cabe aos tribunais do Estado de constituição das sociedades, mesmo quando estas estejam estabelecidas noutro Estado.

<sup>53</sup> Neste sentido BENEDETTELLI, *op. cit.* nota (27), p. 708, que propõe ainda que o foro exclusivo no domínio societário (o do Estado de constituição) abranja todas as matérias respeitantes ao estatuto pessoal, e não apenas aquelas que de modo explícito se encontram mencionadas no artigo 22º, nº 2. Também GARCIMARTIN ALFEREZ, *op. cit.* nota (47), p.679, defende a “correção” daquele preceito, devendo a remissão que aí é feita às normas do D.I.P. do Estado do foro ser ajustada a esta ideia. E acrescenta: “La competencia exclusiva para las cuestiones ahí enunciadas (que son relaciones internas, basicamente) corresponde al Estado de constitución. La sede real como criterio de competencia exclusiva sólo sería oponible a sociedades de terceros Estados”.

e perda da qualidade de associado e os correspondentes direitos e deveres; a responsabilidade da pessoa colectiva, bem como a dos respectivos órgãos e membros, perante terceiros; a transformação, dissolução e extinção da pessoa colectiva". A própria constituição da sociedade está, parece-nos claro, sujeita à lei pessoal, embora não conste daquela enumeração<sup>54</sup>.

Note-se, todavia, que não está de modo algum arredada a possibilidade de, na prática, virem a surgir dúvidas quanto à inclusão ou não de determinadas matérias no círculo jurídico-societário a regular essencialmente pela lei identificada pelo Tribunal de Justiça. Pelo contrário: a avaliar pela polémica surgida em países, como a Alemanha, em que já há uma abundante produção doutrinal neste domínio, poderemos esperar outras intervenções jurisprudenciais, suscitadas pela necessidade de fazer novas precisões no campo de aplicação da lei de constituição das sociedades.

Atendendo ao interesse que ela pode também apresentar entre nós, salientemos uma dessas situações controvertidas<sup>55</sup>. Trata-se da

<sup>54</sup> LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável às sociedades*. ROA 1998, p. 677, estranha este facto "tanto mais que na doutrina, quer seja anterior ou posterior ao Código Civil, parece pacífico que esta matéria está submetida à lei pessoal". Todavia, para este autor, pode fazer algum sentido que a constituição da pessoa colectiva seja excluída do âmbito de aplicação da lei pessoal. Como quer que se veja o problema em face do nosso direito, cremos que, no âmbito da jurisprudência comunitária, a única solução defensável é a que expomos em texto.

<sup>55</sup> Outras situações polémicas têm sobretudo a ver com responsabilização de gerentes e de sócios. Uma delas diz respeito à responsabilidade dos gerentes, prevista no § 64 da GmbHGesetz – a chamada *Insolvenzverschleppungshaftung* –, relacionada com o incumprimento de obrigações em situação de insolvência. Outra tem a ver com a denominada *Existenzvernichtungshaftung*, obrigação dos sócios, de criação jurisprudencial, que representa um caso de *Durchgriff* – também reconhecida em situação de insolvência.

Já a questão da participação dos trabalhadores na gestão das sociedades (gestão: *Mitbestimmung*) nos aparece tratada de um modo mais pacífico na doutrina, entendendo-se, de um modo geral, que a respectiva disciplina interna não é aplicável às sociedades constituídas à luz do direito de outro Estado-membro. Cfr., por ex., ASBO JUNKER, *Sechszundsiebzig verweht – Die deutsche Mitbestimmung endet in Europa*, NJW 2004, ps. 728 e ss., EBERHARD SCHWARK, *Globalisierung, Europarecht und Unternehmensmitbestimmung im Konflikt*, AG 2004, ps. 173 e ss., MARTIN VEIT / JOAQUIM WICHERT, *Unternehmerische Mitbestimmung bei europäischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nach "Überseering" und "Inspire Art"*, AG 2004, ps. 14 e ss. e THOMAS MÜLLER-BONANNI, *Unternehmensmitbestimmung nach "Überseering" und "Inspire Art"*, GmbHR 2003, ps. 1235 e ss.

quela que diz respeito à figura que, entre nós, é designada por *suprimentos*: ou seja, a situação em que os sócios põem à disposição da sociedade meios financeiros que, embora a título de empréstimo, desempenham, verificadas certas circunstâncias, a função própria do *capital social*.

A função substitutiva do capital reconhecida a esses empréstimos – que, na terminologia alemã lhes serve até de designação: *Eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen* – justifica a especial disciplina jurídica legal<sup>56</sup> a que eles estão sujeitos, nomeadamente, quanto ao regime do reembolso. Ora, como essa disciplina é ditada especificamente para o caso de falência da sociedade, vemos surgir opiniões contraditórias quanto ao seu exacto enquadramento: ao lado dos que entendem que ela se reconduz ainda ao domínio societário<sup>57</sup>, outros fazem ressaltar o seu carácter jurídico-falimentar<sup>58</sup>. Por conseguinte, para estes últimos, a regulamentação legal em causa deverá ser aplicada a toda e qualquer sociedade cujo processo de insolvência seja aberto na Alemanha<sup>59</sup>.

Transpondo a questão para o domínio do nosso direito, verificamos que a função de substituição de capital reconhecida aos *suprimentos*, entre nós, também justificou a introdução no Código das Sociedades Comerciais, de 1986, de uma disciplina específica que cria uma situação de desvantagem para esses empréstimos dos sócios.

<sup>56</sup> Essa disciplina consta dos §§ 32a e 32b da GmbHGesetz e ainda da legislação sobre insolvência. A propósito da introdução daqueles preceitos na lei alemã, veja-se MARIA ÂNGELA COELHO, *A reforma da sociedade de responsabilidade limitada (GmbH) pela lei alemã de 4 de Julho de 1980 (GmbH-Novelle)*, RDE, 1980/1981, ps.64 e ss. Só essa disciplina legal nos interessa aqui considerar. Mas não se pode ignorar que na Alemanha continua a defender-se também a aplicação de certas regras, desenvolvidas jurisprudencialmente neste domínio, que penalizam ainda em maior grau do que as regras legais, os empréstimos dos sócios. Veja-se, sobre esta matéria, ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do contrato de suprimento. O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*, Almedina, 2002, espec. ps. 203 e ss.

<sup>57</sup> Assim, por ex., ZIMMER, *op. cit.*, nota (42) p. 3589, THOMAS WACHTER, *op. cit.*, nota (43), p. 92 e ALEXANDER SCHUMANN, *op. cit.*, nota (43), p. 748.

<sup>58</sup> Vejam, por ex., PETER ULMER, *op. cit.*, nota (45), p. 1208 e HOGER ALTMEFFEN, *op. cit.*, nota (45), p. 103.

<sup>59</sup> Neste contexto se invoca o Regulamento (CE) n.º 1346/2000, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência (J.O.C.E. L 160, de 30.6.2000, ps. 1 e ss.), em cujo artigo 4.º se prevê que a lei aplicável ao processo de insolvência e aos seus efeitos é a lei do Estado-membro em cujo território é aberto o processo.

Tal disciplina cobra o seu principal relevo<sup>60</sup> em situações de falência<sup>60A</sup> ou de dissolução da sociedade por outra causa, conforme se deduz dos n.ºs 2 e 3 do artigo 245º daquele Código. A opção do legislador foi motivada pela consideração de que, nos casos aí mencionados, não seria justo que os credores sociais sofressem “a concorrência dos credores de suprimentos, que aliam a qualidade de credor à de sócio e cujas prestações têm uma natureza que as aproxima das entradas de capital”<sup>61</sup>.

Todavia, a ligação que o regime dos suprimentos assim apresenta à situação da falência, não nos parece de modo algum justificação suficiente para, nessa situação, se subtrair a matéria em causa à sua sede própria – a do estatuto pessoal das sociedades. Na verdade, trata-se ainda aqui, essencialmente, de uma responsabilidade de sócios, a colocar “paredes-meias” com a que sobre eles impende relativamente ao capital social verdadeiro e próprio<sup>62</sup>.

Assim, no âmbito comunitário, será com base nos critérios conhecidos na lei de constituição de uma sociedade que deve ser apurada a eventual caracterização especial dos empréstimos dos sócios feitos à sua sociedade (em relação ao comum dos empréstimos de terceiros).

E diga-se a esse propósito que, embora se continuem a verificar sensíveis divergências entre as ordens jurídicas dos vários Estados-membros neste âmbito<sup>63</sup>, ultimamente têm ocorrido algumas intervenções legislativas tendentes à criação de uma disciplina jurídica para os *suprimentos* nos moldes já conhecidos nalguns outros sistemas jurídicos. Está neste caso a Itália, onde, embora de um modo sintético,

<sup>60</sup> Mas há que ter em conta que o preceito do n.º 1 do artigo 245º valerá independentemente da situação de falência ou de dissolução.

<sup>60A</sup> No novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (*cit. supra* nota 51), os suprimentos são incluídos na nova categoria de *créditos subordinados* – artigo 48º –, prevendo-se para eles o regime de *resolução incondicional* do respectivo reembolso efectuado dentro de certo período – artigo 121º, n.º 1, al. i).

<sup>61</sup> Assim se escreveu na exposição de motivos do artigo 84º (que esteve na base do referido artigo 245º do Cód. Soc. Com.) do Anteprojecto de Lei da Sociedade por Quotas, 2ª redacção, da autoria de FERRER CORREIA, VASCO LOBO XAVIER, ANTÓNIO CAEIRO e MARIA ÂNGELA COELHO, RDE, 1997, n.º 1 e 2 e 1979, n.º 1.

<sup>62</sup> Como bem sintetiza ALEXANDRE MOTA PINTO, *op. cit.*, nota (56), p. 400, “o fundamento jurídico do contrato de suprimento reside num dever geral dos sócios de financiar a sua sociedade de forma ordenada (...)”.

<sup>63</sup> Cfr., sobre este ponto, o autor e obra citada na nota anterior, ps. 241 e ss.

o artigo 2467 da nova disciplina da *società a responsabilità limitata*<sup>64</sup> cria um regime especial para os *finanziamenti dei soci* aí especialmente caracterizados<sup>65</sup>. Já o legislador austríaco aprovou uma lei que versa especificamente o tema dos empréstimos que levamos em vista – a chamada *Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)*, entrada em vigor em 1.1.2004, onde consta uma regulamentação muito detalhada que, embora inspirada na disciplina jurídica alemã, dela se afasta em pontos significativos<sup>66</sup>.

**F – Medidas estaduais restritivas da liberdade de estabelecimento.** A admissibilidade da utilização de mecanismos restritivos da liberdade de estabelecimento das sociedades, por parte dos Estados-membros, continua a ser reafirmada pelo Tribunal de Justiça, no acórdão Inspire Art. Reafirma-se, contudo, também que a invocação desses mecanismos é feita depender de um condicionalismo apertado.

Assim, o abuso do exercício do direito de estabelecimento só casuisticamente pode ser apreciado com base em concretos pontos de apoio – não sendo suficiente uma ponderação abstracta de disposições legais. Só, pois, dificilmente poderá ele vir a ser invocado com êxito por um Estado-membro, dados os termos em que, tanto no acórdão Centros, como no Inspire Art, foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça. Uma coisa é certa: para este Tribunal, a escolha de uma forma jurídica favorável de outro Estado-membro não representa *enquanto tal* qualquer abuso.

Por outro lado, embora se admita que o Estado-membro de acolhimento possa vir a opor a sua própria regulamentação mesmo em relação a matérias pertencentes ao estatuto pessoal<sup>67</sup>, tal só pode acon-

<sup>64</sup> Cfr. *supra*, III, B.

<sup>65</sup> Sobre esta disciplina, veja-se ULRICH HAAS, *Die Subordination von Gesellschafterdarlehen in deutschen und italienischen GmbH-Recht*, GmHR 2004, ps. 557 e ss.

<sup>66</sup> Veja-se, sobre esta nova lei austríaca, JOCHEN BLÖSE, *Das österreichische Eigenkapitalersatzgesetz: Vorbild für deutschen Gesetzgeber?*, GmHR 2004, ps. 412 e ss. e WOLF-DIETER ARNOLD, *Die GmbH & Co. KG im österreichischen Recht – ein Update*, GmHR 2004, p. 47.

<sup>67</sup> Fora do domínio estritamente jurídico-societário, os Estados de acolhimento poderão aplicar as suas leis internas a toda e qualquer sociedade – a preservação da liberdade de estabelecimento comunitária não reclama a inoponibilidade dessa legislação às sociedades constituídas à luz do direito de outro Estado-membro. Estarão neste caso, por exemplo, as normas disciplinadoras da *responsabilidade civil* não

tecer-se a medida restritiva que esse procedimento representa passar o teste das 4 condições fixadas na jurisprudência comunitária: ser aplicada de modo não discriminatório, justificar-se por razões imperativas de interesse geral, ser adequada para atingir o objectivo que prossegue e não ultrapassar o necessário para o atingir.

A este propósito, e com base nas decisões já proferidas, poder-se-à dizer que as medidas restritivas nacionais relativas ao capital social, e à responsabilidade dos sócios e administradores com esta conexas, dificilmente passarão este crivo. Na verdade, e como vimos, o Tribunal de Justiça, no acórdão *Inspire Art* – e na continuação da sua jurisprudência *Centros e Überseering* –, pelo que se refere à protecção dos credores, favorece nitidamente o modelo de *publicidade e de informação, em relação ao modelo de protecção baseado no capital social*<sup>68</sup> – nisto concordando com a posição do chamado grupo WINTER e as suas propostas<sup>69</sup>. O que não legitima –

---

*relacionadas directamente com o foro societário* – assim, ao que cremos, entre nós, a norma do artigo 79º do Código das Sociedades Comerciais, em sede de responsabilidade dos administradores, mas já não as normas dos artigos anteriores. No âmbito desta matéria, veja-se MARIA ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, STVDIA JURIDICA (67), Coimbra Editora, 2002.

Também oponíveis a qualquer sociedade serão as normas sobre *defesa da concorrência* – Decreto-Lei nº 371/93 de 29 de Outubro. Estas normas são mesmo qualificáveis como normas de aplicação imediata, atendendo ao preceituado no artigo 1º, nº 2: elas serão aplicáveis a todas as práticas restritivas de concorrência que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos. Sobre este normativo, veja-se RUI MOURA RAMOS, *L'ordre public international en droit portugais*, in Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito processual civil internacional, Coimbra Editora, 2002, p. 251. Em geral, sobre a matéria das normas de aplicação imediata, veja-se, daquele autor, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Almedina, 1991, ps. 659 e ss. e MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata em direito internacional privado. Esboço de uma teoria geral*, Almedina, 1991, ps. 964 e ss.

<sup>68</sup> Pelo menos em relação às sociedades do tipo das nossas sociedades por quotas. Por isso tem sentido a interrogação deixada por HANNO MERCKT, *Die Pluralisierung des europäischen Gesellschaftsrecht*, RIW 2004, ps. 1 e ss.: pode-se dizer que haverá hoje uma diferente postura em relação à *Kapitalverfassung* na GmbH (baseada no *Informationsmodell*) e na AktG (onde continua subjacente o conceito de protecção legal do capital)?

<sup>69</sup> Pode ler-se no Relatório desse Grupo constituído por peritos em direito das sociedades, pág. 38: "Les obligations de publicité peuvent parfois constituer un instrument réglementaire plus efficace qu'une législation substantielle énonçant des dispositions plus ou moins détaillées". Recorde-se que este Relatório, apresentado em

no nosso entender – que se arrede pura e simplesmente o modelo tradicional do capital: haverá é que compatibilizá-lo com as novas sugestões<sup>70</sup>.

Também se nos afigura problemático que o Tribunal de Justiça venha a considerar justificadas medidas como a que decorre do artigo 28º, nº 1, do nosso Código Civil, onde se dispõe: “O negócio jurídico celebrado em Portugal por pessoa que seja incapaz segundo a lei pessoal competente não pode ser anulado com fundamento na incapacidade no caso de a lei interna portuguesa, se fosse aplicável, considerar essa pessoa capaz”. Esta norma que, segundo BAPTISTA MACHADO estabelece “uma excepção de interesse nacional” e visa a tutela do comércio jurídico local (segurança das transacções) é considerada também aplicável aos negócios do “tráfico jurídico corrente celebrados em Portugal por pessoas colectivas de estatuto estrangeiro”. Ter-se-ão aqui em vista sobretudo as limitações aos poderes de representação dos órgãos da pessoa colectiva e as restrições à capacidade negocial desta, estabelecida na sua lei pessoal<sup>71</sup>. Deve dizer-se que as probabilidades de invocação daquele artigo 28º, nº 1, no âmbito comunitário, em face das sociedades, se encontram consideravelmente reduzidas, atendendo à coordenação das legislações internas operada pela 1ª Directiva de harmonização societária, em matéria de capacidade das sociedades e poderes de representação dos administradores<sup>72</sup>. Todavia,

---

Novembro de 2002, visou vários aspectos importantes do direito societário, af incluído precisamente o tema do capital (capítulo IV).

<sup>70</sup> Cfr. HANNO MERCKT, *op. e loc. cit.* nota (68). Está assim com a razão PAULO TARSO DOMINGUES, *Do capital social. Noção, Princípios e Funções*, Coimbra Editora, 2ª ed., 2004, p.247, quando escreve: “Apesar de tudo (...) a figura do capital social justificar-se-á, porque, através das diversas medidas legislativas direccionadas à sua tutela, serve pelo menos como indício, como ponto de referência da robustez financeira da empresa, constituindo, desse modo, um elemento no qual os terceiros podem basear as relações de crédito que constituem com as sociedades de capitais”.

<sup>71</sup> Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Atlântida Editora, Coimbra, 1974, ps. 350 e ss. LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado. Parte Especial (Direito de Conflitos)*, Almedina, 1999, ps. 97 e ss. considera aplicável por analogia o artigo 28º às pessoas colectivas.

<sup>72</sup> Directiva 68/151/CEE, de 9 de Março de 1958 (J.O.C.E. L65, de 14 de Março de 1968, ps. 8 e ss.). Para os efeitos considerados em texto interessa, de modo particular, o disposto no artigo 9º dessa Directiva, bem como os preceitos do Código das Sociedades Comerciais que, entre nós, representam a transposição das normas comunitárias: vejam-se, especialmente, os artigos 6º, 260º, 261º, 408º e 409º. Sobre esta matéria, cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação das*

subsistem (ou podem subsistir) diferenças significativas entre elas, nomeadamente no que respeita à repartição legal de competência entre os órgãos sociais<sup>73</sup>.

Já, pelo contrário, poderá não encontrar obstáculos, por parte do Tribunal de Justiça, a invocação de normas que prescrevem a responsabilidade de titulares de órgãos sociais pelo cumprimento de certas dívidas especialmente qualificadas. Está neste caso a norma do artigo 13º do Decreto-Lei nº 103/80, de 9 de Maio (*Regime jurídico das contribuições para a previdência*), onde se dispõe que "pelas contribuições e respectivos juros de mora e pelas multas previstas no artigo 21º, que devem ser pagas pelas sociedades de responsabilidade limitada, são pessoal e solidariamente responsáveis, pelo período da sua gerência, os respectivos gerentes ou administradores". E também parece ser o caso das normas que prevêm uma responsabilidade subsidiária dos gerentes e administradores no domínio fiscal e que se encontram no artigo 24º da Lei Geral Tributária<sup>74</sup>. A aplicação destas normas a toda e qualquer sociedade, se não estiver legitimada por outra via, encontra certamente justificação no facto de ela corres-

---

*administradores de sociedades anónimas*, STUDIA IVRIDICA (34), Coimbra Editora, 1998, e JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas. Vinculação: objecto social e representação plural*, Almedina, 2000 *passim*.

<sup>73</sup> Isso avultará particularmente em sociedades do tipo das nossas sociedades por quotas, em que o colégio dos sócios ainda detém competências reservadas num conjunto significativo de matérias: cfr. o artigo 246º do nosso Código das Sociedades Comerciais.

<sup>74</sup> Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de Dezembro (com a alteração da Lei nº 30-G/2000, de 24 de Dezembro). De acordo com aquele preceito:

"1. Os administradores, directores e gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração nas sociedades, cooperativas e empresas públicas são subsidiariamente responsáveis em relação a estas e solidariamente entre si: a) Pelas dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, quando, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o património das sociedades se tornou insuficiente para a sua satisfação; b) Pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período de exercício do seu cargo, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento.

2. A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se aos membros dos órgãos de fiscalização e revisores oficiais de contas nas sociedades em que os houver, desde que se demonstre que a violação dos deveres tributários das sociedades resultou do incumprimento das suas funções de fiscalização".

ponder a interesses gerais relevantes da ordem jurídica portuguesa, como são os interesses dos trabalhadores e do fisco - interesses que, recorde-se, o próprio Tribunal de Justiça já considerou poderem justificar medidas nacionais restritivas da liberdade de estabelecimento.

**G - A jurisprudência "Golden shares".** Terá interesse referir, neste contexto, que o crivo apertado que o Tribunal de Justiça tem utilizado na apreciação das medidas limitativas da liberdade de estabelecimento encontra paralelo na exigência que o mesmo tribunal tem posto quanto à admissibilidade de restrições nacionais à liberdade de circulação de capitais<sup>75</sup>. Isso avulta, em particular, na chamada jurisprudência "golden shares", vertida já em cinco acórdãos pronunciados a propósito de outras tantas legislações nacionais<sup>76</sup>. O termo "golden share" vem sendo utilizado para referir certas prerrogativas que vários Estados-membros reservam para si, relativamente à intervenção na estrutura accionista e na gestão de empresas privatizadas, em geral situadas no âmbito de sectores considerados estratégicos<sup>77</sup>.

Ora o Tribunal de Justiça só excepcionalmente deu razão aos Estados-membros que, no âmbito dos processos que estiveram na origem da jurisprudência "golden shares", procuraram justificar os privilégios que se arrogavam com base em razões imperiosas atinentes a interesses gerais desses Estados.

<sup>75</sup> Não pode ignorar-se a estreita conexão entre esta liberdade e a liberdade de estabelecimento, desde logo porque as chamadas *aquisições de controlo societárias* podem representar uma forma de exercício do direito de estabelecimento, isto é, uma forma de implantação de uma empresa no território de um Estado diferente do seu Estado de origem. O próprio Tribunal de Justiça fez uma ligação entre essas duas liberdades fundamentais nos acórdãos a que, de seguida, nos referiremos.

<sup>76</sup> Assim, Acórdão Comissão contra Portugal, de 4. 1.2002 (Colect. Jur. 2002, I, ps. 4731 e ss.); Comissão contra República Francesa, de 4.1.2002 (Colect. Jur. 2002, I, ps. 4781 e ss.); Comissão contra Bélgica, de 4.1.2002 (Colect. Jur. 2002, I, ps. 4809 e ss.); Comissão contra Reino de Espanha, de 13.5.2003 (Colect. Jur. 2003, I, ps. 4581 e ss.); Comissão contra Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, de 13.5.2003 (Colect. Jur. 2003, I, ps. 4641 e ss.).

<sup>77</sup> Cfr. o ponto 1. das conclusões do advogado-geral COLOMER no processo Comissão/Portugal (Colect. Jur. 2002, I, p. 4733) e vejam-se também VELASCO/SAN PEDRO/SANCHEZ FELIPE, *La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE*, RdS 2002-2, ps. 31 e ss. Sobre a questão das "golden shares", podem ver-se ainda STEFAN GRUNDMANN e FLORIAN MÖSELEIN, *op. cit. supra nota (48)* e, relacionado com o direito alemão, GERALD SPINDLER, *Deutsches Gesellschaftsrecht in der Zange zwischen Inspire Art und Golden Shares?*, RIW 2003, ps. 850 e ss.

Assim, por exemplo, no caso que opôs a Comissão ao Estado português, o Tribunal indeferiu em toda a linha as pretensões deste último quanto à legitimidade das medidas previstas, em especial, nos artigos 13º, nº 3, da Lei-Quadro das privatizações, Lei nº 11/90, de 5 de Abril, artigo único do Decreto-Lei nº 65/94, de 28 de Fevereiro e artigo 1º do Decreto-Lei nº 380/93, de 15 de Novembro<sup>78</sup>. E os fundamentos do indeferimento não se prenderam apenas com o carácter discriminatório das medidas previstas nos dois primeiros normativos (*o terceiro aplica-se indistintamente a empresas nacionais e estrangeiras*). Também considerou o Tribunal que não constituíam justificações válidas das restrições à liberdade em causa nem os interesses financeiros invocados por Portugal, nem os objectivos apontados por este aos normativos em questão, a saber: objectivos de política económica, de escolha de parceiros estratégicos, de reforço da estrutura concorrencial do mercado e de modernização e reforço da eficácia dos meios de produção<sup>79</sup>.

**H - Liberdade de estabelecimento e transferência internacional da sede.** A grande abertura que o Tribunal de Justiça mostra em relação à tutela da liberdade de estabelecimento no Estado de acolhimento das sociedades, continua a contrastar com a sua apreciação restritiva dessa liberdade no Estado de origem. Na verdade, mais uma vez o Tribunal de Justiça, no acórdão Inspire Art<sup>80</sup>, parece

<sup>78</sup> Artigo 13º, nº 3, da Lei nº 11/90: "O diploma que operar a transformação poderá ainda limitar o montante das acções a adquirir ou a subscrever pelo conjunto de entidades estrangeiras ou cujo capital seja detido maioritariamente por entidades estrangeiras, bem como fixar o valor máximo da respectiva participação social e correspondente modo de controlo, sob pena de venda coerciva das acções que excedam tais limites, ou perda do direito de voto conferido por essas acções, ou ainda de nulidade de tais aquisições ou subscrições, nos termos que forem determinados". Artigo único do Decreto-Lei nº 65/94: "Para efeitos do disposto no nº 3 do artigo 13º da Lei nº 11/1990, de 5 de Abril, o limite quantitativo à participação de entidades estrangeiras no capital das sociedades cujo processo de reprivatização se encontre concluído passará a ser de 25%, salvo se, em diploma que haja regulamentado aquele processo, o limite fixado já for superior". Artigo 1º do Decreto-Lei nº 380/93: "A aquisição, entre vivos, a título oneroso ou gratuito, por uma só entidade, singular ou colectiva, de acções representativas de mais de 10% do capital com direito a voto ou a aquisição de acções que, adicionadas às já detidas, ultrapassem aquele limite, em sociedades que venham a ser objecto de reprivatização, ficam sujeitas a autorização prévia do Ministro das Finanças".

<sup>79</sup> Cfr. o ponto 52 do acórdão Comissão contra Portugal, *cit. supra* nota (76).

<sup>80</sup> Veja-se o ponto 103 do acórdão.

não querer pôr em causa a sua jurisprudência anterior relativamente à questão da invocação, por parte de uma sociedade, no seu Estado de origem, da pretensão de estabelecimento num outro Estado-membro, mediante a transferência da sede para este último. Para o Tribunal, esta situação não é tutelada pelo direito comunitário, não se encontrando nessa medida garantida a liberdade de estabelecimento. Continua, pois, a cobrar relevo a jurisprudência do Acórdão *Daily Mail*<sup>81</sup>, nos termos do qual, é facultado a um Estado-membro impor a uma sociedade constituída de acordo com a sua ordem jurídica restrições à deslocação da sede para fora do seu território: o Estado-membro de constituição pode definir, como entenda, não só os requisitos de que depende a aquisição da personalidade jurídica de uma sociedade, como também as condições necessárias à *manutenção dessa personalidade* (nomeadamente, em caso de transferência internacional da sede).

Há, no entanto, quem veja<sup>82</sup> um sinal de viragem na jurisprudência do Tribunal de Justiça, quanto àquele aspecto, no acórdão proferido no processo *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, em 11 de Março de 2004<sup>83</sup>, onde se decidiu: "O princípio da liberdade de estabelecimento constante do artigo 52º do Tratado CE (actual 43º CE) deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um Estado-membro institua, para fins de prevenção de evasão fiscal, um mecanismo de tributação das mais-valias ainda não realizadas, como o previsto no artigo 167º-bis do Code général des impôts français, para o caso de transferência do domicílio fiscal de um contribuinte para fora desse Estado"<sup>84</sup>.

Embora no processo estivesse em causa a situação de uma pessoa física, os fundamentos em que o Tribunal assentou a sua decisão

<sup>81</sup> Acórdão de 27.9.1988 (Colect. Jur. 1988, ps. 5483 e ss.).

<sup>82</sup> Assim, THOMAS WACHTER, *Ende der Wegzugsbeschränkungen in Europa*, GmbHR 2004, R 161 e ss.

<sup>83</sup> Acórdão proferido no processo *Hughes de Lasteyrie du Saillant* contra Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, ainda não publicado na Colectânea de Jurisprudência.

<sup>84</sup> Já podem ver-se algumas reacções dos autores alemães, pronunciando-se sobre a eventual influência desta jurisprudência no seu próprio direito: assim, vejamos GERHARD KRAFT/MARKUS MÜLLER, *Schlussfolgerungen aus der EuGH-Entscheidung zur französischen Wegzugsbesteuerung (Saillant) für die internationale Steuerberatungspraxis aus deutscher Sicht*, RIW 2004, ps. 366 e ss., FRANZ WASSERMAYER, *Steuerliche Konsequenzen aus der EuGH-Urteil "Hughes de Lasteyrie du Saillant"*, GmbHR 2004, ps. 613 e ss. e MEILICKE, GmbHR 2004, ps. 613 e ss., em anotação ao acórdão em causa que se encontra publicado nessa Revista, ps. 504 e ss.

poderão, de facto, levar a pensar que o mesmo raciocínio venha a ser seguido nos casos em que eventualmente sejam questionadas legislações estaduais que condicionem, por idênticos motivos, a transferência da sede de uma sociedade. Assim estarão criadas condições para uma possível revisão da jurisprudência comunitária que distingue entre pessoas físicas e colectivas, no que se refere à amplitude do reconhecimento da liberdade de estabelecimento<sup>85</sup>. Particularmente significativo é o facto de os juízes terem lembrado que, nos termos de alguns acórdãos já proferidos, o artigo 43º do Tratado não só visa assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-membro de acolhimento, mas impede também que o Estado-membro de origem levante obstáculos ao estabelecimento noutro Estado-membro, de um dos seus nacionais<sup>86</sup>. E consideram eles que há um obstáculo desse teor quando – como no caso da legislação francesa citada – um contribuinte, pelo facto de transferir o seu domicílio fiscal para outro Estado-membro, se torna devedor de um imposto sobre um rendimento que ainda não se realizou “quando, se tivesse ficado em França, as mais-valias só seriam tributáveis quando e na medida em que fossem efectivamente realizadas”<sup>87</sup>. Esse entrave à liberdade de estabelecimento – acrescentam – também não é justificável com argumentos atinentes à prevenção da evasão fiscal, pois a transferência do domicílio para fora do território de um Estado-membro não implica, por si só, essa evasão fiscal<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Referindo-se a esta disparidade de tratamento, alguém diz que as sociedades são vistas como beneficiários “de segunda classe” do direito de estabelecimento. Assim, STEFAN STIEB, em anotação à decisão BayObLG, de 11.2.2004, GmbHR 2004, ps. 490 e ss., onde se continuam a aplicar as soluções rígidas do sistema jurídico alemão impeditivas da “emigração” de sociedades. Ainda neste contexto, também surge certa a observação de que o desaparecimento que alguns prognosticam para a GmbH alemã pode ser provocado em muito maior medida pela problemática da “emigração” (*Wegzug*) do que pelo da “imigração” (*Zuzug*): veja-se MARTIN MILDNER e JENS KLEINERT, em anotação à decisão KG Berlin, de 18.11.2003, GmbH 2004, ps. 116 e ss., onde se dá tradução, em toda a linha, à jurisprudência Centros e Inspire Art.

<sup>86</sup> Cfr. ponto 42 do acórdão.

<sup>87</sup> Cfr. ponto 46 do acórdão.

<sup>88</sup> Cfr. pontos 50 e ss. do acórdão. Assinala-se que o Estado Português – contraditando a opinião de outros Estados – veio também sustentar no processo que os efeitos da tributação imediata das mais valias latentes vão muito para além do que é necessário para lutar eficazmente contra a fraude ou evasão fiscal, constituindo, por isso, um entrave desproporcionado à liberdade de estabelecimento (cfr. ponto 34 do acórdão).

Independentemente desse provável sinal de abertura do Tribunal de Justiça, no sentido de uma maior liberalização da transposição de fronteiras, por parte das sociedades, devem assinalar-se, neste âmbito, a aprovação do Regulamento relativo ao Estatuto da Sociedade Europeia (SE)<sup>89</sup>, bem como os esforços da Comissão Europeia tendentes à aprovação de directivas comunitárias de harmonização dos quadros jurídicos dos vários Estados-membros, em matérias que interessam particularmente a actividade transfronteiriça das sociedades. Esses esforços já culminaram na apresentação de uma *proposta de directiva relativa às fusões transfronteiras das sociedades de capitais*, em 2003, cujo objectivo "consiste em eliminar uma lacuna importante em matéria de direito das sociedades: mecanismos destinados a facilitar as fusões transfronteiras de sociedades comerciais, sem que as legislações nacionais que as regulam, em geral as legislações dos países em que se encontram as suas sedes, constituam um obstáculo"<sup>90</sup>. Um

<sup>89</sup> Regulamento (CE) n.º 2157/2001, de 8 de Outubro de 2001, completado pela Directiva 2001/86/CE, da mesma data - (J.O.C.E. L 294, de 10.11.2001, ps. 1 e ss.). Já são abundantes as intervenções doutrinárias sobre a SE. Entre elas - e para além das já citadas no nosso comentário ao acórdão *Überseering* (cit. supra nota 4), vejam-se: MENJUCQ, *La société européenne*, Rev. Soc. 2002, ps. 225 e ss., AGUILO PIÑA, *La sociedad anónima europea: constitución, órganos y otros aspectos*, Rev. Der. Merc. 2002, ps. 1795 e ss., FERNANDEZ DEL POZO, *El traslado internacional de domicilio de la sociedad europea (Societas Europaea)*, Rev. Der. Merc. 2003, ps. 1479 e ss., MASSIMO MIOLA, *Lo statuto di società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, Riv. delle Soc. 2003, ps. 322 e ss., PETER HOMMELHOFF, *Zum Konzernrecht in der Europäischen Aktiengesellschaft*, AG 2003 ps. 179 e ss., MARTIN WENZ, *Einsatzmöglichkeiten einer Europäischen Aktiengesellschaft in der Unternehmenspraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht*, AG 2003, ps. 185 e ss., HARALD KALLMEYER, *Europa - AG: Strategische Optionen für deutsche Unternehmen*, AG 2003, ps. 197 e ss., TRICHMANN, *Austrittsrecht und Pflichtangebot bei Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft*, AG 2004, ps. 67 e ss., BERNHARD NAGEL, *Ist die Europäischen Aktiengesellschaft (SE) attraktiv?*, DB 2004, ps. 1299 e ss., e CHRISTIAN KLEIN, *Die Europäische Aktiengesellschaft "à la française"*, RIW 2004, ps. 435 e ss.

<sup>90</sup> Cfr. Exposição de motivos, n.º 1 COM (2003) 703 final, de 18.1.2003. Sobre esta proposta, vejam-se SCHULTE-HILLEN e HIRSCHMANN, *Die grenzüberschreitende Verschmelzung - Ein erster Überblick über den Entwurf der Richtlinie "über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten"*, GPR 2003-04, ps. 89 e ss., KATHARINA KOLLMANN, *Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten*, AG 2004, R 9 e ss. e PATRICIA BECKER, *Grenzüberschreitende Fusion: keine Einigung über die Mitbestimmung*, GmbHR 2004, R 125.

outro domínio em que a Comissão está bastante empenhada é o da *transferência internacional da sede societária*. Em vista da elaboração de uma proposta de directiva sobre esta matéria, a Comissão pôs à consideração pública um questionário, através da *Internet*, sobre os elementos orientadores dessa proposta. Com a aprovação de uma tal directiva, pretende a Comissão, desde logo, superar alguns dos obstáculos hoje ainda postos à liberdade de estabelecimento das sociedades, como aqueles que vimos serem reconhecidos pelo Tribunal de Justiça, no acórdão *Daily Mail* <sup>91</sup>.

## ABREVIATURAS

AG	- Die Aktiengesellschaft
BFDUC	- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Colect. Jur.	- Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça
DB	- Der Betrieb
GmbHR	- GmbH-Rundschau
GPR	- Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
J.O.C.E.	- Jornal Oficial das Comunidades Europeias
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
RDE	- Revista de Direito e Economia
Rev. Der. Merc.	- Revista de Derecho Mercantil
RdS	- Revista de Derecho de Sociedades
Rev. Soc.	- Revue des Sociétés
Riv. delle Soc.	- Rivista delle Società
RIW	- Recht der Internationalen Wirtschaft
ROA	- Revista da Ordem dos Advogados
ZGR	- Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

<sup>91</sup> Quanto ao ponto da situação dos trabalhos da Comissão neste âmbito, veja-se PATRICIA BECKER, *Grenzüberschreitende Sitzverlegung: Internet-Umfrage von der Europäischen Kommission*, GmbHR 2004, R 145 e ss. Sobre a generalidade dos problemas que coloca a transferência internacional da sede no direito comunitário, cfr. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia internacional de sede social*, Aranzadi Editorial, 1997, espec. ps. 139 e ss.



## RECENSÃO



PALÁNKAI, TIBOR, *Economics of Enlarging European Union*, Editor: Akadémiai Kiadó, Budapest, 2004.

Com os alargamentos da União Europeia agora em curso são alargados não só os temas em análise como também os contributos académicos sobre a problemática da integração.

Trata-se de contributos que vêm naturalmente de vários anos atrás, sendo já muito rica a literatura sobre os efeitos dos alargamentos, nos mais diversos domínios (designadamente nos domínios económico e institucional). Foi em especial com o maior benefício e o maior gosto que fomos conhecendo escritos de autores dos países candidatos e tendo a participação de colegas (muitos deles colegas titulares de cátedras Jean Monnet) nas reuniões que tinham lugar. Assim acontecia nas reuniões anuais da European Community Studies Association (ECSA), em Bruxelas, bem como em iniciativas diversas nos vários países.

Foi neste contexto que conheci Tibor Palánkai, professor da Universidade de Budapeste, de que foi Reitor; de um país com as maiores tradições académicas, designadamente na área da economia. Entre os contributos que tive o gosto de lhe ouvir poderei sublinhar o que proporcionou em Coimbra, num Seminário sobre o *Euro e o Mundo*, com uma comunicação intitulada *The Euro and its Perception by World Blocs* (publicada em *O Euro e o Mundo*, Almedina, Coimbra, 2002).

Vem agora a lume, já em 2004, um livro seu com lições de *Economia de uma União Europeia em Alargamento* (sendo dois dos capítulos em colaboração). Temos assim um novo livro de texto, numa área lectiva em que nós próprios também intervimos, mas em que são poucas as iniciativas em cada ano. No caso em apreciação, como seria de esperar, tem um grande relevo a abordagem da problemática do alargamento, ocupando 168 das 383 páginas das lições.

Numa primeira parte, parte A, Palánkai faz um *survey* das teorias da integração, primeiro numa linha mais sociológica e de ciência política e depois numa linha mais económica.

Parte daqui para o processo de integração europeia, com a análise da evolução verificada desde a formação de uma união aduaneira até à formação de um mercado único, abordando de seguida a integração monetária e a política orçamental. Acaba esta parte, B, com uma análise dos resultados da integração europeia e com uma exposição da política externa.

Por fim, a parte C é dedicada aos PECO's. Depois de num primeiro capítulo, I, descrever os processos de transformação, considera em II os critérios de adesão e em III a evolução da associação até à integração plena.

Temos em todos os capítulos uma exposição clara e bem fundamentada, podendo apenas fazer-se o reparo de que, devido por certo a algum atraso verificado na edição, a bibliografia pare em 2002. Trata-se todavia de atraso que não põe em causa a actualidade dos argumentos expostos e mesmo dos dados estatísticos, em muitos casos já de 2001.

Trata-se pois de uma obra de interesse assinalável, já fruto do enriquecimento académico que o alargamento vem proporcionar.

*Manuel Porto*

**VÁRIA**



## COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Bruxelas, 10.2.2004  
COM(2004) 101 final

# COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO CONSELHO E AO PARLAMENTO EUROPEU

**Construir o nosso futuro em comum**

**Desafios políticos e recursos orçamentais da União alargada,  
2007-2013**

*"Tu não tens de prever o futuro, mas sim de o permitir."*  
*Antoine de Saint-Exupéry*

### INTRODUÇÃO

A União Europeia encontra-se no limiar da sua maior realização desde o início do processo de integração europeia no rescaldo da Segunda Guerra Mundial – a reunificação histórica do continente. Na sequência da criação bem sucedida do mercado interno e da introdução da moeda única, a Europa reunificada empenha-se agora na conquista da democracia, da liberdade, da paz e do progresso.

Esta União Europeia alargada proporcionará oportunidades sem precedentes para melhorar a prosperidade e a qualidade de vida dos cidadãos e do mundo onde estes e as suas famílias vivem. O desafio actual consiste em transformar esta ambição em realidade e garantir que a União Europeia seja capaz de tirar pleno partido do alargamento e dar resposta às expectativas dos cidadãos.

A obrigação de adoptar novas perspectivas financeiras a partir de 2006 constitui uma oportunidade para conferir à União Europeia

alargada um verdadeiro sentido de vocação política, bem como os recursos que lhe permitam concretizar as suas ambições, através de acções empreendidas em conjunto a nível europeu e nacional.

O nosso objectivo comum deve visar uma Europa que exalte a diversidade cultural e nacional de cada Estado-Membro, continue empenhada na identidade nacional mas lute igualmente pelo valor da identidade europeia e pela vontade política de concretizar objectivos comuns. Uma Europa caracterizada pela solidariedade e a parceria, que dê aos cidadãos a *oportunidade de construir, em conjunto*, uma prosperidade duradoura. Uma Europa cujos cidadãos tenham confiança no futuro. Uma Europa cuja voz se faça ouvir a nível mundial.

É evidente que enfrentamos este desafio num contexto mundial conturbado, marcado também por incertezas a nível interno, e que os acontecimentos mais recentes vieram alimentar dúvidas sobre a capacidade de acção da União Europeia.

A adopção de uma Constituição europeia constitui um acto poderoso e simbólico que, todavia, não foi ainda concretizado. A União Europeia deve continuar a evoluir no sentido da integração e evitar a armadilha do intergovernamentalismo rígido. É por este motivo que se torna necessário possuir uma Constituição, bem como instrumentos que permitam tomar decisões e agir com rapidez: para que se possa progredir mantendo o equilíbrio de poderes propiciado pelo método comunitário. Chegar a acordo relativamente a uma nova Constituição continua, assim, a ser essencial para o futuro da Europa.

Em termos económicos, a Europa deve envidar esforços para estar à altura do desafio. Os cidadãos esperam que a União Europeia tire partido da integração económica para transformar a maior entidade económica e comercial do mundo num espaço de crescimento e de prosperidade crescentes. Em termos relativos, o desempenho económico da Europa tem sido insuficiente. Desde 1995, a taxa de crescimento da Europa dos quinze correspondeu, em média, a 2,2%, em comparação com uma média mundial de 3,6% e de 3,2% nos Estados Unidos. Actualmente, há dados que indicam que, salvo uma tomada imediata de acção, a economia europeia entrará em declínio. Quanto mais tempo se mantiver o fraco desempenho económico da Europa, maiores serão as dúvidas sobre a capacidade de construir um dos alicerces fundamentais para a prosperidade da legitimidade política. É preciso contrariar esta tendência com uma acção decisiva, coordenada e coerente.

A luta pela paz e contra o terrorismo internacional constitui um domínio em que a Europa pode dar um forte contributo, embora as dissensões existentes no que diz respeito a questões internacionais fundamentais tenham gorado estas expectativas.

Abordar estes problemas ou perder o rumo: é este o verdadeiro desafio que se coloca à União e aos Estados-Membros. O custo da inércia é elevado e poderá aumentar ainda mais.

É necessário um novo compromisso no sentido de acordar os objectivos do projecto europeu para a União alargada nos anos vindouros e de lhe propiciar os recursos necessários à sua concretização. Na sua ausência, todos os Estados-Membros serão prejudicados. É fundamental que todas as entidades públicas adoptem acções conjuntas, tanto a nível europeu como nacional, para otimizar o valor acrescentado em cada nível e trazer benefícios concretos para todos.

O valor acrescentado da União reside na sua acção transnacional e pan-europeia. A este nível, as entidades nacionais não dispõem dos instrumentos necessários para assimilar os benefícios ou custos integrais das suas acções. A eficácia requer massas críticas que excedem o alcance de cada governo nacional ou a conjugação dos esforços envidados a nível nacional.

As políticas comuns consagradas nos Tratados podem produzir estes benefícios através de uma combinação de recursos regulamentares, financeiros e de coordenação.

As opções que devem ser tomadas relativamente às próximas perspectivas financeiras não se reduzem a uma questão de dinheiro. Trata-se de uma questão de orientação política, que deverá ser definida com base numa visão clara da acção que se pretende tomar. Estas opções determinarão se a União Europeia e os seus Estados-Membros serão capazes de concretizar, em termos práticos, as expectativas dos cidadãos europeus.

Trata-se assim de uma nova fase para o orçamento da União. O problema não se prende com a redistribuição de recursos entre os Estados-Membros, mas sim com a forma de maximizar o impacto das políticas comuns para que se possa aumentar o valor acrescentado de cada euro despendido a nível europeu.

\* \*  
\*

As perspectivas financeiras bem sucedidas foram sempre o reflexo de um projecto político. No caso da Agenda 2000, que abrangeu o período de 2000 a 2006, o projecto incidiu na preparação da Europa

para permitir o alargamento. Agora que o alargamento constitui já uma realidade, há ainda muito por fazer para integrar os novos Estados-Membros. A Europa deve encontrar um novo dinamismo e dar resposta a novas expectativas.

**A Europa deve trabalhar em conjunto para gerar maior crescimento com mais e melhores postos de trabalho.** Não existe uma solução mágica para impulsionar o crescimento económico da Europa nem para assegurar uma evolução sustentável. Não obstante, é evidente que este problema reside, em parte, no facto de a inovação e a tecnologia não constituírem ainda os motores do crescimento das economias europeias. Desde o Conselho de Lisboa, a UE tem vindo a envidar esforços no sentido de transformar a União Europeia numa economia dinâmica baseada no conhecimento com uma base industrial sólida, fixando objectivos que implicam um aumento anual do crescimento de cerca de 3%. O facto de nem a União nem os Estados-Membros terem alcançado este objectivo mostra como as acções adoptadas até ao momento ficaram aquém do necessário.

A estratégia de Lisboa e o mercado interno exigem uma gestão económica eficiente cujos resultados propiciem o conjunto equilibrado de benefícios económicos, sociais e ambientais que são essenciais para o desenvolvimento sustentável e garantem aos cidadãos europeus a confiança necessária para enfrentar a mudança.

O crescimento deve ser apoiado pela solidariedade. A competitividade e a coesão constituem dois aspectos que se reforçam mutuamente. A política de coesão da União visa garantir a solidariedade *entre as regiões e os cidadãos. Tendo já demonstrado a sua utilidade* no passado, esta política deve agora funcionar numa União que, do ponto de vista económico, será mais diversa do que nunca. Para tal, deverá concentrar as suas acções em determinadas iniciativas e tomar em consideração as diferenças e necessidades relativas.

O produto do crescimento deve ser orientado de forma a auxiliar os europeus ao longo do processo de transição. Convém, por conseguinte, reforçar o diálogo social e integrá-lo melhor na política pública, a fim de auxiliar todos os agentes económicos a antecipar e a gerir a mudança.

**A cidadania europeia deve servir para garantir direitos e deveres específicos, nomeadamente a liberdade, a segurança e a justiça,** bem como o acesso aos serviços públicos de base a nível europeu. Para os cidadãos, as vantagens da adesão ultrapassam já as liberdades do mercado, pelo que se torna prioritário abordar estas

questões. Trata-se, afinal, de um espaço onde as liberdades públicas e os direitos e deveres individuais a nível europeu continuam a evoluir, em paralelo com diversidades culturais que conservam a sua força e devem ser objecto de apoio e incentivo constantes. A diversidade cultural constitui o sustentáculo da unidade europeia. A União deve, por conseguinte, complementar os esforços dos Estados-Membros e assegurar que a repartição e a acessibilidade dos benefícios da Europa sem fronteiras sejam uniformes e equitativas.

**A Europa deve ocupar um lugar de destaque a nível mundial.** Ninguém põe em causa a importância do papel que a Europa desempenha a nível mundial e que começa, desde logo, pela sua responsabilidade para com os seus vizinhos. Trata-se de um facto inquestionável, como aliás se pôde verificar no debate sobre o futuro da Europa. Cada vez se espera mais da Europa, quer seja no domínio da assistência ao desenvolvimento, da política comercial, da política externa e de segurança ou a nível das dimensões externas de outras políticas.

Afigura-se também evidente que, no contexto mundial, a Europa não tem agido à altura do seu poder económico e do seu potencial político. Os nossos valores e as nossas declarações políticas só poderão converter-se em realidade através de uma acção comum real e eficaz. Na ausência de instrumentos comuns e dos recursos necessários ao seu funcionamento nunca teremos capacidade para responder de forma adequada a uma situação de crise na Europa ou em qualquer outro local. Enquanto protagonista continental e mundial, a União Europeia deve envidar esforços para estar à altura dos desafios crescentes e assumir as responsabilidades inerentes à sua liderança regional.

\* \* \*

O futuro quadro financeiro da União Europeia deve propiciar a estabilidade necessária para apoiar os objectivos políticos da União numa base plurianual e orientar-se de forma a cumprir prioridades específicas e seleccionadas que beneficiem os Estados-Membros e os cidadãos, o que implica otimizar a relação entre as acções a nível nacional e comunitário.

As políticas comuns podem e devem continuar a ser instrumentos capitais para a realização dos objectivos da União alargada. Não constituem uma opção suplementar: nestes domínios, só uma acção conjunta a nível europeu será bem sucedida.

As políticas da UE centraram-se tradicionalmente no sector da agricultura, na coesão, na criação de um mercado interno integrado e

na concretização da estabilidade macroeconómica, domínios em que foram muito bem sucedidas. Seria pouco judicioso afastar-se agora dos domínios em que as políticas foram já adaptadas para tirar partido da experiência adquirida e dar resposta a novas necessidades. O acordo sobre a reforma agrícola e o respectivo financiamento mostra que os Estados-Membros partilham este ponto de vista. A União deve racionalizar ainda mais a sua acção nesses domínios e alargá-la aos novos Estados-Membros.

Porém, tendo em conta que o alargamento exercerá um impacto assimétrico no orçamento comunitário – o aumento das despesas superará o aumento das receitas – a simples manutenção do acervo requer uma intensificação dos esforços financeiros.

Não se pode permitir que a lacuna entre a assunção de compromissos políticos ambiciosos ao mais alto nível e a incapacidade de os pôr em prática continue a aumentar. Em muitas destes novos domínios prioritários, a capacidade da União de materializar as promessas dos Estados-Membros é limitada pela falta de vontade política de agir e pela insuficiência dos recursos. As expectativas e os objectivos políticos estabelecidos para a União devem ser acompanhados de recursos adequados, nomeadamente financeiros. Devem envidar-se esforços no sentido de maximizar a eficácia das despesas públicas e assegurar que os esforços nacionais e europeus correspondam a algo mais do que a mera soma do seu produto.

## I. PRIORIDADES PARA A UNIÃO EUROPEIA ALARGADA

As próximas perspectivas financeiras orientam-se em torno de três prioridades:

- (1) O mercado interno deve realizar-se plenamente, para que possa desempenhar integralmente o seu papel na realização do objectivo mais amplo do desenvolvimento sustentável, mobilizando para o efeito as políticas económicas, sociais e ambientais.  
Esta medida engloba a competitividade, a coesão e a gestão e protecção sustentáveis dos recursos naturais.
- (2) O conceito político de cidadania europeia articula-se em torno da realização de um espaço de liberdade, justiça e segurança e de acesso aos bens públicos de base.
- (3) A Europa deve projectar uma imagem coerente como parceiro mundial, inspirando-se nos seus valores fundamentais ao assumir responsabilidades regionais, promover o desenvolvimento sustentável e contribuir para a segurança civil e estratégica.

## A. Desenvolvimento sustentável

O objectivo do mercado interno assegura a base do crescimento. Porém, aumentar a prosperidade dos cidadãos europeus em conformidade com valores europeus requer a transformação da União Europeia numa economia dinâmica baseada no conhecimento, com um crescimento económico sustentável e uma maior coesão social. São estes, precisamente, os objectivos da Agenda de Lisboa, lançada em 2000 e completada no Conselho Europeu de Gotemburgo, em 2001.

A consolidação e a realização da agenda de Lisboa exigem que se aborde a competitividade e a coesão, dois aspectos que se reforçam mutuamente. Estes aspectos são abordados nos capítulos seguintes.

Para aumentar a prosperidade dos cidadãos europeus de forma sustentável é necessário:

- transformar a União Europeia numa economia dinâmica baseada no conhecimento e orientada para o crescimento;
- perseguir uma maior coesão no contexto de uma União alargada;
- reforçar a competitividade da agricultura, consolidar o desenvolvimento rural, garantir a exploração sustentável dos recursos haliêuticos e a qualidade do ambiente.

### 1. Competitividade a favor do crescimento e do emprego: a necessidade de aplicar a estratégia de Lisboa

Dar prioridade ao crescimento implica uma reorientação das políticas e dos orçamentos nacionais e comunitários. Actualmente, requer-se uma Europa mais dinâmica e com melhores ligações, o que implica uma alteração substancial das políticas para apoiar a infra-estrutura física e de conhecimento da União. Para tal, serão necessárias acções para melhorar a investigação, impulsionar as empresas e a inovação, estabelecer redes a nível europeu e reforçar o papel da educação. Trata-se de uma condição essencial para manter uma base industrial competitiva. Em paralelo, será necessário dar novas garantias colectivas aos trabalhadores e envidar novos esforços para antecipar o enquadramento económico e comercial mundial em mutação e adaptar-se atempadamente.

### Objectivos:

- Promover a competitividade das empresas num mercado único plenamente integrado.
- Reforçar os esforços europeus em matéria de investigação e de desenvolvimento tecnológico.
- Interligar a Europa através de redes comunitárias.
- Melhorar a qualidade da educação e da formação.
- Agenda de política social; auxiliar a sociedade europeia a antecipar e gerir a mudança.

#### *a) Promover a competitividade das empresas num mercado único plenamente integrado*

Para atingir os objectivos ambiciosos que visam potenciar o crescimento através da promoção da coesão e do investimento favorável ao ambiente, a Europa deve desenvolver uma abordagem coerente em matéria de competitividade que lhe permita tirar proveito do potencial inexplorado no mercado interno. A União pode agir como catalisadora e coordenadora dos esforços dos Estados-Membros e apoiar ou complementar as suas realizações.

Para melhorar o enquadramento empresarial e aumentar a produtividade, a União Europeia poderá tomar as seguintes medidas:

- **Realizar, melhorar e gerir o mercado interno.** No plano legislativo, a prossecução dos trabalhos visará a eliminação dos últimos obstáculos à plena integração do mercado. Em determinados sectores específicos, como as indústrias ou os serviços de rede, o mercado único está ainda longe de ser uma realidade. Gerir o mercado interno em domínios como os produtos químicos ou farmacêuticos, quer através de agências ou do sistema de normalização europeu, continuará a implicar um esforço considerável na União alargada. O seu alargamento aos países vizinhos representará um desafio suplementar.
- **Preservar e melhorar a competitividade da indústria,** no intuito de gerar um crescimento da produção mais elevado e melhorar a competitividade internacional. Este objectivo inclui uma nova abordagem à legislação comunitária e nacional, a qual faz pleno uso dos princípios consagrados na iniciativa "legislar melhor" e inclui a avaliação do impacto da legislação

e do quadro regulamentar na competitividade das empresas europeias.

- **Promover a iniciativa empresarial e o desenvolvimento de pequenas empresas.** A melhoria do acesso ao financiamento através dos instrumentos financeiros da Comunidade e a disponibilidade de serviços europeus de apoio às empresas contribuirão para a capacidade das empresas de realizar as suas actividades no mercado interno alargado e de concorrer nos mercados estrangeiros.
- **Mobilizar os intervenientes e os recursos pertinentes no intuito de auxiliar a explorar o potencial inovador das empresas.** Promover a **transferência de tecnologia** através de fluxos de conhecimento e de redes de inovação trará benefícios para as empresas e, sobretudo, para as novas empresas inovadoras. A política de inovação fomentará também o investimento em inovação, em **mudanças organizativas** e em soluções de **concepção inovadora**. É possível contribuir para o desenvolvimento e a difusão de um enquadramento regulamentar favorável à inovação facilitando, para tal, as abordagens comuns, as actividades transfronteiriças e regionais e a instituição de redes em toda a UE.
- A existência de abordagens mais sistemáticas à **sociedade da informação**, baseadas numa combinação de **políticas de investigação, políticas regulamentares e políticas de implantação** constitui um requisito prévio para colmatar a lacuna observada a nível do crescimento da produtividade, visto que o investimento público e privado em tecnologias da informação e da comunicação desempenha um papel fundamental na melhoria da produtividade e da competitividade e no aumento da eficácia.
- Calcula-se que, até 2011, os investimentos em tecnologias da informação e comunicação nos **serviços públicos** dos Estados-Membros corresponderão a cerca de cinquenta mil milhões de euros, ao abrigo de acções exclusivamente nacionais. Deverão envidar-se esforços suplementares para garantir a introdução e a adopção dessas tecnologias nos serviços públicos pan-europeus, a fim de melhorar as suas eficiência, eficácia e interoperabilidade. Entre os domínios do sector público abrangidos por esta medida incluem-se a saúde, o ambiente, a cultura, a educação e a segurança.

- Promover a adopção de tecnologias eficientes do ponto de vista ecológico, que possam reduzir os impactos no ambiente, contribuindo, em simultâneo, para a competitividade e o crescimento. Embora existam muitas tecnologias ambientais com um potencial significativo, a sua utilização é insuficiente devido à superioridade das tecnologias existentes, à dificuldade de acesso ao financiamento, à insuficiente sensibilização dos investidores e aos sinais de distorção dos preços. Com base no plano de acção para tecnologias ambientais, estas tecnologias poderão ser promovidas através de instrumentos baseados no mercado e de iniciativas políticas orientadas que visem o incentivo da inovação neste domínio. Os instrumentos da UE em matéria de investigação, demonstração e inovação, bem como de política regional e cooperação externa deverão integrar esta dimensão.

*b) Reforçar os esforços europeus em matéria de investigação e de desenvolvimento tecnológico*

A investigação e a tecnologia constituem um claro domínio em que o orçamento comunitário pode e deve ter um impacto evidente. Os esforços de investigação europeus continuam demasiado fragmentados e isolados e a sua ligação à cooperação internacional é deficiente. Além disso, a Europa consagra apenas 2% do seu PIB à investigação, por oposição a 2,7% nos Estados Unidos e a mais de 3% no Japão. A Europa não conseguiu atrair os melhores investigadores mundiais e muitos cientistas europeus de alto nível ainda optam por exercer a sua actividade nos Estados Unidos. Trata-se de uma questão crucial para melhorar a capacidade do nosso sector produtivo de tirar partido da nova divisão internacional do trabalho.

Para que a Europa se possa transformar num pólo de excelência que atraia investigadores e investimentos, devem eliminar-se os obstáculos que os programas nacionais segmentados colocam à excelência. Porém, não basta melhorar a qualidade. O esforço de investigação deve ser aumentado, o que implica que a União persiga, em simultâneo, três objectivos conexos e complementares:

- **Materializar um "espaço europeu da investigação"**, que funcione como um mercado interno de investigação e tecnologia, bem como um espaço onde melhor se coordenem as activi-

- dades e as políticas nacionais e regionais em matéria de investigação, a fim de pôr cobro à fragmentação e à duplicação dos esforços de investigação que se verificam actualmente na Europa.
- Contribuir para aumentar os **esforços europeus no domínio da investigação para 3% do PIB da União até 2010**, devendo 1% proceder de fontes públicas e 2% do sector privado.
  - **Apoiar e reforçar a investigação** em toda a Europa, prestando para tal apoio financeiro directo a nível europeu para complementar os programas nacionais que visem concretizar os dois primeiros objectivos.

O apoio financeiro a nível comunitário oferece à investigação um valor acrescentado elevado, auxiliando a formar massas críticas de recursos humanos e financeiros, incentivando a excelência e a criatividade através dos intercâmbios, da instauração de redes, da colaboração e da concorrência à escala europeia e aumentando a visibilidade das capacidades e dos desempenhos europeus.

Há, por conseguinte, argumentos convincentes a favor de um aumento significativo do financiamento comunitário da investigação (que actualmente corresponde a 0,04% do PIB), para colmatar a lacuna que separa ainda este financiamento do objectivo definido para os investimentos públicos (1%), complementando e de harmonia com os esforços nacionais. A acção da União deve centrar-se em cinco temas principais, que correspondem aos cinco principais problemas com que a Europa se depara no domínio da investigação:

- Incentivar o dinamismo, a excelência, a criatividade e a produtividade da investigação europeia concedendo **apoio financeiro** a projectos realizados por **equipas de investigação** seleccionadas numa base competitiva à escala europeia em vez de nacional, sobretudo no domínio da investigação de base, a fim de explorar novas vias e temas científicos, em estreita relação com a comunidade científica;

Para o efeito, será criado um fundo europeu seguindo o exemplo da *National Science Foundation* (Fundação norte-americana para a ciência) para fins de concessão de subvenções à investigação de alto nível em domínios como as matemáticas avançadas ou a física quântica, na perspectiva de realizar novos progressos no domínio da informática e do software.

- Reforçar as **capacidades europeias de investigação**, apoiando para tal a concepção, o desenvolvimento e a utilização de infra-estruturas de investigação fundamentais de dimensão e interesse europeus, bem como o desenvolvimento de recursos humanos em investigação e tecnologia através do apoio à formação, da eliminação dos obstáculos às carreiras científicas pan-europeias e da promoção da mobilidade transnacional dos investigadores. Estas acções devem ser coordenadas com as acções realizadas ao abrigo da política de coesão.

A título de exemplo destas capacidades de investigação referiram-se as grandes fontes europeias de laser e de neutrões, as instalações para a exploração da matéria e as aplicações biomédicas, ou os bancos de dados biológicos europeus em genómica e a actualização das redes de investigação e das infra-estruturas informáticas europeias. A prestação de auxílio para melhorar os recursos humanos no domínio da investigação incluiria programas de apoio de grande escala para cientistas europeus em início de carreira ou de reconhecido prestígio.

- Instituir **parcerias público-privadas** pan-europeias para a investigação tecnológica através de iniciativas conjuntas baseadas no conceito de **plataformas tecnológicas** que reúne os interessados do sector público e privado, a fim de definir e aplicar agendas de investigação comuns em domínios de importância industrial, segundo o modelo adoptado na iniciativa europeia para o crescimento.

Estas parcerias poderiam, por exemplo, contemplar o desenvolvimento de uma nova geração de aeronaves limpas e económicas até 2020; o desenvolvimento de redes de hidrogénio e pilhas de combustível, o conhecimento aprofundado da nano electrónica, o investimento em novas tecnologias e aplicações móveis e sem fios, a melhoria dos esforços conjuntos em matéria de sistemas incorporados, bem como o desenvolvimento de novas tecnologias no âmbito da energia solar e a coordenação dos esforços europeus em química avançada, para aplicações industriais diversas e fins sociais.

- Incentivar o desenvolvimento de "pólos de excelência" europeus baseados na **instauração de redes e na colaboração** a nível laboratorial, apoiando redes e projectos transnacionais de média escala através dos novos instrumentos utilizados ao abrigo do sexto programa-quadro de investigação da União e aperfeiçoados com base na experiência adquirida.

Esta medida implica o apoio a pólos de excelência europeus em domínios como a investigação ambiental e climática, as tecnologias da informação e da comunicação, a investigação médica e alimentar ou a investigação sobre novos materiais e processos industriais, criando e apoiando a cooperação de laboratórios europeus de alto nível em "redes de excelência" europeias e a investigação conjunta com vista a alcançar objectivos precisos e bem orientados em "projectos integrados".

- Melhorar, através de mecanismos específicos de instituição de redes, a **coordenação dos programas e das políticas nacionais e regionais de investigação**, a fim de criar massas críticas de recursos, reforçar o carácter complementar das actividades nacionais e melhorar a coerência das agendas de investigação pública em toda a Europa. Esta medida implica intercâmbios estimulantes, a abertura mútua de programas e o lançamento de iniciativas comuns.

Os programas nacionais de investigação deveriam concentrar-se em domínios como, por exemplo, o cancro, a doença de Alzheimer ou as doenças emergentes, as nano tecnologias ou a investigação sobre os principais desafios sociais e económicos, como a demografia, a educação, o emprego e a inovação.

Em estreita ligação com as suas acções em matéria de investigação, a União deveria apoiar o desenvolvimento de um esforço coerente e enérgico a nível europeu em dois domínios em que a ciência e a tecnologia são fundamentais:

- **Espaço:** apoiar a política espacial europeia que visa dotar de uma maior coerência as iniciativas públicas e privadas nacionais e europeias e centrar-se no desenvolvimento de aplicações em domínios como a determinação da posição e a navegação,

a observação e o controlo da Terra e as telecomunicações; coordenar os investimentos em I&D a vários níveis e auxiliar a UE a melhor concretizar os seus objectivos políticos, em parceria com actuais potências espaciais como a Rússia e com novas potências como a China, a Índia ou o Brasil.

A acção neste domínio estará dependente da aplicação de um programa espacial europeu que reforce os projectos espaciais da UE (por exemplo, a iniciativa GMES-Vigilância Global do Ambiente e da Segurança).

- **Segurança:** apoiar a aplicação das políticas da União, fomentando a investigação necessária para aumentar a segurança – em todas as dimensões – na Europa, no seguimento da acção preparatória lançada neste domínio, em que os investimentos dos EUA são cinco vezes superiores aos da UE. Trata-se de uma contribuição da Comissão para a grande tarefa comunitária que consiste em enfrentar os desafios e ameaças que se colocam à Europa, tal como estabelecido, nomeadamente, na estratégia europeia em matéria de segurança aprovada pelo Conselho Europeu em Dezembro de 2003. Vem complementar as acções e os esforços que estão a ser desenvolvidos pelos Estados-Membros e as outras instituições da UE.

Esta acção implicará o desenvolvimento de conhecimentos e de tecnologias com valor acrescentado europeu para antecipar, monitorizar e atenuar com êxito novas ameaças para a segurança relacionadas, por exemplo, com o terrorismo biológico, o cibercrime e a segurança mundial, e garantir a posição europeia nas redes de investigação complexas.

A acção da UE no domínio da **difusão dos resultados da investigação** será, por conseguinte, consolidada e reforçar-se-á a **participação e a liderança da Europa em iniciativas à escala mundial**.

### *c) Interligar a Europa através de redes comunitárias*

Dez anos após o lançamento da iniciativa “redes transeuropeias”, o desenvolvimento de uma estrutura de grandes eixos através da

União Europeia está em fase de estagnação. Todavia, o tráfego das redes continua a aumentar e o alargamento trará consigo um crescimento suplementar do tráfego nas infra-estruturas rodoviárias, ferroviárias e energéticas. Calcula-se que os custos do congestionamento ascendam a 1% do PIB e que venham a duplicar até 2020.

Se não se tomarem quaisquer medidas, a maior parte deste aumento far-se-á sentir nas estradas e trará consequências muito negativas em termo de congestionamento, ambiente, segurança e qualidade de vida. Na ausência de qualquer acção, a Europa continuará a não possuir as ligações necessárias e o seu potencial de crescimento sofrerá as consequências da degradação das infra-estruturas.

As redes transeuropeias de elevado rendimento constituem um catalisador essencial para a mobilidade sustentável das mercadorias, dos cidadãos e da energia numa UE alargada. Para além de contribuir para a competitividade, constituem também um símbolo material da integração europeia. Crê-se que o potencial do qual os cidadãos e as empresas não tiram partido em virtude da inexistência de melhores interligações de transportes ascende a 0,23% do PIB, o que representa cerca de um milhão de postos de trabalho permanentes. Projectos como a rede ferroviária de alta velocidade ou o sistema europeu de navegação por satélite Galileu impulsionarão as indústrias europeias na vanguarda da alta tecnologia.

A criação de um sistema de transportes eficaz e sustentável e a garantia de um fornecimento de energia fiável são cruciais para o bom desempenho da economia. A inércia terá custos reais.

O retorno deste investimento ultrapassa as fronteiras nacionais, o que incita os governos nacionais a não adoptar uma perspectiva europeia e a dar prioridade aos programas nacionais, sobretudo em fases de forte pressão sobre os orçamentos nacionais. A coordenação e a participação da União Europeia no financiamento, dando particular ênfase às vertentes transfronteiriças, poderão propiciar a coerência à escala continental e a estabilidade a longo prazo, bem como impulsionar uma maior participação do sector privado.

\* Por exemplo, as "auto-estradas do mar" poderiam desviar o transporte de mercadorias das estradas (refira-se a título de exemplo, que se poderiam desviar anualmente 7,6 milhões de toneladas de mercadorias das estradas entre Roterdão e Bilbau, ou seja, 10% do transporte de mercadorias desta rota). Mas

esta medida só poderá transformar-se em realidade graças à coordenação da UE.

- O túnel ferroviário de Mont-Cenis, entre Lião e Turim triplicaria a actual capacidade e ligaria algumas das regiões europeias mais dinâmicas ao núcleo central dos novos Estados-Membros. Porém, este plano não poderá iniciar-se sem o apoio da UE.

Calcula-se que o custo de toda a rede transeuropeia corresponda a 600 mil milhões de euros.

As novas orientações para as redes transeuropeias, acolhidas favoravelmente pelo Conselho Europeu em Dezembro de 2003, oferecem uma melhor coordenação entre os Estados-Membros e dão maior ênfase a uma lista de projectos prioritários definidos com datas precisas.

Estes incluem a interligação das redes ferroviárias de alta velocidade nacionais até 2012, o desenvolvimento de uma rede principal de transporte ferroviário de mercadorias na Europa central até 2015 e um pacote para interligar portos e transportes de superfície até 2010.

O nível global de investimento exigido para realizar os vinte seis projectos prioritários no domínio dos transportes ascenderá a 220 mil milhões de euros até 2020, devendo o financiamento atingir o seu auge entre 2007 e 2013. Calcula-se que a parte do financiamento destes projectos a cargo do sector privado deverá corresponder a cerca de 20% dos requisitos de financiamento, ao passo que o restante será financiado conjuntamente pelos orçamentos nacionais e pelo orçamento comunitário, este último com um contributo máximo de 20%.

O financiamento europeu é igualmente necessário para garantir o fornecimento transfronteiriço de energia na Europa e o desenvolvimento da energia renovável e de combustíveis limpos, cujos custos se calculam em cerca de cem mil milhões de euros. As iniciativas comunitárias são indispensáveis para aumentar o impacto e o interesse das energias renováveis e da eficiência energética e para alcançar objectivos acordados, nomeadamente, conseguir que, até 2010, 22% da electricidade fornecida provenha de fontes renováveis.

A União deve continuar igualmente a envidar esforços no sentido de eliminar os obstáculos que impedem o desenvolvimento de um mercado interno das telecomunicações e de garantir a disponibilidade de uma infra-estrutura de rede de banda larga segura em todas as regiões, prestando particular atenção ao risco da clivagem digital entre as zonas urbanas e as zonas rurais e isoladas.

*d) Melhorar a qualidade da educação e da formação na União*

O capital humano é um dos principais factores determinantes do crescimento. Um ano suplementar de escolaridade pode induzir um aumento de 6,2% da produtividade agregada de um país europeu típico. Contudo, ao longo do período de 1995 a 2000, o investimento público em educação e formação enquanto percentagem do PIB diminuiu na maior parte dos Estados-Membros.

A UE está aquém dos seus concorrentes no que diz respeito ao número de licenciados, às qualificações obtidas aquando da conclusão dos estudos e à participação na aprendizagem ao longo da vida. Existem também grandes variações de desempenho entre Estados-Membros. Tendo em conta estes indicadores de declínio, urge acelerar o ritmo da reforma e da modernização dos sistemas educativos e de formação da Europa. A globalização e as mudanças tecnológicas e demográficas requerem uma força de trabalho flexível e móvel, cujas competências sejam pertinentes e se actualizem continuamente.

As políticas educativas constituem um domínio em que a proximidade dos cidadãos e a diversidade cultural são de extrema importância, razão pela qual as entidades nacionais e locais são chamadas a desempenhar um papel fundamental. A modernização geral dos sistemas educativos e de formação da Comunidade constitui, assim, um elemento crucial da estratégia de Lisboa. É esta a razão pela qual o Conselho Europeu adoptou objectivos comuns e um programa de trabalho, com vista a transformar os sistemas educativos e de formação em sistemas eficazes de aprendizagem ao longo da vida acessíveis a todos os cidadãos e a promover a convergência para melhorar a qualidade em geral. Dar-se-á ênfase à melhoria da qualidade da educação e da formação (reforma curricular, novos métodos de ensino, garantia da qualidade), à melhoria do acesso à educação e à formação em todas as fases da vida (incluindo a aprendizagem electrónica), bem como à abertura da educação e da formação a influências externas tão diversas como os mercados de trabalho ou a concorrência mundial.

Esta tarefa requer o apoio da União, uma vez que os benefícios abrangem toda a Europa e, isoladamente, os Estados-Membros carecem dos recursos necessários. Para além do apoio propiciado pela política de coesão às infra-estruturas e à educação e formação básicas, o contributo da União assume duas formas principais: o apoio à mobilidade individual (nomeadamente, estudantes, professores, docentes

universitários e formadores) e a promoção de parcerias/redes entre escolas, universidades e prestadores de formação em diferentes países. A mobilidade de estudantes, professores, docentes universitários, formadores e, também, de ideias e de melhores práticas – constituirá um elemento essencial deste objectivo. A mobilidade transfronteiriça multilateral constitui um domínio cuja importância crucial é unanimemente reconhecida, mas que não pode organizar-se nem financiar-se adequadamente a nível nacional. A acção da UE pode apenas fornecer o quadro e o auxílio financeiro, mas, ao abrigo dos actuais programas, estes são objecto de uma procura que excede em muito a oferta.

Os objectivos seguintes incluiriam:

A participação de três milhões de estudantes universitários em programas de mobilidade até 2010 (em 2002, atingiu-se a participação de um milhão), o que implica que seja dada a cerca de 10% dos estudantes universitários a possibilidade de estudar no estrangeiro e de tirar partido dessa experiência.

A participação anual de 150.000 alunos do ensino profissional em acções de mobilidade até 2013.

A participação de 10% da população escolar da Comunidade (alunos e professores) em acções de mobilidade durante o período de vigência do programa.

A participação de 50.000 adultos em acções de mobilidade no âmbito da aprendizagem ao longo da vida até 2013.

O resultado deverá representar um contributo crucial para restabelecer a Europa como pólo de excelência nos sectores da educação e da formação.

*e) Uma agenda de política social: auxiliar a sociedade europeia a antecipar e gerir a mudança*

A rápida evolução das condições internacionais de concorrência impõe uma nova divisão do trabalho que nos afecta a todos. Se bem que tenha amplos benefícios, a sua conjugação com baixas taxas de crescimento poderá dar origem ao aumento do desemprego e da exclusão.

Neste contexto, a UE deve antecipar e acompanhar as mudanças que se avizinham: esta é precisamente a essência do modelo europeu de coesão social e de crescimento económico.

A União deve adaptar, accionar e absorver a mudança. Ao responder com dinamismo aos desafios inerentes à rápida evolução das condições internacionais de concorrência, a agenda de política social traça as linhas orientadoras da política e da acção da União no domínio social e do emprego, como parte da estratégia geral de Lisboa. Graças ao efeito combinado da legislação, do método aberto de coordenação e do diálogo social e ao apoio do orçamento da UE, a agenda revela-se um instrumento crucial para modernizar o modelo social europeu.

A agenda de política social deve auxiliar a Europa a desenvolver todo o seu potencial, consolidando a política social enquanto factor de produção e tendo em conta os custos de uma política "não-social".

A UE deve instituir o quadro regulamentar adequado que crie condições equitativas para as empresas e os trabalhadores, estabelecendo normas sociais adequadas e consagrando direitos fundamentais. A acção da UE funciona também como catalisador, ao facilitar a definição e a aplicação de medidas de reforma por parte dos Estados-Membros nas suas políticas laborais e sociais e, dessa forma, impulsiona evoluções políticas de envergadura com recursos financeiros limitados. A acção ao nível da UE é também a mais adequada para promover com êxito o diálogo social, tal como previsto no Tratado.

- Para enfrentar os novos desafios comuns a todos os Estados-Membros e gerir a mudança no contexto do alargamento, da globalização e do envelhecimento demográfico, a agenda de política social deve ser objecto de uma maior consolidação.
- No último relatório da Primavera, a Comissão apelou à instituição de parcerias europeias tendo em vista a mudança e de mecanismos tripartidos para identificar os desafios comuns e obter soluções que permitam explorar a mudança. Os acordos colectivos tendem a abranger uma gama cada vez mais vasta de questões que ultrapassam temas clássicos como os salários ou o tempo de trabalho, pelo que se estão a transformar em instrumentos de antecipação e gestão da mudança. Estas parcerias devem também abordar questões relacionadas com a nova divisão internacional do trabalho propiciada pela globalização, dando particular ênfase a uma abordagem sectorial.

A acção a nível da UE justifica-se pelas seguintes razões:

- A UE proporciona o quadro adequado para criar condições equitativas para as empresas ao estabelecer normas sociais comuns, direitos fundamentais e a livre circulação dos trabalhadores.

A promoção da prevenção e a instituição de normas mínimas em matéria de saúde e de segurança contribuíram para reduzir significativamente as doenças profissionais e os acidentes de trabalho. Contudo, os custos totais para a economia representam ainda entre 2,6% e 3,8% do PIB, o que atesta quão elevados são os custos económicos da ausência de uma legislação adequada. A Comissão apelou a que se estabeleça como objectivo uma redução global de 15% na taxa de incidência dos acidentes de trabalho em cada Estado-Membro.

Actualmente, trinta milhões de pessoas beneficiam das disposições de coordenação da segurança social a nível da UE durante uma estada temporária noutro Estado-Membro. O objectivo de elevar este número até, pelo menos, cem milhões de pessoas deverá ser alcançado através da introdução do cartão europeu de seguro de doença.

- A coordenação política da UE actua como catalisador, impulsionando evoluções políticas importantes em Estados-Membros com poucos recursos financeiros.

A estratégia europeia de emprego impulsiona as reformas estruturais nos mercados de trabalho dos Estados-Membros. Colmatar a lacuna entre a taxa de emprego actual e o objectivo do pleno emprego equivale a quase dezasseis mil postos de trabalho. Por si só, tirar partido das potencialidades dos trabalhadores mais idosos equivaleria a sete milhões de postos de trabalho. Calcula-se que o custo total da subutilização da mão-de-obra corresponda a cerca de 9% do PIB da UE, ou seja, 825 mil milhões de euros.

- A acção a nível da UE é também a mais adequada para melhorar com êxito a qualidade das relações industriais e promover o diálogo social, tal como previsto no Tratado.

A directiva relativa ao conselho de empresa europeu visa incentivar a informação e a consulta dos trabalhadores a nível transnacional. Se a percentagem dos trabalhadores em causa fosse aumentada (dos actuais 65%) para 80%, mais 2,5 a 3 milhões de trabalhadores suplementares poderiam beneficiar desses mecanismos, o que representaria cerca de 21,5 milhões de trabalhadores em toda a Europa e facilitaria a reestruturação.

Tendo em conta o acima exposto, apresenta-se, em seguida, um quadro financeiro da parte 1:

DOTAÇÕES DE AUTORIZAÇÃO	2006 (a)	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
1a. Competitividade a favor do crescimento e do emprego	8.791	12.105	14.390	16.680	18.965	21.250	23.540	25.825

## 2. Uma maior coesão a favor do crescimento e do emprego

Através da sua política de coesão, a União contribuiu significativamente para um desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável. Ao mobilizar o potencial inexplorado da Europa, a política de coesão impulsionou também o desempenho económico em geral, reduzindo, em simultâneo, as disparidades económicas e sociais.

### *O valor acrescentado da política de coesão*

Entre os principais factores que explicam o êxito da política europeia de coesão na melhoria do desempenho económico dos futuros Estados-Membros e regiões, e que devem ser objecto de uma consolidação no futuro, contam-se os seguintes:

- **A concentração de recursos no investimento**, a fim de aumentar e melhorar o capital físico e humano e, por conseguinte, exercer um impacto máximo na competitividade e no crescimento. Esta concentração permitiu que a maioria das regiões menos desenvolvidas dos quatro países mais pobres, que são os principais beneficiários desta política em termos financeiros, tenham obtido uma taxa média de crescimento superior à média da UE no período de 1995 a 2001.

- **O respeito pelas regras do mercado único**, por exemplo, em relação à política da concorrência e à contratação pública. Um dos efeitos mensuráveis deste factor é visível no aumento do comércio intracomunitário, sobretudo entre os Estados-Membros e as regiões menos desenvolvidas e o resto da UE. No que diz respeito à política de coesão, tal significa que cerca de um quarto das despesas ao abrigo dos programas que neste domínio reverte a favor do resto da União sob a forma de um aumento das exportações.
- **A ênfase na criação de emprego em novas actividades**, com o objectivo de contribuir para dar resposta aos efeitos da mudança económica e social causados pela nova divisão internacional do trabalho. Por exemplo, excluindo as regiões menos desenvolvidas, a anterior geração de programas, que vigorou entre 1994 e 1999, prestou auxílio a cerca de 300.000 pequenas empresas e contribuiu para a criação de 500.000 novos postos de trabalho.
- **O contributo para a parceria e a boa governação**. O sistema de governação em vários níveis que envolve entidades e partes interessadas comunitárias, nacionais, regionais e locais contribui para garantir que as acções se adaptem às circunstâncias no terreno e que haja um verdadeiro compromisso em relação ao êxito ("propriedade").
- **O efeito potenciador** resultante das regras de co-financiamento que mobilizam recursos suplementares para novos investimentos provenientes de fontes nacionais públicas e privadas. Cada euro do orçamento da União despendido na política de coesão gera um efeito potenciador de, em média 0,9 euros nas regiões menos desenvolvidas ("objectivo 1") e de 3 euros nas restantes regiões ("objectivo 2").
- **O apoio eficaz às outras políticas sectoriais da União:**
  - ao investir na aplicação da legislação comunitária, a política de coesão auxilia as regiões menos favorecidas a respeitar as normas da UE, por exemplo, no domínio do ambiente;
  - em sectores como a educação, os transportes e a energia, a política de coesão continuará a prestar apoio em grande escala aos novos investimentos, sobretudo nos Estados-Membros e nas regiões menos desenvolvidas.

É essencial que, de futuro, se mantenha uma política eficaz a nível europeu para promover a modernização e um crescimento mais rápido nas regiões menos desenvolvidas, bem como para dar emprego produtivo a um maior número de pessoas no conjunto da União. No entanto, esta política deve ser objecto de uma reforma, para responder de forma mais adequada aos novos desafios.

O alargamento representa um desafio sem precedentes para a competitividade e a coesão interna da União. Na União alargada, não só o PIB médio *per capita* será inferior em mais de 12% ao registado na Europa dos quinze como também as disparidades em matéria de rendimento duplicarão na globalidade.

A reforma deve incidir na competitividade, no desenvolvimento sustentável e no emprego, tal como preconizado nos Conselhos Europeus de Lisboa e de Gotemburgo, num contexto de concorrência acrescida, de globalização e de envelhecimento geral da população. No futuro, o desafio consistirá em garantir que os objectivos de Lisboa e de Gotemburgo e a antecipação das mudanças inerentes à nova divisão internacional do trabalho sejam sistematicamente incorporados, desde o início, na concepção de todas as estratégias de desenvolvimento nacional e regional.

No intuito de melhorar a qualidade das despesas durante o próximo período, em conformidade com os objectivos de Lisboa e de Gotemburgo, a Comissão propõe que a política de coesão seja orientada por uma estratégia global. Para o efeito, a Comissão tenciona apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho um documento estratégico que estabelece prioridades para a política de coesão e inclui medidas consideradas necessárias para antecipar a mudança económica e social.

Para que as agendas de Lisboa e de Gotemburgo possam ser realizadas de diferentes formas consoante as circunstâncias, a Comissão prevê igualmente um quadro prioritário mais simplificado e transparente, articulado em torno das três prioridades (que substituem os actuais objectivos) seguintes:

- **Convergência.** O esforço principal deve centrar-se nos Estados-Membros e nas regiões menos desenvolvidos da União alargada. Convém também incluir as regiões que não tenham concluído o processo de convergência mas não sejam já elegíveis para apoio por o seu nível de rendimento *per capita* ser superior, em termos relativos, ao da União alargada (o denominado "efeito estatístico"). Os esforços envidados ao abrigo

dos programas de convergência devem orientar-se também para a modernização e o aumento do capital físico e humano, a fim de melhorar a competitividade a longo prazo, promover a sustentabilidade ambiental e dar um maior contributo para o desempenho económico global da União, desenvolvendo, em simultâneo, melhores práticas em matéria de governação e de capacidades institucionais.

- **Crescimento, competitividade e emprego.** Os programas regionais de competitividade e de emprego abrangeriam os restantes Estados-Membros e regiões, dado que ainda irão persistir na União necessidades consideráveis devido a reestruturações económicas e sociais e a outros factores de desvantagem. Para garantir o valor acrescentado das acções comunitárias, as intervenções devem incidir num número reduzido de prioridades políticas associadas às agendas de Lisboa e de Gotemburgo, onde possam propiciar valor acrescentado e um efeito multiplicador nas políticas nacionais ou regionais. Os programas de emprego serão organizados a nível nacional. Proceder-se-ia à simplificação dos programas de desenvolvimento regional, o que incluiria o abandono do actual sistema, através do qual a Comissão deve seleccionar pequenas zonas a nível subregional, em favor de um equilíbrio adequado entre as orientações geográficas e temáticas das intervenções aquando da concepção do plano de desenvolvimento plurianual. O apoio às regiões que já não satisfazem os critérios dos programas de convergência, mesmo na ausência do efeito estatístico do alargamento, incluir-se-ia nesta rubrica.
- **Cooperação territorial europeia sob a forma de programas transfronteiriços e transnacionais.** Estes programas tentariam abordar os problemas específicos que se colocam à realização de uma economia competitiva e sustentável nas regiões dos Estados-Membros separadas por fronteiras nacionais. Dar-se-ia ênfase à promoção de intercâmbios de experiência e de boas práticas, contribuindo para a integração económica em todo o território da União e para um desenvolvimento mais harmonioso e equilibrado.

Tendo em conta o acima exposto, apresenta-se, em seguida, um quadro financeiro da parte 2:

DOTAÇÕES DE AUTORIZAÇÃO	2006 (a)	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
1b. Coesão a favor do crescimento e do emprego	38.791	47.570	48.405	49.120	49.270	49.410	50.175	50.960

### 3. Gestão e protecção sustentáveis dos recursos naturais: agricultura, pesca e ambiente

A adesão dos novos Estados-Membros (e dos que se seguirão) aumentará em 75 milhões o número de consumidores e em 4 milhões o número de agricultores da União Europeia. O alargamento significa um mercado muito maior, mais concorrência e o desafio de cumprir normas mais rigorosas em matéria de qualidade e segurança dos produtos e de protecção ambiental. A decisão inicial dos Estados-Membros de substituir as suas respectivas políticas nacionais, onerosas e em parte contraditórias, por uma política comum definida no Tratado obedeceu ao valor acrescentado que se esperava obter garantindo a livre circulação de mercadorias agrícolas e evitando distorções de concorrência na Comunidade Europeia, promovendo a estabilidade do fornecimento e melhorando a competitividade nos mercados internos e externos.

Desde essa altura, a política evoluiu, integrando outras preocupações do público, tais como a qualidade da produção, o ambiente, o bem-estar dos animais e um espaço rural dinâmico, que representa 80% do território europeu. Teve igualmente em conta a necessidade de apoiar os agricultores, produzindo e preservando os bens públicos da maneira mais eficaz possível. Por conseguinte, ao longo dos anos, a PAC tem vindo efectivamente a produzir valor acrescentado a um custo inferior ao que teria sido necessário se os Estados-Membros tivessem prosseguido as suas políticas agrícolas distintas.

No passado mês de Junho decidiu-se proceder a uma reforma fundamental da política agrícola comum (PAC) que está a ser completada por um segundo pacote de medidas, a que se seguirá uma proposta relativa ao açúcar em meados de 2004. Estas medidas visam assegurar um quadro estável para o sector até 2013.

A reforma tem por objectivo cumprir os objectivos relativos à competitividade, à solidariedade e a uma melhor integração das

preocupações ambientais, com o que se transformará numa etapa decisiva da estratégia de desenvolvimento de Lisboa e Gotemburgo. Contempla os seguintes elementos:

- Uma simplificação substancial das medidas de apoio ao mercado e dos pagamentos de ajudas directas, dissociando da produção os pagamentos directos aos agricultores.
- O reforço do desenvolvimento rural, transferindo fundos de apoio ao mercado para o desenvolvimento rural através de reduções nos pagamentos de ajudas directas às explorações agrícolas de maiores dimensões (modulação), vinculando assim os dois pilares da PAC que são complementares no reforço do desenvolvimento sustentável da agricultura e das comunidades rurais.
- Um mecanismo de disciplina financeira, em conformidade com a decisão do Conselho Europeu de estabelecer um limite para as despesas associadas ao apoio ao mercado e às ajudas directas entre 2007 e 2013.

Após 2006, a futura política de desenvolvimento rural, que contribui para os objectivos do desenvolvimento sustentável e que terá sido objecto de uma consolidação, incidirá em três objectivos principais:

- Aumentar a competitividade do sector agrícola através do apoio à reestruturação (por exemplo, auxílios ao investimento para jovens agricultores, medidas de informação e promoção).
- Melhorar o ambiente e o espaço rural através do apoio ao ordenamento do território, incluindo o co-financiamento de acções de desenvolvimento rural relacionadas com zonas de protecção natural *Natura 2000* (por exemplo, medidas agro-ambientais, florestais e em favor das regiões mais desfavorecidas).
- Melhorar a qualidade de vida das zonas rurais e promover a diversificação das actividades económicas através de medidas orientadas para o sector agrícola e para outros intervenientes rurais (por exemplo, reorientação qualitativa da produção, qualidade dos alimentos e renovação das aldeias).

A política comum da pesca, que constitui a condição para a igualdade de tratamento e a igualdade de oportunidades económicas dos pescadores e das regiões costeiras dos Estados-Membros, reveste-

-se de uma importância cada vez maior para assegurar a pesca sustentável perante a diminuição dos recursos haliéuticos, tendo em conta os aspectos ambientais, económicos e sociais de forma equilibrada.

Desde 1 de Janeiro de 2003, a nova política comum da pesca reformada – que dá maior ênfase à exploração sustentável dos recursos aquáticos vivos com base em aconselhamento científico fundamentado e numa abordagem de precaução à gestão das pescas em conjunto com a aquicultura – está firmemente integrada na política comunitária de desenvolvimento sustentável.

A realização dos objectivos políticos de Lisboa e Gotemburgo, nomeadamente o desenvolvimento de uma economia europeia que propicie crescimento reduzindo, em simultâneo, os impactos negativos no ambiente, requer um compromisso contínuo a favor da utilização e da gestão sustentável dos recursos e da protecção do ambiente. A política ambiental constitui um complemento fundamental do mercado único e contribui para melhorar a qualidade de vida. Os cidadãos europeus, para quem o acesso a um ambiente limpo constitui cada vez mais um direito, esperam que a União zele por esse direito e garanta a correcta aplicação da política ambiental pelos Estados-Membros. No âmbito dessas prioridades, as actividades mais importantes a realizar no período de 2006 a 2012 incluem:

- A aplicação do programa europeu para as alterações climáticas, incluindo uma gama de medidas destinadas a assegurar o cumprimento do objectivo fixado no Protocolo de Quioto de reduzir as emissões de gases com efeito de estufa na Comunidade.
- A aplicação das estratégias temáticas orientadas para prioridades ambientais específicas, por exemplo, o solo, a qualidade do ar, os pesticidas, o meio marinho, o meio urbano, a utilização e a gestão sustentáveis dos recursos e a reciclagem de resíduos.
- A aplicação do plano de acção para tecnologias ambientais, a fim de tirar pleno partido do potencial das tecnologias ambientais, reduzindo as pressões exercidas sobre os recursos naturais e visando a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos europeus, incentivando, em simultâneo, a competitividade e o crescimento económico e reforçando o papel de liderança da UE no desenvolvimento e na aplicação das tecnologias ambientais.
- O desenvolvimento e a aplicação da rede de zonas *Natura 2000*, com vista a proteger a biodiversidade europeia, bem como a aplicação do plano de acção em matéria de biodiversidade.

Tendo em conta o acima exposto, devem respeitar-se os compromissos assumidos e a União Europeia deve gerir os seus recursos naturais transpondo o modelo europeu de crescimento e coesão para a gestão do seu ambiente.

Tendo em conta o acima exposto, apresenta-se, em seguida, um quadro financeiro da parte 3:

DOTAÇÕES DE AUTORIZAÇÃO	2006 (a)	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
2. Gestão e protecção sustentável dos recursos naturais	56.015	57.180	57.900	58.115	57.980	57.850	57.825	57.805

## B. Dar pleno sentido à cidadania europeia

### 1. O espaço de liberdade, segurança e justiça

A liberdade, a segurança e a justiça são valores fundamentais que constituem elementos cruciais do modelo europeu de sociedade.

Com a integração da Carta dos Direitos Fundamentais no Tratado Constitucional, a União terá a obrigação jurídica de garantir não só o respeito dos direitos fundamentais como também a sua promoção activa.

Actualmente, reconhece-se que os desafios impostos pela imigração, o asilo e a luta contra o crime e o terrorismo já não podem ser resolvidos adequadamente por medidas tomadas exclusivamente a nível nacional.

Neste contexto, o desenvolvimento desta dimensão da União Europeia constitui a nova fronteira da integração: um espaço autêntico de liberdade, segurança e justiça é um alicerce indispensável da União Europeia, no cerne do projecto político para uma União alargada.

A acção a nível da União assegura uma divisão equitativa das responsabilidades, incluindo a partilha dos encargos financeiros, e faz tomar consciência das questões e dos valores partilhados, facilitando assim o aparecimento de abordagens comuns.

Com o alargamento, aumentará o número de cidadãos que esperam tirar partido do facto de viverem num espaço de liberdade, segurança e justiça numa escala sem precedentes, mas surgirão também desafios específicos, por exemplo, no que respeita à segurança das nossas fronteiras externas.

### (j) Fronteiras externas/imigração

- A União deve gerir as suas **fronteiras externas** de forma integrada, a fim de acolher a imigração legal de uma forma coordenada e de proteger contra os imigrantes ilegais as fronteiras terrestres exteriores que se estendem ao longo de cerca de 6.000 km e as fronteiras marítimas que, após o alargamento, ultrapassarão 85.000 km.

Um dos objectivos fundamentais neste domínio é a agência europeia de gestão da cooperação operacional nas fronteiras externas, que lançará as bases para a criação, até 2010, de um corpo europeu de guarda-fronteiras, dotado dos recursos adequados para apoiar as entidades nacionais na realização de tarefas de vigilância e de controlo das fronteiras.

- A UE continuará a enfrentar o desafio de garantir o respeito das obrigações internacionais de protecção num contexto de fluxos migratórios e de requerentes de asilo. Uma **política comum em matéria de asilo**, baseada numa divisão equitativa das responsabilidades e dos encargos financeiros entre Estados-Membros, garantirá condições uniformes para o acolhimento das mais de 400.000 pessoas que anualmente requererão asilo na União alargada, desencorajando, ao mesmo tempo, todos os que apresentem pedidos infundados.
- Uma **política comum em matéria de imigração** para uma gestão eficaz dos fluxos migratórios contínuos necessários para responder às exigências do mercado de trabalho. Tendo em conta as alterações demográficas, os migrantes contribuirão para o crescimento económico, a competitividade e o desenvolvimento sustentável da UE. Neste contexto, a União deve aplicar medidas no quadro deste domínio político, a fim de dar incentivos e prestar apoio às acções dos Estados-Membros que visem a promoção da integração de cidadãos de países terceiros nos seus territórios.

A integração bem sucedida dos imigrantes constitui assim uma questão de coesão social e um pré-requisito para a eficiência económica. O número de cidadãos de países terceiros residentes actualmente na UE ascende a 14,3 milhões, calculando-se o fluxo de entrada anual em 1,5 milhões de pessoas.

A intervenção financeira da UE deve procurar complementar e apoiar as acções dos Estados-Membros e assegurar a coordenação num domínio em que, pela sua natureza, as questões possuem um carácter transnacional.

Deve assegurar-se a participação de, pelo menos, 5% dos cidadãos de países terceiros com residência legal (10% através de impactos indirectos) em programas e acções, tais como o acesso aos serviços, a autonomia na vida social, a criação de redes e o intercâmbio de melhores práticas entre intervenientes. Outro objectivo específico no que diz respeito à integração seria a prestação de serviços específicos de integração a 20% dos cidadãos de países terceiros recém-chegados (cursos de orientação, cursos de línguas).

A criação de um instrumento comum para a repatriação de cidadãos de países terceiros residentes em situação ilegal ou de pessoas que tenham migrado de forma irregular para a UE, constituiria o complemento necessário de uma política de promoção da migração sustentável.

## (ii) Justiça/segurança

- Garantir a **segurança** através da prevenção e da luta contra o crime e o terrorismo continuará a constituir um desafio para a União. Entre as prioridades, destacam-se as seguintes medidas: uma acção de desenvolvimento e reforço da Europol e da academia europeia de polícia, para consolidar a cooperação e o intercâmbio entre os profissionais envolvidos, e uma maior ênfase nas actividades de prevenção da delinquência, nomeadamente, no que diz respeito a novas formas e novos meios da criminalidade grave e organizada, a fim de responder às necessidades em matéria de segurança como condição prévia para a sustentabilidade administrativa, social e económica das sociedades europeias. Eis alguns exemplos de acções a nível da UE:
  - Participação de 10% dos altos funcionários dos serviços policiais na formação prestada pela academia europeia de polícia, o que se repercutirá indirectamente em 60% dos funcionários dos serviços policiais na UE através de módulos de difusão ou de formação comum;
  - Aumento de 75% do volume de intercâmbios de informação pertinente entre as autoridades nacionais competentes para a aplicação da lei e a Europol até 2013.

- Ao garantir a segurança jurídica necessária para apoiar as transacções transfronteiriças e tratar os problemas jurídicos transfronteiriços que afectam situações pessoais e familiares, o **espaço efectivo de justiça** constitui um complemento natural da liberdade efectiva de circulação. É necessário tomar medidas para garantir o acesso a uma justiça eficaz e a estreita cooperação judicial, bem como abordagens comuns contra o crime que impeçam a existência de "portos de abrigo" para infractores. A unidade Eurojust será consolidada para reforçar a coordenação e a cooperação entre investigadores e delegados do ministério público competentes em matéria de luta contra as formas graves de criminalidade transfronteiriça.

## 2. Acesso a bens e serviços básicos

Os europeus também esperam ter acesso a níveis de bens e serviços de interesse geral associados ao modelo económico e social europeu.

- A protecção dos cidadãos contra riscos tão variados como as catástrofes naturais ou as crises sanitárias e ambientais constitui um domínio em que a União pode garantir valor acrescentado, sempre que as acções empreendidas pelos Estados-Membros não conseguem dar uma resposta efectiva a riscos que implicam consequências transnacionais ou quando a magnitude da crise em causa impõe uma solidariedade europeia.
  - O desenvolvimento deste domínio implica o reforço das normas de protecção e segurança para obter sistemas de energia e de transportes limpos, bem como a aplicação de normas ambientais para garantir que o enquadramento natural (ar, água, solo) não contenha substâncias perigosas para a saúde.
  - Os cidadãos esperam que a UE lhes assegure protecção contra catástrofes de grande amplitude. A médio prazo, cada vez serão maiores as solicitações para que a UE melhore a sua capacidade de resposta em situações de catástrofe que superem as capacidades nacionais e maximize a eficácia dos recursos disponíveis em todo o seu território.
  - Enquanto consumidores, os cidadãos dependem dos fornecedores e das entidades públicas para garantir a segurança dos bens e serviços oferecidos. Torna-se assim indispensável

veicular informação de melhor qualidade e mensagens mais claras para que os cidadãos possam tomar decisões fundamentadas no que diz respeito às suas aquisições e ao seu estilo de vida. Em conjunto com as entidades nacionais, a União deve comprometer-se a assegurar a segurança das mercadorias. Trata-se de um aspecto particularmente importante para a segurança, a qualidade e o valor nutritivo do aprovisionamento alimentar; são igualmente importantes as garantias relativas ao seu modo de produção e a exactidão da informação fornecida aos cidadãos sobre os alimentos que adquirem ou consomem.

- No entanto, a saúde também gera riqueza. A melhoria da saúde impulsiona o progresso, confere uma autonomia acrescida aos cidadãos no contexto de uma vida mais longa, de maior qualidade e mais produtiva e constitui uma condição prévia para a prosperidade económica. Enquanto indivíduos, os cidadãos esperam receber informação e aconselhamento fidedignos sobre as suas opções fundamentais em matéria de saúde. A União pode contribuir para auxiliar as entidades nacionais a dar aos cidadãos os meios necessários para melhorar a sua saúde e facilitar o acesso transfronteiriço dos doentes aos serviços de saúde. Num mundo moderno, onde o transporte e o comércio são frequentes e se realizam à escala mundial, as crises sanitárias propagam-se rapidamente através das fronteiras e exigem uma acção conjunta à escala da UE.
- Além disso, num modelo europeu de sociedade, os cidadãos esperam ter acesso a um nível adequado de serviços básicos de interesse geral, tais como a saúde e a educação, o aprovisionamento de energia, os transportes, as telecomunicações ou os serviços postais. Para tal, poderá ser necessário um quadro comum, concebido para dar aos Estados-Membros as garantias que os auxiliem a tomar as opções políticas adequadas.

### **3. Para uma cidadania efectiva: fomentar a cultura e a diversidade europeias**

A UE vai, dentro em breve, conhecer o alargamento mais significativo da sua história. A imigração já aumentou a diversidade cul-

tural da União e as tendências demográficas parecem indicar que este fenómeno se manterá. A futura União caracterizar-se-á, assim, por uma imensa diversidade social e cultural. O conhecimento mútuo e a compreensão entre os cidadãos são essenciais. Os cidadãos europeus devem conhecer e poder experimentar o que possuem em comum.

O quadro para o diálogo e o intercâmbio entre cidadãos dos Estados-Membros e para a promoção da compreensão mútua e da partilha da identidade europeia, bem como para a realização de acções de promoção da cidadania europeia visa complementar as acções dos Estados-Membros e fomentar a diversidade cultural numa União de vinte cinco Estados-Membros e numerosas minorias.

Este quadro implica a prestação de apoio à cooperação cultural na Europa e à supressão dos obstáculos que se colocam aos intercâmbios transfronteiriços e às estruturas na indústria audiovisual europeia, bem como a promoção dos intercâmbios de jovens, do serviço voluntário e da aprendizagem informal e ainda tanto a aprendizagem de línguas como a formação de profissionais dos domínios linguísticos. É sobretudo através da participação dos jovens que a Europa garantirá o seu futuro.

Entre outros exemplos, destacam-se os seguintes:

- Os obstáculos à cooperação cultural a nível da UE - por exemplo, através da circulação de obras de arte e de artistas, ou da criação de redes de museus, de óperas ou de outras instituições culturais - resultam da fragmentação entre Estados-Membros.
- A situação é semelhante no que diz respeito à circulação de filmes e de programas de televisão europeus: em virtude das especificidades linguísticas, culturais e sociais, a indústria audiovisual europeia assenta ainda em grande parte numa estrutura nacional e orienta-se fundamentalmente para os mercados nacionais.

Neste contexto, poderão visar-se os seguintes objectivos:

Aumentar consideravelmente o número de iniciativas dos cidadãos para o diálogo e o intercâmbio interculturais, bem como o número de projectos de cooperação transnacionais, com a instituição em rede de 1.500 instituições culturais que alcancem milhões de cidadãos por ano.

Aumentar a percentagem actual de filmes europeus distribuídos fora do seu país de origem de 11% para 20% do mercado em 2013, duplicar o número de salas de cinema com programação de filmes europeus até 2010 e formar 35.000 profissionais do sector audiovisual até 2013.

Executar 40.000 projectos com jovens (por exemplo, intercâmbios de jovens) e 5.000 projectos (formação, informação e intercâmbio de boas práticas) para animadores de juventude durante a vigência do programa e alargar a 10.000 voluntários a participação anual no serviço voluntário europeu.

O resultado contribuirá consideravelmente para a concretização do objectivo da UE de alcançar a unidade na diversidade.

Tendo em conta o acima exposto, apresenta se, em seguida, um quadro financeiro da parte 4:

DOTAÇÕES DE AUTORIZAÇÃO	2006 (a)	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
3. Cidadania, liberdade, segurança e justiça	1.381	1.630	2.015	2.330	2.645	2.970	3.295	3.620

### C. A UE enquanto parceiro mundial

Com mais de 450 milhões de habitantes e um quarto da produção mundial, a União de 25 – e em breve 27 – membros deveria exercer uma influência considerável sobre as escolhas políticas e económicas a longo prazo que determinam a prosperidade e a estabilidade na Europa e no resto do mundo, que, por seu turno, influenciam o bem-estar e a segurança dos europeus.

Há, contudo, uma disparidade entre o seu peso económico e a sua influência política. Embora a União não seja um Estado, relações externas coerentes podem aumentar a sua influência para além daquilo que os Estados-Membros podem alcançar separadamente ou mesmo com linhas de acção paralelas.

A União desenvolveu um vasto, embora incompleto, espectro de instrumentos em matéria de relações externas, nomeadamente a política comercial comum, a cooperação ao abrigo de acordos bilaterais e multilaterais, a cooperação para o desenvolvimento, a ajuda humanitária e a assistência financeira bem como os aspectos externos das

políticas internas (energia, ambiente, transportes, justiça e assuntos internos, etc.).

A acção externa da União Europeia, que inclui a política externa e de segurança comum, a política comercial comum e a cooperação com países terceiros, fornece um quadro para integrar todos os instrumentos da UE – tendo em mente o seu carácter institucional e operacional específico – e desenvolver gradualmente um conjunto de acções comuns baseadas em posições comuns no domínio mais vasto das relações políticas, incluindo a segurança.

O alargamento dará à UE ainda maiores responsabilidades, enquanto líder regional e parceiro mundial. Deveria, por conseguinte, reforçar a sua capacidade de promover os direitos humanos, a democracia e o Estado de direito bem como sua capacidade para se concentrar na luta contra a pobreza, tanto na sua vizinhança como através das suas políticas multilaterais e bilaterais que visam, essencialmente, o desenvolvimento sustentável e a estabilidade política.

Desse modo, a UE alcançará uma verdadeira coerência entre a sua agenda interna e a sua agenda externa, contribuindo assim para a segurança e a prosperidade à escala mundial.

## 1. A UE e a sua política de vizinhança

O papel da UE como líder regional é crucial, não apenas para si própria e a sua vizinhança, mas também como um trampolim para contribuir para a sustentabilidade e a estabilidade à escala mundial. Baseando-se nos elementos bem sucedidos de anteriores alargamentos, a UE alargada irá estabilizar o conjunto dos países vizinhos e apoiar o seu desenvolvimento através de uma cooperação estreita e de um nível de integração tão profundo quanto adequado para responder às necessidades e possibilidades dos países candidatos e pré-candidatos, bem como dos seus vizinhos imediatos. A liberalização do comércio e dos investimentos, a promoção de um grau apropriado de convergência regulamentar e a extensão a esses países das redes de transporte, de energia e de comunicação da União irão apoiar as suas estratégias de desenvolvimento internas que permanecem a chave do sucesso. Uma cooperação reforçada no sector da educação e formação, que é já um dos frutos da política de vizinhança da UE, será essencial para apoiar esta integração. Políticas adoptadas de comum acordo em matéria de imigração irão assentar, por um lado, na criação

de empregos nos países de emigração e, por outro, na integração dos migrantes legais na UE alargada. Por outras palavras, este círculo de estabilidade é sinónimo de espaço comum, de uma comunidade de "tudo, à excepção das instituições".

A segurança ambiental e nuclear e a segurança energética são também questões importantes para a UE nas suas relações com os vizinhos. A imigração ilegal, a criminalidade organizada, o tráfico de vários tipos, o terrorismo e as doenças transmissíveis são igualmente ameaças sérias que apelam a acções concertadas com estes países. Expandir as quatro liberdades do mercado único na região, intensificando ao mesmo tempo a segurança, exige um grau elevado de cooperação e integração.

Para além dos interesses específicos que unem os Estados-Membros limítrofes dos vizinhos da UE a Norte e a Sul, a União tem um interesse comum em consolidar a democracia e o Estado de direito e em incentivar vigorosamente as reformas económicas e a integração na área formada pela UE com a Rússia e seus vizinhos, os Balcãs e o Mediterrâneo até ao Golfo Pérsico. Estender a toda a região os benefícios de um comércio intensivo e equilibrado com a UE de 25 membros mediante a integração destes países num espaço fundado em valores comuns e num grande mercado estruturado por redes interconectadas e por regras e padrões comuns é um enorme desafio. Os desvios crescentes a nível de rendimento e as diferentes experiências históricas criaram uma distância considerável entre a UE e os seus vizinhos, distância que deve ser reduzida por esforços comuns durante um longo período.

Os seus parceiros a leste e a sul já não podem diferir as reformas políticas e económicas das quais depende a industrialização/reindustrialização e o desenvolvimento dos serviços que permitem criar os milhões de empregos necessários para melhorar as condições de vida e responder às frustrações dos jovens. Tendo em mente os critérios de Copenhaga como referência, as condições ligadas à cooperação e auxílio da UE e a lealdade dos Estados-Membros para com a UE nas relações bilaterais com estes países são importantes para que as coisas caminhem na boa direcção.

Na sua vizinhança e para além, a UE não se pode, porém, limitar à esfera económica e política; cada vez mais tem igualmente de estar em condições de garantir a estabilidade, impedir conflitos e gerir crises à sua porta, em último extremo pelo recurso à força a coberto de um mandato das Nações Unidas.

## 2. A UE enquanto parceiro de desenvolvimento sustentável

A principal contribuição que a UE, nesta fase da sua integração, pode fazer no momento para a segurança mundial é trabalhar activamente para o desenvolvimento sustentável através da governança mundial e das suas relações bilaterais.

Como actor económico mundial, a UE pode tornar a governança mundial mais eficaz ao generalizar o desenvolvimento sustentável à escala planetária através de uma combinação de cooperação internacional e de boas políticas internas. A cooperação com os países em vias de desenvolvimento irá centrar-se na erradicação da pobreza, e – coerente com os compromissos assumidos a nível multilateral – a UE pode e deveria dar uma contribuição forte e coerente para progredir na realização dos objectivos de desenvolvimento do milénio, definidos em 2000 na Assembleia Geral das Nações Unidas. Uma política de desenvolvimento comum centrada na luta contra a pobreza forneceria o quadro apropriado.

A UE alargada, que já é um poder comercial de primeira ordem, o maior doador de ajuda a nível mundial e um parceiro activo na negociação das normas multilaterais, verá o seu papel consideravelmente reforçado e a sua influência ainda mais acrescida nos três pilares do sistema de governança económica – comércio, finanças e estabelecimento de normas – quando assegurar uma representação externa única em todo o lado.

Promovendo posições comuns acordadas por maioria qualificada, imprimirá uma orientação às negociações multilaterais e inculcará uma coerência – bem necessária – no sistema de governança.

Mas a coesão da Europa alargada e a coerência da sua acção em assuntos económicos mundiais assentarão, eventualmente, num forte consenso no seio da UE quanto a um modelo de desenvolvimento europeu, compatível com mercados abertos e competitivos.

O poder multiplicador da assistência financeira da UE e das preferências comerciais bilaterais seria aumentado consideravelmente por uma tal presença unificada no seio dos órgãos de governança económica multilateral, como o Banco Mundial, o FMI e as agências económicas da ONU; em especial, o valor de cada euro gasto nesse novo contexto aumentaria substancialmente.

### 3. A UE enquanto actor mundial

A União deveria desempenhar plenamente o seu papel em matéria de governança política mundial em apoio de um multilateralismo eficaz. Deveria também contribuir para a segurança estratégica tal como definida na Estratégia europeia de segurança adoptada pelo Conselho Europeu em Dezembro de 2003. Esta refere-se à protecção contra as ameaças bem como à segurança civil e à protecção das populações dentro e fora da Europa.

*Segurança estratégica:* face às ameaças fundamentais – terrorismo, proliferação de armas de destruição maciça e estados em deliquescência, conflitos internos e regionais –, a UE tem de operar na sua região, a nível da ordem internacional e a nível de uma acção de primeira linha além-fronteiras (por exemplo, através de operações de gestão de crises. Estas operações requerem combinações apropriadas de meios civis e militares).

*Segurança civil:* no mundo de hoje, caracterizado pela abertura e a instabilidade, as populações civis estão cada vez mais expostas a riscos como conflitos, catástrofes nacionais e pandemias. A UE, como continente sem fronteiras, presta-se às consequências de tais riscos e ameaças. Coerente com o seu papel de parceiro de primeiro plano na promoção do desenvolvimento sustentável, dos valores humanos e da governança mundial, a União deve igualmente tomar medidas externas apropriadas e apoiar eficazmente os esforços internacionais, que afectam não só a segurança física das populações civis e o seu potencial de desenvolvimento mas também a segurança e estabilidade globais.

Para aumentar as capacidades da UE a esse respeito, há que envidar mais esforços para aumentar os recursos disponíveis e pô-los em comum de uma forma mais eficaz. Para reforçar as capacidades militares, é necessária uma investigação acrescida em matéria de segurança e um reforço da gestão civil de crises, das capacidades diplomáticas e de informação.

#### *O valor acrescentado da assistência da UE*

A vantagem comparativa de uma abordagem da UE relativamente às crises externas é bem ilustrada pelos casos dos Balcãs Ocidentais, do Afeganistão e de Timor Leste.

Nos Balcãs Ocidentais, a assistência da UE contribuiu para apoiar a política de proximidade que é o processo de estabilização e de associação. Devido à importância dos fundos concedidos à região e à natureza da assistência, destinada largamente a medidas de estabilização democrática (regresso de refugiados, criação de instituições, direitos humanos e Estado de direito), a UE teve um impacto que a acção combinada dos programas bilaterais dos Estados-Membros tomados individualmente não teria certamente atingido.

A assistência da Comunidade ao Afeganistão demonstra um nível de coerência que não poderia ser alcançado mesmo através da coordenação óptima de programas nacionais individuais. Em 2001, a Comunidade assumiu um único compromisso importante por cinco anos. As condições deste compromisso de longa duração foram expostas globalmente num documento de estratégia nacional e um exame anual fornece a flexibilidade que permite adaptar a assistência oferecida à situação no terreno.

O esforço da Comunidade em Timor Leste contribuiu, concretamente, para a emergência do país ao longo dos primeiros difíceis anos de independência.

#### 4. A combinação de políticas

A evolução para uma política de cooperação e de assistência comum exige uma melhoria da **combinação de políticas** (policy mix) para melhorar a coerência nas relações bilaterais ou nas instituições internacionais, concebendo, para cada país, região ou instituição parceiro, uma combinação de políticas apropriada de acordo com as nossas prioridades, necessidades dos parceiros ou desafios mundiais, e traduzindo-a na mais eficiente combinação de instrumentos.

Para os países vizinhos, a combinação de políticas irá centrar-se principalmente na partilha da estabilidade e prosperidade e terá em consideração o importante impacto das políticas internas da UE. Para os outros países, a combinação de políticas irá depender, *inter alia*, de uma avaliação dos interesses da União e dos nossos parceiros, bem como da situação geopolítica.

A instauração de um quadro político único e de uma programação única por país parceiro e por política temática, conducente à

implementação coordenada e co-financiada, deveria preparar o caminho para acções complementares eficazes entre a União e os Estados-Membros: uma política comum de desenvolvimento forneceria o quadro apropriado.

Tendo em conta o acima exposto, apresenta se, em seguida, um quadro financeiro da parte 5:

DOTAÇÕES DE AUTORIZAÇÃO	2006 (a)	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
4. A UE enquanto parceiro mundial	11.232	11.400	12.175	12.945	13.720	14.495	15.115	15.740

## II. ADAPTAR OS RECURSOS AOS OBJECTIVOS

Um bom planeamento financeiro significa adaptar os recursos às necessidades. Como os recursos financeiros são limitados, as decisões financeiras incidem essencialmente sobre as escolhas a fazer e as prioridades a fixar.

A presente comunicação procurou explicar como podem ser alcançados os objectivos da União. Expôs um projecto político baseado no conceito-chave de desenvolvimento sustentável: desenvolver os recursos naturais da União, aumentar a competitividade e a solidariedade, propiciar mais segurança e prosperidade aos europeus em toda a União.

Para transformar as nossas prioridades em acções e as nossas declarações em actos, há que agir tanto a nível nacional como a nível da União. Nem um nem outro estão equipados para fornecer todas as respostas. Mas, para poder dar o seu contributo, a União precisa de um orçamento adequado.

Num período de forte pressão nas finanças públicas a nível nacional, justifica-se plenamente exigir à União que aplique rigor e contenção no seu financiamento. Mas é uma ilusão crer que o corte nas despesas a nível da UE garante uma optimização dos recursos: cada euro gasto proveniente do orçamento da União pode dar origem a vários euros a nível nacional, como o já mostrou a política de coesão (ver secção A.2).

A evolução do orçamento comunitário nos últimos anos mostra que a União tem vindo a conter as suas despesas. Mas o desvio entre

o que se exige da União e os recursos à sua disposição tornou-se demasiado grande. Impor à União uma série de objectivos e recusar-lhe depois os recursos requeridos seria condená-la às críticas justificadas dos cidadãos que se vêm defraudados nas suas legítimas expectativas.

### 1. A herança das autorizações existentes

Em 2006, o tecto das dotações de autorização das perspectivas financeiras actuais para uma União de 25 membros representará 1,11% do rendimento nacional bruto (RNB) da UE. As autorizações ao abrigo do 9º FED acresceriam, em média, 0,03 % do RNB.

A evolução das despesas para o período 2007-2013 já está, em parte, determinada por algumas decisões e pelas premissas do exercício:

- O Conselho Europeu aprovou as despesas ligadas ao mercado e os pagamentos directos na agricultura até 2013.
- As políticas de coesão nos dez novos Estados-Membros, cujo nível de prosperidade é significativamente inferior à UE-15, irá requerer despesas acrescidas.
- Acolher dois novos Estados-Membros adicionais com uma grande actividade agrícola e um rendimento *per capita* significativamente inferior irá aumentar claramente as despesas com base no acervo.
- Muitas políticas da UE – como o mercado interno, a política de concorrência, as alfândegas, as estatísticas, os transportes, a segurança nuclear, o audiovisual, a política de juventude, da cultura e da informação – têm, no plano dos recursos, consequências directamente derivadas dos Tratados e da legislação da União Europeia.

Convém igualmente assinalar que uma outra mudança relevante seria a “orçamentação” do FED para reforçar a coerência e a eficácia da política de desenvolvimento da União.

Estes compromissos não podem ser ignorados. Também não podemos negligenciar a necessidade premente de injectar um certo apoio financeiro para apoiar a competitividade para o crescimento e o emprego, desenvolver o domínio da cidadania, liberdade, segurança e justiça, ou fazer da UE um verdadeiro parceiro mundial.

Um tecto de aproximadamente 1% do RNB não seria suficiente para satisfazer os compromissos assumidos pelo Conselho Europeu em matéria de pagamentos agrícolas, ameaçaria a integração progressiva da política de coesão nos dez novos Estados-Membros e comprometeria os níveis existentes nas outras políticas, para não falar da implementação das novas prioridades. Com um tal cenário, a UE teria de:

- reduzir os seus esforços em termos de ajuda externa,
- reduzir o apoio ao desenvolvimento rural, um dos objectivos-chave de reforma da PAC,
- renunciar aos compromissos e promessas feitas a nível internacional,
- diminuir drasticamente o apoio de coesão dado aos actuais Estados-Membros, face aos grandes problemas de atraso de desenvolvimento, de desemprego e de exclusão social,
- abandonar os compromissos já assumidos, as suas novas missões em matéria de política de vizinhança, de justiça e de segurança, e comprometer o próximo alargamento.

De outro modo seriam necessários cortes a todos os níveis, haveria que reabrir acordos existentes, incluindo os montantes decididos no Conselho Europeu de Bruxelas de Outubro de 2002 e, em especial, a reorientação da PAC para o desenvolvimento rural.

Em suma, isso significaria que a União renuncia a essas tarefas.

## **2. As novas exigências financeiras**

A importância dos desafios acima identificados exigiria um aumento muito substancial das capacidades de financiamento a nível da UE. Mas, se se mantiverem os tectos actuais, eles poderiam ser enfrentados combinando deslocamentos no equilíbrio entre diferentes prioridades de despesas, um cálculo cuidadoso dos custos e apenas aumentos limitados no volume actual do orçamento. Na disciplina orçamental actual, é possível estabelecer um plano credível para responder às necessidades da União, representado pelo tecto dos recursos próprios de 1,24% do RNB.

Este quadro permitiria:

- integrar progressiva e inteiramente os novos Estados-Membros a nível da agricultura, pescas e gestão de outros recursos ambientais e da implementação da reforma da PAC e da PCP;

- dinamizar a competitividade para o crescimento e o emprego, cobrindo a investigação, a educação e formação e as redes da UE;
- dispor dos recursos exigidos para satisfazer os compromissos assumidos em matéria de solidariedade e concentrar-se mais no crescimento e emprego pós-alargamento;
- empreender novas acções no domínio da cidadania, da liberdade, da segurança e da justiça;
- à UE tornar-se um vizinho eficaz e um parceiro mundial mais forte para apoiar os objectivos de desenvolvimento do milénio.

O resultado respeitaria um tecto de 1,24% do RNB, mas um equilíbrio do orçamento daria espaço para as novas prioridades. Uma proporção significativa dos recursos da UE seria consagrada a objectivos como a competitividade para o crescimento e o emprego (16%) e a Europa enquanto parceiro mundial (7%).

Seria mantido o limite de 4% para as transferências financeiras para a política de coesão, e os montantes transferidos para os novos instrumentos de desenvolvimento rural e das pescas seriam incluídos no cálculo.

O Fundo Europeu de Desenvolvimento seria integrado no orçamento da União Europeia. Presentemente, representa 0,03% do RNB.

Para otimizar a utilização das despesas e desenvolver mecanismos de execução mais eficazes, os recursos seriam, portanto, integrados progressivamente ao longo do período, como é normalmente o caso<sup>1</sup>.

Este limiar é um compromisso entre as necessidades e a estabilidade orçamental. É insuficiente para satisfazer plenamente as necessidades repetidamente expressas e a capacidade de a União responder a essas necessidades. Está previsto aumentar o investimento público em investigação nos Estados-Membros para 0,88% do PIB até 2010, ou seja, abaixo do objectivo de 1% acordado para a parte das despesas públicas no objectivo de 3%. O desvio de 0,12%, a suportar pelo orçamento da União, só é parcialmente coberto no cenário actual. De igual modo, a UE poderia contribuir mais para os 600 mil milhões de euros necessários para construir as redes transeuropeias, ou estender

---

<sup>1</sup> As dotações de autorização seriam em média de 1,22% durante o período. Os pagamentos seriam em média de 1,14% (incluindo o FED).

os programas de mobilidade em matéria de educação para uma percentagem mais importante da população estudantil e universitária. A União poderia então responsabilizar-se por uma parte dos compromissos assumidos pelos Estados-Membros em Monterrey. Finalmente, poderia ser previsto um montante na ordem dos 3 mil milhões de euros para a investigação em matéria de segurança. Em todas estas áreas, a acção da União poderia oferecer benefícios reais e aliviar a carga dos orçamentos nacionais: um quadro alternativo de 1,30% permitiria à União responder melhor a essas necessidades e, contudo, permanecer moderado.

O quadro a seguir ilustra o enquadramento financeiro descrito supra.

## PANORÁMICA GERAL DO NOVO QUADRO FINANCEIRO 2007-2013

Médias da 5.ª despesa de 2004		2006 (a)	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013																																								
<b>DOTAÇÕES DE AUTORIZAÇÃO</b>																																																	
1. Crescimento sustentável																																																	
1a. Competitividade para o crescimento e o emprego																																																	
1b. Coesão para o crescimento e o emprego (b)																																																	
2. Gestão sustentável e protecção dos recursos naturais																																																	
2a. Qualidade - Despesas ligadas ao mercado e pagamentos directos aos quais: Agricultura, Pesca, Desenvolvimento Regional, Energia, Transportes, Turismo, Juventude, Segurança e Justiça																																																	
3. Ciência, Inovação, Segurança e Justiça																																																	
4. A UE enquanto parceiro mundial (c)																																																	
5. Administração (d)																																																	
<b>Compensações</b>																																																	
Total dotações para autorizações																																																	
Total dotações para pagamentos (D)(C)																																																	
Dotações de pagamento em percentagem do RNB																																																	
Margem disponível																																																	
Tecto de recursos próprios em percentagem do RNB																																																	
<table border="1"> <tr> <td>114.740</td> <td>124.660</td> <td>136.590</td> <td>127.700</td> <td>126.000</td> <td>132.400</td> <td>138.400</td> <td>143.100</td> <td>140.100</td> <td>Nada</td> </tr> <tr> <td>1,06%</td> <td>1,15%</td> <td>1,23%</td> <td>1,12%</td> <td>1,08%</td> <td>1,11%</td> <td>1,14%</td> <td>1,15%</td> <td>1,15%</td> <td>1,14%</td> </tr> <tr> <td>0,10%</td> <td>0,09%</td> <td>0,07%</td> <td>0,12%</td> <td>0,16%</td> <td>0,13%</td> <td>0,10%</td> <td>0,09%</td> <td>0,10%</td> <td>0,10%</td> </tr> <tr> <td>1,24%</td> </tr> </table>										114.740	124.660	136.590	127.700	126.000	132.400	138.400	143.100	140.100	Nada	1,06%	1,15%	1,23%	1,12%	1,08%	1,11%	1,14%	1,15%	1,15%	1,14%	0,10%	0,09%	0,07%	0,12%	0,16%	0,13%	0,10%	0,09%	0,10%	0,10%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%
114.740	124.660	136.590	127.700	126.000	132.400	138.400	143.100	140.100	Nada																																								
1,06%	1,15%	1,23%	1,12%	1,08%	1,11%	1,14%	1,15%	1,15%	1,14%																																								
0,10%	0,09%	0,07%	0,12%	0,16%	0,13%	0,10%	0,09%	0,10%	0,10%																																								
1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%																																								

(a) As despesas de 2006 no âmbito das actuais perspectivas financeiras foram discriminadas de acordo com a nova nomenclatura proposta para referência e para facilitar as compensações. Inclui as despesas para o Fundo de Solidariedade (em milhões de euros em 2004 a preços correntes) a partir de 2006. No entanto, os pagamentos correspondentes são calculados apenas a partir de 2007.

(b) Parte do princípio que a integração da FED no orçamento da UE terá efeito em 2008. As autorizações para 2008 e 2007 são incluídas apenas para efeitos de comparação. Os pagamentos relativos a autorizações anteriores a 2008 não são tidos em conta nos números relativos ao pagamento.

(c) Inclui as despesas administrativas para outras instituições que não a Comissão, parâmetros e escolas europeias. As despesas administrativas da Comissão estão integradas nos primeiros quatro rubricos de despesas.

### III. ASSEGURAR A REALIZAÇÃO DOS OBJECTIVOS: INSTRUMENTOS E GOVERNANÇA

O sucesso das políticas assenta na eficiência dos instrumentos de execução e, mais em geral, no sistema apropriado de governança económica. Isso implica uma repartição adequada de tarefas entre a União e os Estados-Membros, uma focalização e coerência adequadas dos objectivos partilhados, um consenso e uma parceria entre os actores envolvidos, bem como uma análise dos instrumentos de execução em termos de coerência e simplicidade.

Para esse efeito, os princípios orientadores são:

- **Concentração dos recursos comunitários** em algumas poucas iniciativas importantes: uma maior transparência financeira, possibilidade de melhorar a qualidade e a eficácia das despesas e de avaliar melhor o valor acrescentado da Comunidade.
- **Coerência entre os diferentes objectivos, metas e instrumentos estratégicos.**
- **Parceria com todos os actores envolvidos, sobretudo entre a União e os Estados-Membros em causa.**

Para otimizar o desempenho, é necessária não só uma cooperação e uma parceria reforçadas, mas também **instrumentos simplificados, em substituição da actual variedade de poderes de decisão e de instrumentos políticos complexos, desde a escala local e regional até ao nível nacional e comunitário.**

À luz do que foi dito supra, são dois os principais elementos constitutivos:

- um roteiro
- uma simplificação dos instrumentos de gestão das despesas.

#### A. Um roteiro

Um roteiro deveria reunir as metas, objectivos, instrumentos e indicadores, bem como um estrito calendário para avaliar se os critérios de referência acordados foram alcançados, e deveria ser orientado para o objectivo último de um desenvolvimento sustentável baseado numa interacção harmoniosa entre o crescimento, a coesão e o ambiente.

Como explicado supra, os **objectivos estratégicos** (por exemplo, intensificar os esforços europeus em matéria de investigação e de *desenvolvimento tecnológico*) são articulados em torno de um número restrito de **objectivos específicos** (por exemplo, o estabelecimento de um sistema de subvenções para equipas de investigação individuais) e, se necessário, de outras **acções** (por exemplo, projectos específicos ligados à nano tecnologia).

Os **instrumentos** de implementação (legislação, coordenação, despesas) deveriam ser definidos conjuntamente com os **indicadores de progresso** e um número suficiente de **incentivos** para garantir o resultado positivo.

No que respeita aos **objectivos estratégicos de desenvolvimento sustentável**, tal como estabelecidos no processo de Lisboa, é claro que devem ser prosseguidos através de acções tanto a nível dos Estados-Membros como a nível da União.

Por conseguinte, o roteiro deveria ser um programa comum de acções envolvendo o financiamento a nível nacional e da União. Deveria ser lançado um processo – em parceria com os Estados-Membros – para complementar as prioridades e objectivos sugeridos com um plano de acção e um calendário detalhados no que respeita à utilização dos instrumentos políticos e com um mecanismo para um controlo eficaz da fase de implementação. O processo sugerido deveria ser capaz de assegurar um empenho total de todas as partes implicadas na realização dos objectivos acordados. Poderia servir de base para a preparação do balanço intercalar da estratégia de Lisboa.

*Actualmente, o desempenho da União e dos seus Estados-Membros é avaliado, cada ano, no contexto do ciclo do Conselho Europeu da Primavera. Para permitir ao Conselho Europeu fornecer orientações, a Comissão já reagrupou as suas contribuições sectoriais num documento único (o relatório de síntese da Primavera) e racionalizou o processo conducente às Orientações Gerais para as Políticas Económicas e às Orientações para o Emprego.*

Este exercício poderia ser ainda melhorado e tornado mais eficaz do seguinte modo:

- definindo uma interacção melhor e mais visível entre as acções e os meios orçamentais implementados a nível dos Estados-Membros e da União,
- avaliando nesse contexto:
  - a contribuição dos orçamentos dos Estados-Membros e do orçamento da UE com vista à realização dos objectivos

políticos e das recomendações fixados nas Orientações Gerais para as Políticas Económicas e nas Orientações para o Emprego e na estratégia de Lisboa em geral,

- o desempenho da acção efectuada a nível da União, a fim de activar/orientar a utilização do fundo de ajustamento ao crescimento (ver infra, ponto IV.C). Isso permitiria à União ajustar as prioridades/responder às novas necessidades e apoiá-las por recursos orçamentais.

Esta abordagem contribuirá também concretamente para o sistema de governança económica da União, tendo plenamente em conta o impacto das acções necessárias para alcançar os objectivos comuns. Oferecerá uma maior coerência entre a política de coesão e as Orientações Gerais para as Políticas Económicas e as Orientações para o Emprego, integrando-se assim melhor na agenda europeia para o crescimento sustentável.

### **B. Simplificar os instrumentos para melhorar a execução**

Os instrumentos de que a União dispõe para promover os seus objectivos políticos incluem a regulamentação, a coordenação e o apoio orçamental. A parte relativa das despesas da União e dos Estados-Membros não é a mesma em cada área política. Representa a grande maioria da ajuda financeira concedida a um sector (por exemplo, a agricultura) ou uma parte significativa dos recursos atribuídos a um certo objectivo (por exemplo, a coesão nas regiões em atraso de desenvolvimento). Noutros domínios, as despesas da União Europeia são geralmente mais limitadas em comparação com os recursos fornecidos pelos Estados-Membros: em tais casos, o seu papel é sobretudo servir de catalisador.

Em função do papel diferente das despesas entre os outros instrumentos que apoiam a política em questão, podem ser previstas diferentes modalidades em termos de mecanismos de selecção das acções a financiar, afectação de recursos, instrumentos orçamentais e gestão dos projectos.

No entanto, três considerações são aplicáveis a todos os níveis no que respeita à concepção e implementação dos programas de despesas da União:

- A escolha dos instrumentos orçamentais deve reflectir os critérios de simplicidade e coerência. Na medida do possível, há que simplificar a estrutura orçamental, evitar a duplicação de instrumentos e fornecer aos beneficiários e às autoridades que gerem os parceiros um 'balcão único';
- Mantendo o dever político de definir os objectivos estratégicos e os quadros dos programas de despesas, a Comissão limitará o número de casos em que conserva a responsabilidade directa pela sua implementação e gestão;
- A proporcionalidade deve ser mantida entre o montante de recursos e a carga administrativa ligada à sua utilização.

Tendo em conta o que precede, a Comissão aplicará os seguintes princípios:

- **Um instrumento por domínio político, um fundo por programa.** Os instrumentos de financiamento da UE serão, na medida do possível, consolidados e racionalizados de modo a que **cada domínio político** responsável pelas despesas operacionais tenha um **único instrumento de financiamento** cobrindo a totalidade das suas intervenções. As pequenas rubricas orçamentais serão consolidadas em secções do instrumento único de financiamento, mesmo que um instrumento precise de mais de uma base jurídica.
- **A Comissão estudará alternativas a uma gestão directa interna.** Uma avaliação caso a caso da eficácia das políticas e dos custos deveria determinar que acções deveriam ser: (a) geridas directamente pelos departamentos principais tradicionais; (b) geridas através de gabinetes ou agências executivas<sup>2</sup>, ambos sob o controlo da Comissão; (c) externalizadas a agências "clássicas" a nível da UE, funcionalmente independentes da Comissão; ou (d) geridas de maneira descentralizada em parceria com os Estados-Membros e/ou as regiões.

A Comissão definiu uma abordagem total em matéria de governança administrativa, que permitirá racionalizar e seleccionar o mecanismo de execução mais apropriado e rentável. A implementação plena

<sup>2</sup> Regulamento (CE) do Conselho n.º 58/2003, de 19 de Dezembro de 2002, JO L 11 de 16.1.2003, p. 1.

desta abordagem, que é resumida no Anexo 1, oferece o potencial para benefícios em termos de desempenho melhorado e eficiência acrescida, assim como uma abordagem mais coerente para realizar com sucesso as tarefas de natureza executiva.

A Comissão fará propostas detalhadas de simplificação nos próximos meses com base nos princípios supra. Alguns exemplos podem ser destacados já para as políticas internas e externas:

**(i) Políticas internas**

- A próxima geração de programas relativos à política de coesão deveria ser organizada de modo a que cada programa individual seja financiado por um único fundo, o FEDER ou o FSE. Nos Estados-Membros cobertos pelo Fundo de coesão, a simplificação e a coerência seriam aumentadas programando as intervenções no mesmo quadro das apoiadas pelo FEDER.
- Todas as medidas de desenvolvimento rural serão reagrupadas para todas as regiões (incluindo os Estados-Membros e as regiões menos desenvolvidos) sob um sistema único de financiamento, de gestão financeira e de controlo, com o mesmo grau de concentração como é actualmente o caso para as regiões cobertas por programas de convergência.
- Um novo instrumento financeiro para o ambiente substituiria os actuais programas de financiamento em matéria de ambiente.

**(ii) No domínio das relações externas,** será proposta uma arquitectura simplificada, baseada em seis instrumentos, em substituição dos instrumentos actuais em número superior a cem.

- Dois novos instrumentos (que se poderiam fundir numa fase posterior) irão cobrir duas funções fundamentais: cooperação e desenvolvimento económico, por um lado, e paz e segurança, por outro. Isso deveria substituir a pletora actual de instrumentos assentes numa base geográfica ou temática e incluir a integração do Fundo Europeu de Desenvolvimento no orçamento da UE.
- Um instrumento específico para a ajuda humanitária deveria ser mantido.
- Será introduzido um novo instrumento (unificado) de pré-adesão em substituição de PHARE, ISPA e SAPARD <sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Nesse contexto, serão tidas em conta as exigências das políticas comunitárias que os países de adesão, têm de implementar.

- É necessário um novo instrumento de vizinhança distinto, destinado à cooperação transfronteiriça entre a União alargada e os países vizinhos.
- A assistência macro financeira permaneceria inalterada.

#### *Criar um novo instrumento de vizinhança*

É do interesse da UE no seu conjunto evitar a emergência de novas linhas de fractura nas suas fronteiras externas e na proximidade das mesmas e promover estabilidade e prosperidade para além dessas fronteiras externas. Um esforço conjunto e unido da UE é vital para alcançar este objectivo ambicioso. Os Estados-Membros não estão bem equipados para enfrentar este desafio numa base individual. O novo instrumento de vizinhança proposto pela Comissão centrar-se-á, nomeadamente, na promoção do desenvolvimento económico e social sustentável destas regiões fronteiriças, assegurando o bom funcionamento e uma gestão segura das futuras fronteiras externas, enfrentando os desafios comuns da UE e dos seus vizinhos, como o ambiente, a saúde pública, e a prevenção e luta contra a criminalidade organizada, e prosseguindo a cooperação *pessoa a pessoa* entre os Estados-Membros da UE e os seus vizinhos.

A componente transfronteiriça do novo instrumento de vizinhança seria implementada o mais simplesmente possível através de um instrumento jurídico único, assente nos princípios dos actuais programas transfronteiriços europeus: a parceria, a programação e o co-financiamento plurianuais.

#### **IV. O NOVO QUADRO FINANCEIRO (2007-2013)**

##### **A. Cobrir um período adequado**

O período coberto pelo novo quadro financeiro deve ser suficientemente longo para fornecer uma cobertura coerente, em limites orçamentais razoáveis, com vista à introdução progressiva total das políticas comunitárias reformadas e à integração bem sucedida dos doze novos Estados-Membros.

A Comissão e o Parlamento Europeu têm um mandato de cinco anos. Os quadros financeiros futuros deveriam tornar-se mais coerente com este ritmo institucional. Cada Comissão participaria na finalização de um quadro financeiro, uma parte do qual teria então de implementar. Com base nessa experiência, deveria igualmente preparar o terreno para o quadro financeiro seguinte. O Parlamento autorizaria a implementação dos orçamentos anuais ao abrigo do quadro financeiro que aprovou, e asseguraria o seu acompanhamento.

No entanto, a Comissão propõe, a título transitório, um período de sete anos, de 2007 a 2013 antes de passar a um ciclo normal de cinco anos. Isso seria necessário, uma vez que a evolução das despesas ligadas ao mercado e dos pagamentos directos na agricultura (UE-25) foi fixada até 2013 e a implementação actual dos fundos estruturais e de alguns ajustamentos no que toca às instituições vai levar um certo tempo.

### **B. Classificação e evolução das despesas**

A classificação actual das despesas nas perspectivas financeiras é, em grande medida, a herança do estabelecimento das primeiras perspectivas financeiras e seguintes. As perspectivas financeiras actuais estão estruturadas em oito rubricas de despesas, que se tornam onze, se se tem em conta as subrubricas. A repartição dos recursos num grande número de rubricas e subrubricas torna o sistema rígido e impede o ajustamento apropriado e uma utilização mais eficaz dos recursos para atingir os objectivos políticos da União.

O objectivo (embora legítimo) da disciplina orçamental domina sobre o objectivo último de ter meios orçamentais ao serviço de um objectivo político/económico.

Um número mais limitado de rubricas orçamentais não só reflecte os grandes objectivos políticos, mas também fornece uma margem de manobra necessária para os desenvolvimentos que nem sempre podem ser previstos de forma precisa com dez anos de avanço. Para o novo quadro financeiro, a Comissão propõe cinco rubricas de despesas principais:

- (1) Uma primeira rubrica destinada a promover a competitividade e a coesão para um crescimento sustentável com duas subrubricas:

1a. *Competitividade para o crescimento e o emprego.* Esta subru-

brica inclui as despesas em matéria de investigação e inovação; educação e formação; segurança e sustentabilidade ambiental das redes da UE; apoio a um mercado único integrado e às políticas de acompanhamento; implementação da agenda de política social.

1b. *Coesão para o crescimento e o emprego* com despesas destinadas a reforçar a convergência dos Estados-Membros e das regiões menos desenvolvidos, complementar a estratégia da UE em favor do desenvolvimento sustentável fora das regiões menos prósperas e apoiar a cooperação inter-regional.

- (2) *Gestão sustentável e protecção dos recursos naturais*. Para além das despesas ligadas à política agrícola comum e à política comum das pescas<sup>4</sup>, cobrirá igualmente as despesas ligadas ao ambiente.
- (3) *Cidadania, liberdade, segurança e justiça*, incluindo acções nas áreas da liberdade, justiça e assuntos internos, e cidadania<sup>5</sup>.
- (4) *A União Europeia enquanto parceiro mundial*<sup>6</sup>.
- (5) As despesas administrativas da Comissão serão ligadas directamente às despesas operacionais, segundo a lógica de gestão por actividades, que já é a base para o estabelecimento do orçamento anual, e, por conseguinte, incluídas nas dotações de cada uma das quatro rubricas prévias. Restará uma rubrica residual *Administração*, para incluir as despesas das instituições que não a Comissão, as pensões e as escolas europeias.

---

<sup>4</sup> Orientação FEOGA e fundos do IFOP, actualmente incluídos nos fundos estruturais, são transferidos para esta rubrica. No entanto, os montantes correspondentes transferidos continuarão a entrar no cálculo do 'limite' de 4% para os fundos estruturais e de coesão em favor dos novos Estados-Membros.

<sup>5</sup> Inclui também a protecção das fronteiras e a política em matéria de asilo, a participação cívica, o reforço das instituições, o acesso aos bens públicos, a segurança alimentar, a saúde pública e a defesa do consumidor, a cultura e o sector audiovisual, a juventude, a informação e o diálogo com os cidadãos.

<sup>6</sup> Esta rubrica inclui todas as acções externas, incluindo os instrumentos de pré-adesão, a política de vizinhança, a redução da pobreza, a prevenção e a gestão de crises civis. Incluirá também as reservas actuais em matéria de *ajudas de emergência e garantia de empréstimo* [e o Fundo Europeu de Desenvolvimento quando integrado no orçamento da UE].

A coerência e a transparência requerem a integração do Fundo de solidariedade no quadro financeiro. Para tal, haverá que acrescentar o Fundo de solidariedade e os recursos associados à rubrica (1b) 'coesão'. Como no caso das reservas em matéria de ajudas de emergência e garantia de empréstimo, a integrar na rubrica *União Europeia enquanto parceiro mundial*, a nova classificação não deveria prejudicar os procedimentos orçamentais correspondentes ou os métodos específicos de gestão. Os fundos deveriam ser mobilizados apenas em caso de necessidade.

### C. Flexibilidade

Durante um período de dez anos entre o momento actual e 2013, deveria ser possível ajustar a fixação das prioridades definidas pelo roteiro, dentro de certos limites.

- O procedimento de revisão dos tectos das despesas deveria permanecer o instrumento principal para permitir ajustamentos do quadro financeiro quando ocorrerem mudanças substanciais e duradouras nas prioridades políticas. No entanto, na última década, o recurso a revisões revelou-se ser praticamente impossível. Isso contribuiu para a criação, ao longo dos anos, de vários instrumentos e dispositivos ad hoc para responder às novas prioridades ou pedidos urgentes. A Comissão propõe uma avaliação das necessidades, por exemplo sob a forma de um *trílogo* entre o Parlamento, o Conselho e a Comissão antes da apresentação de cada anteprojecto de orçamento.
- O procedimento orçamental anual deveria prever uma flexibilidade suficiente no quadro financeiro acordado para permitir à Comissão e à autoridade orçamental reagirem rapidamente a crises de emergência a curto prazo ou a acontecimentos políticos ou económicos imprevistos. Para o novo quadro financeiro, a Comissão propõe uma combinação de instrumentos existentes e de uma nova flexibilidade em matéria de reafecção para substituir o actual 'instrumento de flexibilidade'. Isso permitiria à Comissão ou à autoridade orçamental reafectar dotações, dentro de certos limites, entre as rubricas de despesas, com excepção das dotações afectadas à coesão e desenvolvimento rural para os programas plurianuais. Estes últimos

devem, necessariamente, ser pré-afectados entre os Estados-membros no início do período.

- Além disso, a Comissão propõe aumentar a resposta das despesas às mudanças de situação mediante criação de um *fundo de ajustamento ao crescimento* na rubrica de despesas 'crescimento sustentável' (1a), a fim de otimizar a execução dos objectivos de crescimento e coesão identificados no roteiro para o desenvolvimento sustentável, prever a flexibilidade necessária para ter em conta progressos desiguais no roteiro para estes objectivos e implementar os ajustamentos necessários para fazer face a acontecimentos imprevistos que têm um impacto importante ou mais duro que o previsto sobre o crescimento e o emprego. Permitirá igualmente à União reagir a crises resultantes de desenvolvimentos económicos e comerciais internacionais. Na sequência da avaliação anual dos progressos realizados no roteiro, efectuada no Conselho da Primavera, servirá para colmatar as lacunas na execução dos objectivos do roteiro, completando os programas de despesas nas subrubricas de competitividade ou coesão, preconizando investimentos e uma ajuda pública para projectos-chave.

Mil milhões de euros, no máximo, estarão disponíveis anualmente na rubrica competitividade para o crescimento e o emprego. Além disso, é proposto fazer uso de fundos autorizados mas não utilizados dos dois instrumentos de coesão (FEDER e FSE) na aplicação da regra 'N+2' até um máximo de mil milhões de euros por ano, que se virão juntar ao *fundo de ajustamento ao crescimento*.

## V. O SISTEMA DE FINANCIAMENTO

Embora a Comissão vá preparar propostas específicas apropriadas sobre os recursos próprios no relatório sobre os recursos próprios<sup>7</sup> a submeter ao Conselho no Verão de 2004, é chamada a atenção para dois elementos do sistema actual de recursos próprios.

<sup>7</sup> Tal como estabelecido na decisão relativa aos recursos próprios.

### A. Estrutura dos recursos próprios

O sistema actual de recursos próprios foi criticado pela sua falta de transparência para os cidadãos da União Europeia e pela sua autonomia financeira limitada, bem como pela sua complexidade e opacidade.

No entanto, o sistema actual de financiamento funciona relativamente bem de um ponto de vista financeiro, na medida em que assegurou um bom financiamento e manteve os custos administrativos do sistema a um nível bastante baixo.

Uma maneira de superar as falhas do actual sistema será reforçar os recursos baseados nos impostos no financiamento do orçamento da UE. Recursos fiscais relativamente importantes e visíveis, a pagar pelos cidadãos da UE e/ou pelos operadores económicos, poderiam em parte substituir as contribuições RNB. Assim, o sistema de recursos próprios da União passaria de um sistema de financiamento predominantemente baseado em contribuições nacionais para um sistema de financiamento que reflectiria melhor uma União de Estados-Membros e as populações da Europa.

Tendo em conta o grau de harmonização fiscal na UE, três candidatos principais poderiam ser previstos actualmente: (1) um imposto sobre o rendimento das sociedades; (2) um verdadeiro recurso IVA; (3) um imposto sobre a energia. Em cada caso, a pressão fiscal sobre os cidadãos não tem de aumentar, uma vez que a taxa de imposto da UE poderia ser contrabalançada por uma diminuição da parte do mesmo imposto, ou de outros impostos, que reverte a favor do orçamento nacional. Isto seria possível porque os recursos baseados em impostos iriam substituir, parcialmente, e não acrescer aos montantes actualmente pagos pelos Estados-Membros com base no seu respectivo RNB respectivo. Uma vez que os pagamentos RNB iriam diminuir, os Estados-Membros estariam em condições de reduzir outras fontes de rendimento pelo mesmo montante sem comprometer a estabilidade orçamental.

A Comissão não tem intenção de propor um novo recurso próprio num futuro próximo.

Apresentará a sua análise e as suas conclusões no relatório sobre os recursos próprios, a adoptar antes do Verão de 2004. Em função das conclusões desse relatório, poderia ser lançado um processo para criar a base de um novo recurso próprio em substituição de uma parte importante das contribuições nacionais a médio prazo.

## B. Correção dos desequilíbrios orçamentais

A União Europeia é uma comunidade de solidariedade com partes do orçamento que servem um objectivo claro de solidariedade e a afectação de outras partes do orçamento que respondem aos objectivos específicos dos programas de despesas em causa. Haverá sempre beneficiários líquidos e contribuintes líquidos do orçamento da UE, embora os benefícios desta política revertam para a União no seu conjunto.

Reconhece-se, contudo, que certos desequilíbrios podem suscitar preocupações. Uma correção de um desequilíbrio excessivo pode parecer, portanto, necessária, na condição de ser estritamente limitada.

Deveria ser introduzido um mecanismo de correção para corrigir os saldos líquidos negativos excessivos e procurar tratar equitativamente os Estados-Membros que têm uma capacidade semelhante para contribuir para o orçamento da UE. Desde meados dos anos 80, tem sido aplicada apenas uma correção para um Estado-Membro, que é financiada por todos os outros Estados-Membros. A partir de 2002, a parte de financiamento de quatro Estados-Membros nesta compensação foi reduzida para 25% da sua parte normal. A Comissão propõe introduzir um mecanismo de correção generalizado, que, por um lado, corrigirá uma carga orçamental excessiva em relação à sua prosperidade relativa (como estabelecido nas conclusões de 1984 do Conselho Europeu de Fontainebleau) e, por outro, impedirá que o volume do mecanismo se torne excessivo.

Um outro resultado do alargamento é o aumento substancial da importância da correção existente para um Estado-Membro, que elevará, conseqüentemente, o custo de financiamento para os outros Estados-Membros e tenderá, por conseguinte, a ultrapassar o seu objectivo que é corrigir uma carga orçamental excessiva em relação à sua prosperidade relativa.

Manter a situação actual inalterada iria aumentar significativamente uma distorção em favor de um único Estado-Membro. Abolir simplesmente a correção existente seria percebido como inaceitável por todos os Estados-Membros, e não iria estreitar os saldos líquidos dos Estados-Membros com níveis comparáveis de prosperidade.

Um mecanismo de correção generalizado em substituição do existente teria em vista corrigir contribuições líquidas superiores a um certo limiar pré-definido de 'solidariedade financeira' adequada, definido em percentagem do rendimento nacional bruto, em função da

prosperidade relativa. A solidariedade deve permanecer uma pedra angular da União e, por conseguinte, o efeito de qualquer mecanismo generalizado alterado deveria ser limitado para evitar cargas fiscais excessivas e injustificadas, devendo todos os Estados-Membros contribuir para esse mecanismo.

Alguns parâmetros precisam de ser definidos para que um tal mecanismo funcione correctamente, incluindo as categorias de despesas e de rendimento a tomar em consideração, o nível do limiar além do qual desequilíbrios orçamentais líquidos seriam (parcialmente) compensados, a percentagem do desequilíbrio negativo excessivo a corrigir e as regras de financiamento correspondentes. Todos os Estados-Membros deveriam contribuir para este mecanismo.

A Comissão irá apresentar propostas detalhadas para esse efeito no contexto do pacote financeiro global, que tratará tanto as questões das receitas como as das despesas.

**ANEXO 1****Princípios de governança administrativa: menos gestão directa, um melhor controlo da execução e uma maior rentabilidade**

Um dos princípios fundamentais da reforma da Comissão é que a administração principal da Comissão se concentre no futuro no desenvolvimento e controlo de políticas a título do Tratado. A execução destas políticas, assim como outras actividades de execução a nível europeu, serão, quando apropriado, delegadas a outros organismos.

É essencial que a delegação a organismos diferentes da administração principal da Comissão seja bem coordenada. Decisões recentes em matéria de delegação mostraram que é necessário melhorar a coerência e simplificar os critérios para tais delegações. Para esse efeito, a Comissão pretende reforçar a coordenação global quando, no futuro, decidir delegar uma actividade (através de um dos vários meios à sua disposição, cf. Secção III.B. da Comunicação). No que respeita às actividades existentes executadas por entidades externas/delegadas, a Comissão seguirá uma abordagem por etapas, que lhe permitirá tornar as decisões passadas conformes ao novo quadro.

Estão disponíveis diferentes meios:

- (1) Gestão partilhada com os Estados-Membros ou delegação a organismos nacionais. A experiência adquirida nos sectores da política agrícola e de coesão oferece já ensinamentos preciosos a esse respeito. Dois critérios importantes para seguir uma tal abordagem são: (a) conteúdo local importante e (b) complementaridades com programas regionais e nacionais;
- (2) Entidades delegadas, incluindo:
  - (a) Serviços: com a reforma, a Comissão introduziu os serviços administrativos. Até à data, os serviços foram utilizados para tarefas executivas não directamente ligadas a um programa e sem um período de tempo específico. Apresentam a vantagem de ter custos de funcionamento mais baixos e uma maior flexibilidade operacional, graças à disponibilidade de um quadro de pessoal e de rubricas orçamentais distintos. Os serviços estão sob o controlo directo da Comissão.
  - (b) Agências: actualmente, diversos organismos estão incluídos nesta categoria, cujas funções variam do fornecimento de assistência sob a forma de pareceres e recomendações (por exemplo, a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos), fornecimento de relatórios de inspecção (por exemplo, a Agência Europeia da Segurança Marítima), à adopção de decisões juridicamente vinculativas para terceiros (por exemplo, o Instituto de Harmonização do Mercado Interno). A Comissão está geralmente representada nestas agências conjuntamente com os

Estados-Membros e, quando pertinente, representantes das partes terceiras interessadas. A Comissão limitou o envolvimento nestas agências, embora seja inteiramente responsável pelo resultado. As agências executivas são, em contrapartida, organismos sob o controlo directo da Comissão, e cujo estatuto é previsto por um regulamento do Conselho <sup>8</sup>.

Tudo isto deveria ser reavaliado em torno de três vertentes:

- (1) A gestão das tarefas resultantes de programas de natureza executiva, com uma duração específica, poderia ser delegada a agências executivas. A Comissão conservaria o controlo do mecanismo de execução.
- (2) Uma agência mais autónoma – comparável aos modelos existentes – pode ser prevista quando se espera um parecer não vinculativo ou quando as tarefas atribuídas à agência envolvem acções que não são da responsabilidade directa da Comissão ou onde o papel da Comissão parece ser marginal. Algumas das agências existentes executam tarefas com apenas uma participação muito limitada da Comissão, embora esta última seja inteiramente responsável pelo resultado. Esta situação deve ser revista urgentemente.
- (3) Um serviço será previsto para as novas tarefas executivas sem período de tempo específico, ou para actividades preparatórias com base nas quais a Comissão pode tomar decisões de regulamentação pelas quais é responsável.
- (4) Algumas das agências existentes executam tarefas similares com apenas uma participação muito limitada da Comissão, embora esta última seja inteiramente responsável pelo resultado. Esta situação deve ser, portanto, revista urgentemente.

---

<sup>8</sup> Regulamento (CE) n.º 58/2003 do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002, JO L 11 de 16.1.2003, p.1.

**ANEXO 2**  
**Roteiro – Um exemplo**

<b>MELHORAR A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO E DA FORMAÇÃO NA UNIÃO</b>			
	<b>Objectivos</b>	<b>Ações e instrumentos principais</b>	<b>Indicadores de progresso e objectivos</b>
1	Melhorar a qualidade da educação e da formação ministradas na Europa	<p><b>Coordenação da UE:</b> Espaços europeus do ensino superior e da formação profissional: <i>Grupos de trabalho processo de fixação de "objectivos"; processos de Bolonha e Copenhaga;</i></p> <p>Os sistemas de educação e de formação europeus numa análise comparativa mundial.</p> <p><b>Despesas da UE:</b> Apoio às parcerias de instituições transnacionais; intercâmbios de boas práticas; recolha e análise de estatísticas e indicadores:</p> <p><i>Instrumento único para a educação e a formação sucessor dos programas Sócrates e Leonardo).</i></p>	Número de parcerias; progresso em relação aos critérios de referência e indicadores acordados; implementação de quadros de garantia de qualidade no ensino superior e no ensino e formação profissional.
2	Melhorar o acesso à educação e à formação em todas as etapas da vida	<p><b>Legislação da EU</b> <i>Decisão Europass</i></p> <p>Seguimento da recomendação sobre a mobilidade</p> <p><b>Despesas da EU.</b> Instrumento único para a educação e a formação (sucessor dos programas <i>Sócrates e Leonardo</i>).</p>	<p>Número de jovens e adultos em mobilidade; taxa de adopção dos sistemas de transferência de créditos na educação e no ensino e formação profissional; taxa de adopção dos instrumentos de transparência (Suplemento ao diploma, <i>Europass</i>, etc)</p> <p><b>Objectivos:</b> 10% dos alunos e professores escolares em actividades de mobilidade e de cooperação europeia em 2007-13; 3 milhões de estágios de estudantes universitários até 2010;</p>

			150 000 estágios de formação profissional e 50 000 adultos em acções de ensino e aprendizagem no estrangeiro por ano até 2013
3	Abri- os sistemas de ensino e de formação da UE ao resto do mundo.	Legislação da UE: Directiva sobre o acesso para estudantes/investigadores de países terceiros.  Despesas da UE: Erasmus Mundus; Sucessor do programa Tempus.	Números de estudantes, formandos e académicos de países terceiros que vêm para Europa  Objectivos: Mais de 11 000 bolsas para mobilidade de estudantes e académicos de/ para países terceiros em 2004-08.

# TEMAS DE INTEGRAÇÃO

Boletim de encomenda

Enviar para:



ALMEDINA

Livraria Almedina  
Arco de Almedina 15  
3004-509 COIMBRA  
PORTUGAL

Telefone 239851900  
Telefax 239851901

[www.almedina.net](http://www.almedina.net)

Desejo efectuar a assinatura da Revista Temas de Integração no ano .....

Desejo que me enviem os seguintes números da Revista

1	2	3	4	5	6	Assinalar com uma cruz	
7	8	9	10/11	12/13	14		15/16

Assinatura anual: 25 €

Número Avulso: 14 € (de 1 a 11) (N.º 14)  
25 € (N.º 12/13) (N.º 15/16)  
14 € (N.º 17)

Portes: Portugal - gratuito  
Europa - 7,00 €  
Brasil - 11,00 € (Via aérea)

Autorizo débito no cartão:

Visa  American Express

N.º

Válido até .....

Envio cheque no valor de .....

do Banco .....

Data ...../...../.....

Assinatura .....

Nome .....

Morada .....

Código Postal .....

Telefone .....

Telefax .....

N.º Contribuinte .....

A Revista *Temas de Integração* destina-se a um público diverso, mais ou menos especializado, incluindo advogados, juizes, economistas, empresários, sociólogos, políticos, professores, estudantes e demais interessados no processo actual de formação de espaços regionais na economia mundial.

Sendo publicada sob a responsabilidade da Associação de Estudos Europeus da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, beneficia igualmente do contributo regular de membros qualificados de muitas outras instituições, do Brasil, de Portugal e de outros países; e, embora se dirija prioritariamente aos mercados da América Latina e da Península Ibérica, com a consideração especial do MERCOSUL e da União Europeia, não deixa de interessar a pessoas de outros países e de outras áreas do mundo, envolvidas também num processo que a todos toca.

