

# TEMAS DE INTEGRAÇÃO

2º semestre de 2015 – nº 34



ALMEDINA

# **Temas de Integração**

**2.º Semestre de 2015 - N.º 34**



TEMAS DE INTEGRAÇÃO  
PUBLICAÇÃO SEMESTRAL

DIRECTORES

MANUEL PORTO E FRANCISCO DO AMARAL

CONSELHO CIENTÍFICO

J. XAVIER DE BASTO, P. BORBA CASELLA, P. PITTA E CUNHA,  
RENATO FLÔRES E R. MOURA RAMOS

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

J. SANTOS QUELHAS

DISTRIBUIÇÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, SA  
Rua Fernandes Tomás, n<sup>o</sup>s 76, 78 e 80  
3000-167 Coimbra  
Tel.: 239 851 904  
Fax: 239 851 901  
[www.almedina.net](http://www.almedina.net)  
[editora@almedina.net](mailto:editora@almedina.net)

Janeiro, 2018

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva  
responsabilidade do(s) seu(s) autor(es)

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.

## ÍNDICE

O interesse nacional e as questões de soberania no contexto da economia globalizada <i>por Adriano Moreira</i> .....	1
Na encruzilhada: O Brasil no atual panorama do comércio internacional (Uma perspetiva europeia) <i>por Vital Moreira</i> .....	9
As reservas legais florestais e o direito de propriedade <i>por Marco Aurélio Mello</i> .....	50
Integração energética sustentável na União das Nações Sul-Americanas (UNASUL) <i>por Celso Maran de Oliveira; Roberta Hehl de Sylos Cintra; Rafael Luis Mania Zabotto</i> .....	76
Peculiarities of Latin American economy and integration <i>por Marianna Katalin</i> .....	98
O Direito ao Desenvolvimento nos Acordos de Integração Regional da SADC – O elemento da participação <i>por Ângelo Patrício Rafael</i> .....	128
OMC: O Fim do Princípio – A Independência do Órgão de Resolução de Litígios em Risco <i>por Felipe Figueiredo Martins</i> .....	163
<i>Trabalhos apresentados no Congresso Internacional de Estudos Europeus comemorativo dos 30 anos da ADEE</i>	
A União Bancária como um passo na integração económico-política: A criação do MUR e o funcionamento do MUS <i>por Mafalda de Sá</i> .....	181

O Banco Mundial e o Banco dos BRICS na Nova Configuração Global <i>por Gabriel Rached</i> .....	207
As Relações Comerciais Transnacionais na União Europeia. Proteção de Empresas e Consumidores: Obrigação de Constituição de Representação Permanente? <i>por Paulo Ramirez</i> .....	246
The Roots of Public Attitudes on Free Trade Agreements <i>por Osman Sabri Kiratli</i> .....	275
O Direito como potenciador do turismo: casos escolhidos <i>por Ana Raquel Aguiar; Dora Resende Alves</i> .....	298

# **O INTERESSE NACIONAL E AS QUESTÕES DE SOBERANIA NO CONTEXTO DA ECONOMIA GLOBALIZADA**

Adriano Moreira

Presidente do Instituto de Altos Estudos da Academia das Ciências de  
Lisboa

Professor Jubilado da Universidade Técnica de Lisboa

A primeira questão que me levantou o enunciado do tema que me sugeriram para dissertar neste colóquio diz respeito a um tema que frequentemente me inquieta, e que diz respeito aos perigos da semântica. Perigos porque as palavras são frequentemente submissas, sobretudo quando nas áreas que desafiam a ciência política estão integradas no Estado Espetáculo da nossa época, outras porque se insurgem e desafiam a palavra do poder, finalmente porque se entregam à tarefa de tornar equivocada a realidade que anunciam.

No caso vertente é sobretudo a função equivocada que parece mais saliente, sem evitar a mestiçagem como outra das funções referidas, isto porque o *interesse nacional* tem um conteúdo tão variável segundo os tempos e áreas culturais, depois porque a soberania multiplicou as suas forças que escondem variedades de poderes, e finalmente porque o globalismo é uma expressão que cobre uma realidade mais suspeitada que

sabida no que respeita a sua estrutura, conjunto de variáveis, interdependências, e consequencialismos mal conhecidos ou imprevisíveis.

A consequência é que o esforço do conhecimento da realidade dificilmente ultrapassa o talvez das dúvidas, e a única suspeita de ter uma certeza é que o imprevisto espera por uma oportunidade.

Por isso, a doutrina da cautela obriga a ter sempre a precariedade do esforço e dos seus resultados no domínio do conhecimento e da previsão.

Começamos pela questão do *interesse nacional*, um elemento clássico na definição dos Estados que se proclamaram detentores da soberania absoluta, e que os EUA sempre disseram ao mundo que era de conteúdo variável.

Sem discutir prioridades no mundo ocidental que criou a *realidade Nação*, vamos admitir que a evolução ocidental admite uma distinção entre a *época dos reis*, expressão em que a palavra Reis significa apenas que a unidade vinha do poder em direção aos povos submetidos, e a *época dos povos*, em que o poder passou a ser *legitimado pelos cidadãos*, divulgando o modelo da *democracia*, ela também com um sentido plural.

As definições que deram ao povo a designação de Nação vulgarizaram-se depois da Revolução Francesa, e existe uma anotação, nas memórias de Goethe, que observou, na Batalha de Valmy, em 20 de Setembro de 1792, que os soldados gritavam *Viva a França* e não já *Viva o Rei*. Tal realidade ligou-se a noção de *Pátria*, designadamente quando, em 11 de Julho de 1792, tinha sido proclamada "*La Patrie en danger*". A realidade *Nação*, cujo cimento é sobretudo a *comunidade de afetos*, deriva da memória de uma história compartilhada, terminando com as guerras feudais, desenvolvendo uma língua comum, adotando em comum o desenvolvimento e o conceito estratégico, com uma lei a tender para geral, sem privilégios ou desigualdades.

Depois da primeira guerra mundial de 1914-1918, os pontos do Presidente Wilson incluíram o princípio da coincidência entre Estado e Nação, um voto nunca globalizado.

A União Europeia, que visa uma *unidade europeia*, não impediu que o século XX fosse, como lhe chamou Jacques Barzun, um século de separatismos, acrescentando que “a maior criação política do Ocidente, a nação-estado, estava doente”.

Os bascos lutaram até hoje para se separarem da Espanha, onde a Catalunha discute a independência, na Rússia, já não URSS, a Chechénia e o Dagestão provocaram a guerra, a Turquia e o Iraque lutaram contra o separatismo dos curdos, Québec continua a acalentar o separatismo, Porto Rico insiste em separar-se dos EUA, o Paquistão separou-se da Índia, o Bangladesh do Paquistão, e a ONU, o lugar onde todos deveriam dialogar com todos, tendeu para ser hoje um templo de orações a deuses desconhecidos. Até aqui o único globalismo, depois de duas guerras mundiais, foi o que Philip K. Howard chamou, no seu livro, *The Death of Common Sense*.

Passando por cima *da guerra fria*, que praticou a *política de metades* durante meio século terminando em 1989, com a queda do Muro de Berlim, a *União Europeia* encontra-se sem conceito estratégico, hesitando entre a *Unidade de Estados Iguais* e a *Federação*, com a estrutura do Tratado de Lisboa em pousio, com o desamor da Europa em crescimento, com a divisão entre a *Europa dos Pobres*, que parece ter repostado em vigor o Limes Romano e o norte rico, com o projeto da Euráfrica em suspenso, e com o Mediterrâneo transformado num complexo de cemitério de emigrantes e campo de batalha por uma nova democracia de conteúdo variável, de novo com o perigo da semântica a cobrir a visibilidade da realidade em marcha.

Desta realidade encoberta pela cortina de informação descontrolada pelas origens múltiplas, escondendo até a identidade dos centros de poder financeiro que parecem comandar a crise e distribuir os proveitos da crise, tem oportunidade meditar sobre a perplexidade de Pierre Hasser quando prefaciou o inquérito coletivo sobre este tema *Un monde sans Europe?* (2011), e no qual colaboraram Philippe Espers (Dir.), Christian de Boisseau, Pierre Delvolvé, e Christophe Jafrelet. Despertados pelo 11 de Setembro de 2001, a conclusão principal é que “o mundo tem necessidade da Europa,

seguramente, como fator de equilíbrio, de conciliação, mas também de motor”.

Todavia, esta visão acompanhada por outras fontes inspiradas pelo que foi a grandeza do Império Euromundista, avalia com benevolência o desmoronamento da supremacia que lhe permitiu, pelo colonialismo, sobretudo da frente marítima europeia, o domínio, compensadamente procurado, das matérias primas, dos mercados de produtos acabados, e do preço arbitrário do trabalho, com regimes discriminatórios que levaram Mario Vargas Llosa a escrever *O Segredo do Celta*, brilhante avaliação do regime de África Belga, baseado em documentação, espelho do regime das outras regiões submetidas.

A ilusão que inspirou os criadores da ONU, que supuseram ter ganho a guerra civil de 1939-1945 que apenas não tinham perdido completamente, a santidade de homens que imaginaram garantir a paz para o futuro, e dos que transformaram o sofrimento europeu em sabedoria para unirem finalmente a Europa, e que foram, além de Jean Monnet, os estadistas Robert Schuman, Alcide de Gasperi e Adenauer, nada foi suficiente para evitar a crise mundial económica e financeira em que nos encontramos, como que a dar razão ao desconfiável ex-presidente dos EUA, Nixon, ao escrever, no século passado, um livro com o título *A terceira guerra mundial já começou*. Esperamos não ter sido inspirado pelos relatórios desse tempo que na ONU advertiam que o mundo estava a sofrer duas ameaças terríveis - as armas de destruição maciça e a miséria.

Como já tive oportunidade de escrever, “O discurso político corrente foi escrito no século XX, na época em que a *guerra fria* era a definição de ameaça mais evidente à paz imperfeita com que findara a guerra de 1939-1945, e a ONU a definição da ordem imaginada para que não voltasse a acontecer uma catástrofe igual”.

A mudança do Milénio tornou evidente a persistência de um fenómeno recente na vida política, interna e internacional, que é da imagem do *poder perdido* se manter orientadora dos responsáveis, enquanto a realidade cresce de complexidade a exigir uma nova racionalização que chega, quando a

complexidade consegue ser ultrapassada, tarde para evitar os acidentes que entretanto atingem a integridade dos valores humanos e materiais, neste caso do património comum da Humanidade.

Logo na Carta da ONU o Conselho de Segurança distinguiu com o *poder de veto* cinco países, dos quais a França e a Inglaterra tinham perdido as exigências do qualificativo de *grandes potências*, e a China não era pressentida como um dos *poderes emergentes*, sendo ficticiamente representada pela ilha de Taiwan.

Os conceitos de *soberania* dos Estados, de *jurisdição interna*, de *nacionalidade*, de *democracia*, supostos continuarem a fazer parte do conjunto de valores que inspiram, com diferenças temporais, geográficas, e culturais, as construções jurídicas, na observação de John Rawls (*Theory of Justice*, 1971), estendem um “veil of ignorance” sobre a realidade nova, anunciada pela guerra, mas não lida pelas incorporadas teorias da “rational choice”.

Não obstante os grandes serviços prestados à humanidade pelas organizações especializadas da ONU, os factos desenvolveram uma interdependência global de todos os seres humanos, sem que a estrutura jurídica da Carta da ONU disciplinasse o seu desenvolvimento.

Por isso, os princípios da igualdade dos Estados da ONU logo quebrada pela desigualdade no Conselho de Segurança, assim como os teóricos princípios da solidariedade e igualdade do Tratado de Lisboa, não impediram que a *anarquia* seja a qualificação mais apropriada para a situação em que vivemos, com a própria Europa a mostrar ser atingida por ameaças de fracionamento: entre o Sul pobre e o Norte arrogante a ouvir rumores de Mitteleurope em prussiano, com a Espanha ameaçada de separatismos regionais, tal como a Inglaterra, tal como aconteceu à Checoslováquia e à Jugoslávia de Tito, e assim vai acontecendo em outras latitudes.

Sendo evidente que a soberania clássica e a jurisdição interna respeitadas, que foram defesas jurídicas dos Estados mais fracos de poder perante os mais fortes, a evidência é que essas defesas, mesmo com definições

atualizadas para os novos tempos, passaram a ter violações pragmáticas: o poder-dever de intervenção, criação de Mitterand para a ONU e sempre usado com suspeição; na guerra financeira, como se viu no caso de Chipre, situação alimentada por receios de outros, foi adotada a ética do Pirata de Espronceda, ao mesmo tempo que o Conselho Económico e Social é esquecido; e uma espécie de Concílio dos poderosos, realizado este ano de 2014, parece procurar uma dogmática segura para *o credo do mercado* sem regras, salvo a da legitimidade de abusar dos mais fracos, e da “economia que mata” nas palavras do Papa Francisco.

Portugal enfrenta esta situação de desordem numa situação sem precedente fácil de fadiga tributária, sem conceito estratégico nacional desde 1974 ao perder a sua tradicional posição com o desabar do Império Euromundista, com um desemprego pesado, com políticas divisórias da comunidade de afetos que é uma Nação, e com apagamento progressivo do *Estado social* que foi uma versão da convergência entre a doutrina social da Igreja Católica e os *droits-prestation* do socialismo democrático, com omissão apressada do conceito de que *investigação* e *ensino* são *pilares da soberania* e não do *mercado*, e a juventude a despovoar a terra avara que, como disse D. Manuel Clemente “nos calhou ou em que encalhamos”.

Por isso lhe aconteceu, para somar aos erros da má governança interna, a condição de *Estado exógeno*, isto é, sofrendo o consequencialismo de decisões em que não participou, como no passado aconteceu por exemplo com as guerras de 1914-1918 e 1939-1945; quando, caído o Muro de Berlim, o conflito ideológico da guerra fria foi substituído pelo neoriquismo, animado pela criatividade financeira sem fiscalização, acrescentou a evolução para *Estado exíguo*, isto é, com relação severamente negativa entre *recursos* e *objetivos* mal *hierarquizados* ou *mal escolhidos*; para finalmente se encontrar na situação de *protetorado*, sem definição jurídica como aconteceu aos assim chamados na marcha inglesa do Cabo ao Cairo.

Nesta situação, como em outras crises passadas, designadamente no fim da Primeira Dinastia, na governação dos Filipes, ou nas invasões francesas,

é evidente que a *reforma do Estado* é necessária, mas não pode ser confundida com reduzir a *visão orçamental* a desígnio nacional, começando antes por valorar a intervenção esclarecida da sociedade civil, que está dando mostras de despertar com as manifestações não condicionadas nem pelos partidos nem pelos sindicatos. É da redefinição da tomada, exercício, e autenticidade de exercício do poder por órgãos governamentais adaptados à realidade que vivemos e que exige pelo menos reformar alicerces: redefinição do ideário dos partidos, todos ultrapassados pelas mudanças da realidade em relação a 1974; redefinição do regime eleitoral de modo a que os cidadãos saibam em quem votam e porque votam; redefinição do estatuto da Presidência da República e do Conselho de Estado; corte radical da circulação entre o poder político e o poder económico. Abandonar a política de eliminação do *Estado social* que entre nós é *uma principiologia* regulada pelas capacidades disponíveis, e um avanço em relação às omissões imperativas de Filadélfia e da Revolução Francesa. Sem isso não há reforma do Estado, e não será possível desenvolver a iniciativa privada livre do perigo do uso do poder legislativo, em que a inspiração vem sobretudo da imaginação ocasional, regulamentadora, complementada pela catadupa de despachos da interpretação ocasional em liberdade, tudo com as consequências que se traduzem em abalar a confiança no exercício das funções gestoras do Estado. Saber e praticar que os jovens emigram não é por não fazerem falta é por não terem futuro que lhes foi tirado por gestões que não controlaram, dar condições de fixação e criatividade aos que cresceram em competências e saberes que não dispuseram de apoio, e lutar desse modo no mercado que se mundializou. Por isso, a primeira urgência é ganhar a *dignidade igual* no concerto das Nações, o que não acontece quando os ministros são julgados por empregados da chamada troika, em vez de encarregarem disso sabedores portugueses que não faltam, e ficando assim com tempo para discutir no Conselho da União, que é o seu lugar, contra o desabar de ideia europeia, e na ONU contra a transformação em templo de orações a Deuses desconhecidos, remetendo antes para a intervenção do Conselho Económico e Social.

Finalmente dispensando atenção às janelas de liberdade que temos, junta com os antigos participantes do estatuto imposto pelo Império Euromundista no mesmo esforço. Refiro-me à CPLP, uma ideia portuguesa, mas que o Brasil é que realizou, ou ao Instituto Internacional de Língua Portuguesa, uma ideia portuguesa, mas que também o Brasil é que realizou, e que designadamente a China, com política própria, procura usar desde pelo menos 2005.

Finalmente a *plataforma continental*, cujo atraso de reconhecimento na ONU exige atenção, e sobretudo que seja obtido antes que a Comissão Europeia, para além de já ter recolhido a gestão dos recursos vivos do nosso mar territorial, realize o seu projeto do Mar Europeu, que imediatamente faz lembrar 1890, o Mapa Cor de Rosa, e os dramas que levaram Unamuno a chamar-nos país de suicidas. Não é apenas a *situação geográfica* que, pelas conhecidas razões de segurança, sempre trará, com exigências, o mar ao encontro de Portugal, quer as exigências venham do Mediterrâneo, venham do Atlântico Norte, ou venham do Atlântico Sul. A riqueza que ali está exige uma diplomacia forte, como o primeiro ministro espanhol recentemente não nos deixou esquecer; respeito pelos conhecimentos adquiridos pelos nossos investigadores; liberdade de iniciativa, designadamente, como este ano foi discutido no Colóquio organizado pela Escola da Marinha de Guerra do Brasil, estudando uma frota marítima da CPLP. O nosso principal adversário é o descuido.

# **NA ENCRUZILHADA: O BRASIL NO ATUAL PANORAMA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL (UMA PERSPETIVA EUROPEIA)**

Vital Moreira\*

## **Plano da exposição**

- 1. O império do comércio livre
- 2. Lugar do Brasil no comércio internacional
- 3. Relações comerciais UE-Brasil em particular
- 4. A encruzilhada brasileira
- 5. Nota de atualização

## **1. Império do comércio livre**

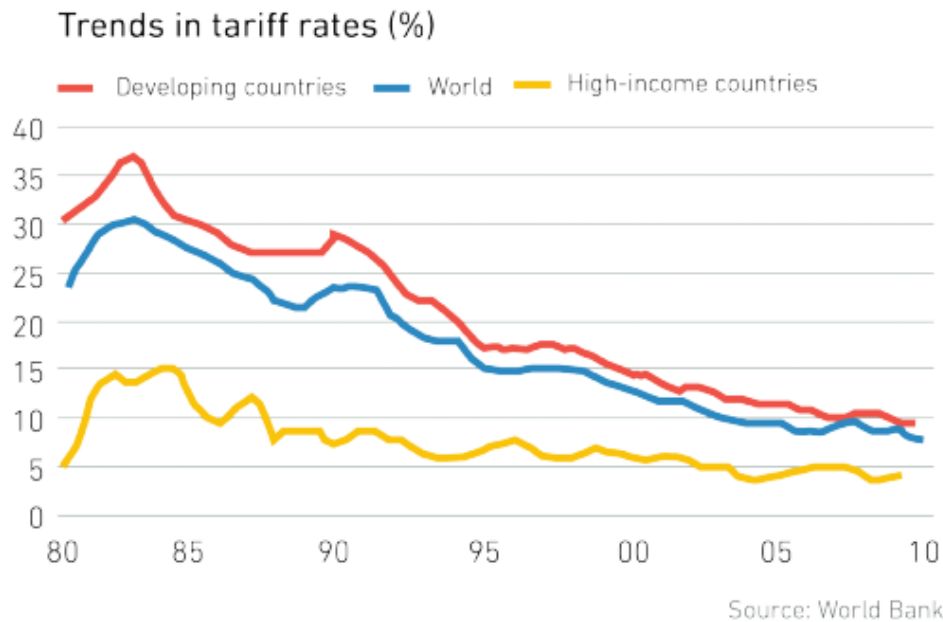
### **1.1. Uma onda longa de liberalização e regulação do comércio internacional**

Há quase 200 anos, em 1817, foi publicado o famoso livro de David Ricardo, *Principles of Economy and Taxation*, onde o autor apresentou a sua teoria das “vantagens relativas” como demonstração da lógica do comércio internacional. Passados dois séculos, Ricardo não poderia imaginar o êxito da sua teoria nem a atual expansão do comércio

internacional, essencialmente devida à sua liberalização, através da remoção ou redução de barreiras tarifárias e não tarifárias às trocas internacionais de bens e serviços.

Cento e trinta anos depois, em 1947, logo após a II Guerra Mundial, era aprovado o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), que estabeleceu os princípios cruciais da “constituição do comércio internacional” – nomeadamente o princípio MFN (não discriminação) e o princípio do “tratamento nacional” dos bens importados – e inaugurou uma era de sucessivas “rondas” negociais (“rodadas” no Português do Brasil) de redução das tarifas comerciais, culminando na “ronda do Uruguai”, concluída com os acordos de Marraquexe (1994), que criaram a Organização Mundial do Comércio (OMC) e alargaram a regulação internacional a outras áreas do comércio internacional (visto que o GATT se refere somente ao comércio de mercadorias), nomeadamente o comércio de serviços (GATS), os aspetos comerciais da propriedade intelectual (TRIPS), os aspetos comerciais do investimento estrangeiro (TRIMs), entre outros.

Ao longo destes quase setenta anos, desde 1947, ao abrigo do GATT e da OMC, assistiu-se a uma longa e ininterrupta onda de liberalização / regulação do comércio internacional e de crescimento das trocas comerciais, sempre a um ritmo superior ao do crescimento do PIB mundial. A OMC tornou-se uma organização praticamente universal, com a vinculação de quase todos os países ao seu acervo jurídico. As tarifas de importação desceram consistentemente ao longo deste período, quer nos países desenvolvidos quer nos outros, embora mais naqueles do que nestes, como mostra a figura junta.



A par da liberalização/regulação multilateral, sob a égide da OMC, multiplicaram-se nas últimas décadas os processos de liberalização aprofundada, sob a forma de zonas de comércio livre e de uniões aduaneiras, ou até de mercado comum, quer numa base de integração regional (de que a Comunidade Económica Europeia, de 1957, constitui a expressão mais avançada), quer numa base bilateral ou plurilateral (FTAs). Cada vez mais, à medida que se proliferam esses “acordos preferenciais”, as trocas comerciais dos países abrangidos deixam de ficar sujeitas à tarifa MFN, para ficarem tendencialmente livres de qualquer tarifa, criando um verdadeiro mercado transnacional de livre circulação de produtos (e em menor medida, de serviços), sem fronteiras aduaneiras ou outras restrições fronteiriças.

Embora não tenha entrado no mandato da OMC, o investimento estrangeiro não fugiu a um impulso similar (ainda que menos ambicioso) de liberalização / regulação internacional e de crescimento acelerado. Tendo falhado a tentativa de um acordo multilateral de investimento (Paris, 1998), proliferaram desde os anos 80 do século passado os acordos bilaterais de investimento (BIA, na sigla inglesa), tendo por objeto em especial a

proteção dos investidores estrangeiros, mas podendo incluir também compromissos de liberalização do seu acesso.

A criação da OMC não foi seguida de novos avanços na redução multilateral das tarifas e das restrições ao comércio de serviços. A ronda de Doha, iniciada no final de 2001 na capital do Qatar, acabou por morrer por inanição, face à incapacidade de produzir resultados (ressalvado o Acordo sobre Facilitação Comercial, concluído em Bali em 2013).

O impasse da via multilateral do “braço negocial” da OMC estimulou o recurso à via bilateral e plurilateral:

- Proliferação de acordos regionais e preferenciais (bilaterais, plurilaterais) sobre a abolição / redução de tarifas e outras barreiras a todo o comércio de mercadorias (e por vezes de serviços) entre os países envolvidos;
- Negociação de acordos plurilaterais setoriais, nomeadamente sobre bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação (TICs) e de compras públicas (GPA), estando presentemente em negociação um acordo de liberalização de serviços (TiSA).

A par desse aumento da geografia dos acordos comerciais preferenciais, deu-se uma substancial ampliação e aprofundamento do âmbito da liberalização e da regulação das relações económicas internacionais:

- Do comércio de bens e serviços ao IDE e às compras públicas (*public procurement*);
- Das relações económicas aos temas *trade-related* (cláusulas laborais a ambientais);
- Da abolição de barreiras tarifárias à redução das barreiras não tarifárias e à convergência regulatória (normas e *standards*, direito da concorrência, empresas públicas, etc.).
- Dos acordos separados de comércio e de investimento aos acordos integrados de comércio e investimento.

O primeiro acordo abrangente nessa perspectiva, pioneiro em muitos aspetos, foi o NAFTA, de 1994, entre os Estados Unidos, o Canadá e o México. Os mais recentes acordos comerciais negociados pela UE (com o Canadá, o Japão e os próprios Estados Unidos) revestem essas características. Os novos acordos comerciais são cada vez mais acerca de normas e *standards*.

## 1.2. Desenvolvimentos recentes da liberalização comercial

Há a registar, antes de mais, os novos acordos de integração económica regional, uns concluídos, outros em negociação mais ou menos avançada:

- O mercado comum euro-asiático (Rússia, Cazaquistão, Bielorrússia);
- A Aliança do Pacífico (Chile, Peru, Colômbia, México);
- O acordo de comércio livre dos países da África oriental e austral (do Egito à África do Sul);
- O acordo China-Coreia-Japão.

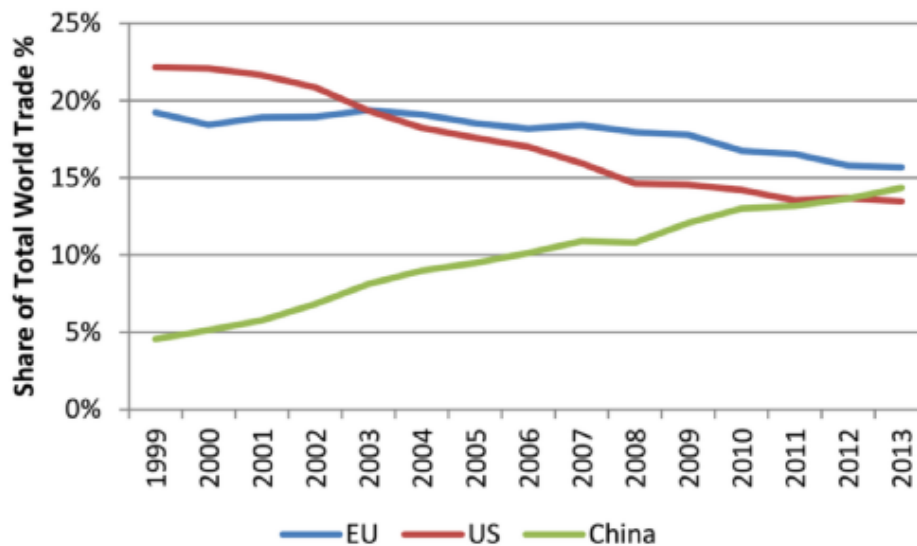
Assumem especial relevo os chamados “mega-acordos integrados” de comércio e investimento, cada vez mais ambiciosos, nomeadamente o *Trans-Pacific Partnership* (TPP), entre os EUA, o Canadá e outros países do lado americano, e o Japão, a Austrália e outros países na outra margem do Pacífico, e o *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP), entre os EUA e a União Europeia. Dado o peso dos países em causa no comércio internacional e no investimento estrangeiro, esses acordos, a serem concluídos, terão um enorme impacto na economia internacional, quer pelo intensificação das trocas e investimentos entre os países envolvidos, quer pelo desvio de trocas comerciais com terceiros países.

As características destes acordos comerciais são a abrangência (mercadorias, serviços, investimentos, compras públicas, propriedade intelectual, aspetos extracomerciais) e a ambição (eliminação de barreiras

diretas e redução de barreiras não tarifárias, convergência regulatória, *rule-making*). Eles podem ir além das regras da OMC, quer em temas por elas cobertos (serviços, DPI, medidas de defesa comercial), quer em temas não cobertos pela OMC (investimento estrangeiro, concorrência, compras públicas, cláusulas laborais e ambientais, etc.).

Um dos traços mais importantes da atual cena comercial internacional é o ativismo da China na economia mundial desde a sua entrada na OMC, que se traduz na celebração de acordos comerciais bilaterais e de acordos bilaterais de investimento, bem como na participação em acordos plurilaterais setoriais (compras públicas, serviços, etc.). Quer pelo seu crescente peso na economia e no comércio internacional, quer pelo dinamismo da sua agenda negocial, a China está em vias de se tornar um protagonista de primeiro plano, junto com a UE e os Estados Unidos, como mostra a figura junta.

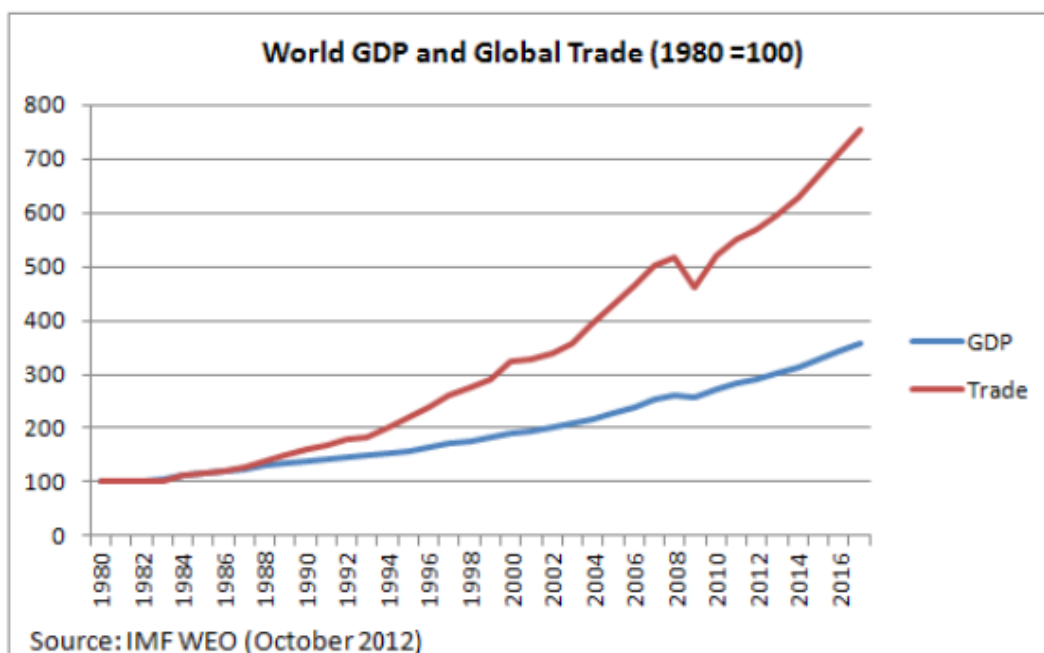
### China's share in world trade



### 1.3. Expansão do comércio internacional

O principal efeito da liberalização das trocas comerciais foi a enorme expansão do comércio internacional nas últimas décadas. Há dois indicadores decisivos a este respeito:

- maior crescimento do comércio internacional do que o do PIB mundial, elevando a quota do primeiro no segundo; como se vê na figura junta; no último quarto de século, enquanto o PIB mundial cresceu menos de três vezes, o comércio mundial cresceu mais de sete;
- aumento do quota das exportações e importações no PIB da generalidade dos países, embora com diferenças acentuadas, de acordo com a dimensão e a abertura de cada economia ao exterior.



Além da liberalização comercial, há vários fatores complementares que contribuíram para a expansão das trocas comerciais internacionais, como os seguintes:

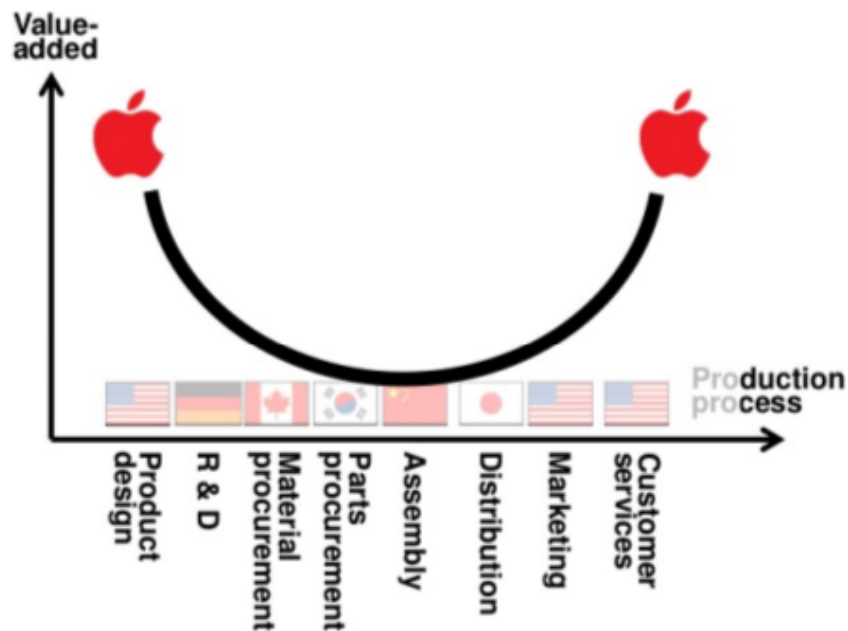
- Liberalização, privatização e desregulação relativa das economias ao nível nacional, que lançaram no comércio internacional setores anteriormente *non tradeable*;
- Melhoria e embaratecimento dos transportes e das infraestruturas comerciais;
- Liberalização do IDE, com o propósito de aumentar as exportações;
- Progresso na logística e “facilitação” comercial, desde logo no plano aduaneiro;
- *E-commerce* global e prestação transfronteiriça de serviços por via eletrónica;
- “Subcontratação” externa de serviços empresariais (contabilidade, *call centers*, etc.);
- Aumento exponencial do turismo e dos serviços a ele associados;
- Globalização de gostos e preferências pessoais (T. Friedman, *The World is Flat*).

Com todos estes fatores em ação, a generalidade dos países tornou-se mais dependente do comércio internacional, importando cada vez mais o que consome e exportando cada vez mais do que produz. Como já se referiu, o rácio entre as importações e exportações e o PIB nacional é cada vez mais elevado.

#### 1.4. Aspectos marcantes do atual comércio internacional

Os principais aspectos do comércio internacional na atualidade são os seguintes:

- Crescimento do comércio internacional acima do crescimento do PIB mundial (como se viu acima);
- Recomposição do comércio de mercadorias (i) aumento relativo dos produtos manufaturados em relação a matérias-primas; (ii) deslocação das indústrias *labour intensive* e *low skilled* para fora das economias desenvolvidas;
- Aumento relativo do comércio de serviços, que tem crescido mais do que a média do crescimento do comércio em geral, e aumento dos serviços incorporados na produção de mercadorias, quer a montante (*design, software*) quer a jusante (distribuição, publicidade);
- Fragmentação das “global value chains”, pelo que os produtos e serviços são produzidos num ciclo que abrange vários países (Lamy - “made in the world”), como mostra a figura junta, relativa à produção de um aparelho da Apple (que mostra também a já referida importância dos serviços na cadeia de valor dos produtos);
- Integração do comércio internacional e do IDE (comércio “intracorporate”): as multinacionais trocam bens e serviços entre as suas empresas sediadas em diferentes países.



Acresce que com a redução substancial das barreiras aduaneiras, passaram a assumir a maior importância os *obstáculos não aduaneiros*, nomeadamente as exigências sanitárias e fitossanitárias e as divergências quanto a normas técnicas, bem como o controlo e certificação de uns e outros. Por isso, os acordos comerciais de última geração incluem uma crescente vertente regulatória, destinada a harmonizar requisitos e normas, quando possível, e a estabelecer o reconhecimento recíproco dos procedimentos de inspeção e certificação.

Mercê destes diversos desenvolvimentos, as economias nacionais são cada vez menos “nacionais” e mais dependentes do exterior, quer para efeito de abastecimento (matérias-primas, componentes, tecnologias, produtos acabados e serviços), quer para efeito de escoamento dos seus produtos e serviços.

## 1.5. Liberalização crescente do investimento estrangeiro

Tem-se assistido também ao aumento da importância do IDE, mercê da crescente liberalização da sua admissão e da proteção reforçada dos investimentos externos.

Os principais fatores da liberalização do acesso e da maior proteção são os seguintes:

- Mudança de atitude em relação ao IDE: da hostilidade à atração;
- Segmentação internacional das “cadeias de valor globais”, fazendo com que as empresas deslocalizem para o exterior segmentos da sua atividade;
- Acesso direto a mercados protegidos por elevadas barreiras tarifárias;
- Liberalização do movimento de capitais, facilitando o investimento e a repatriação de resultados.

Todavia, diferentemente do que sucede com o comércio internacional, faltam normas multilaterais sobre o IDE. O IDE está fora do mandato da OMC, salvo o “modo 3” do GATS (prestação externa de serviços através de estabelecimento no país de destino). A tentativa de aprovação de um “tratado multilateral de investimento” (MIA) fracassou em 1998, como se referiu antes.

Por isso, os modos de liberalização do IDE disponíveis são a via unilateral, a via bilateral e a via plurilateral (regional e setorial).

Além do acesso de investimento estrangeiro, a regulação do IDE abrange também e sobretudo a proteção dos investimentos. Tradicionalmente, os *bilateral investment treaties* (BIA) incluíam as normas de proteção e os mecanismos de resolução de litígios entre investidores e Estados, nomeadamente a via arbitral, em geral designada

por *investor-to-State-dispute-settlement* (ISDS), que hoje é alvo de crescente contestação.

## 1.6. Comércio internacional e desenvolvimento

Durante muito tempo predominou a doutrina da oposição entre desenvolvimento e livre-cambismo. Os países emergentes deveriam começar por proteger as suas atividades económicas antes de poderem abrir os seus mercados ao exterior

Os principais argumentos a favor da correlação entre desenvolvimento e protecionismo eram os argumentos das “indústrias nascentes”, da “substituição das importações” e do “crescimento endógeno”.

Todavia, sem prejuízo da pertinência do argumento protecionista na fase de arranque da industrialização, o que a história revela é uma *efetiva correlação positiva recíproca entre abertura ao comércio internacional e ao IDE e crescimento económico*. A China é a última grande demonstração dessa correlação, alavancando o seu desenvolvimento através da abertura comercial.

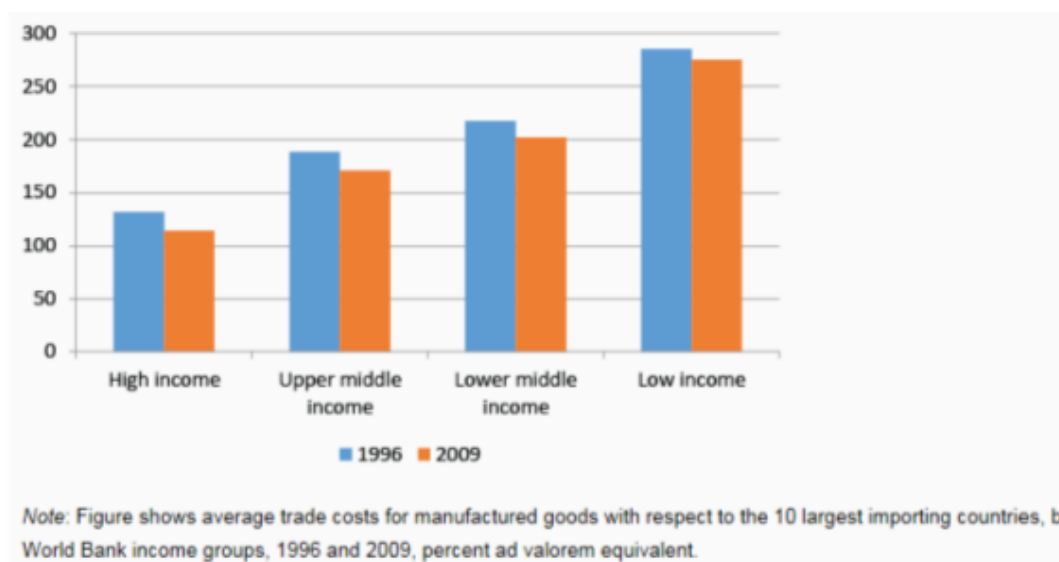
As décadas mais recentes têm revelado a perda de atração das doutrinas protecionistas nos países em desenvolvimento, levando a dinâmicas de integração regional e de liberalização comercial externa (o caso da África).

A fim de promover a relação entre desenvolvimento e comércio internacional, a OMC veio permitir um “tratamento especial e diferenciado” (SDT na sigla inglesa) dos países em desenvolvimento, quer através de preferências comerciais unilaterais dos países desenvolvidos (o chamado “sistema de preferências generalizadas”), quer através de abertura assimétrica de mercados nos acordos comerciais bilaterais (como sucede nos acordos da UE com os referidos países).

Outra relação pertinente é a que existe entre níveis de desenvolvimento económico e custos de comerciais (portos, logística, alfândegas, etc.). As estatísticas mostram que essa relação é mais desfavorável aos países de

menor rendimento não somente pelo menor volume relativo de trocas comerciais mas também pela menor eficiência das infraestruturas comerciais. Daí a importância do recente Acordo de Facilitação Comercial da OMC e dos programas de “aid for trade”. “Facilitar o comércio é facilitar ao desenvolvimento” (cfr. [http://www.huffingtonpost.com/otavianocanuto/facilitating-trade-facili\\_b\\_1682642.html](http://www.huffingtonpost.com/otavianocanuto/facilitating-trade-facili_b_1682642.html)).

### Custos comerciais e nível de rendimento



Fonte: <http://www.voxeu.org/article/trade-costs-developing-world1995-2010>

## **1.7. Impacto da crise de 2008 sobre o comércio internacional**

Como já se referiu, desde há muitas décadas até à crise mundial de 2008, o crescimento do comércio internacional superou sempre o do PIB mundial, aumentando o rácio entre o primeiro e o segundo.

A crise, porém, traduziu-se numa significativa redução do volume do comércio internacional. Todavia, ao contrário do que sucedeu no século XX, aquando da grande crise de 1929, não houve desta vez uma vaga protecionista como reposta à crise de 2008. É certo que se multiplicaram medidas protecionistas por vários países, especialmente os “emergentes”, como mostra a figura junta. No entanto, manteve-se globalmente a tendência de liberalização de comércio internacional e do IDE, impulsionada especialmente pela UE e pelos Estados Unidos.

## Medidas comerciais restritivas desde o começo da crise, na perspectiva da UE



Os dados dos últimos anos revelam uma retoma do crescimento do comércio internacional, se bem que a ritmo inferior ao dos tempos antes da crise. O comércio internacional voltou a ser um fator de crescimento económico interno.

## 2. Lugar do Brasil no comércio internacional

### 2.1. O Brasil e o movimento de liberalização do comércio internacional

A nota mais importante a registrar à partida é o relativo alheamento do Brasil das modernas tendências do comércio mundial, nomeadamente a expansão e aprofundamento da liberalização comercial e da globalização económica.

Sendo membro fundador do GATT e da OMC, o Brasil não se tem envolvido nem nos acordos setoriais plurinacionais (compras públicas, TICs, TiSA,) nem é parte em muitos acordos bilaterais de comércio livre, sendo muito reduzido o número de acordos com terceiros países exteriores à vizinhança do Mercosul (Chile, Bolívia, Peru, México, etc.) e sem grande alcance económico (Israel, Índia, África do Sul, Egito, Marrocos e mais alguns), sendo que alguns deles não chegaram a entrar em vigor, como o da África do Sul. Desde 2010 que o Brasil não conclui nenhum novo acordo comercial. E continua sem nenhum acordo com as economias mais desenvolvidas (UE, EUA, Japão), que têm os grandes mercados de consumo.

Sendo o principal protagonista do Mercosul, verifica-se porém falta de progresso na integração regional, estando por completar a união aduaneira e o mercado comum, e tendo havido mesmo recuo em alguns aspetos (pauta aduaneira comum).

O Brasil não faz parte da OCDE, uma das organizações internacionais que faz parte do *establishment* liberal em matéria económica. Apesar de fazer parte do G20 e de subscrever as suas habituais tomadas de posição a favor do comércio livre, o Brasil não se conta porém entre os seus entusiastas.

A cultura política tradicional no Brasil é em geral avessa ao comércio livre e à globalização em geral. Depois da transição democrática nos anos 80 do século passado e de uma redução da elevadíssima pauta comercial

anterior no início dos anos 90, o Brasil nunca apostou decididamente numa atitude favorável à liberalização preferencial das relações comerciais internacionais, mesmo no período do Presidente Fernando Henrique Cardoso, todavia mais liberal no que respeitava ao papel do Estado na economia.

Por isso, o Brasil manteve uma pauta aduaneira média comparativamente elevada cerca de 12,5%, com tarifas setoriais muito altas nos setores mais protegidos, além de outras barreiras ao comércio internacional, e prescindiu de levar até ao fim o projeto de integração regional do Mercosul.

## **2.2. O Brasil e a liberalização do IDE**

Mais marcada é ainda o isolamento do Brasil no que respeita à liberalização e proteção do investimento direto estrangeiro, apesar da contribuição do IDE na economia brasileira e do crescimento do investimento brasileiro no exterior em alguns setores (mineração, construção civil, aviação, agricultura, etc.).

O Brasil opôs-se à inclusão do IDE no mandato da OMC (“Temas de Singapura”, 1996) e assumiu compromissos limitados no “modo 3” do GATS da OMC.

Não participou nas negociações do abortado tratado multilateral de investimento sob a égide da OCDE (1995-98), a que não pertence.

Durante muito tempo recusou vincular-se a acordos bilaterais de proteção de IDE (BITs). Negociou e assinou alguns nos anos 90, na presidência de Fernando Henriques Cardoso, um dos quais com Portugal, mas não ratificou nenhum deles.

Existem consideráveis condicionalismos internos ao IDE estrangeiro, incluindo obrigações de incorporação nacional, pouco compatíveis com o TRIMs da OMC.

Recentemente, o Brasil iniciou a celebração de acordos de promoção e proteção de investimento com países em desenvolvimento onde as empresas brasileiras têm interesses, como Angola e Moçambique. Há claras diferenças entre este modelo brasileiro e o modelo tradicional de BIT quanto à proteção dos investidores, nomeadamente quanto às regras de “fair and equitable treatment” and “full protection”, bem como quanto à indemnização por “expropriação indireta”. Nenhum dos referidos acordos do Brasil prevê a resolução de litígios de investimento por meio de arbitragem internacional, havendo uma clara oposição de Brasília ao mecanismo ISDS.

Curiosamente, porém, hoje em dia, há cada vez mais países a contestar a proteção tradicional dos investidores e a afastar o ISDS arbitral, como a África do Sul e a Índia. O CETA entre a UE e o Canadá procede também a uma moderação da proteção dos investimento estrangeiro e substitui a arbitragem internacional privada *ad hoc* por um tribunal bilateral oficial permanente. Continua, porém, a ser duvidoso que o Brasil esteja preparado para celebrar um acordo de investimento direto estrangeiro com a UE, muito menos com os EUA.

### **2.3. Traços das relações económicas externas do Brasil**

Comparativamente, o Brasil tem uma reduzida participação no comércio internacional, sendo relativamente baixo o peso do comércio internacional no PIB. Tendo cerca de 3% do PIB mundial, o Brasil fica-se por 1% do comércio global (soma das exportações e importações), inferior a muitas outras economias, grandes ou pequenas. Consequentemente, o Brasil tem também *um dos mais baixos rácios entre o comércio externo (soma das exportações e importações) e o PIB*, que em 2013 foi de apenas 26,7%, muito baixo da média mundial.

Embora, *ceteris paribus*, as maiores economias tenham um rácio comércio externo/PIB inferior ao das economias mais pequenas, parece óbvio que a dimensão da economia brasileira não justifica um rácio tão

baixo. Na explicação entra evidentemente o fator protecionista e o referido autoisolamento do Brasil da globalização e da liberalização comercial.

O Brasil exibe claros traços de protecionismo comercial, nomeadamente:

- um nível médio elevado de tarifas aduaneiras (e outras) em relação a produtos manufaturados, e não só, designadamente nos produtos lácteos, bebidas, têxteis e vestuário, automóveis, etc. (ver tabela junta);
- numerosas barreiras à importação de serviços e de investimento estrangeiro.

## Tarifas de importação no Brasil

Part A.2 Tariffs and imports by product groups									
Product groups	Final bound duties				MFN applied duties			Imports	
	AVG	Duty-free in %	Max	Binding in %	AVG	Duty-free in %	Max	Share in %	Duty-free in %
Animal products	37.8	5.4	55	100	8.2	10.5	16	0.2	2.7
Dairy products	48.8	0	55	100	16.3	0	26	0.3	0
Fruit, vegetables, plants	34.1	1.0	55	100	10.2	5.6	55	1.0	1.7
Coffee, tea	34.1	0	35	100	13.3	0	20	0.2	0
Cereals & preparations	42.9	0.8	55	100	10.6	14.7	20	1.8	0.8
Oilseeds, fats & oils	34.6	0.4	35	100	7.9	10.8	30	0.6	0.7
Sugars and confectionery	34.4	0	35	100	16.5	0	20	0.1	0
Beverages & tobacco	37.7	0	55	100	17.0	1.7	27	0.5	33.6
Cotton	55.0	0	55	100	6.9	0	10	0.0	0
Other agricultural products	28.8	7.9	55	100	7.8	8.9	20	0.3	15.1
Fish & fish products	33.6	3.8	35	100	10.3	4.6	32	0.5	24.8
Minerals & metals	32.9	0.6	35	100	10.0	7.2	35	17.3	53.8
Petroleum	35.0	0	35	100	0.1	97.2	6	14.8	99.5
Chemicals	21.1	0.4	35	100	8.2	1.6	18	14.9	10.4
Wood, paper, etc.	28.4	2.6	35	100	10.6	3.6	18	1.4	15.6
Textiles	34.8	0	35	100	23.3	0	35	2.4	0
Clothing	35.0	0	35	100	35.0	0	35	0.9	0
Leather, footwear, etc.	34.6	0	35	100	16.0	0.6	35	2.3	0.4
Non-electrical machinery	32.4	0.4	35	100	12.9	12.0	35	14.9	19.5
Electrical machinery	31.9	2.6	35	100	14.1	12.2	25	10.9	18.8
Transport equipment	33.1	0	35	100	18.6	10.7	35	10.7	11.9
Manufactures, n.e.s.	33.0	0.8	35	100	15.2	9.7	35	4.0	20.6

Uma segunda característica é a baixa participação do Brasil nas “cadeias de produção globais”, sendo reduzida a taxa de valor importado no valor das suas exportações. Ao contrário dos países mais desenvolvidos, o Brasil não importa para reexportar.

É também elevada a concentração do comércio externo num reduzido número de parceiros comerciais, quer quanto às exportações que quanto às importações.

Quanto às exportações, o comércio externo brasileiro depende principalmente das *commodities* mineiras e agrícolas, havendo uma baixa quota de produtos manufaturados nas exportações, aliás em declínio (praticadas limitadas ao mercado do Mercosul, mercê da preferência tarifária, e concentradas no setor automóvel, aliás dominado por empresas estrangeiras). Essa dependência das exportações do setor primário torna o país vulnerável às flutuações dos preços internacionais das *commodities*.

### Perfil do comércio de mercadorias brasileiro

MERCHANDISE TRADE				
	Value	Annual percentage change		
	2013	2005-2013	2012	2013
Merchandise exports, f.o.b. (million US\$)	242 179	9	-5	0
Merchandise imports, c.i.f. (million US\$)	250 447	16	-2	7
	2013			2013
Share in world total exports	1.29	Share in world total imports		1.33
Breakdown in economy's total exports		Breakdown in economy's total imports		
By main commodity group (ITS)		By main commodity group (ITS)		
Agricultural products	37.4	Agricultural products		5.9
Fuels and mining products	24.2	Fuels and mining products		21.7
Manufactures	35.1	Manufactures		72.3
By main destination		By main origin		
1. European Union (28)	19.7	1. European Union (28)		21.2
2. China	19.0	2. China		15.6
3. United States	10.3	3. United States		15.1
4. Argentina	8.1	4. Argentina		6.9
5. Japan	3.3	5. Nigeria		4.0

Fonte: [http://stat.wto.org/CountryProfiles/BR\\_E.htm](http://stat.wto.org/CountryProfiles/BR_E.htm)

Entre os obstáculos adicionais ao comércio internacional do Brasil contam-se os seguintes:

- Déficit de infraestruturas ligadas ao comércio internacional (portos, aeroportos, rodovia, ferrovia);

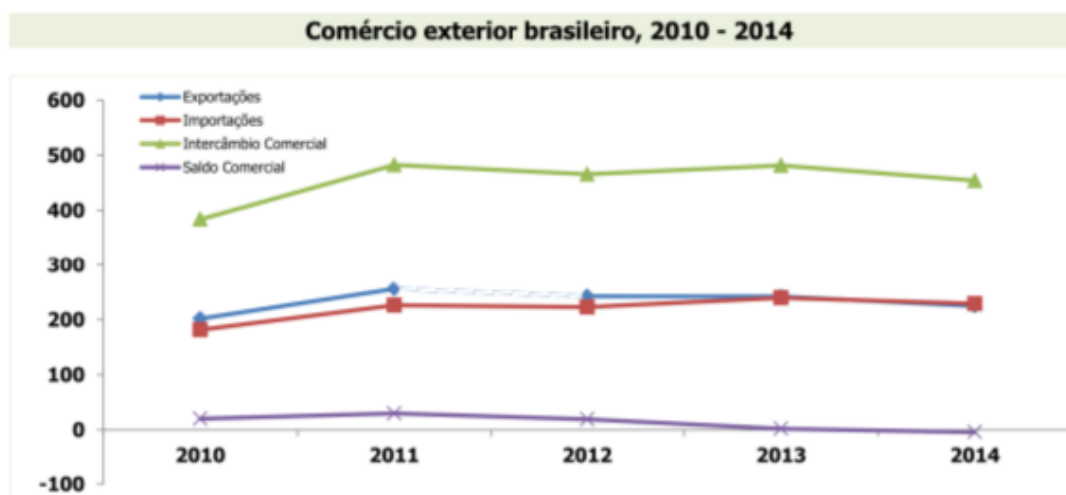
– Déficit logístico (“trade logistics”): alfândegas, etc. (o Brasil está no lugar nº 65 no LPI 2014: <http://lpi.worldbank.org/international/global/2014>).

## 2.4. Tendências do comércio externo brasileiro

A evolução recente das relações comerciais brasileiras é caracterizada pelos seguintes traços:

- Estagnação / redução de exportações e importações, como mostra a figura junta;
- Redução do anterior saldo comercial positivo;
- Redução de peso da exportação de produtos manufaturados (quase limitada ao mercado do Mercosul);
- Aumento das relações comerciais com a China, que se tornou o terceiro parceiro comercial, a par da UE e dos Estados Unidos.

### Evolução recente do comércio externo brasileiro



A partir de 2010, perante a degradação da balança comercial, o Governo agravou o protecionismo comercial, através de aumentos tarifários seletivos, de incentivos à aquisição de produtos nacionais (automóveis), de preferência às empresas nacionais nas compras públicas e de discriminação contra produtos importados (agravamento fiscal), nem todos conformes às regras da OMC.

Em qualquer caso, sem se vincular a acordos preferenciais de comércio e investimento de nova geração e aos acordos plurilaterais setoriais, que vão abatendo as barreiras comerciais, o Brasil mantém-se à margem das novas tendências da liberalização e regulação do comércio internacional, nos serviços, nas compras públicas, na propriedade intelectual, nos meios de defesa comercial na convergência regulatória, nas cláusulas laborais e ambientais, etc. Nenhum país da “liga” económica do Brasil, nem a própria Rússia, que só tardiamente chegou à OMC, se lhe equipara nesse egrégio isolamento comercial.

## **2.5. O Brasil comparado**

Comparativamente com outros países, especialmente com os da sua categoria (países de rendimento médio-alto), o Brasil apresenta as seguintes diferenças, como se pode ver nas tabelas juntas:

- Mais elevados níveis de proteção comercial (tarifária e não tarifária);
- Mais reduzido peso do comércio externo no PIB;
- Menor incorporação de bens manufaturados nas exportações e maior peso nas importações;
- Menor peso de relações comerciais preferenciais (fora do Mercosul e países associados);
- Logística comercial mais onerosa.

Na tabela abaixo é particularmente marcada a comparação com o México e com a China, que pertencem à mesma “liga” económica do Brasil. O segunda tabela é ainda mais impressionante, revelando a reduzida representação das exportações e das importações no PIB brasileiro, respetivamente 13% e 15%, sem paralelo nos países de elevado ou médio desenvolvimento, que colocam o país num elevado grau de autarcia.

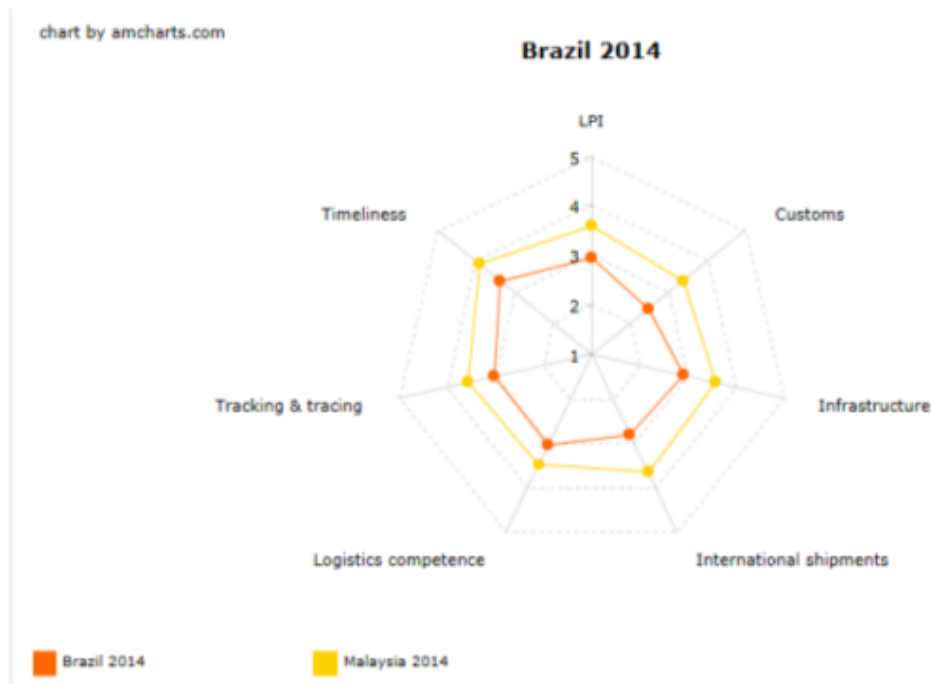
A riqueza agrícola, mineira e energética do Brasil não chega para explicar essa situação.

### Comparação com outros países emergentes e com países desenvolvidos

Países	Tarifa Média MFN	% Exportações Mercadorias no PIB	% Importações Mercadorias no PIB	% Outward IDE no PIB	% Inward IDE no PIB
Brasil	13.5 (2012)	12.6 (20013)	15.0 (2013)	13.1 (2013)	32.3 (2013)
China	9.6 (2011)	26.4 (2013)	23.8 (2013)	6.7 (2013)	10.4 (2013)
México	7.8 (2012)	31.7 (2013)	32.4 (2013)	11.4 (2013)	30.9 (2013)
EUA	3.4 (2012)	13.5 (2013)	16.5 (2013)	37.8 (2013)	29.4 (2013)
UE	5.5 (2012)	41.5 (2013)	39.0 (2013)	61.1 (2013)	49.4 (2013)

A limitada abertura da economia brasileira ao exterior é acompanhada com níveis relativamente baixos de eficiência comercial, como mostra a figura seguinte que compara o Brasil com um país mais dependente do comércio externo, como é a Malásia.

## “Logística comercial”: comparação Brasil-Malásia



### 2.6. Comparação com outros países sul-americanos

A comparação do Brasil com outros países latino-americanos revela um padrão semelhante de diferenças acentuadas quanto ao grau de abertura comercial.

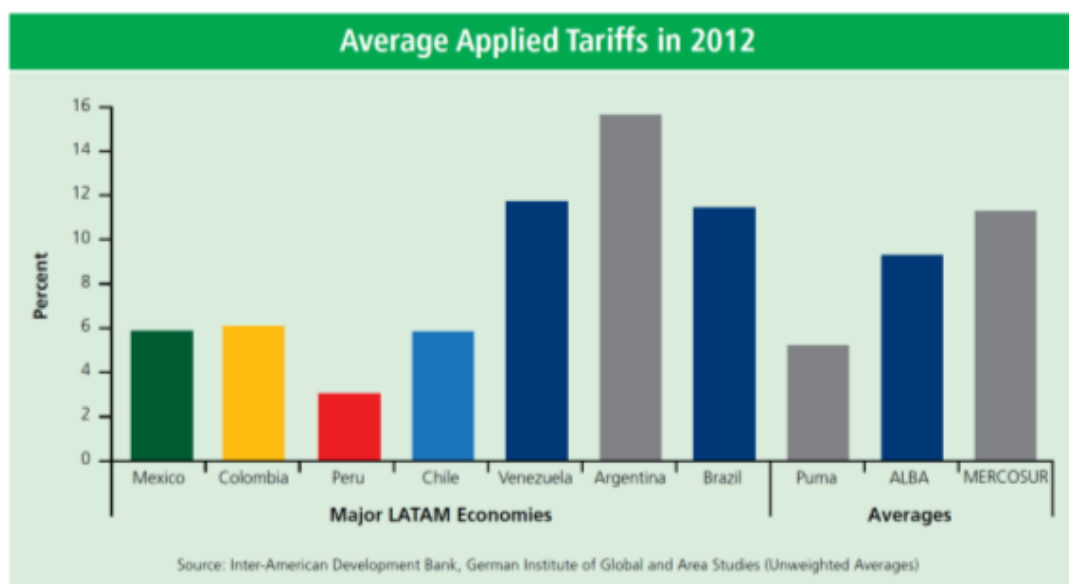
Há uma espécie de “muro dos Andes”, que separa os países da América Latina virados ao Atlântico e os países virados ao Pacífico, a que alguns chamaram a “nova linha de Tordesilhas” (Valladão, 2007).

Verifica-se uma grande abertura comercial externa dos países da orla do Pacífico:

- Proteção tarifária menos elevada;

- Acordos de comércio livre com os principais mercados externos (UE, Estados Unidos, Japão; em alguns casos: China);
- Participação do Chile, Peru e México nas negociações do TPP.

## Tarifas pautais comparadas



Como mostra a tabela acima, os quatro países do Pacífico apresentam níveis tarifários muito mais baixos do que o Brasil, que só perde para a Argentina e é igualado pela Venezuela.

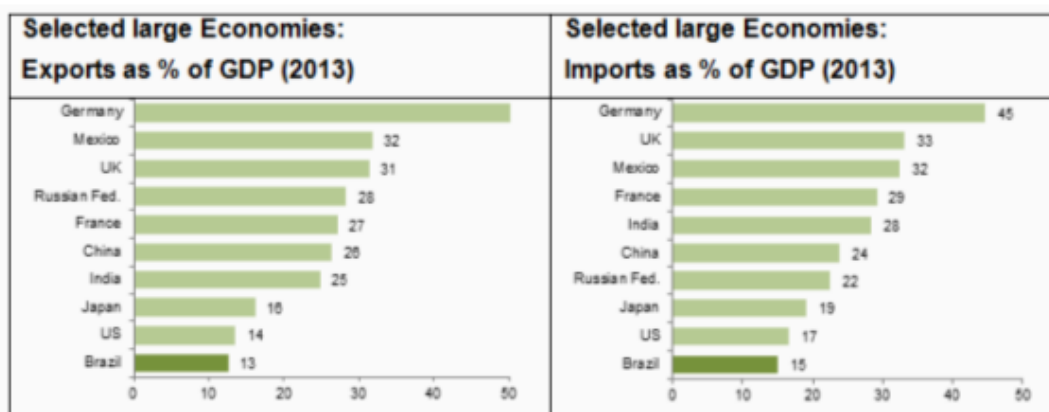
## 2.7. Comparação com outros BRICS

A comparação com os demais BRICs (Rússia, Índia, China) também não favorece o Brasil em matéria de abertura comercial. Em média, o Brasil revela:

- Um nível de proteção tarifária mais elevado;
- Menos acordos de comércio livre;

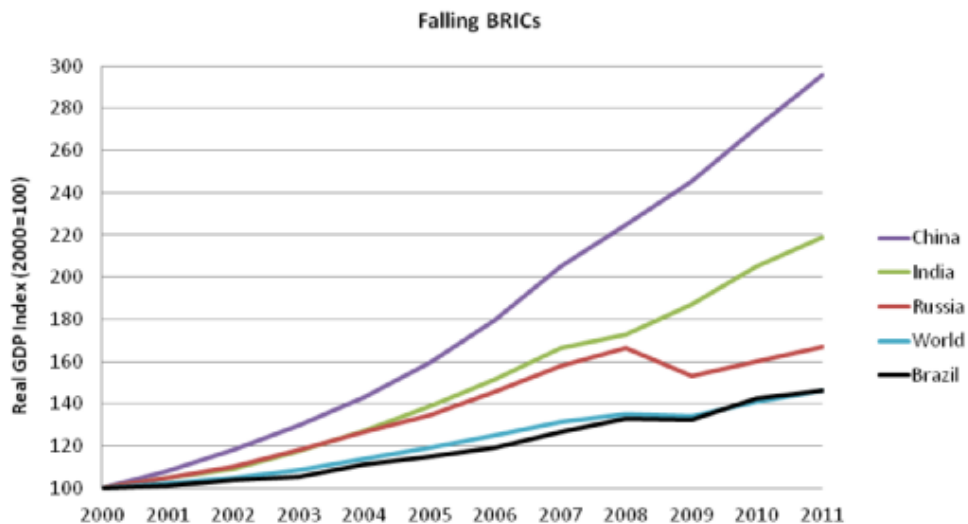
- Menor crescimento relativo das exportações (entre 2000 e 2012, crescimento de 262% enquanto nos demais BRICS foi de 439%!);
- Menor quota de produtos manufaturados nas exportações (em 2010, as matérias primas constituíam 84% das exportações brasileiras para a China, enquanto as produtos manufaturados representavam 98% das importações brasileiras da China);
- Muito menor participação nas “cadeias de produção globais”.

O quadro seguinte mostra os diferentes níveis de abertura comercial de diversos países, entre os quais os quatro BRICs, mostrando que o Brasil revela um grau de fechamento acentuado, comparado com a Rússia, a China e a Índia. O Brasil apresenta um grau de dependência do comércio internacional ainda menor do que o dos próprios Estados Unidos, que a não a devem a nenhum protecionismo (os Estados Unidos têm uma muito baixa tarifa média) mais sim à grande dimensão económica e à extraordinária autossuficiência da economia norte-americana em todos os setores (primário, secundário, terciário).



Uma comparação entre os níveis de abertura comercial e os níveis de crescimento dos BRICs revela uma clara correlação positiva entre as duas variáveis, surgindo o Brasil com o menor ritmo de crescimento dos quatro países, muito longe da Índia e da China, como a figura junta mostra.

## BRICs' growth paths always differed, but more so after the crisis



### 3. Relações comerciais UE-Brasil

#### 3.1. A “política comercial comum” da UE

Importa ter em conta as características da posição comercial da UE, que a distinguem do Mercosul:

- União aduaneira efetiva e política comercial centralizada;
- Mercado interno fortemente integrado (com exceções nos serviços);
- Membro ativo da OMC;
- A política de comércio e de investimento estrangeiro como competência federal exclusiva;
- Tarifa aduaneira média reduzida (~5%).

A política comercial e de investimento estrangeiro da UE assenta nos seguintes princípios:

- Mandato constitucional de liberalização do comércio e do investimento externo;
- Uma política pública clara de liberalização comercial: comunicação “Global Europe” da Comissão Europeia, de 2006;
- A UE é parte de todos os acordos plurilaterais no âmbito da OMC;
- Proliferação de acordos bilaterais de comércio e investimento, incluindo acordos já em vigor, acordos concluídos e acordos em negociação.

A UE possui uma considerável força negocial na cena comercial internacional, pelos seguintes motivos:

- É a maior economia e o maior mercado, ao qual os demais países procuram aceder em condições mais vantajosas;
- É o maior importador e exportador, sendo parceiro comercial relevante de quase todos os países;
- É um grande investidor externo e recetor de IDE alheio.

As relações comerciais com as Américas são caracterizadas por uma crescente liberalização comercial:

- Acordos comerciais de primeira geração com o Chile e o México, estando a ser encarada a sua modernização e aprofundamento;
- Acordo com os países do CARIFORUM (Caráíbas);
- Acordos de segunda geração com a América Central e com a Colômbia e o Peru;

- Negociação avançada de acordos de terceira geração com o Canadá (CETA) e com os Estados Unidos (TTIP).

Se todos esses acordos em negociação ou renegociação forem para a frente, a UE terá relações comerciais preferenciais com todos os países das Américas, exceção feita aos do Mercosul, com eliminação tendencial de obstáculos tarifários e redução substancial das demais barreiras comerciais. No caso do Canadá e dos Estados Unidos, trata-se de acordos integrados de comércio e de investimento.

### **3.2. Relações comerciais Brasil-UE**

A UE é primeiro parceiro comercial do Brasil, mas o Brasil ocupa um modesto lugar no *ranking* dos parceiros comerciais da UE.

Existe uma acentuada assimetria da composição das exportações e importações recíprocas:

- Predomínio do setor primário nas exportações brasileiras para a União;
- Predomínio do setor secundário e terciário nas exportações europeias para o Brasil.

Como mostra a figura seguinte, existe um substancial saldo comercial positivo da UE nas suas relações comerciais com o Brasil, aliás mais acentuado nos serviços do que nas mercadorias.

No plano do IDE recíproco verifica-se também um acentuado saldo a favor da UE, dados os enormes investimentos de empresas europeias no Brasil, nomeadamente nos setores mais protegidos contra as importações (automóvel) e nos serviços (banca, telecomunicações, energia, etc.).

## Comércio e IDE UE-Brasil



### 3.3. As negociações para um acordo UE-Mercosul

É inegável a importância recíproca das relações comerciais UE-Brasil. Como se notou já, a UE é o primeiro parceiro comercial do Brasil e o primeiro investidor externo. O Brasil é o principal fornecedor de produtos agrícolas da UE.

Nestas condições, é teoricamente vantajosa a liberalização das relações comerciais, para potenciar as vantagens recíprocas. No caso do Brasil e demais países do Mercosul, um acordo de liberalização comercial com a UE permitir-lhes-ia entrar no grande mercado da União em pé de igualdade com os demais países americanos que já têm relações preferenciais com a União, como se viu acima, e ter acesso a produtos e serviços importados mais baratos, beneficiando o poder de compra dos cidadãos brasileiros. Calcula-se que as potencialidades comerciais do acordo poderiam subir a 4,5 mil milhões de dólares para cada lado.

As negociações de um acordo comercial entre a UE e o Mercosul foram lançadas oficialmente em 1999, mas pouco avançaram até agora, tendo sido suspensas em 2004, quando se verificou que as condições para a sua conclusão não estavam reunidas, face à incompatibilidade das ofertas tarifárias recíprocas apresentadas em 2001. Relançadas em 2010, as negociações estão longe de concluídas. Ainda nem sequer começou a discussão das ofertas tarifárias!

São vários os obstáculos e as dificuldades de ambos os lados.

Do lado do Mercosul há principalmente as objeções da Argentina (ainda mais protecionista do que o Brasil) e a “viragem para o Sul” e para os BRICs do Brasil, sob o governo do PT.

Do lado da UE há a prioridade a outras negociações comerciais mais propícias, o ceticismo de Bruxelas relativamente à viabilidade das negociações com o Mercosul e a oposição declarada do poderoso lóbi agrícola europeu.

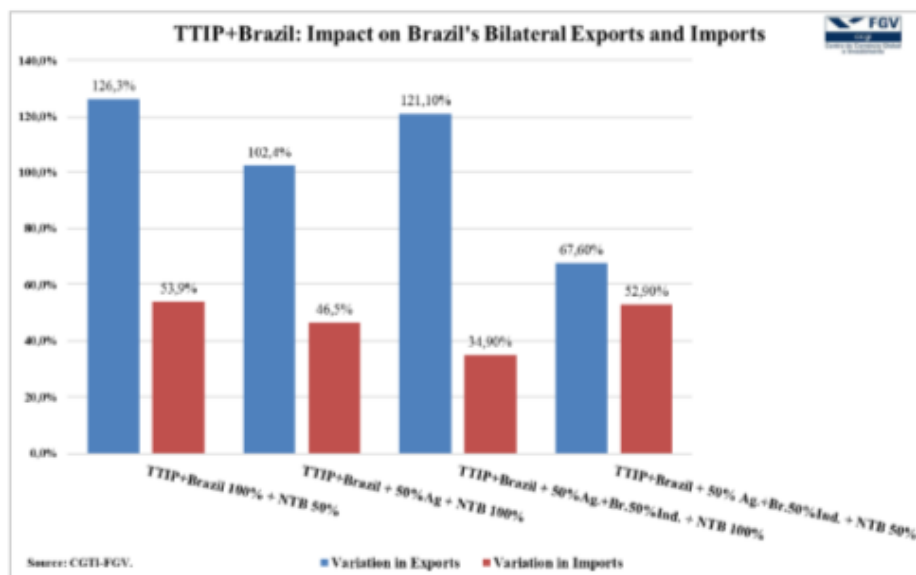
Uma vez que o mandato negocial da União Europeia não inclui o IDE, trata-se de um acordo exclusivamente comercial. Mas se a exclusão do IDE elimina alguns espinhosos temas, nomeadamente a proteção dos investidores e o mecanismo de resolução dos litígios entre investidores e Estados recetores do investimento, as negociações não se apresentam propriamente fáceis.

Entretanto, há alguns sinais do lado sul-americano a favor do avanço das negociações, nomeadamente as declarações recentes (2015) das autoridades brasileiras (a Presidente Dilma Rousseff, o ministro da Fazenda, Joaquim Levy, e a presidente da CNA, Kátia Abreu), porém sem reciprocidade do lado europeu.

Um fator que pode levar os países do Mercosul, especialmente o Brasil, a serem mais positivos a respeito do acordo com a UE (e também com os Estados Unidos) é contrariar o provável impacto negativo dos mega-acordos em negociação, UE-EUA (TTIP) e EUA-Pacífico (TPP), nas relações comerciais do Brasil com a UE e com os EUA. Ao invés, com um acesso preferencial a esse dois mercados, mercado transatlântico e transpacífico, o Brasil passaria a ser beneficiado com tais acordos.

A simulação da figura seguinte (retirado de Thorstensen/ Ferraz, 2014) mostra os substanciais ganhos de uma hipotética junção do Brasil ao TTIP.

### Possível impacto de uma virtual participação do Brasil no TTIP



## 4. A encruzilhada brasileira

### 4.1. As alternativas

Penso que o Brasil se encontra numa encruzilhada quanto à sua política comercial. Há fatores que levam a reconsiderar o *status quo*, nomeadamente os seguintes:

- O perfil problemático das relações comerciais brasileiras, cada vez mais centradas na exportação de *commodities*;
- O impasse da “rodada de Doha”, que cancela qualquer esperança de liberalização multilateral dos produtos agrícolas, que tem sido a grande aposta do Brasil na OMC;
- A falta de dinâmica interna e externa do Mercosul, que reduz a possibilidade de criação de uma grande economia integrada;
- O risco dos desvios de fluxos comerciais decorrentes de acordos comerciais entre terceiros países (como o CETA, o TTIP, o TPP, ou o acordo China -Austrália).

As alternativas são claras: (i) manter o *status quo*; (ii) optar por um “choque” de abertura comercial ao exterior. O debate académico brasileiro começa a agitar este tema crucial para o futuro da política comercial brasileira e do Mercosul (como se deduz por exemplo dos trabalhos de Thorstensen e Ferraz). Mas a sua expressão no debate político é ainda muito reduzida.

## 4.2. A alternativa protecionista

Há a considerar desde logo os custos crescentes do *status quo*.

- A corveia sobre os consumidores, em preços e margem de escolha, por causa das elevadas tarifas de importação de produtos industriais, e sobre as empresas, por causa das tarifas sobre a importação de componentes e bens de capital;
- A continuada perda de posições do Brasil no comércio internacional, por causa do acesso preferencial que países competidores, incluindo os seus vizinhos latinoamericanos, obtiverem aos grandes mercados dos EUA e da UE;
- A perda de competitividade industrial internacional, por não participação nas cadeias de produção globais e nas vantagens que elas proporcionam;
- O afastamento da nova regulação do comércio internacional impulsionada pelos EUA e pela UE.

Em segundo lugar, há sinais de esgotamento do modelo protecionista:

- Ameaça da estagnação económica, por insuficiência do mercado interno;
- Degradação da balança comercial externa, por causa da descida das cotações das *commodities* e do termos de troca;
- Queda do IDE, por efeito da recessão económica;
- Crescente dependência do mercado chinês, com os riscos inerentes, em caso de “resfriado” da economia chinesa.

### 4.3. A alternativa da liberalização comercial

São as seguintes as possíveis vantagens da alternativa liberalizadora por via de acordos comerciais preferenciais:

- Acesso aos grandes mercados de consumo (UE, Estados Unidos);
- Valorização das vantagens comparativas (agroindústria, várias indústrias e alguns serviços);
- Participação nas *global value chains* e acesso a produtos intermediários e a bens de capital mais baratos;
- Aposta na competitividade da economia brasileira, através da acrescida concorrência externa;
- Protagonizar a construção de um *mercado pan-atlântico*, com vértices nos EUA, na UE, na RAS e no Brasil.
- Participação do Brasil na regulação da globalização económica, nomeadamente quanto ao acesso a matérias-primas, à concorrência, às empresas públicas, às multinacionais, etc.

É evidente que liberalização comercial pode ter um preço elevado:

- Desafio exigente para alguns setores mais protegidos da indústria brasileira (têxteis, calçado, aparelhos elétricos, etc.), serviços, compras públicas, etc.
- Vinculação a regras mais exigentes em matéria de DPI;
- “Condicionalidade” ambiental e trabalhista imposta pelos EUA e pela UE nos seus acordos comerciais, e que pode suscitar problemas constitucionais no Brasil (liberdade sindical);
- Desafio para a subsistência do Mercosul, se não houver consenso entre os seus membros (especialmente a Argentina) quanto a uma opção liberalizadora.

No entanto, enfrentar esses desafios pode constituir uma condição e uma oportunidade de aumentar a produtividade e a competitividade externa da economia brasileira para lhe assegurar um lugar na cena econômica internacional consistente com as ambições do país.

#### **4.4. O problema do Mercosul**

Supostamente, o Mercosul deveria ser uma união aduaneira com uma política comercial comum, pelo menos quanto ao comércio de mercadorias, por causa da pauta aduaneira. Todavia, para além de um próprio retrocesso em alguns aspetos cruciais (como as exceções à pauta aduaneira comum), são manifestas as dificuldades na formulação de uma política comercial comum, principalmente por causa da regra do consenso e das diferenças acentuadas entre os Estados-membros.

Neste quadro é evidente o dilema do Brasil, entre a tentação de uma política comercial independente e os riscos de pôr em causa o Mercosul. Existem alguns sinais de mudança de Brasília a favor de uma política comercial mais aberta, restando, porém, saber se com o Mercosul ou à margem dele. Não falta quem defenda que o Mercosul se tornou num travão e que o Brasil deve avançar sozinho, mas este discurso ignora o valor político do Mercosul como penhor estabilidade das relações entre Brasília e Buenos Aires.

É provável que a política comercial tenha de aceitar os constrangimentos derivados da política externa.

#### **4.5. Persistência da tentação protecionista**

O mais provável, se não houver nenhuma mudança política substancial, é o Brasil continuar no “clube protecionista”.

Existe uma clara persistência política e ideológica de velhos paradigmas como a “substituição de importações”, o “desenvolvimento endógeno”, a

hostilidade ao liberalismo económico e a aposta no mercado interno e no crucial papel económico do Estado – a que alguns observadores chamam o “capitalismo de Estado” (Taylor, 2015). O “desenvolvimentismo” e o modelo protecionista gozam de extenso apoio ideológico e político no espectro partidário e no mundo sindical, especialmente nos setores mais protegidos. Acresce que, aparentemente, a relação entre desempenho económico interno e protecionismo não é de todo desfavorável, apesar dos recentes sinais negativos.

Em sentido contrário à tendência protecionista, é de referir que no decurso da crise económica mundial, o Brasil não se conta entre os países que mais medidas protecionistas adicionais adotaram, como se viu acima. Mas a recente queixa da UE contra o Brasil na OMC (2014) (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1186>) e a indicação de que o país abusa de medidas *antidumping* como estratégia protecionista, agravando artificialmente os preços dos produtos importados, pode ser um indício de que os custos dos excessos protecionistas podem começar a aparecer.

## **5. Nota de atualização**

Nos dois anos decorridos sobre esta apresentação há a registar algumas mudanças relevantes, tanto no panorama económico internacional como no quadro político do Mercosul em geral e do Brasil em especial.

Quanto ao primeiro, há a registar a retoma económica mundial e o retorno do crescimento do comércio internacional, bem como da tendência geral para a liberalização crescente do comércio internacional. O Acordo de Facilitação Comercial da OMC entrou em vigor. Continuaram a celebrar-se acordos de liberalização comercial e de IDE. A China aumentou o seu protagonismo comercial. A União Europeia manteve o seu rumo como líder comercial mundial.

A exceção mais gritante é obviamente o nacionalismo e o protecionismo comercial dos Estados Unidos sob a presidência de Trump, que levou ao

abandono do *Trans-Pacific Partnership* e à suspensão *sine die* das negociações do TTIP entre os EUA e a UE.

No que respeita ao clima político no Mercosul, as mudanças de governo em Buenos Aires (com a eleição do Presidente Macri) e em Brasília (com o afastamento de Dilma Roussef e a sua substituição por Michel Temer) deixam admitir uma política económica interna mais liberal e porventura mais aberta ao exterior. Mas não há indicadores que testemunhem uma inversão de sentido nesse aspeto, pelo menos em Brasília. Pelo contrário, não se verifica nenhuma mudança na tradicional subordinação da política comercial, por um lado, a uma “política industrial” de apoio estatal às empresas nacionais, através da política fiscal e da política de crédito subsidiado do BNDS e, por outro lado, à política externa, essencialmente virada para a afirmação da hegemonia política do Brasil no contexto da América Latina. A única mudança parece ser o abandono da prioridade anteriormente dada ao diálogo Sul-Sul, substituído por uma visão mais amistosa em relação aos aliados tradicionais do Norte.

Também não se verifica nenhuma mudança quanto à ausência do Brasil das cadeias de produção globais, continuando o país a exportar essencialmente produtos produzidos localmente (*made in Brazil*). As tarifas comparativamente elevadas sobre bens intermediários e bens de capital e a reduzida eficiência económica do país não encorajam o recurso a importações para depois reexportar com valor acrescentado.

No caso do Brasil ainda não são claras as mudanças quanto à política comercial externa, havendo como sinais relevantes a negociação de acordos comerciais limitados com o México e com o Peru, sem portanto sair da esfera latino-americana. O Presidente Temer também anunciou a intenção de negociar acordos comerciais “com os parceiros tradicionais”, o que pode ser entendido como referindo-se aos EUA e à UE, abandonando a anterior preferência pelos países do Sul. Mas até agora esse anúncio não teve seguimento político nenhum. Os novos acordos comerciais limitam-se aos países da Aliança para o Pacífico (México, Colômbia, Peru e Chile), tendo

uma cobertura muito reduzida (umas centenas de mercadorias), salvo no caso do Chile.

Mais relevante pode ser o anúncio feito em 2016 de uma possível adesão do Brasil às negociações do acordo plurilateral de serviços (TiSA). Mas até ao momento esse anúncio não teve consequências práticas.

No plano dos acordos de investimento, foram alcançados acordos com o México a Colômbia, o Chile e o Peru, seguindo o modelo ensaiado com Angola e com Moçambique. Outros acordos estão anunciados com outros países em desenvolvimento, testemunhando uma ofensiva brasileira para promover o investimento externo das suas empresas multinacionais.

No que respeita às negociações do acordo UE-Mercosul, houve alguns avanços, nomeadamente a apresentação das ofertas em 2016, mas a conclusão do acordo não se anuncia para breve. As negociações comerciais não se compadecem com voluntarismos políticos unilaterais.

Tal como nos outros *dossiers* da política comercial brasileira, é provável que uma efetiva clarificação e uma eventual mudança de rumo tenham de aguardar a eleição presidencial do próximo ano, decorrido o mandato transitório de Temer, desprovido da necessária força política no Congresso e fora dele.

## Fontes e referências

Alcântara, Marco (2013), *Relações externas do Mercosul*. Disponível na Internet: <https://www.mundorama.net/?p=11362>

Barone, Barbara / Bendini, Roberto (2015), *Protectionism in G20*. Disponível na Internet: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549028/EXPO\\_STU\(2015\)549028\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549028/EXPO_STU(2015)549028_EN.pdf)

Calfat, German / Flôres, Renato (2004), *The EU-Mercosul free trade agreement: Quantifying mutual gains*. Disponível na Internet: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/915>

- Canuto, Otaviano (s/d), *Are mega-trade agreements a threat to Brazil?* Disponível na Internet: [http://www.huffingtonpost.com/otaviano-canuto/are-mega-tradeagreements\\_b\\_6763692.html](http://www.huffingtonpost.com/otaviano-canuto/are-mega-tradeagreements_b_6763692.html)
- Canuto, Otaviano / Cavallari, Matheus / Reis, José Guilherme (2013), *The Brazilian Competitiveness Cliff*. Disponível na Internet: <https://ideas.repec.org/a/wbk/prmecp/ep105.html>
- Canuto, Otaviano / Fleischhaker, Cornelius / Schellekens, Philip (2015), *The curious case of Brazil's closedness to trade*. Disponível na Internet: <http://www.voxeu.org/article/brazil-s-closedness-trade>
- Cavalcante, Thiago / Lima, Carlos Costa (2013), *A política comercial do Governo Lula*. Disponível na Internet: <http://sumario-periodicos.espm.br/index.php/seculo21/article/view/1867>
- Flôres, Renato (2013), *In search of a feasible EU-Mercosur FTA*. Disponível na Internet: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2277500](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2277500)
- George, Samuel / Fleischhacker, Cornelius (2015), *Five steps to kickstart Brazil*, Fundação Bertelsmann. Disponível na Internet: <http://www.bfna.org/publication/fivesteps-to-kickstart-brazil>
- Messerlin, Patrick (2013), *The Mercosur–EU Preferential Trade Agreement: A view from Europe*. Disponível na Internet: [http://aei.pitt.edu/40233/1/WD\\_377\\_Messerlin\\_Mercosur-EU\\_Trade.pdf](http://aei.pitt.edu/40233/1/WD_377_Messerlin_Mercosur-EU_Trade.pdf)
- Moreira, Maurício Mesquita (2008), *Brazil's Trade Policy: Old and New Issues*. Disponível na Internet: [http://www.usitc.gov/research\\_and\\_analysis/documents/MoreiraBrazils\\_Trade\\_Policy\\_\\_Old\\_and\\_New\\_Issues\\_0.pdf](http://www.usitc.gov/research_and_analysis/documents/MoreiraBrazils_Trade_Policy__Old_and_New_Issues_0.pdf)
- Oliveira, Ivan Tiago M. (2014), *Ideias e interesses na politica comercial brasileira*. Disponível na Internet: [http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/boletim\\_internacional/14051\\_2\\_boletim\\_internacional016\\_cap3](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/boletim_internacional/14051_2_boletim_internacional016_cap3)
- Taylor, Mathew (2015), *The unchanging core of Brazilian State capitalism*. Disponível na Internet: <http://www.american.edu/sis/faculty/mtaylor.cfm>

Thorstensen / Ferraz (2014), *The Impact of TTIP and TPP on Brazil*. Disponível na Internet: [http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/TTIP%20e%20TPP%20\(ENG\)%2016.01,14.pdf](http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/TTIP%20e%20TPP%20(ENG)%2016.01,14.pdf)

Thorstensen, Vera / Ferraz, Lucas (2014a), *The Impact of TTIP and TPP on Brazil*. Disponível na Internet: [http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/TTIP%20e%20TPP%20\(ENG\)%2016.01,14.pdf](http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/TTIP%20e%20TPP%20(ENG)%2016.01,14.pdf)

Thorstensen. Vera / Ferraz, Lucas (2014b), *O isolamento do Brasil em relação aos acordos e mega-acordos comerciais*. Disponível na Internet: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3762/1/BEPI\\_n16\\_isolamento.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3762/1/BEPI_n16_isolamento.pdf)

Trubek, David M./ Morosini, Fabio / Sánchez-Badin, Michele R (2017), *Brazil in the Shadow of Mega-regional Trade and Investment Standards*. Disponível na Internet: <http://ssrn.com/abstract=2923821>

Valladão, Alfredo (2007), *La nueva linea de Tordesillas: La actual gran línea divisoria entre el Este y el Oeste en Latinoamérica*. Disponível na Internet: <http://www.cries.org/contenidos/anuario-integracion-2007.pdf>

Veiga, Pedro Motta / Rios, Sandra Polónia (2015), *Inserção em cadeias globais e políticas públicas: O caso do Brasil*, IPEA, Brasília. Disponível na Internet:

Wigell, *Seal the deal or lose Brazil* (2015), Disponível na Internet: [http://www.fiiia.fi/en/publication/494/seal\\_the\\_deal\\_or\\_lose\\_brazil/](http://www.fiiia.fi/en/publication/494/seal_the_deal_or_lose_brazil/)

-

\* Texto revisto e ampliado de uma apresentação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), em julho de 2015. No final acrescenta-se uma breve nota de atualização. Também foi atualizada a bibliografia indicada em anexo.

# AS RESERVAS LEGAIS FLORESTAIS E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Marco Aurélio Mello<sup>1</sup>

## Introdução

O tema “gestão ambiental privada” envolve a participação de indivíduos e da sociedade nas ações de proteção e preservação do meio ambiente. Importante definir quais instrumentos devem ser utilizados, assim como quais restrições devem ser suportadas, a fim de os cidadãos cumprirem a obrigação de atuar em favor de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como direito de todos, a manutenção do ecossistema é também dever de todos em favor das gerações do presente e do futuro. Há essa ambivalência considerado o indivíduo como titular do direito e, ao mesmo tempo, destinatário dos deveres de proteção.

Quanto a se fazer presente essa via de mão dupla, não existe nem deve existir controvérsia. O dever geral de favorecer o meio ambiente é indisputável. A problemática reside em saber o nível de sacrifício que os indivíduos podem e devem suportar para tornar efetivo o direito: além de servir de instrumento de coerção voltado à promoção e à proteção do meio ambiente, o Direito pode oferecer reparação aos indivíduos que sofrerem determinadas restrições? A circunstância de coexistirem direitos e deveres fundamentais é suficiente para afastar essa possibilidade? A discussão

revela aspecto metodológico dos mais contemporâneos: o conflito de direitos – posições – fundamentais.

Este texto ocupa-se de questão dessa natureza. Investigo a relação entre o direito-dever fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e o direito fundamental de propriedade dos indivíduos que são, no tocante ao primeiro, concomitantemente, beneficiários e sujeitos passivos de obrigações. Restrições à exploração da propriedade em favor da segurança do meio ambiente, embora constitucionalmente permitidas, geram aos titulares algum direito de reparação? O fato de serem obrigados a participar do projeto constitucional de preservação do meio ambiente e deste serem, ao mesmo tempo, favorecidos, exclui dos proprietários o direito de obter indenizações em razão de sacrifícios impostos à exploração de imóveis e terras?

Desenvolvo o tema tendo como campo de aplicação a legislação brasileira – os “Códigos Florestais” de ontem e de hoje – acerca da constituição de *reservas legais florestais*. O texto possui a seguinte estrutura: (1) trato da noção de proteção e preservação do meio ambiente como direito-dever fundamental consagrado na Carta de 1988; (2) descrição do conceito e da evolução legislativa das reservas legais florestais, destacando as restrições sobre o exercício do direito de propriedade; (3) abordagem da constitucionalidade, em abstrato, da instituição das reservas legais; (4) realização do esforço de conciliar o dever de proteção ao meio ambiente com o direito de propriedade considerado o estabelecimento de reserva legal e a possibilidade de indenização ante as restrições estabelecidas. Por fim, (5) conclusões.

## 1. O direito-dever fundamental ao meio ambiente equilibrado

O artigo 225 da Carta Federal assegura o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Cuida-se de direito fundamental de terceira geração, fundado a partir dos valores solidariedade e fraternidade que devem permear as relações entre os povos e indivíduos desta e das gerações vindouras, de caráter coletivo e difuso, dotado “de altíssimo teor de humanismo e universalidade”<sup>2</sup>, que a todos pertence e também a todos obriga, daí por que encerra verdadeiro *direito-dever fundamental*.<sup>3</sup> Esse ponto é de alta importância: o direito aproveita ao ser humano considerado tanto em individualidade como em coletividade, havendo de ser compreendido como bem maior, imprescindível à sobrevivência, valor ético fundamental da humanidade, de modo que a proteção não pode caber apenas ao Estado, mas a todos.

Em diferentes oportunidades, o Supremo concretizou o direito na forma em que previsto na Carta. O Tribunal, no Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, Segunda Turma, relator ministro Francisco Rezek, acórdão por mim redigido, validou a proibição, no Estado de Santa Catarina, da denominada “Festa da Farra do Boi”. Aqueles que defenderam a manutenção do evento afirmaram ser uma manifestação popular, de caráter cultural, enraizada na sociedade daquela região. Os que a impugnaram anotaram a crueldade intrínseca contra os animais bovinos, que eram tratados “sob vara” durante o “espetáculo”. O relator assentou a inconstitucionalidade da prática, destacando a maldade a que eram submetidos os animais. Também assim votei, asseverando não se tratar “de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República”, mas de crueldade ímpar, onde pessoas buscam, a todo custo, “o próprio sacrifício do animal”, ensejando a aplicação do inciso VII do artigo 225.<sup>4</sup> Controvérsia análoga foi resolvida no mesmo sentido, consideradas leis estaduais declaradas inconstitucionais porque favoreciam o costume popular denominado de “briga de galos”.<sup>5</sup>

Vê-se, portanto, ser comum o confronto do direito ao meio ambiente com outros direitos fundamentais igualmente difusos, como o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, de que trata o artigo 215 do Diploma Maior. Em ambos os casos, o comportamento decisório do Supremo foi no sentido de dar preferência ao interesse na proteção do meio ambiente. Há também decisões do Supremo envolvendo conflitos com liberdades individuais fundamentais clássicas como a livre iniciativa e o próprio direito de propriedade.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 25.284, de minha relatoria,<sup>6</sup> alusivo à criação da “Reserva Extrativista Verde para Sempre”, envolvidas desapropriações de inúmeras propriedades rurais, depois de afirmar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,” o qual impõe “ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, apontei que, ante o disposto no artigo 225, “conflito entre os interesses individual e coletivo resolve-se a favor deste último”. Defendi a possibilidade, no caso concreto, de mitigação do direito de propriedade, o qual não se revela absoluto.<sup>7</sup> Tal mitigação, contudo, não afastou o direito de indenização constitucionalmente assegurado aos produtores rurais que tiveram as terras desapropriadas.

Foi com base nas mesmas premissas que a maioria do Tribunal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/DF, relatora ministra Cármen Lúcia, assentou a proibição de importar pneus usados ou remodelados. Votei vencido, não por olvidar a relevância do direito coletivo, mas por entender, ante as dúvidas sobre os efeitos verdadeiramente nocivos da importação questionada e a restrição à livre iniciativa, que a matéria deveria ser definida exclusivamente pelo Congresso Nacional por meio de edição de lei em sentido formal e material.<sup>8</sup>

No âmbito da ponderação de direitos e valores, fica claro que o Tribunal vem interpretando, presentes conflitos inevitáveis, as normas e os fatos de

forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura. Claro, mesmo preocupação de tal nível não pode implicar desprezo aos direitos fundamentais conflitantes. Ao assentar a preservação ao meio ambiente, o Tribunal deve, em alguma medida, considerar também os indivíduos e o grau de sacrifício imposto aos direitos destes. A necessidade de harmonia torna-se especialmente relevante quanto ao estabelecimento das chamadas reservas legais florestais.

## **2. Conceito e evolução legislativa da reserva legal florestal**

A reserva legal – também denominada *reserva legal florestal* ou *reserva de biodiversidade*, assim designada para evitar confusão com a reserva de lei relacionada ao princípio da legalidade – consiste em área no interior de propriedade ou posse rural, diferente da Área de Preservação Permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas. Trata-se, portanto, de restrição ao exercício da propriedade em favor da proteção do meio ambiente.

O instrumento adentrou o Direito brasileiro sob a vigência do Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934, primeiro Código Florestal. O Código pretérito qualificou as florestas existentes no território nacional como bens de interesse comum a todos os cidadãos, estabelecendo, a fim de protegê-las, restrição parcial ao desmatamento no tocante às florestas de propriedade privada. Previa o referido diploma:

Art. 23. Nenhum proprietário de terras cobertas de mattas poderá abater mais de três quartas partes da vegetação existente, salvo o disposto nos arts. 23 e 31 e 52.

[...]

§ 2º. Antes de iniciar a derrubada, com a antecedência mínima de 30 dias, o proprietário dará ciência de sua intenção à autoridade competente, a fim de que esta determine a parte das matas que será conservada. **(sic)**

A partir do Decreto nº 23.793, de 1934, permitiu-se o desbaste de matas privadas, limitado a três quartos da cobertura florestal, desde que cientificada a Administração Pública para delimitar a porção que deveria ser preservada. Saliento que a disciplina se mostrou restrita às florestas em propriedade privada, porquanto as florestas públicas estavam, e continuam, sujeitas a tratamento diverso.

A regência progrediu com o advento da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 – Código Florestal de 1965 –, a qual trouxe novos limites para a derrubada de florestas de domínio privado, com percentuais variáveis segundo o bioma no qual localizadas. Importante salientar que a proteção estampada no artigo 16, com a redação então em vigor, somente se estendia às propriedades rurais onde houvesse floresta, nada constando a respeito dos demais tipos de vegetação. Eis o teor do Código, na redação original:

Art. 1º. As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação geral e especialmente esta Lei estabelecem.

[...]

Art. 16. As florestas de domínio privado, não sujeitas ao regime de utilização limitada e ressalvadas as de preservação permanente, previstas nos artigos 2º e 3º desta lei, são suscetíveis de exploração, obedecidas as seguintes restrições:

a) nas regiões Leste Meridional, Sul e Centro-Oeste, esta na parte sul, as derrubadas de florestas nativas, primitivas ou regeneradas, só serão permitidas, desde que seja, em qualquer caso, respeitado o limite

mínimo de 20% da área de cada propriedade com cobertura arbórea localizada, a critério da autoridade competente.

A Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989, acrescentou dois parágrafos ao artigo 16 do Código Florestal, assim o fazendo para prever a averbação da reserva legal na inscrição de matrícula do imóvel rural e estender a proteção legal às áreas de cerrado. Com a Medida Provisória nº 1.956-50, sucessivamente reeditada até a consolidação na Medida Provisória nº 2.166-66 em 24 de agosto de 2001, houve importantes modificações, incluída a majoração da reserva legal em percentuais variados, a depender do bioma em que situada a propriedade privada. Aumentou-se, assim, a restrição à liberdade de uso da terra.

No imóvel rural situado na Amazônia Legal, a área de reserva de biodiversidade foi fixada em 80%. Nas propriedades em área de cerrado na Amazônia Legal, o percentual é de 35%, sendo no mínimo 20% na propriedade específica e 15% por meio de compensação de outro terreno localizado na mesma microbacia. Por fim, 20% nas áreas assentadas em florestas ou em outras formas de vegetação bem como nos campos gerais do restante do país. Em todos os casos, o § 5º do artigo 16 confere à Administração Pública o poder de alterar os percentuais da reserva legal em até a metade, ouvidos certos órgãos e se assim indicarem os zoneamentos econômico e o agrícola ecológico.

Importante destacar a previsão no § 6º do aludido dispositivo. Segundo a norma, a regra geral era a de não inclusão da Área de Preservação Ambiental no cálculo dos mencionados percentuais para efeito de dimensionamento da reserva legal. Contudo, tal cômputo poderia ser autorizado pela autoridade ambiental desde que o benefício não implicasse conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo e quando a soma da vegetação nativa em área de preservação permanente e reserva legal excedesse a: oitenta por cento da propriedade rural localizada na Amazônia Legal; cinquenta por cento da propriedade rural situada nas demais regiões do País; e vinte e cinco por cento da pequena propriedade definida pelas

alíneas “b” e “c” do inciso I do § 2º do artigo 1º da mesma lei. O propósito do legislador foi, claramente, o de evitar a inviabilidade econômica da exploração da terra pelo produtor rural, considerando conjuntamente os dois institutos – Área de Preservação Ambiental e reserva legal florestal – em torno do mesmo efeito protetivo.

A incidência da reserva florestal sobre determinado imóvel implica, como principal obrigação negativa, a impossibilidade de supressão da cobertura vegetal e o manejo da área somente segundo regime próprio, de caráter sustentável, a ser disciplinado por regulamento administrativo. É o disposto no § 2º do artigo 16 do Código:

§ 2º A vegetação da reserva legal não pode ser suprimida, podendo apenas ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos no regulamento, ressalvadas as hipóteses previstas no § 3º deste artigo, sem prejuízo das demais legislações específicas.

Para o caso de a área destinada à reserva legal já ter sido desmatada, a medida provisória previu obrigações variadas de recomposição da vegetação original – incisos I a III do artigo 44. Assim, pode o proprietário ou possuidor do bem optar por (i) efetuar o plantio de espécies nativas de no mínimo 10% da área total necessária a cada três anos, o que significa a completa reconstituição de área desmatada no prazo máximo de trinta anos, (ii) conduzir a regeneração natural da reserva legal ou (iii) compensar a reserva valendo-se de outra área equivalente em importância ecológica e extensão. Em síntese, são obrigações de compensação, recomposição e regeneração de florestas privadas que foram impostas aos proprietários e possuidores rurais a partir do advento da medida provisória em questão.

A Lei nº 7.803, de 1989, assim como a Medida Provisória nº 2.166-66, de 2001, foram revogados pelo intitulado Novo Código Florestal Brasileiro – a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 –, ato envolto em muitas disputas dentro e fora do Congresso e objeto de generosos vetos da Presidência da

República.<sup>9</sup> Não houve alterações gerais estruturais significativas, apenas pontuais, embora polêmicas.

Os percentuais da reserva foram mantidos no artigo 12 do novo diploma legal, vindo a ser alvo de severas críticas por parte dos ambientalistas a previsão contida no artigo 15, por meio da qual o cômputo da Área de Preservação Ambiental no cálculo da reserva legal foi bastante facilitado. As condições quantitativas foram mantidas, porém, a inclusão não mais depende de autorização administrativa, bastando, para tanto, que o proprietário ou o possuidor tenha requerido a inclusão do imóvel no denominado Cadastro Ambiental Rural – CAR.

Quanto ao regime de proteção da reserva legal, no artigo 17, foi mantida a obrigatoriedade de conservação “com cobertura de vegetação nativa pelo proprietário do imóvel rural, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado”. Nos termos do § 1º deste artigo, a exploração econômica da reserva legal é admitida apenas mediante o manejo sustentável, devendo o correspondente projeto de uso ser previamente aprovado por órgão que compõe o denominado Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama. Consoante o § 2º, os procedimentos de elaboração, análise e aprovação de exploração devem ser mais simples em favor dos produtores em regime de economia familiar. O artigo 66 manteve as regras transitórias, previstas anteriormente, compensação estabelecidas de instrumentos de ambiental para o caso de produtores não possuírem reserva nos percentuais constantes do citado artigo 12.

Foi objeto de severas críticas por parte dos ambientalistas, todavia, a dispensa contida na nova lei quanto à obrigatoriedade da averbação da reserva legal na matrícula do imóvel. A previsão agora é de faculdade, caso seja feito o registro prévio no já aludido Cadastro Ambiental Rural – CAR. É o que dispõe o artigo 18, § 4º, do Novo Código Florestal:

Art. 18. A área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art.

29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei.

[...]

§ 4º O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis."

Assim exposta a evolução legislativa, resta examinar a compatibilidade da reserva florestal com o texto constitucional. Seria tal restrição consentânea com os ditames maiores? Como passo a desenvolver no tópico seguinte, a resposta é desenganadamente positiva.

### **3. Constitucionalidade da reserva legal florestal**

Revela-se inegável a importância da reserva legal florestal enquanto específico instrumento de proteção do meio ambiente, considerada a redação do inciso III do § 1º do artigo 225 da Carta da República. Como desenvolvido no tópico 1 deste trabalho, o constituinte impôs ao poder público e à coletividade o correlato dever de preservação e conservação dos bens ambientais. Não é preciso sequer recorrer ao conhecimento científico ou mesmo às leis sobre o tema – e não são poucas – para concluir pela necessidade dessa prática, especialmente no que se refere às diversas espécies de vegetação existentes no território nacional. Falam por si as sucessivas catástrofes naturais recentemente vividas, as quais indicam a mudança climática decorrente das condutas agressivas à natureza.

A reserva florestal dá concretude às obrigações assumidas pela República Federativa do Brasil em tratados internacionais. Entre eles, cito o comentado Protocolo de Quioto, internalizado pelo Decreto nº 5.445, de 12 de maio de 2005, no qual o Estado brasileiro se comprometeu a adotar práticas sustentáveis de manejo florestal e reflorestamento. Permitir o desmatamento desmesurado de áreas como a Floresta Amazônica, o

Pantanal e o que sobrou da Mata Atlântica significa olvidar as obrigações assumidas no plano internacional.

Não há que se cogitar de os deveres listados nos incisos do § 1º do mencionado artigo 225 dirigirem-se exclusivamente ao Estado. Nas palavras do ministro Eros Grau, o direito não se interpreta em tiras. Há que se observar a cabeça do artigo 225, a direcionar a proteção do meio ambiente equilibrado também à coletividade. A tutela ambiental cabe, mutuamente, aos cidadãos em geral e ao Poder Público. Por essa razão, os bens que, apesar de privados, têm especial relevância ambiental vêm sendo qualificados pela doutrina como bens privados de interesse público, que se submetem à disciplina mais rígida de polícia, intervenção e disponibilidade.<sup>10</sup>

Não subsiste qualquer alegação de desproporcionalidade da extensão das medidas restritivas de proteção. Descabe ao Poder Judiciário, que não é órgão de natureza técnico-científica em matéria ambiental, analisar as necessidades e o grau de proteção do meio ambiente, salvo flagrante violação ao texto constitucional. A sintonia fina resultante da ponderação entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental é decisão política da sociedade, a ser tomada com base em estudos científicos públicos e confiáveis, cuja realização última depende dos representantes democraticamente eleitos, e não do Poder Judiciário. Há de se privilegiar a capacidade institucional do Legislativo.

O meio ambiente tem sido qualificado como um “macrobem”. Ele não se resume à água, ao ar ou à vegetação. Engloba todas as coisas em conjunto. Segundo o mestre José Afonso da Silva, são recursos ambientais “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera, a fauna e a flora”<sup>11</sup>, conforme previsto nas Leis nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Essa visão holística do meio ambiente justifica plenamente a ampliação qualitativa da reserva legal, para alcançar outras espécies de vegetação diversas das florestas.

O estabelecimento de reserva legal não desafia o princípio da isonomia. O território nacional possui biomas distintos e todos submetidos a diferentes graus de ação antrópica. É plausível que se queira preservar áreas ainda virgens e se permita o desenvolvimento econômico em zonas já em estado avançado de degradação ambiental. A própria Carta Federal, no mencionado § 4º do artigo 225, ressalva as partes do território que são consideradas patrimônio nacional. O princípio da isonomia reclama o tratamento igual a pessoas em situação igual, o que nitidamente não é o caso.

Aduz-se, constantemente, que o estabelecimento da reserva viola o princípio da livre iniciativa, o que não se sustenta. Sabe-se que a Constituição de 1988 condicionou a ordem econômica à defesa do meio ambiente – inciso VI do artigo 170. Por essa razão, não se pode acolher a interpretação princípio. Trata-se de acomodação feita absoluta do pelo próprio constituinte.

A oposição de direitos e interesses atrelados à segurança jurídica, materializada pelas regras de proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, presente o inciso XXXVI do artigo 5º do Diploma Maior, igualmente, não podem conduzir à inconstitucionalidade dessa espécie de medida protetiva. O cerne da proteção constitucional é o ato jurídico perfeito praticado e acabado no tempo. O direito adquirido não pode ser evocado, pois descabe falar em direito ao desmatamento, considerada a natureza de bem privado a encerrar interesse coletivo relativamente às florestas privadas. Entendimento contrário seria admitir a imutabilidade do regime da propriedade. No máximo, há expectativa de direito em relação à manutenção das regras então em vigor a justificar regras de transição como as que permitem a figura da “compensação ambiental”. Revelando-se inequívoca a violação ao ato jurídico perfeito, a reparação dos efeitos decorrentes das mudanças no cenário jurídico resolve-se pela via da indenização.

A constitucionalidade das reservas legais encontra-se, portanto, acima de qualquer dúvida razoável. Contudo, ante o permanente silêncio legislativo,

resta indagar sobre a possibilidade de alguma forma de indenização em decorrência da própria restrição em si promovida pelo estabelecimento das reservas em detrimento do exercício concreto do direito de propriedade. É dessa controvérsia, digo, residual que me ocupo no item seguinte.

#### **4. Conciliação entre propriedade e proteção ao meio ambiente: existe um direito à indenização?**

Assentada a compatibilidade da reserva florestal, em abstrato, com as garantias constitucionais citadas, cumpre proceder à conciliação entre a propriedade e a reserva. Esse esforço parte da premissa inicial de a existência do direito de propriedade não justificar a inconstitucionalidade ou mesmo a mera inadequação da medida. Foi-se o tempo em que o direito de propriedade, assim como preconizado pelo artigo 544 do Código Civil de Napoleão, era visto como o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta. O constituinte fez questão de deixar claro que o exercício do direito de propriedade está confinado aos limites da função social que exerce – inciso XXIII do artigo 5º da Lei Maior –, ficando vedado o uso contrário a tais fins. Restrições ao direito de propriedade podem servir à preservação ao meio ambiente e fazerem com que seja cumprida a citada “função social”.

Além do mais, é de observar que as propriedades rurais estão situadas em biomas onde há expresso mandamento de preservação, presente o § 4º do artigo 225 da Carta. Daí não se poder afastar, por inconstitucionalidade, a ampliação quantitativa da reserva florestal, verificada a partir da mencionada Medida Provisória nº 1.956-50, fazendo-o sob o prisma da incompatibilidade, em abstrato, com o direito de propriedade. Penso ser possível a acomodação e é nesse ponto que entra em cena o debate sobre os limites e as possibilidades de reparação.

De acordo com a doutrina majoritária no campo do Direito Ambiental, a reserva florestal deve ser encarada como instrumento de limitação do direito de propriedade, porque serve simplesmente a adequá-la à

denominada “função social ambiental”, à luz do inciso XXIII do artigo 5º e do inciso III do § 1º do artigo 225 da Lei Maior.

Afirma Maria Luiza Machado Granziera: “A Reserva Legal, em face da sua finalidade protetora do meio ambiente, impõe restrições ao uso da propriedade, sem gerar indenização. A função social da propriedade rural inclui a preservação ambiental e o uso racional dos recursos naturais, conforme determina a CF/88, no art. 186, II”.<sup>12</sup> Paulo Affonso Leme Machado consigna: “Considerada a generalidade da obrigação de instituir a Reserva Legal Florestal, não cabe indenização ao proprietário por parte do Poder Público”.<sup>13</sup> Também José Afonso da Silva ensina: “A reserva legal de florestas não é servidão, mas simples restrição ao direito de propriedade, pelo quê não é indenizável”.<sup>14</sup>

Segundo as concepções tradicionais, a conformação dos limites dos direitos privados – em especial os de liberdade e propriedade – é matéria afeta ao Estado, que assim age em favor da vida coletiva e da ordem pública. Tal atividade é genericamente designada *poder de polícia*, sendo definida por Hely Lopes Meirelles como “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.<sup>15</sup> O poder de polícia é manifestação da denominada supremacia do interesse público sobre o particular, instrumento em benefício da vida em comum, pois seria inadmissível o exercício de direitos de maneira a inviabilizar o convívio social.

Também é corrente o entendimento, inclusive ratificado pela jurisprudência do Supremo – Recurso Extraordinário nº 114.468/PR, da relatoria do ministro Carlos Madeira –, de que a instituição de limitações administrativas não gera o dever de indenizar. Nesse sentido proclama a doutrina de forma uníssona.<sup>16</sup> Assim o é por duas razões.

Primeira: as restrições administrativas alcançam, genericamente, número indeterminado de propriedades. Então, os ônus decorrentes seriam distribuídos de maneira uniforme entre a sociedade, em atenção aos imperativos da igualdade e da solidariedade social. Não há dever de

indenizar relativamente às limitações administrativas, “já que não são senão uma carga geral imposta a todas as propriedades”, conforme anota o jurista Rafael Bielsa – citado por Maria Sylvia.

Segunda: as restrições não manietam os direitos individuais, mas tão somente lhes traçam as balizas externas de exercício, de modo a viabilizar a convivência comunitária. Essa fundamentação do poder de polícia é atribuída ao italiano Renato Alessi, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar:

Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Estes últimos são expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade – é a brilhante observação de Alessi –, uma vez que estes simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade.<sup>17</sup>

Explico melhor a questão. É conhecido o exemplo em que se argumenta inexistir liberdade para um artista instalar-se em avenida importante, no momento de maior fluxo, a propósito de pintar um quadro, impedindo a utilização normal do bem de uso comum do povo. Descabe evocar, no referido contexto, a liberdade de expressão artística independente de licença ou censura, prevista no inciso IX do artigo 5º da Carta Federal. Na definição do direito à liberdade de expressão, não se inclui a prerrogativa de causar o caos público. Daí a inteira pertinência da atividade estatal de limitação de direitos, delineando-se os horizontes da liberdade, da propriedade e dos demais direitos fundamentais. Sob o ângulo desses últimos, há extenso debate a respeito da questão, assim retratada por Jane Reis Gonçalves Pereira:

A necessidade de solucionar conflitos de direitos implica, naturalmente, o estabelecimento de restrições recíprocas em sua aplicação. Em situações nas quais certos direitos que seriam, a princípio, aplicáveis, apresentam-se como antagônicos, torna-se necessário promover uma acomodação hermenêutica, devendo um deles ceder, parcial ou totalmente, em favor do outro. Dessa forma, a proteção dos direitos não pode ser efetivada mediante a “prevalência absoluta ou incondicionada de alguns, mas com a afirmação da vigência debilitada de todos”.<sup>18</sup>

Enquanto alguns apontam a necessidade de ponderação concreta entre os direitos, como é o caso de Robert Alexy<sup>19</sup>, pressupondo a interpretação ampliativa dos enunciados normativos e a colisão entre as pretensões subjetivas, outros afirmam a necessidade de concordância prática entre os respectivos âmbitos de incidência, como o fazem Konrad Hesse e Friedrich Müller, defendendo a viabilidade de acomodação abstrata dos direitos, delimitando-os.

Independentemente da corrente que se adote quanto ao tema, há uniforme consenso no tocante a este ponto: não seria possível a vida se os direitos fossem considerados absolutos, irrestringíveis. Nesse sentido há decisões do Supremo, entre as quais cito a relativa ao Mandado de Segurança nº 25.254/DF, de minha relatoria. Em suma, como os direitos em geral e os fundamentais em particular, são assegurados em caráter conjunto e universal, é natural ocorrerem colisões – supostas ou efetivas, consoante a teoria que se adote – no exercício em situações concretas, das quais surge a necessidade de arranjo.

Quais são as implicações hermenêuticas para a relação estabelecimento de reserva legal dessas acomodações conflituosa entre o como instrumento de concreção do direito ao meio ambiente sadio e o direito de propriedade? Conforme acima descrito, a doutrina majoritária defende a qualificação das reservas legais florestais como restrições ao direito de propriedade,

alegando que tais intervenções não são indenizáveis. Seria correto defender a óptica oposta: a natureza de sacrifício de direito quando da instituição da reserva florestal e o correlato direito à indenização?

Diferente dos casos de limitação administrativa ao direito de propriedade revela-se o tratamento dos denominados sacrifícios dos direitos em favor do interesse público, quando se elimina o direito, em caráter parcial ou integral. É o que acontece, relativamente à propriedade, nas administrativas e desapropriações. Nessas servidões situações, considerada a incidência específica e a retirada do direito do patrimônio jurídico do indivíduo, mostra-se devida a contrapartida pecuniária. E aqui age, uma vez mais, o imperativo de solidariedade social: se alguém faz sacrifício particular em favor do interesse da coletividade, todos devem contribuir para o ônus, o que ocorre por meio da indenização implementada pelo Poder Público.

Portanto, para definir o regime indenizatório, cumpre saber se a reserva florestal é limitação de direito – como defende doutrina majoritária – ou sacrifício de direito. Sobre a distinção entre um e outro, esclarece Luís Manuel Fonseca Pires:

*O sacrifício de direitos, assim entendido, consiste na autorização legislativa ao Estado para atingir diretamente os direitos consagrados no sistema jurídico e já incorporados concretamente pelos administrados, diferentemente da conformação dos direitos na qual se traceja e com isto se desenha o conceito e a definição de determinado valor (liberdade ou propriedade) para o direito positivo.*<sup>20</sup>

A diferenciação não é simples. Carlos Ari Sundfeld aponta três critérios para dizer se a hipótese configura limitação ou sacrifício.<sup>21</sup> Primeiro: se houver transferência do bem para o patrimônio público, há de se reconhecer o direito à indenização. Segundo: o veículo de formalização – lei ou ato administrativo. Consoante o autor, somente por lei existiria possibilidade de limitação. Terceiro: generalidade. A incidência individual e particular da

limitação indicaria sacrifício em favor da coletividade, atraindo a aplicação do princípio da solidariedade social e reclamando a indenização em favor da distribuição equitativa dos encargos públicos.

Excetuado o critério da transferência patrimonial do bem, definitivo e de aplicação muito singela, os demais critérios, a meu ver, não oferecem solução definitiva ao problema proposto. Ninguém há de crer que uma servidão instituída por lei não resultaria. Confirmam em direito à indenização, presente o precedente: Agravo Regimental no prejuízo. Recurso Extraordinário nº 140.254/SP, da relatoria do ministro Celso de Mello, julgado em 5 de dezembro de 1995 pela Primeira Turma, e Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 145.500/SP, relator ministro Paulo Brossard, julgado em 18 de maio de 1993 pela Segunda Turma.

O critério da individualidade ou generalidade da restrição deve sofrer leitura menos restritiva do que a conferida pela doutrina. Faço a analogia com o tombamento. Embora a regra geral seja a gratuidade, as obrigações positivas e os prejuízos sofridos pelo proprietário do bem tombado são reconhecidos como indenizáveis. A possibilidade genericamente sobre todos os bens de restrição incide que possuam valor histórico, cultural, artístico ou paisagístico.

A existência de um imóvel rural que possua cobertura florestal ou outra forma de vegetação nativa é igualmente circunstância que atrai o interesse da coletividade. Em resumo, o interesse público revela-se latente sobre a propriedade, mas disso não se pode concluir pela compatibilidade de qualquer tipo de intervenção com a regra geral no sentido de não ser devida indenização.

Por essa razão, há de ser incluído outro critério: o da intensidade da restrição ao direito. Isso porque as limitações administrativas pressupõem a manutenção dos poderes do domínio com o proprietário, havendo meramente a instituição de regulamento para o respectivo exercício. Segundo o administrativista Juan Alfonso Santamaría Pastor:

as limitações, evidentemente, não podem ser indenizáveis quando possuam alcance geral ou quando, por sua intensidade, imponham às pessoas privadas gravames que não excedam aos inconvenientes normais que impõe a vida em sociedade (*e.g.*, a obrigação de desviar em uma estrada em razão de obras). Mas o dever indenizatório se faz presente nos casos opostos de limitações singularizadas a sujeitos determinados, que suponham uma ruptura do princípio da igualdade ante às cargas públicas e que excedam os parâmetros de incômodo antes citados.<sup>22</sup>

Para o correto deslinde da questão, cumpre cotejar o conteúdo básico ou essencial do direito de propriedade com o regime jurídico advindo da reserva legal. Somente a partir dessa análise será possível perquirir se o gravame imposto pela reserva excede, ou não, os inconvenientes ordinários resultantes da vida em comunidade e se viola a isonomia que deve presidir a incidência coletiva das cargas públicas.

O conteúdo jurídico do direito de propriedade todos conhecem: encerra as faculdades de usar, gozar, dispor da coisa e reivindicá-la de terceiros. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o direito de usar “consiste na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação na sua substância. O dono a emprega no seu próprio benefício, ou no de terceiro. Serve-se da coisa. Mas é claro que também pode deixar de usá-la, guardando-a ou mantendo-a inerte”. Prossegue o autor, esclarecendo que o direito de gozar “realiza-se essencialmente com a percepção dos frutos, sejam os que da coisa naturalmente advêm – *quidquid nasci et renasci solet* –, como ainda frutos civis”.<sup>23</sup>

Por fim, o direito de dispor “envolve a disposição material que raia pela destruição como a jurídica, isto é, o poder de alienar a qualquer título – doação, venda, troca; quer dizer ainda consumir a coisa, transformá-la, alterá-la; significa ainda destruí-la, mas somente quando não implique procedimento antissocial. Em suma: dispor da coisa vai dar no fato de

atingir a sua substância, uma vez que no direito a esta reside a essência mesma do domínio”.<sup>24</sup>

Notem que o § 2º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002 veda o uso nocivo da coisa, encampando a teoria do abuso de direito, à qual eventualmente se recorre para justificar a gratuidade da reserva. A invocação é descabida, pois não se faz presente o uso abusivo do direito de propriedade: o titular do domínio rural pode pretender retirar a cobertura arbórea para plantar ou criar animais, causando, assim, efeito benéfico para a coletividade, por meio da produção de alimentos, por exemplo, ou de outros produtos primários. Não há intenção de prejudicar outrem. A reserva florestal retira do proprietário a livre disposição, o uso e o gozo plenos, proibindo, desde logo, qualquer intervenção na área de reserva. Torna o domínio artificial, porquanto submetido aos termos de regulamento administrativo, passando-se um cheque em branco à Administração Pública para disciplinar o respectivo exercício.

As normas que regem a reserva legal preveem caber à Administração Pública efetuar a demarcação específica da parcela do imóvel que será utilizada como reserva legal florestal. A antiga necessidade de averbação do gravame era mais um indício do caráter particular do ônus imposto pelo Poder Público. Fosse uma limitação genérica, abstrata, desnecessário seria individualizar as áreas dos imóveis que são alcançadas pelas proibições legais e, inclusive, fazer constar a restrição no registro público de imóveis. No mais, tenho que os proprietários de imóveis rurais podem ser considerados grupo suficientemente restrito para que não precisem arcar com os ônus integrais decorrentes da proteção ambiental, que é obrigação do poder público e de toda – ressaltado – a coletividade. Se assim não fosse, haveria ruptura ao princípio da igualdade ante as cargas públicas.

Essas razões levam à conclusão de que a reserva florestal incide de maneira particularmente gravosa nas faculdades de uso, gozo e disposição, estabelecendo condicionamentos que superam a mera delimitação do âmbito de exercício do direito. A reserva pode inviabilizar completamente o uso normal da propriedade, considerada a realização do agronegócio ou

mesmo de atividades rurais mais comezinhas. Tomada como exemplo, a previsão de que o titular de imóvel na região da Amazônia Legal está inviabilizado de fazer o uso livre de 80% da propriedade e ainda fica obrigado à recuperação das áreas desmatadas, mesmo que não tenha dado causa ao referido dano ambiental, implica restrição de grandeza ímpar. Transforma o domínio privado em área pública, e o proprietário em curador do interesse público, com todos os ônus daí decorrentes. Sob a óptica da intensidade e normalidade, surgem substancialmente graves as obrigações e anormais os deveres criados pelo ato atacado.

É dizer: de nada adianta ser titular de propriedade ou posse rural se quase todas as faculdades ordinariamente atribuídas ao domínio estão submetidas a condição, dependentes de aquiescência e regulamentação do Poder Público, a pretexto de disciplinar o próprio direito. Fere-se, a propósito de observar outro valor constitucional, o núcleo essencial do direito de propriedade e isso não implica tratá-lo como direito absoluto, mas preservar-lhe minimamente a essência. Nesse sentido, a limitação aos direitos pelas vias legislativa e administrativa, embora exerça importante papel de harmonização social, deve ser analisada criteriosamente pelo Judiciário para que seja afastado o excesso.

Resta clara a natureza de sacrifício de direito no caso. A Administração vale-se da roupagem da limitação, mas o que pretende, na verdade, é sacrificar o direito do administrado, em favor do interesse público. Sobre o tema, consigna Patrícia Ferreira Baptista:

Não tem sido infreqüente, na verdade, que a Administração, por ignorância ou má-fé, se valha de medidas ou formas que ordinariamente são tidas como meras limitações para impor gravames que, na essência, representam autênticos sacrifícios de direito para o administrado. (...) Situações dessa ordem, por sinal, têm sucedido no âmbito do direito ambiental, ramo em que proliferam novos instrumentos de intervenção administrativa, de controvertida natureza”.<sup>25</sup>

As formas de intervenção da Administração Pública não encontram um rol taxativo na Constituição Federal, mas possuem fundamento na função social da propriedade, no poder expropriatório que detêm todos os entes públicos e, em último grau, na supremacia do interesse público sobre os interesses privados. No caso específico da reserva florestal, há fundamento no artigo 225, cabeça, inciso III e § 4º, da Carta da República, mas os sacrifícios de direitos devem ser indenizados, se interpretados à luz dos incisos XXIII e LIV do artigo 5º da Constituição. Essa é a conclusão inescapável deste artigo.

Relembro ainda que o Supremo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 134.297/SP, da relatoria do ministro Celso de Mello, expressamente reconheceu o direito à indenização decorrente da instalação de estação ecológica, instituto que impõe semelhantes restrições à utilização da propriedade. Naquela ocasião, Sua Excelência fez ver:

Entendo que o dever constitucional que incumbe ao Poder Público de proteger a flora e de adotar as medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.

Na realidade, atos de desapropriação, ou de apossamento administrativo, ou, como na espécie, de imposição de restrições ditadas pela lei e por atos de índole administrativa obrigam o Estado a ressarcir os prejuízos que se origem da atividade pública, quando esta importar – como no caso efetivamente importou – em esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade.

A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que os titulares destas venham a promover, dentro dos limites autorizados pelo próprio Código

Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes.

Eis, então, o ponto: como conciliar a constitucionalidade da reserva florestal com o dever indenizatório mencionado? Mediante a técnica da interpretação conforme à Carta da República. Conquanto não indenizatório diretamente seja possível extrair o dever do conjunto de dispositivos impugnados, tal solução advém da interpretação sistemática da legislação e dos artigos constitucionais implicados. Observo que as normas jurídicas – produtos da interpretação – não devem ser confundidas com o texto respectivo, sendo este a representação linguística da vontade legislativa. A solução, portanto, resulta da interpretação conjugada dos preceitos atacados e das garantias constitucionais da propriedade e do devido processo legal na expropriação pública de bens privados.

Em resumo, a reserva florestal é um ato lícito – porquanto decorrente do poder geral do Estado de sacrificar direitos privados em favor do interesse público –, mas, ainda assim, revela-se potencial geradora de um dano anormal e específico, o que enseja o dever indenizatório estatal, que há de ser apurado no caso concreto *antes* do registro da reserva legal. Assento caber à Administração apurar os prejuízos causados ao proprietário ou detentor, até então, de situação jurídica aperfeiçoada – inciso XXXVI do artigo 5º do Diploma Maior – e efetuar a devida contrapartida financeira. Essa é a conciliação, segundo minha óptica, que realiza a Constituição como um todo.

## 5. Conclusão

Nossa Carta Maior não revela unicidade, mas pluralidade de direitos, posições subjetivas e propósitos que devem coexistir harmonicamente no plano das leis, das práticas administrativas e do comportamento humano. O projeto constitucional de 1988 beneficia e vincula todos, cada qual com cota própria de direitos e deveres. O meio ambiente saudável e equilibrado é aspiração de envergadura maior, a ponto de cogitar-se de uma “Constituição Ecológica”, “ Verde”. Mas não há, nem pode haver, direitos absolutos em Cartas construídas sob bases pluralistas. O contrário seria negar a própria essência. Daí ter a constitucionalidade de reservas florestais legais como contraponto ao direito à indenização ante os sacrifícios suportados – revela-se o meio-termo entre o dever de contribuir à preservação do meio ambiente e a garantia de liberdade individual, sem a qual inexistente ao menos a sombra de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

-

<sup>1</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal. Presidente do Supremo Tribunal Federal (maio de 2001/maio de 2003) e do Tribunal Superior Eleitoral (maio de 1996 a junho de 1997, maio de 2006 a maio de 2008 e a partir de novembro de 2013). Presidente do Supremo Tribunal Federal, no exercício do cargo da Presidência da República do Brasil, de maio a setembro de 2002, em quatro períodos intercalados.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 523.

<sup>3</sup> CRUZ, Branca Martins da. Importância da Constitucionalização do Direito ao Ambiente. In: BONAVIDES, Paulo, *et all* (Orgs.). Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a Cesar Asfor Rocha. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 202.

<sup>4</sup> STF – 2ª T., RE 153.531/SC, Rel. Min. Francisco Rezek, acórdão por mim redigido, j. 3/6/1997, DJ 13/13/1998.

<sup>5</sup> STF – Pleno, ADI 2.514/SC, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/6/2005, DJ 9/12/2005; STF – Pleno, ADI 1.856/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/5/2011, DJ 14/10/2011.

<sup>6</sup> STF – Pleno, MS 25.284/DF, de minha relatoria, j. 17/6/2010, DJ 13/8/2010.

- <sup>7</sup> Essa premissa não afasta a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais: STF – Pleno, AP 439/SP, de minha relatoria, Rev. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008, DJ 13/2/2009.
- <sup>8</sup> STF – Pleno, ADPF 101/DF, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 24/6/2009, DJ 4/6/2012.
- <sup>9</sup> Em polêmica atitude, realizados os vetos, a Presidente Dilma Roussef editou, no mesmo dia em que publicada a nova lei, 28 de maio de 2012, a Medida Provisória nº 571, por meio da qual disciplinou os itens obstados.
- <sup>10</sup> GIANINNI, Massimo Severo. *Diritto pubblico dell'economia*. Milão: Guiffrè, 1977, p. 130.
- <sup>11</sup> SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 82.
- <sup>12</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 356.
- <sup>13</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 803.
- <sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 183.
- <sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 134.
- <sup>16</sup> Cf. di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 123; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 610.
- <sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 794.
- <sup>18</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134.
- <sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93 e 94.
- <sup>20</sup> PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 314.
- <sup>21</sup> SUNFELD, Carlos Ari. Condicionamentos e sacrifícios de direitos – distinções. *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 4, p. 79-83
- <sup>22</sup> PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principio de derecho administrativo*. Vol. 2. Madrid: Istuel, 2004, vol. 2, p. 275.
- <sup>23</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 3, Rio de Janeiro: Forense, p. 77.
- <sup>24</sup> Idem. *Ibidem*, p. 79.

<sup>25</sup> BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Limitações e sacrifício de direitos – o conteúdo e as conseqüências dos atos de intervenção da Administração Pública sobre a propriedade privada. *Revista de Direito da Procuradoria da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, 2003, p. 45.

# INTEGRAÇÃO ENERGÉTICA SUSTENTÁVEL NA UNIÃO DAS NAÇÕES SUL-AMERICANAS (UNASUL)

Celso Maran de Oliveira  
Roberta Hehl de Sylos Cintra  
Rafael Luis Mania Zabotto

**Resumo:** O presente trabalho busca suscitar de forma ainda inicial uma avaliação e subsequente discussão acerca do nascimento e desenvolvimento da política energética dentro da perspectiva integracional da União das Nações Sul Americanas (UNASUL). Uma vez estabelecido o papel esperado por este ente internacional frente às demandas energéticas regionais e mundiais, averigua-se o nível de compleição das questões ambientais dentro destas tratativas. Para a consecução dos objetivos almejados neste estudo preliminar e proporcionados em grande parte pela busca e leitura de literatura específica, inicia-se o trabalho com uma explanação da própria origem e bases institucionais da UNASUL, evidenciando precedentes e explicitando seus objetivos. Parte-se, então, para um estudo direcionado das políticas unasulenses que contemplem os desígnios e regramentos para o desenvolvimento da matriz energética almejada. Por fim, como parte integrante da sequência sistematizada deste estudo, adentra-se na híbrida seara da contemplação dos objetivos conservacionistas e de usos sustentáveis dos recursos naturais fontes e alvo desta política energética igualitária e securitária. Prospecta-se a presença de

variáveis de sustentabilidade dos recursos naturais e sua vital importância para a compatibilidade entre a redução da pobreza nos países sul-americanos e a manutenção da qualidade do meio ambiente e consequentemente da espécie humana nele inserida.

**Palavras-chave:** Energia. Meio Ambiente. Pobreza. UNASUL.

**Abstract :** This study aims to inspire an initial assessment and subsequent discussion of the birth and development of the energy policy within the integrative perspective of the Union of South American Nations. Once established the role expected by this international entity facing global and regional energy demands, it is intended to ascertain the level of completeness of environmental issues within these negotiations. To achieve the desired goals in this preliminary study provided largely by the search and reading of specific literature, the work begins with an explanation of the origins and institutional bases of UNASUR, showing its previous and explicit goals. In sequence, the research is directly targeted to a study of UNASUR policies that include the plans, strategies and specific regulations for the development of the desired energy framework. Finally, as part of the systematic sequence of this study, it is approached the hybrid field of the inclusion of conservation goals and sustainable use of natural resources and its compatibility with the egalitarian energy policy. Finally, it is prospected the presence of sustainability variables of natural resources and its vital importance to the compatibility between poverty reduction in South American countries and the maintenance of the quality of the environment and consequently the human race included on it.

**Keywords:** Energy. Environment. Poverty. UNASUR.

## 1. Introdução

Vivemos em uma sociedade adaptada e dependente de fontes energéticas. Um dos principais indicadores de riqueza de um país é o seu consumo de energia “per capita”. Esta energia permite que as sociedades se desenvolvam e alcancem maior produtividade e qualidade de vida. Um fornecimento ininterrupto desta energia torna-se ainda mais essencial à medida que nossa economia contemporânea se baseia na magnitude e intensidade do fluxo de mercadorias, pessoas, capital e de acesso à informação (CORRAL, 2012). Porém, não só em relação à quantidade de energia se debruçam as preocupações dos Estados contemporâneos. Além da pungente necessidade de se produzir e ofertar cada vez mais energia à população e aos mercados econômicos deve-se estar alerta para a questão da finitude dos recursos ambientais fornecedores desta energia.

Na seara da sustentabilidade, a exploração energética deve adaptar-se à capacidade dos serviços biológicos de renovar os estoques dos recursos naturais, tendo em vista, principalmente, suas características de ubiquidade e incognoscibilidade. Desta feita, as políticas de desenvolvimento e aproveitamento sustentáveis dos recursos energéticos da UNASUL devem considerar a ausência de limites espaciais e territoriais rígidos, bem como a impossibilidade de total conhecimento da extensão dos impactos das ações humanas nos bens ambientais.

Muito embora o acervo de combustíveis fósseis seja renovável, em termos de escala de vida humana, eles são considerados não renováveis, sofrendo esgotamento significativo ao serem explorados sem nenhum critério de conservação. Já a utilização dos recursos hídricos presta-se com maior eficiência ao consumo equilibrado, uma vez que os ciclos hidrológicos são mais rápidos e configuram uma matriz energética renovável ou, conforme definido pela literatura, limpa. Assim o são também a energia eólica e a nuclear, embora haja controvérsias acerca desta última.

Os Estados sul-americanos estão envolvidos em um novo processo de integração regional, chamado de União das Nações Sul-Americanas. Através de alguns textos normativos, especialmente o Tratado de Brasília de 2008, vemos que esses Estados buscam uma forma diferenciada de integração regional, onde o econômico não é a questão central, mas tratada conjuntamente com políticas sociais.

A necessidade de uma integração energética foi destacada desde seus momentos iniciais, elencada formalmente dentre os objetivos específicos da UNASUL. Mas para isso será preciso chegar a um marco legal sul-americano nesse domínio, com enfrentamento das profundas assimetrias existentes em seus Estados membros, porque enquanto alguns países são superavitários em energia, outros encontram muitas dificuldades para alcançar a segurança energética.

É neste contexto que este trabalho é desenvolvido, tendo alguns países sul-americanos exportadores de energia e outros dependentes de energia importada. E o processo de integração regional da UNASUL pode se mostrar extremamente importante para ambos, garantindo-se equilíbrio econômico, social e ambiental se esses três valores forem considerados no momento da criação de um marco legal energético dentro do processo de integração regional da UNASUL. É inquestionável a imensa riqueza ambiental existente em todos os Estados partes da UNASUL, e a busca pelo desenvolvimento econômico através da exploração energética intrabloco, com potencialidade de exportação extrabloco, não pode se dar às custas do esgotamento dos recursos energéticos, nem mesmo de uma desregulada política exploratória dos recursos naturais.

Conforme últimas tratativas, realizadas em reuniões em junho de 2014, no âmbito da Conferência de Defesa e Recursos Naturais da UNASUL, em Buenos Aires, confirma-se o setor energético como um dos que apresenta maior potencial para promover a integração internacional almejada, quer seja através da exploração de hidrocarbonetos, como também das matrizes renováveis. Não obstante, muita atenção há que ser dedicada ao equilíbrio nestas explorações, dado o cenário de mudanças climáticas globais e seus

reflexos nos mercados consumidores e produtores. Conforme argumentado no encontro, uma das bases norteadoras da política energética nos países da UNASUL é a promoção do desenvolvimento econômico atrelado à proteção dos recursos naturais, portanto, uma economia de viés sustentável e solidário (UNASUL, 2014).

Neste mesmo diapasão, de se trabalhar uma integração energética que promova um desenvolvimento econômico e social equalizado, muito há que ser trabalhado, de maneira precedente, acerca das tratativas legais de um direito da integração regional. Dentre os aspectos legais e jurisprudenciais a serem desenvolvidos, grande atenção deverá ser dada ao valor estratégico dos recursos transfronteiriços, suas propriedade e usos múltiplos.

Sendo assim, este trabalho abordará em um primeiro momento o processo de integração propriamente dito, chamado de UNASUL, até se chegar a seus objetivos específicos diretamente ligados ao meio ambiente e energia. Discute-se a necessidade de um marco regulatório comum para que se consiga integração energética na América do Sul, e que o mesmo proporcione equilíbrio econômico entre seus Estados membros, com erradicação da pobreza e sustentabilidade ambiental. Tais objetivos são difíceis de serem alcançados, mas acreditamos que nunca estiveram tão perto de serem conquistados, porque os países sul-americanos podem encontrar no processo de integração regional da UNASUL terreno fértil para sua consecução. Abordaremos igualmente a questão da distribuição energética sustentável e democrática na UNASUL, e a necessária aposta por energias limpas.

## 2. União das Nações Sul-Americanas (UNASUL)

A União das Nações Sul-Americanas foi constituída pelo Tratado de Brasília de 2008, celebrado entre doze Estados soberanos<sup>26</sup>, apoiados na história compartilhada e solidária desses Estados soberanos multiétnicos, plurilíngues e multiculturais, que contam com um marco de luta pela emancipação e unidade sul-americanas, honrando o pensamento daqueles que imaginaram sua independência e liberdade em favor dessa união e da construção de um futuro em que se busca o bem comum dos países sul-americanos. Portanto, foi através do Tratado de Brasília, de 23 de maio de 2008, que doze nações soberanas concluíram as negociações para a criação da União das Nações Sul-Americanas, tendo-lhe determinado desde seu ato constitutivo personalidade jurídica internacional<sup>27</sup>, muito diferente do MERCOSUL que só adquiriu tal personalidade através do Protocolo de Ouro Preto de 1994 (OLIVEIRA, 2011).

Quanto aos objetivos da UNASUL, ficou estabelecido que seu objetivo geral é o de:

“construir, de maneira participativa e consensuada, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infra-estrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados”<sup>28</sup>.

E os objetivos específicos, diretamente ligados à questão energética e ambiental foram descritos nas alíneas “d) a integração energética para o aproveitamento integral, sustentável e solidário dos recursos da região”. “e) o desenvolvimento de uma infraestrutura para a interconexão da região e de

nossos povos de acordo com critérios de desenvolvimento social e econômico sustentáveis”. “g) a proteção da biodiversidade, dos recursos hídricos e dos ecossistemas, assim como a cooperação na prevenção das catástrofes e na luta contra as causas e os efeitos da mudança climática”.

Ao comentar os objetivos, Clément (2009) considera que tanto os objetivos gerais quanto os específicos pelo fato de serem extensos, dilatados, difusos, não estabelecem metas concretas a alcançar em prazo determinado; nem mesmo podem ser considerados objetivos funcionais concretos, e considera o tratado constitutivo um simples tratado de cooperação com perfil predominantemente declarativo.

Porém, é inegável que estamos diante de uma nova dinâmica geopolítica internacional e os países da América do Sul buscam ter função central no processo integracionista. Neste certame regionalista, a União das Nações Sul-Americanas, criada com o propósito não apenas econômico, mas também abrangendo questões políticas e sociais, têm entre seus objetivos a reunião de seus integrantes para adotar posições comuns em fóruns multilaterais de governança global. Esta União cunha uma nova configuração físico política onde existem grandes reservas de recursos naturais, como minérios, águas, terras cultiváveis e energia. O subcontinente sul-americano está dotado de recursos naturais, que se “apoiado por infraestrutura e recursos humanos bem treinados, podem tornar a região numa das mais importantes áreas econômicas de um mundo globalizado que consome grandes quantidades de alimentos, matérias-primas e energia” (MOREIRA, 2009).

Segundo a análise de Guimarães (2010), as assimetrias regionais na América do Sul ficam evidentes quando observado que, embora seja um continente extremamente rico em recursos naturais, tanto em seu solo como em seu subsolo, tais riquezas estão distribuídas de forma desigual entre os Estados membros da UNASUL, criando uma série de assimetrias, como no campo da agricultura, energia, indústria, mineração.

Embora a América Latina possa ser considerada uma região superavitária em matéria energética, se analisados os países separadamente

vemos que no campo da energia uns são superavitários e outros deficitários, porém a união desses países em torno de uma segurança energética trará força política e econômica para contribuir na consecução dos demais objetivos estampados no Tratado constitutivo da UNASUL. Cardozo (2006) reforça esse posicionamento ao considerar que a integração energética se apresenta no subcontinente como uma oportunidade para estimular o crescimento, o desenvolvimento econômico e social, e também a segurança e a governabilidade regional.

### **3. Energia, Sustentabilidade e Democracia na UNASUL**

Muito embora a América do Sul, em 2011, tenha sido considerada a segunda maior zona do mundo em reservas de petróleo, os próprios mercados mundiais de energia estão experimentando um dos períodos mais incertos das últimas décadas, dado o impacto que está tendo a Primavera Árabe nos processos de exploração e produção e as consequências macroeconômicas da crise na área do euro. Acresça-se a este cenário fatores estruturais em conjunto com a política, como a pressão do aumento da demanda chinesa, o aumento na demanda por geração de energia elétrica e o aumento nos custos de produção de petróleo. Por conseguinte, embora novas jazidas tenham sido descobertas e venham sendo exploradas, os países sul-americanos devem estar preparados para uma crescente demanda por estas fontes energéticas (PEREIRA, 2011). Deve-se ter cuidado com o frenesi causado pela descoberta e exploração de novas jazidas petrolíferas, elas esticaram o prazo para vivermos numa sociedade dependente de fontes não renováveis, mas estas continuam sendo finitas.

Buscando uma urgente e necessária política inclusiva que reja a matriz energética de seus Estados membros, a UNASUL criou, em março de 2007, durante a 1ª Cúpula Energética Sul-Americana, o Conselho Energético da América do Sul, o qual instituiu o Grupo de Especialistas em Energia, com a atribuição de formular: a Estratégia Energética Sul-Americana, o Plano de Ação para a Integração Energética e a Estrutura do Tratado Energético<sup>29</sup>.

Os gestores integrantes do grupo buscaram, em estudos estratégicos, conhecimentos para diminuir a vulnerabilidade e a dependência energética de seus países.

Em tentativa de melhor gerir os recursos energéticos não renováveis, em alguns países da UNASUL, houve um incremento no controle estatal, muitas vezes por via de empresas públicas, da própria exploração do petróleo, bem como através do incremento nos instrumentos fiscais. Porém, segundo o relatório da CEPAL (2013), nem as empresas estatais de petróleo, nem as regulamentações contratuais implementadas para incorporar empresas privadas no cenário produtivo têm sido suficientes para reverter e melhorar a exploração e o desenvolvimento desta matriz energética, a fim de manter a relação entre reservas, produção e oferta equilibradas. O desafio requererá inovações institucionais, nas normas reguladoras e contratuais, pois serão necessárias, entre outras medidas, adequações entre as diferentes políticas de subsídios nacionais (UNASUL, 2013).

Para além da gestão das matrizes energética sul-americanas, em termos de rentabilidade de técnica produtiva e econômica, encontram-se preocupações mais pungentes, como a redução dos índices pobreza dos países membros da UNASUL e a consecução de esforços para minimizar os impactos no ambiente natural.

Dentro do cenário, mesmo que em longo prazo, de esgotamento dos recursos não renováveis, os países integrantes da UNASUL devem buscar cada vez mais a eficiência em matrizes energéticas limpas. Neste sentido, o Grupo deve buscar soluções institucionais que sejam capazes de priorizar a exploração sustentável dos recursos, melhorando a eficiência dos serviços relacionados, em busca da universalização de seu aproveitamento, inclusive como forma de reduzir a pobreza regional. Assim, os países da UNASUL devem orientar suas políticas e regras normativas de forma a proporcionar maior fiscalização dos recursos públicos investidos, estabelecimento de um mercado autossustentável, maior clareza acerca da distribuição de responsabilidades entre os entes e melhor eficiência de gestão.

Não resta dúvida que a União de Nações Sul-Americanas é o espaço certo para a discussão sobre distribuição sustentável e democrática da energia. Esta diretriz encontra-se no Conselho Energético Sul-Americano. Dentro do que o Conselho vem trabalhando em suas reuniões, observa-se grande enfoque na segurança energética da região, na união energética e no desenvolvimento industrial e social, baseados, além de outros pontos, na eliminação da desigualdade socioeconômica e na redução das assimetrias entre os Estados membros (WOJCICKI, 2012).

Para buscar o fim almejado é preciso atentar para o importante fato de que a redução da pobreza, a eliminação das desigualdades e a exploração sustentável da matriz energética regional apresentam diferentes custos de estabilização, conforme o grau da exclusão socioeconômica das populações dos diferentes países membros e conforme variem os custos de extração e conservação dos recursos ambientais, pois todos estes aspectos não se distribuem uniformemente no continente. Espera-se que, se os benefícios forem significativos, será possível achar uma maneira de flexibilizar as barreiras políticas e de induzir países vizinhos a cooperar na instalação de projetos que beneficiam a todos (KELMAN; GAMA, 2013).

Dado o conjunto de textos acerca dos objetivos e diretrizes estipulados pela UNASUL, pode ser observado que mesmo dentro das discussões sobre eficiência e integração energéticas o fenômeno da pobreza nos países membros torna-se, se não o principal, um dos aspectos mais relevantes para a formulação de regulamentos normativos e textos institucionais.

#### **4. Energia, Pobreza e Conservação dos Recursos Naturais na América do Sul**

A Declaração de Margarita<sup>30</sup> estabeleceu que “a integração energética da Comunidade Sul-Americana de Nações deve ser utilizada como uma ferramenta importante para promover o desenvolvimento social, econômico e a erradicação da pobreza”. Este tipo de compromisso é repetidamente enfatizado nas declarações dos diversos representantes dos países membros para acentuar o comprometimento de cada país com o projeto.

Surge um questionamento: há zelo em excesso acerca da pobreza e em falta acerca da conservação ambiental? A resposta é óbvia, nunca há zelo demais em querer que seres humanos tenham uma existência, pelo menos digna. Que possam viver, manter seus familiares, envelhecer e morrer deixando algo de bom para seus descendentes, se não em forma apenas de dinheiro, mas em forma de satisfação com a vida.

É a partir desta reflexão que se dá início a avaliação da intersecção entre melhoria na matriz energética sul-americana, pobreza e conservação dos recursos naturais. Aqui serão arrolados, embora de forma inicial, os três elementos e suas relações: erradicação da pobreza, políticas energéticas e sustentabilidade ambiental.

A princípio parece ser um lugar comum falar de redução da pobreza com a utilização equilibrada dos recursos geradores de energia. Entretanto, o que se observa muito em países em desenvolvimento na América do Sul através de suas políticas energéticas é o enfoque maior sendo dado à energia como fonte de soluções, quase que milagrosa, para a redução da pobreza e nem tanto em relação aos recursos ambientais e sua conservação.

Por eficiência energética, as diretrizes políticas de governos e órgãos transgovernamentais, como é o caso da UNASUL, nos remetem ao binômio: maior eficiência na exploração dos recursos e melhor distribuição das benesses da exploração destes recursos. Sendo que, por benesses entende-se tanto o fornecimento adequado da própria energia direto ao

consumidor final, quanto à estrutura para que ela seja aproveitada. Não somente infraestrutura física, mas também um ambiente político e econômico favorável para o consumo desta energia como meio de se atingir o fim almejado, o desenvolvimento da população. Essa eficiente estrutura socioeconômica e legal objetiva a minimização dos desperdícios e a maior rentabilidade na exploração dos recursos ambientais energéticos.

Entretanto, embora não restem dúvidas da veracidade deste entendimento, há questões ainda sem muita avaliação ou enfoque, dada a urgência da redução nos índices de pobreza sul-americana. Este é o caso da necessidade de diplomas normativos que busquem realmente a conservação ambiental como prioridade.

Diversos países da América do Sul possuem uma situação peculiar em relação aos seus estoques energéticos. Eles são muito abundantes. Se pensarmos somente em termos de recursos energéticos de exploração direta, como os combustíveis fósseis, gás natural, água, vento e a incidência solar, eles são de dimensões gigantescas, mas se a eles ainda agregarmos a biodiversidade, como fonte de energia codificadora e matéria-prima genética para a evolução futura em resposta a alterações ambientais, teremos uma abundância de recursos energéticos e funções por eles fornecidas de magnitudes inimagináveis. A biodiversidade, sua existência e manutenção devem também entrar na pauta das discussões direcionadas às políticas acerca da matriz energética de uma região.

Se a política energética for mais imediatista, em decorrência da priorização com a erradicação da pobreza, por conseguinte atrairá as atenções e seus trabalhos voltar-se-ão para a exploração das energias mais rentáveis economicamente, como os combustíveis fósseis, deixando de lado questões como estoques biogenéticos, preservação de nichos ecológicos e manutenção dos ciclos biogeoquímicos. Porém, se essas políticas também vislumbrarem efeitos e impactos em médio e longo prazo, se elas forem mais cuidadosas e cautelosas, buscarão compatibilizar a necessidade urgente de diminuir a pobreza com a também imperiosa necessidade de se manter habitats e explorar fontes mais renováveis dentro de um intervalo de

tempo necessário para que a própria função de renovar o estoque da fonte energética seja passível de ocorrer.

Em países desenvolvidos torna-se relativamente mais fácil orçar o valor desses incentivos frente à valoração que o ambiente natural recebe. Nesses países há uma cômoda situação, na qual se espera do ambiente apenas que ele continue provendo o que já provê em termos de qualidade de vida humana. Portanto, aparentemente, não há necessidade de incluir “adicional insalubridade” para mantê-lo. As políticas podem tranquilamente se aterem a questões de conservação ambiental puramente, embora haja que se considerar que a pegada ecológica dos países desenvolvidos é enorme e que, portanto, eles devem se preocupar bastante com a reestruturação dos hábitos de vida da população, pois se não impactam tanto o ambiente natural próximo a eles, por estarem estes bastante protegidos legalmente, impactam recursos ecológicos de outras regiões, como dos países em desenvolvimento. Este mercado cruel se perfaz quando os países desenvolvidos oferecem lucros financeiros irrecusáveis para países que estão em desenvolvimento ou em situação de pobreza, em troca de fornecimento, mesmo que ao custo da degradação, de recursos naturais e seus derivados. Seria como oferecer comida ao faminto ao custo de sua própria sobrevivência futura, pois se tais países esgotarem seus recursos ou os degradarem de forma irremediável, será a sobrevivência de sua população que estará em risco.

Já em países em desenvolvimento, como o caso dos países sul-americanos, do meio ambiente, além de se esperar que mantenha seus serviços biológicos estáveis, ainda espera-se, num afã milagroso, que ele seja apto a oferecer a salvação para a grande massa de humanos em situação de pobreza. Porém, o meio ambiente é limitado. Mesmo em sua capacidade de se renovar constantemente, ele está limitado pela variável do tempo necessário para que determinado recurso seja repostado em níveis que propiciem e mantenham condições para vida de qualidade. Isto é, qualquer espécie, neste caso, os humanos, tem seu crescimento populacional com qualidade limitado pela capacidade do meio ambiente de os sustentar

indefinidamente dentro de determinado espaço físico. Quando esta capacidade de suporte é ultrapassada, inicia-se uma diminuição da qualidade de vida seguida, com o tempo, por penosos efeitos sobre população. A extinção gradual, com mortes decorrentes dos efeitos da pobreza, pode ser um autêntico exemplo deste processo, embora haja outras componentes que a influenciam, como corrupção e baixa educação, a pobreza tem muitas raízes no esgotamento ambiental. Sabe-se, e não se busca neste trabalho ignorar, que as mudanças tecnológicas, sociais e culturais foram e são responsáveis pela ampliação da capacidade de suporte do planeta e seus recursos naturais, em especial para a espécie humana, mas mesmo assim há limitações, uma vez que o espaço da Terra e seus recursos são finitos e a população continua a crescer em ritmos exponenciais (MILLER JUNIOR, 2006).

Nos países sul-americanos deve-se sim agregar ao valor que se dá aos recursos naturais energéticos, o adicional de correção da pobreza, embora isto deva ser feito com parcimônia e equilíbrio para que este incremento não se torne o responsável, quer pelo encarecimento da energia ofertada ao consumidor final, quer por se configurar como única preocupação das políticas energéticas. Em outras palavras, deve-se fazer uso dos recursos ambientais de forma mais rentável possível, com vistas à diminuição da pobreza humana, mas contrapondo-se tal variável à própria necessidade de se conservar os recursos, pois, conforme nos ensina a ciência ambiental e energética, sempre que se transforma a energia há perda para o ambiente. Não há exploração totalmente eficiente, sempre haverá impactos e estes devem ser contabilizados. O valor agregado da energia obtida do processo de exploração em países desenvolvidos e em desenvolvimento é consideravelmente diferente e estas diferenças devem ser levadas em conta na formulação de normas legais, sejam elas nacionais ou transnacionais.

Feitas as reflexões acima, é importante ressaltar também o fato de que a pobreza não é resultante apenas de má distribuição ou mesmo da falta de energia. Mas sim um fenômeno social complexo, durável e multidimensional (PEREIRA, 2006). A pobreza, do ponto de vista de sua

macrocausa, pode ser entendida como resultante de modelos de estruturação e dinâmica sociais. Se a pobreza persiste mesmo com a existência de políticas para combatê-las, a falha está nos agentes formuladores de políticas, na política em si, ou no sistema econômico que regula a sociedade. Temos, na verdade, uma mistura de todos estes fatores, uma vez que os países da América do Sul exercem uma política ambiental exploratória e degradadora.

Esses sistemas econômicos apoiados em políticas energéticas ambientalmente exaurientes contribuem de forma significativa para o empobrecimento da região. E sua aparente abundância econômica imediatista não deve cegar seus operadores acerca dos efeitos nocivos futuros. Dentre as contribuições para a pobreza proporcionadas pelos sistemas energéticos não sustentáveis, temos: simplificação biológica extrema dos ecossistemas, alta produção de resíduos e poluição, alta taxa de desperdício de nutriente, alta taxa de crescimento populacional desproporcional e não planejado, má alocação dos seres humanos nos espaços físicos disponíveis, má distribuição da renda proveniente do uso dos recursos ambientais, alta concentração de capital nas mãos de poucos da população, mau planejamento urbano dentre outros.

Desta feita, não cabe dentro de um planejamento energético mais eficiente e integrativo apenas objetivar a eliminação da pobreza, mesmo que esta não figure como meta única. Deve este planejamento, na proporção em que lhe cabe, incluir sem dúvida alguma a variável humana, contribuindo e buscando melhor qualidade. Mas há também que se preocupar em muito com a sustentabilidade ambiental “*stricto senso*”. O componente humano do atual passivo ambiental sul-americano, mesmo que decorrente de nossas próprias ações deve integrar as diretrizes de cada setor estratégico de desenvolvimento como o energético, o educacional, o social, de integração física e cultural, porquanto se trata do aspecto em que mais nos vemos vulneráveis, dada a predominante visão antropocêntrica de mundo.

Mas, é digno e essencial insistir que nem a pobreza e nem a riqueza existirão se não forem consideradas de extrema urgência a busca e

manutenção do equilíbrio ecológico, como única forma de evitarmos o colapso populacional. Os recursos naturais devem ser mantidos e sua qualidade deve ser prioridade, visto que desta resulta uma maior eficiência nas funções desempenhadas e fornecidas pelo próprio recurso.

O enfoque nas políticas de desenvolvimento energético deve migrar suas atenções para as fontes limpas de energia. A administração dos governos e empresas privadas deve considerar em sua contabilidade ambiental não somente o passivo humano, no qual poderíamos incluir a pobreza, mas também o passivo ambiental “*stricto sensu*”, além de metas e diretrizes para o ativo ambiental, isto é, o que ainda existe de recurso natural e o que deste podemos esperar em termos de funções ecológicas.

De forma exemplificativa, se temos temperaturas equilibradas nas correntes que banham os continentes e fizermos esforços para mantê-las, podemos esperar ciclos mais regulares de chuva, sol e evaporação. Pode-se contar, então, com um eficiente ciclo hidrológico. Se tivermos habitats naturais para as mais diversas espécies de animais e vegetais interagirem, mais biodiversidade teremos, de forma que os estoques genéticos estarão assegurados e, conseqüentemente com eles, nossas perspectivas de inovações em vacinas, curas e tratamento para diversas doenças, bem como sua utilização para a “*biopharming*” e bioengenharia. A manutenção dos ciclos de nitrogênio, carbono e oxigênio, indispensável para a vida, inclusive a humana, também teriam seu equilíbrio preservado.

Seguindo a mesma lógica, se houver uma maior consciência de nossas pegadas ecológicas, isto é, do impacto que o estilo de vida dos humanos tem nos estoques de recursos ambientais, talvez sejamos capazes de entender o porquê da importância de mudarmos o “*modus operandi*” pessoal e normativo, à medida que governos e instituições transnacionais valorizem a necessidade de maior rigor nas políticas de sustentabilidade e sua fiscalização. Se tivermos maior cuidado e precaução ao explorarmos os recursos ambientais e melhor entendermos como funcionam os serviços ecológicos, menores serão os impactos negativos no ambiente e, conseqüentemente, menor e mais rápido o esforço que o planeta precisa

empreender na tentativa de se reestabilizar. Conforme diz Miller Junior (2006), proteja seu capital e viva da renda que ele oferece ou deplete seu capital e, em algum tempo não o terá mais para viver. Pois, a Terra não precisa de nós, nós é que precisamos dela.

Ao planejar e realizar investimentos também nos ativos ambientais projeta-se, em termos financeiros, na contabilidade estatal ou privada, a diminuição da necessidade de capital futuro investido para conter passivos, pois se terá mais retorno em capital natural, a rentabilidade dos recursos ecológicos voltará a ser eficiente e capaz de sustentar os diversos tipos de vida, inclusive a humana. Desta forma no futuro, dado o investimento feito nos recursos naturais ter gerado matrizes energéticas renováveis mais eficientes, poderá se falar em redução de passivo e convergência para um estilo de vida menos impactante, inclusive com uma elevação na qualidade de vida dos sul-americanos. Torna-se primordial a migração de uma matriz energética empobrecedora de recursos, para outra sustentável.

Segundo a CEPAL (2013), deve a UNASUL

“avaliar a contribuição da energia hidroelétrica e definir corretamente os conceitos de sustentabilidade e renovabilidade, guiando-se pelos seguintes pressupostos: i) realizar uma avaliação ambiental de projetos hidrelétricos; ii) estabelecer um código de conduta com as comunidades, iii) estabelecer o pagamento por serviços ambientais; iv) modificar os termos dos contratos de compra de energia, v) estabelecer mecanismos que reconheçam a sinergia entre os projetos eólicos e água; vi) manter uma visão abrangente das bacias hidrográficas; vii) cumprir as obrigações sociais e resolver conflitos, e viii) assegurar a divulgação pública e transparência das informações”.

Na seara das regulamentações, vislumbra-se não só a necessidade de diretrizes normativas para ações locais e regionais dos próprios governos, como regras que beneficiem e incentivem, também dentro do exercício privado de exploração, a prática da sustentabilidade.

Nessa perspectiva, de adequação do modelo normativo da exploração energética regional, devem também os países da UNASUL se atentarem aos projetos hidrelétricos com grande zelo. Nas últimas décadas diversas foram as crises acerca da instalação de usinas, como as que envolveram a expulsão das comunidades, destruição de floresta e inundações de áreas extensas. Dificuldades estas que foram majoradas com a difícil aceitação social e as restrições diversas por parte de bancos internacionais para o financiamento e comércio multilateral (UNASUL, 2013).

## **5. Conclusão**

Esta pesquisa discutiu a necessidade de alcançar no processo de integração da UNASUL uma política energética comum e sustentável, buscando trazer para discussão os principais pontos dessa política, além de abordar a grande potencialidade energética na região, bem como da inestimável riqueza ambiental no subcontinente.

Acreditamos que dentro do planejamento normativo para matrizes energéticas o princípio da precaução deve ser variável considerada essencial quando da elaboração das políticas, pois não se podem correr tantos riscos em danificar o ambiente. Devem, sem dúvida, serem consideradas todas as variáveis importantes tanto abióticas, quanto bióticas, sendo a qualidade de vida humana também elemento componente.

Porquanto se sabe que os recursos naturais são esgotáveis, na escala temporal humana, é preciso tutorear aqueles que ainda creem que essas previsões são inverdades. Neste sentido, a ciência do direito, conjuntamente com a diplomacia e relações políticas são de extrema importância e utilidade.

Estas devem ser as primeiras reflexões feitas pelos tomadores de decisão. Pois, ao se optar por uma política energética realmente sustentável, esta deverá conjugar esforços não somente para a diminuição imediata da pobreza, mas também para intenso desenvolvimento de fontes de energia renováveis e na preservação de ambientes naturais, como os diversos

biomas das regiões sul-americanas. Devem preocupar-se com investimentos pesados em desenvolvimento de metodologias de exploração dos recursos naturais cada vez mais atentos às necessidades do ambiente. Importante lembrar que dentro do conjunto de componentes que constituem o meio ambiente encontram-se os seres humanos e, portanto, estar-se-á focando também na busca pelo bem-estar da população, com inerente consequência na redução da pobreza.

Zelar para que as políticas vertam na correta direção de forma a compatibilizar a exploração energética regional com o real desenvolvimento sustentável deve ser o foco de diversos trabalhos e pesquisas que envolvam a União das Nações Sul Americanas. E neste diapasão inclui-se o papel das ciências sociais e jurídicas, como o caso do Direito Ambiental.

O uso sustentável dos recursos deve ser conscientizado, direcionado, persuadido, perseguido, incentivado e, se necessário, imposto, além de retribuído. Com isso se almeja que diversos sejam os instrumentos criados e regulados para fazer com que a sociedade se eduque acerca das questões ambientais, procure desenvolver atividades menos invasivas e degradadoras de recursos, consiga consumir menos, lucre com a conservação ambiental, sinta-se coibida de depredar e punida ao fazê-lo, por fim, beneficie-se ao cuidar da natureza, seus recursos e funções ecológicas. A todos estes objetivos o direito ambiental e da energia a ser explorado pela UNASUL no âmbito regional e internacional pode mostra-se como um dos melhores veículos de disseminação.

## 6. Referências Bibliográficas

CARDOZO, E. La gobernabilidad democrática regional y el papel (des)integrador de la energía. In: Nueva Sociedad, nº 204, julho-agosto de 2006.

CEPAL. Recursos Naturales en UNASUR: situación y tendencias para una agenda de desarrollo regional. 2013. Disponível em: <[http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/3/49893/P49893.xml&xsl=/publicaciones/ficha.xml&base=/publicaciones/top\\_publicaciones.xml](http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/3/49893/P49893.xml&xsl=/publicaciones/ficha.xml&base=/publicaciones/top_publicaciones.xml)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

CLÉMENT, Zlata Drnas de. El sistema de solución de controversias de UNASUR y su coherencia com El modelo de integración de ese proceso. In: Anuario XI (2008) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Buenos Aires : La Ley, p. 337-351,

CORRAL, Amalia Casas de las Peñas del. Regional energy integration: a wide and worthy challenge for South America. Journal of World Energy, Law & Business, v. 5 (2), p.166-173, jun. 2012.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. A América do Sul em 2022. Carta Maior, 28(07), 2010. Disponível em: <[http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaImprimir.cfm?materia\\_id=16822](http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaImprimir.cfm?materia_id=16822)>. Acesso em: 15 set. 2013.

KELMAN, Jerson; GAMA, Sinval Zaidan. Energia Elétrica - aproveitamento de complementaridades entre países da América do Sul. In: O Brasil e a Governança da América Latina: Que Tipo de Liderança é Possível?. Rio de Janeiro : Fundação Instituto Fernando Henrique Cardoso, IFHC, p. 109-136, 2013. Disponível em: <[http://www.ifhc.org.br/div/o\\_brasil\\_e\\_a\\_governanca\\_da\\_america\\_latina\\_que\\_tipo\\_de\\_lideranca\\_e\\_possivel.pdf](http://www.ifhc.org.br/div/o_brasil_e_a_governanca_da_america_latina_que_tipo_de_lideranca_e_possivel.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2014.

MILLER JUNIOR, G. Tyler. Ciência ambiental. 11ª ed. São Paulo: CENGAGE Learning, 2006.

MOREIRA, Heleno. Integração sul-americana: situação atual e perspectivas. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica Boletim do TEMPO, Ano 4, Nº 03, Rio, 2009.

OLIVEIRA, Celso Maran de. Teoria da Integração – MERCOSUL (Mercado Comum do Sul). E-book. Livraria Cultura, 2011.

PEREIRA, João Eduardo de Alves. Geopolítica, Segurança Jurídica e Inserção do Brasil na Questão Energética Internacional. Revista da Escola de Guerra Naval (ed. português), v. 17, n. 1, p. 115-126, jan./jun., 2011.

PEREIRA, Camila Potyara. A pobreza, suas causas e interpretações: destaque ao caso brasileiro. Ser Social (UnB), v. 1, p. 229-252, 2006.

UNASUL. Informe de Gestão do Grupo de Especialistas em Energia Disponível em: [http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/unasul/Unasul\\_VisaoGeral.pdf](http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/unasul/Unasul_VisaoGeral.pdf). Acesso em: 03 set. 2013.

UNASUL. Conferencia de Defensa y Recursos Naturales. Buenos Aires, Argentina, junho de 2014. Disponível em: [www.unasursg.org](http://www.unasursg.org)

WOJCICKI, Francisco Romário. Perspectivas da comunidade energética no mundo e na América Latina – Desafios da Indústria Elétrica na América Latina. Rio de Janeiro : Ministério das Minas e Energia. ago. 2012. Disponível em: <http://grandesenergia.org.br/eventos/20120827WEC/Documentos/2o%20Painel%20-%202005%20Francisco%20Rom%C3%A1rio%20Wojcicki.pdf>. Acesso em: 01 fev.

-

<sup>26</sup> A República Argentina, a República da Bolívia, a República Federativa do Brasil, a República do Chile, a República da Colômbia, a República do Equador, a República Cooperativista da Guiana, a República do Paraguai, a República do Peru, a República do Suriname, a República Oriental do Uruguai e a República Bolivariana da Venezuela.

<sup>27</sup> Embora tenham descrito a personalidade jurídica internacional para UNASUL em seu tratado constitutivo, este através do artigo 26 determinou que sua entrada em vigor ocorreria após trinta dias da data de recepção do nono instrumento de ratificação, o que ocorreu em março de 2011.

<sup>28</sup> Artigo 2º do Tratado Constitutivo da UNASUL.

<sup>29</sup> UNASUL – Informe de Gestão do Grupo de Especialistas em Energia, Ministério de Minas e Energia, 2013.

<sup>30</sup> Declaração de Margarita – construindo a integração energética do sul, de 18 de abril de 2007.

# PECULIARITIES OF LATIN AMERICAN ECONOMY AND INTEGRATION

Marianna Katalin RACS, PhD

**Abstract:** The Latin American economic performance is a result of the combination of many different factors: it has been shaped by cultural, social and political circumstances and geographical features. The objective of this paper is to analyse and synthesise these different regional conditions. The specific institutional development and social structure, the disproportionate distribution of power and wealth, the role of powerful elites and the complex and often painful process of state- and nation-building are all factors which determine and identify Latin American history and have significant impact on the regional integration.

**Keywords:** Latin America, regional integration, globalization, democratization

## **1. Economic integration and the phenomenon of globalization**

After the discovery of the American continent, multiple phases can be distinguished in the development of capitalism. The first of these phases is the mercantilist era (late 18<sup>th</sup> century); the second era is the industrial capitalism, with two subphases: the so-called free-market capitalism until the end of the 19<sup>th</sup> century and beginning of the 20<sup>th</sup> century, which then after decades of turbulent wars and revolutions have transferred into regulated market (state) capitalism.<sup>31</sup> In the case of the second half of the 20<sup>th</sup> century and today's socio-economic conditions, in addition to the concept of capitalism, it is inevitable to discuss the phenomenon of globalization. It is concerned as a very complex, "fashion phenomenon" without a single universally accepted definition. The common point in all the different interpretations is that they describe globalization as a process and not as a state. This process brought a quality revolution both in the society as well as in the economy. In the economic literature globalization is often referred as a major transformation, of which the main content is global integration<sup>32</sup>, interdependence and development of networks.

In order to avoid conceptual anomalies, it is important to distinguish between the concepts of globalization and global integration.

According to some authors (such as the Mexican social scientist, Carlos Aguirre Rojas), transnational trafficking, which crosses borders, re-organizes trade and redistributes goods, started in the 16<sup>th</sup> century with the world's global geographic expansion. Thus, the current capitalist globalization is at least as new, as old at the same time, only took on a new form. Over the centuries, the transformations that took place in global trade were predominantly quantitative changes.<sup>33</sup>

Those researchers who originate the globalization from the age of great geographical discoveries, can be characterized with the world-system approach of Immanuel Wallerstein that considers the unit of analysis in

social sciences the world system itself and not the nation-state or national society.<sup>34</sup>

Tibor Palánkai, Hungarian researcher of integration theory, takes no position regarding the historical origin of globalization, however he considers the phenomenon of global integration a new unique social formation of the recent decades: “a new quality, a unique structure, a new development, which for the first time in history integrates the humanity into a global community”<sup>35</sup>.

The current article regards globalization as the integration of markets, and mainly focuses on the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> century trends. Based on José Antonio Ocampo and Luis Bertolo's arguments<sup>36</sup> it is appropriate to distinguish two waves of globalization in the period of the 19-20<sup>th</sup> centuries. The first wave was the world economic expansion of the late 19<sup>th</sup> and early 20<sup>th</sup> centuries, while the second wave marked the post Second World War period, mainly from the 1960s.

Thus, the first wave of globalization was a period when trade was essentially based on the exchange of raw materials and food to finished products. Then the collapse of the international division of labour and the isolation and increasing protectionism of the developed countries changed significantly the conditions of production and possibilities of consumption. After the Second World War the development of the world economy has entered a new phase. Integration processes played an important role in this modification. How can be characterized the changes taking place in recent decades? By the strengthening of interdependence, globalization of markets and resources, expansion of the network of transnational corporations and the efforts to regulate the world economic relations on a global scale.

As Tibor Palánkai also notes globalization covers all areas of social and economic life<sup>37</sup>, and in this environment “integration means a new quality of international cooperation, and qualitatively a new framework and structure for organization and operation of economy and management.”<sup>38</sup> “Globalization is structured through regional integrations”<sup>39</sup> where regional

and global integration are in close (sometimes connecting and sometimes repulsive) interaction.

The former basic categories of traditional international economics are no longer adequate to analyse the on-going changes in the world economy on a global scale.

It is a noticeable change for everyone that in addition to the traditional production factors like land, capital and labour, new ones have emerged in the recent decades, such as information and knowledge, which are unlimited and renewable. Drucker applied the terms *knowledge* and *knowledge worker* already in the 1960s<sup>40</sup>. In modern economies, a growing proportion of production exists in the form of intellectual property therefore, industrialization, and manufacturing industry in particular, is no longer considered to be the main driver of economic growth.<sup>41</sup> Of course, the role of traditional raw material (energy) has not decreased, but their acquisition and control became rather limited. With the globalization in the 1970s the gold-based monetary systems utterly disappeared. The economic impact of currency exchange rates changed as well, and the export incentive effect of devaluation became questioned. The actions of the changed, open and globalized economies became trans-boundary. Multi-level governance<sup>42</sup> competencies can be treated as new phenomena in the areas of competence and control.

In addition to the changed conditions, many previous economic concepts need to be redefined. The exact definition of GDP (Gross Domestic Product) has long been a matter of debate; however, it is indisputable that besides the actual output and input indicators a number of services is not included in the calculations (such as the non-market activities and the not measured services). Likewise, due to global competition and crossborder integration, the difference between GDP and GNI (Gross National Income) is also increasing. In addition, the GDP/capita value, even if it is suitable for measuring a certain level of already achieved living standards, it cannot be used to quantify development or development opportunities. The pricing mechanisms are also changing, as well as the operation of market

structures: prices of global products and resources appear as world market prices, and the national prices are adapted to these. Competitive conditions have become more and more intense through the opening and the global liberalization of markets.

During the process of economic changes, the growing problems caused by the occurring externalities (such as pollution) should be concerned. A few decades ago it seemed that recycling of waste and maintaining the equilibrium of water, nitrogen, carbon, phosphorus and other elements are enough to manage the challenges of the ecosystem. Today it is clear that the increased levels of carbon dioxide, the greenhouse effect and the accumulation of harmful substances in water, soil and air cannot be solved by merely selective waste collection and recycling.<sup>43</sup> We can also declare that the phenomenon of globalization favoured more the capital income, while the share of labour income in GDP declined in many countries.<sup>44</sup> The free movement of global capital actually took place, but the freedom of movement of labour seems to be much more complicated, even in the case of well-functioning regional integrations.

## 2. Characteristics of the Latin American Economic System

Following the discovery of Latin America and the construction of the colonial system, the region joined the circulation of the world market. Latin America played an important role in the original accumulation of capital through its precious metal mines. The continent became an exporter of agricultural products and mining resources and a market for finished products mainly from Europe. From the beginning, the region was closely linked to the movements of the world market and came under the formal rule of international capital.<sup>45</sup> The development gap between the Latin American countries and the developed regions of the world already existed in the colonial times, but it has considerably widened during the 19<sup>th</sup> and the 20<sup>th</sup> centuries. The new growth patterns that appeared parallel to the industrial revolution, the transformations of the economic and international situation also had consequences on the (non)-development of Latin America. Thus, it would be a mere simplification to interpret the circumstances of the 19<sup>th</sup> and the 20<sup>th</sup> centuries as a consequence of the colonial period.<sup>46</sup> After independence there was a long hiatus in the development of the region.

The independence did not bring economic prosperity and a better life, moreover they generated further conflicts. The internal political instability contributed to the widening economic gap and to its conservation. By the 19<sup>th</sup> century the institution of slavery became anachronistic, however, its elimination was not an easy task. Political independence did not mean a greater degree of freedom in economic policies and Latin America came under the real rule of international capital.<sup>47</sup> Even after political independence, Latin American economy could be characterised by **dependence, distortions** and colonial remnants, because of its long-term monocultural nature and strong dependence on the trade relations with the major European powers. In this trade, England became especially dominant from the 18<sup>th</sup> century on and demonstrated a clear superiority in commerce,

industry and shipping throughout the 19<sup>th</sup> century. The Latin American economy was an export-oriented, export-dependent economy, where agricultural production was controlled by big latifundia. During the 19<sup>th</sup> century, the large estate system of latifundia has survived, while the trade barriers set by the previous mother countries, Spain and Portugal, gradually disappeared. This special type of free trade brought a very unbalanced system, which stabilized the inequalities and insecurity. The unfolding capitalism of the 19<sup>th</sup> century in Latin America preserved the traditional socio-economic forms and created such a hierarchical socio-economic system, which has maintained the region's economic disintegration.<sup>48</sup> The economic power and political influence of the emerging local oligarchy in the era was based on the latifundia and control of mining and extraction. The middle class and professionals had no place in the exercise of power.<sup>49</sup> In this era a significant number of farmers did not operate according to the norms of capitalist management, the national market was not integrated and market mechanisms were very limited. To describe the phenomenon, Stephen Haber applies the concepts of crony capitalism and vertical political integration (VPI).<sup>50</sup> We can say that the structural system of the Latin American economy can be described as transitional and incomplete. However, this typical economic system of the continent is not the result of an organic development.

The mid-19<sup>th</sup> century was still characterized by considerable technical and technological lag in Latin America and the lack of capital was significant in the agricultural sector. The accumulation of capital started slowly on the continent, and its biggest beneficiaries turned out to be the merchants. In Latin America the state and foreign capital play a particularly important role. Even during the opening of the capitalization process, the accumulation sources of organic, autochthonous capitalization were poor on the continent, so the state assumed a major role. This meant mainly the partial and mostly formal capitalisation of the non-capitalist agrarian economy and that the state often became indebted. This fact and the inorganic capitalization through the intrusion of foreign capital have an impact on Latin America's development to the present day.<sup>51</sup> The extension

of free trade in Latin America meant a new form of modern colonialism. Due to the growth of the market, the demand for food and raw materials increased that strongly influenced the specialization of certain countries and territories.

Until the beginning of the 20<sup>th</sup> century, the major Latin American countries (like Argentina, Brazil, Mexico) established stable semi-democratic republics but the political influence of the agrarian oligarchy persisted and thus the beginning of the 20<sup>th</sup> century anchored the previous deformations of the continent and the 1920s strengthened the extreme monocultures (Cuba – sugar, Bolivia – tin, State of São Paulo (Brazil) coffee) and the oil production became a new and significant economic factor (in Venezuela, Colombia and later Peru also).<sup>52</sup>

According to the product profile, three major groups can be distinguished among Latin American countries where the boundaries are permeable and not sharp:<sup>53</sup>

1. temperate zone countries (Argentina, Uruguay, Chile) mainly dealing with animal breeding (cattle) and cereal production (wheat and corn);
2. countries with tropical agricultural products (cocoa – Ecuador; coffee – Brazil and Colombia; banana – Central America and the Caribbean);
3. countries engaged in mining (gold, silver, copper – Mexico and Peru; silver, tin Bolivia; copper, nitrate – Chile).

The First World War and its increased demand for raw materials had a stimulatory effect on the Latin American economy, but at the same time interrupted the import of finished products. This encouraged the continent's countries to develop their own industry - in most cases through contracted loans. The global economic crisis starting in 1929 ended with the relative uplift and made it impossible to repay the loans taken previously. The economic crisis caused political instability, soon military coups started in the seemingly democratic countries and the liberal economic model was surrounded by disillusionment. Because of its export orientation, Latin

America was particularly sensitive and vulnerable, the price of export fluctuated dramatically, and deflation pervaded the continent.

After the outbreak of the world economic crisis the old agricultural export model did not revive and the Latin American countries started or continued their industrialization. The protectionist policy resulted in the so called import substitution industrialization (ISI), which remained dominant until the mid-1980s.

The foreign import dependency actually did not disappear with the big industrialization boost in the 1930s and 1940s (mainly with the domestic production of certain consumer goods like household appliances, motor vehicles, chemical and pharmaceutical products etc.). The nature of dependence transformed, instead of ready products, the machinery and technology needed for production had to be imported from abroad. This caused even deeper distortions in the economic structure. The 1930s confirmed strong tensions of radicalism beneath the surface, which then came to the surface: such as the Cardenismo in Mexico, the Popular Front in Chile or the Aprists in Peru.<sup>54</sup> Nationalism and nation-state remained important elements of the Latin American ideology even after the Second World War.

Many contemporary thinkers believed – such as Celso Furtado<sup>55</sup> – that the previous export booms exhausted the agricultural lands in Latin America and despoiled the minerals of the area and all these made necessary a strong state action in foreign trade and regulation of capital flows. They also believed that through the development of domestic industries it is possible to overcome the historical regional lag.<sup>56</sup> Some researchers<sup>57</sup> consider it more appropriate to talk about state led industrialization instead of import substitution industrialization, being the import substitution only an apparent phenomenon.

The economic role of the state increased significantly, and the protectionist industrial economic policy remained dominant even after the global crisis and was deeply imbued with the evolution theory. One of the negative consequences of the forced industrial development was the neglect

of agricultural activities. In the 1980s, which period was called the lost decade by the United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), the region was repeatedly affected by slowdown of economic growth, industrial production decline, serious inflation and a high level of indebtedness. The Latin American countries first tried to find a solution for the problems through orthodox austerity measures, and later through neo-liberal market liberalization. The 1990s brought a moderate growth for the region, but the world economic events (Asian crisis) once again shook the continent. At the dawn of the 21<sup>st</sup> century a new version of reforms seems to appear on the horizon that counts with the state's institutional participation and recognizes the need for certain state regulations in the economy.

It is important to mention that behind the overall trends in Latin America, significant differences can be distinguished. From the onset of their involvements in world market processes, the different regions and then the different national economies became specialized for different functions. All this does not call into question the relevance of an overall analysis of the entire continent, or at least of the larger part of it, but it draws attention to take into account unique factors in the case of certain countries. Since the industrial revolution, the industrialized countries have specialized in capital-intensive products, while Asian countries – especially in recent times – have made significant progress in technological knowledge accumulation.<sup>58</sup> However, most countries in Latin America continue to rely on natural resources and raw materials to determine their position in the world market situation. An important feature of Latin Americanization is the fact that the continent is unable to eliminate the barriers standing in the way of its progress and continues to carry these obstacles. According to Zoltán Kollár, Hungarian researcher, the Latin American economic system is bipolar and has a dual structure. Even in the dynamic stages of development, the society of the continent was modernized in a way that preserved ahistorical elements. Kollár calls this phenomenon partial modernization.<sup>59</sup> Backlog and catch-up were typical for the region at the same time.

Being peripheralised was an important characteristic of the Latin American economic system during a long time. As a result of the recent decade's state policy, the continent is trying to rise from this position. The peripheral position of Latin America can be explained by several factors: on the one hand the development of the region differs significantly from the progressive mainstream trends of world economy, on the other hand the specific organizational system of economy reproduces the disintegration and obstacles standing in the way development and the modernization trends occur only belatedly. Today, however, it is clear that in Latin America the traditional capitalist and socialist modernization strategies failed. The fragility of economic growth is of a much higher level than in other parts of the world.<sup>60</sup> Economic instability has negative impact on innovation and knowledge expansion and creates favourable conditions for different types of financial crises (such as debt, balance of payments or banking crisis).

### **3. Latin America as civilization and the social characteristics of the region**

To understand Latin America's economic and historical ambitions, it is essential to take into account the social conditions of the region. In all periods of history, from the colonial period to the present, the ethnic and social situation of the continent shows a mixed picture. In their large-scale work on Latin America's economic history, Cardoso and Perez Brignoli<sup>61</sup> derive the regional societies from the interaction of three different elements: from the mixing of pre-Columbian native population, European and African elements.

By the 19<sup>th</sup> century five major groups can be distinguished within the Latin American population:

- a) Indian natives (in decreasing number);

- b) white elements from the former mother countries and their descendants settled in America (creoles);
- c) black (slave) ethnicity (of African origin);
- d) mixed populations (mestizo, mulatto, etc.);
- e) European and Asian immigrants.

The latter group became more and more significant in the last decades of the 19<sup>th</sup> century when millions of immigrants arrived in Latin America. The immigration contributed to the growing complexity of the social structure, and to the increasing number of inhabitants in addition to the already high population growth. Between 1850 and 1900, Latin America's population doubled. The real demographic explosion took place in the 20<sup>th</sup> century. The countries of the region were among the countries with the highest population growth on Earth. The region's population of 61 million in 1900 grew to 104 million by 1930. From the 1850s onwards, some 8 million Europeans immigrated to the region until 1930.<sup>62</sup> Especially the population of Argentina, Brazil, Colombia, Cuba, Peru and Uruguay increased significantly, while in the case Mexico for example, the increase was only 3 million. The European immigration reached its peak in 1914.<sup>63</sup> The rural-urban division of the population is an interesting factor as well. Migratory flows from the countryside into the cities have already begun in the 19<sup>th</sup> century. The growth of the urban population was intensified by several coefficients: such as the European and Asian immigrants and the world economic crisis. As a consequence of the rising unemployment in the agricultural sector and mining, many people moved to the cities to follow their illusion of prosperity. At the lowest point during the Great Depression 50-75% of the workers were affected by unemployment in Latin America. In 1929, 30% of the population of the region lived in cities, this figure rose to 45% by 1950. In the 1930s, parallel to the import substitution industrialization appeared and became significant the industrial proletariat.

The so called shantytowns of the big cities started to grow and to become more and more common and extensive in the 1950s and 1960s. The

demographic explosion experienced in the 1960-70s in several Latin American countries, intensified the abovementioned trend. The population of Mexico doubled in 20 years. By 1980, 65% of the Latin American population lived in cities. However the construction of infrastructure and new homes did not keep pace with the rate of population growth, so the poor neighbourhoods occupied even larger urban areas. Between 1930 and 2000, Latin America's population increased five times, and by the millennium 76% of the population lived in cities of 20,000 or more inhabitants.<sup>64</sup> Such a significant social transformation also affected the economic structure of the region. The former population growth rate of 3 % began to decline slightly in the 1980s. Today the population growth rate of Latin American countries continues to be high compared to Western Europe and the United States of America; however, it shows a significant moderation in comparison with Africa and India. Due to the improvement of the health care system and the development of personal hygiene, life expectancy at birth rose from 29 years to 71 years during the 20<sup>th</sup> century.<sup>65</sup> The mortality indicators show an interesting trend in the case of Latin America. They show a significant improvement during the dictatorships, while they worsed during Christian Democrat and Socialist governments (such as in the case of Chile). By the 1980s, in addition to the increase in life expectancy<sup>66</sup>, child mortality decreased<sup>67</sup> and nutrition improved throughout the region. However, the gaps between different segments of the society remained deep in the distribution of income or education. Weaknesses in the primary education were everyday phenomena. A new concept was formed: *marginados* - socially marginalized people. The crisis and economic downturn of the 1970-80s had serious social consequences: the middle classes started to fall and the situation of poor people turned from bad to worse. In the lost decade, approximately half the population lived below (from bad to worse. In the lost decade, approximately half the population lived below 70%). All this has contributed to the strengthening of the dual economy: the state did not provide social protection and the illegal economy was flourishing as a result of civil unrest and non-payment of taxes. The access of the population to certain information networks

(radio, television, and internet) is an important indicator of social development in the era of new globalization and in the new information economy. The lack of information and networks results in disadvantageous social and economic development.

Several studies dealing with Latin American raise the question whether the region can be interpreted as a separate civilization or not. There are different answers to this question. Some authors' answer is definitely yes<sup>68</sup>, while others do not consider Latin America a separate entity and classify the region as part of the so called Western culture and name it as the Far West (*Extremo Occidental*) subregion of it<sup>69</sup>. If we interpret civilization as the total of (geographic, economic, social, cultural) characteristics that define a certain group of people for a long time and provide them certain historical identity and coherence in historical continuity<sup>70</sup>, it seems appropriate to handle Latin America as a separate civilization. The main characteristics of this civilization can be described based on the above mentioned social historical elements of the region and illustrate very well the merits and problems of Latin America.<sup>71</sup>

Latin America is **the most dependent civilization** and in the most subordinate position, because the region was designed by the taste of other hegemonic central powers. Thus the Latin American (subordinated or peripheral) economy and society were formed according to the needs of other nations (Spanish, Portuguese, English, French, North American etc.) and not according to the internal needs of the region. This resulted in the structural subordination of Latin America and had a significant impact on the development of nation state in the region's countries, being the decisions of the states neither sovereign nor internal.<sup>72</sup> The region's socio-economic peripheral situation is acknowledged even by those theories that consider Latin America part of the Western civilization.<sup>73</sup>

Latin America is **the most unequal civilization**. Not the poorest one, but the region provides the greatest and most astonishing contrasts.<sup>74</sup> For example Brazil has the highest concentration of land ownership in the world. The significant inequalities and huge social differences make it even

more difficult to improve the living standard. The fact that Latin America represents the most unequal region on Earth regarding income distribution has a negative impact on its growth. Unequal access to financial resources increases social and political instability. The so characteristic oligarchic nature of power in Latin America plays an important role in maintaining these attributes. The increased concentration of political power, wealth and income became even more intensive during the first wave of globalization and entrenched deeply in the Latin American structures.<sup>75</sup> Inequality definitely increased during this period, and not primarily as a result of market forces, but as the result of the consolidation of income distribution and of the institutional system. Thus, the high level of inequality in Latin America cannot be regarded as pure colonial heritage. After colonization, the institutions set up by the colonial powers fixed the strong political and economic inequalities for a long period and then the new economic, social and political forces from the second half of the 19<sup>th</sup> century sustained these imbalances. Some improvement could be observed during the decades of import substitution industrialization in some countries (Argentina, Chile, Uruguay), but this was also demolished by the subsequent bloody dictatorships.<sup>76</sup> While in other countries (Brazil) the ISI contributed to further polarization. The market reforms and neo-liberal economic policy introduced in the region at the end of the 20<sup>th</sup> century clearly increased inequality. These reforms were initiated during the dictatorships of the 1980s and were accompanied by a substantial reduction in real wages.<sup>77</sup> To achieve long-term success, it is essential to expand educational opportunities and to construct a new system of social benefits. Although inequality accompanies constantly Latin American development, today it is more capital-based, while in the last centuries it was a more land-based phenomenon.<sup>78</sup>

With its only 500 years, Latin America is **the youngest civilization**. The forming society of the relatively young countries shows very high mobility in all directions. This attribute partly explains the phenomenon that the anti-regime and anti-capitalist movements<sup>79</sup> appear and gain territory mostly in

these countries and also shows that the plasticity of the young society does not mean unconditional adaptation.

Latin America is **a multiply mixed (*mestizo*) civilization**, and not only in the biological or ethnic sense but also meaning a real, substantial cultural, social, economic and political merging. The whole culture is a cosmopolitan, inclusive and tolerant civilization, which is constantly open to receive new cultural and social elements. The Latin American society has a "chronically unfinished nature".<sup>80</sup>

We should mention **the high level of urbanization** in Latin America: 70% of the population lives in cities. However it is no evidence of faster growth or better living conditions – think of the case of the *favelas*. Latin America homes one of the world's largest cities (Mexico City) and several megalopolis that suffer from numerous difficulties and problems (transport, services etc.). Every tenth Brazilian lives in São Paulo, every fifth Cuban and Chilean lives in Havana and Santiago de Chile, every fourth Mexican in Mexico City and half of the Argentinians in the so called Great Buenos Aires.

We also should mention **the crisis of political structures** in the case of Latin America: corruption, racketeering, mismanagement and abuse of power. This crisis affects the institution of state and the structure of society.

While the evaluation of the region's economic, political and social performance is not uniform; it is no question that Latin America experiences an **amazing cultural activity** in recent decades. As Gustavo Bayhaut, professor at the Institute of Latin American Studies of the University of Paris puts: the stability of variables distinguishes the Latin American cultural works (in the field of literature, visual arts, architecture and music) from the rest of the world.<sup>81</sup> This cultural identity integrates Latin America and includes not only the common past but the region's geographical conditions, the mixed composition of the population and its habits and all the manners how they connect to other parts of the world. The literary *boom* based on national realities and expression of common desires, matured the region's literature. This literature has become completely

Latin American, independent and creative and it is not limited anymore to the mechanical tracking of foreign models. The same trend can be observed in painting and in the Latin American versions of popular, classical and folk music as well.<sup>82</sup> This age of maturity already reached the region in the 1940s, however the world started to get to know it only later, in the 1960s through the international recognition of certain authors, such as Jorge Luis Borges.<sup>83</sup> However, this unique, rich and modern literature and culture did not grow suddenly out of nowhere; its own history matured it. Thematically it displays the regions typical (social and urban) problems and uses a special time technology and self-reflexion.<sup>84</sup> Latin America fulfils and realizes itself culturally (such as in magic realism).

## **4. The characteristics of development of state and nation in Latin America and the problem of democracy**

### **4.1. State and nation**

In Latin America it is an on-going challenge that the society and the state cannot find a common language. The grassroots civil society is highly disorganized. For the region so typical duality can be observed not only in the economic life, but also in the political and social structures. Archaic and modern, Ariel and Caliban are present at the same time. Latin American societies were formed only by individuals, by the population for a long time. There was no real nation, no real citizens.<sup>85</sup> After independence Latin America had to face the difficult task of creating states and organizing nations. But in the newly born states the different elements (creoles, mestizos, mulattos, blacks, Spanish, Portuguese, etc.) did not form single nations in a political sense. The emerging nation-state was developed mostly according to the interests of the white (creole) elite. There were some states (such as Bolivia or Uruguay) that at the beginning tried to identify themselves based on the fights with neighbouring countries. The society was organized along colour coordinates. The Indian and black forced labourers did not made part of the nation and did not feel any commitment to it. The differences and inequalities within the society only became more solid after independence. The oligarchic nature of power intensified and new autocrats emerged. Thus free competition and free market economy were introduced in societies that were not prepared for it because they were not competitive and were still full of colonial hierarchical structures and the nation-building was the matter of a small elite. The capitalist economy standards were only partially and superficially introduced. In Latin America, the introduction and implementation of policy models has always been a topdown process, and meant reforms implemented by the state. The grassroots modernization activities of the civil society did not play any role in the political thinking in the 1800s and

then in a significant part of the 20<sup>th</sup> century, not even in the case of revolutionary trends.<sup>86</sup> Real changes started in the 1930s. After the Great Depression, the economic nationalism intensified worldwide. Turning towards the idea of nation was a kind of defence mechanism. With the 1930s a wave of modernization started in Latin America. It affected not only the industrial sector and the economy but also the society. This was the beginning of modern sociology in the region, which produced a number of great intellectuals (Gilberto Freyre, Caio Padro Júnior, Sérgio Buarque de Holanda etc.).<sup>87</sup> They said that the society and the nation should be organized on new foundations - and get rid of the existing prejudices. A change was needed in all areas of life. New forms of thinking have emerged. The University of São Paulo was founded in 1934, and from the beginning dealt with social sciences, too. Of course, the institute's researchers and educators largely built on the European tradition; but at the same time they noted the need for a new modern – in this case – Brazilian society. The emphasis was put on the formulation of a coherent national cultural identity, instead of different local identities within the country.<sup>88</sup> In the 1930-50s the potential of cultural development was closely linked to the belief in political-economic renewal and social modernization of the nation.<sup>89</sup> The idea of modernization itself was not a new phenomenon in Latin America, the revival to close the gap was a constant aim since 30s. In addition to the requirements of economic growth, the need for democratization of cultural life and the need for greater social mobility also became important. The development of democratic and educational institutions favoured the new ideas, new directions; however the process stalled due to the overgrown dictatorships of the region. The modernization efforts are based on the democratic values.<sup>90</sup> The most important modernist objectives were the extension of education and the shaping of a science-based nation.<sup>91</sup> Florestan Fernandes, contemporary Brazilian sociologist, however, draws our attention to the tension and persistent confrontation between individual and society. Because of the existence of social gaps, socio-cultural isolation and out-dated social structures, the individuals'

possibilities depend much more on their social determination rather than on their own decisions.<sup>92</sup> The region recognized the importance of nation formation and the need for a structurally formed political society. This process should not be realized by unconditional adaptation of European patterns. The re-shaping of nation was a real problem even in Europe in the 20<sup>th</sup> century. The two world wars not disappear without a trace. However there was a significant difference between the two regions. While Europe was mainly fighting with the challenges of reconstruction, Latin American countries had to construct and form their own nations and give place for all segments of society in them. Originally the Latin American society was not organically developed and homogenous. The archaic nature of the society was a barrier in economic and political development and modernization. In the mid-20<sup>th</sup> century, the region's separate paths could be observed in all fields: in the political life (for example in the form of the Brazilian New State or Argentine Peronism), in the economic life (import substitution industrialization), as well as in the nation-building process. The authoritarian theories largely shaped and strengthened the forming Latin American nations.<sup>93</sup> After the Second World War, the nationalist ideological theories served also as a base to overcome the region's development delays. Parallel to the birth of integrated national identity (*bolivianidad*, *peruanidad*, *cubanidad*, *brasiliandade*), populist, vertical parties (such as APRA or Peronism) also appeared.<sup>94</sup>

## 4.2. The process of democratization

The political life of developed, industrialized countries already in the 19<sup>th</sup> century could be characterized by separation of powers and different political parties, and the political structure already had a number of organizational units operating on the basis of representation. However, this did not mean the representation of the whole society. The conditions for universal, equal, direct and secret elections were not given. In the developed world, the need for fundamental democratization manifested in the claim for extension of universal suffrage in the second half of the 19<sup>th</sup> century.<sup>95</sup> The extension of suffrage was a prolonged and gradually implemented process even in the case of the developed countries. If we compare the date of introduction of universal suffrage (with equal conditions for women and men) in the case of developed and developing countries, no significant differences can be observed.

**Figure 1: Some examples for the year of introduction of universal suffrage (with equal conditions for women and men)** <sup>96</sup>

Country	Year
New-Zealand	1893
Finland	1906
Danmark and Iceland	1915
USA	1920
Ecuador	1929
Brazil	1932
El Salvador	1939
France	1944
Guatemala, Croatia	1945
Argentina	1946
Switzerland <sup>1</sup>	1971
Portugal	1974
Peru	1979

<sup>97</sup>

The extension of suffrage to women started intensively after the First World War and lasted until the 1970-80s. In Europe, the industrial revolution, the development of conditions of production, the labour movement and the need for democratic suffrage were closely related. Although this was not an automatic development process, the fight for universal suffrage entrenched in the process of industrialization and in the related social and political changes. The role of the workers' parties, trade unions, and of the working class in general is unquestionable in these trends in the developed world. Latin America's development shows something quite different.

Some countries (such as Colombia or Venezuela) already gave universal suffrage to men in the middle of the 19<sup>th</sup> century.<sup>98</sup> But this right only existed on paper, in the text of the liberal constitutions "copied" after European examples. The elections did not play a role in the acquisition of real power. In Latin America, the extension of suffrage was not linked to the industrialization, to social reforms or to the working class. Those who were demanding universal suffrage mainly came from the middle class, and they used it as a tool in their fight against the politically dominant oligarchy. However, the same middle class had an ambivalent attitude toward democracy. When the middle class considered the lower social groups politically dangerous for their own position, they turned to the oligarchy in order to preserve the existing social order. This is a major source of political instability in the region. Social problems and heterogeneity puts the importance of universal suffrage in a different light. Due to huge social differences, illegal manipulations, low participation and lack of interest in the elections, universal suffrage is not the solution for Latin America's problems. In the developing countries of Latin America, the problem of democracy and democratization became more acute with the requirement of **democratization of political systems** and not with the extension of universal suffrage. The liberal-pluralist patterns did not gain significant ground in the region. The tension between democratic and liberal elements of the political system can be observed in many cases.

Many times, the political leaders elected by majority vote ignored or even destroyed the institutional structures of the rule of law. Thus, the guarantees and rights associated with the rule of law were not given in Latin America.

## **5. Regional integration in Latin America**

Despite the diversity of Latin American countries, integration and regionalism are permanent issues on the region's political agenda. Regional cooperation and the creation of integration organisations can significantly strengthen Latin America's position in the international relations, such as in the world economy system.

Several phases can be distinguished in the history of Latin American integration intentions. Each phase is intrinsically linked to the region's economic history and can be interpreted as Latin America's answers to the global economic challenges. For the last 60 years Latin America has regarded regional collaboration as a strategic opportunity, namely as the possibility of a more successful recovery in the challenges of international relations. The specific goals and methods of implementation, however, have significantly transformed over the last half century. The three phases or waves of (old, new and globalized) integration can be well distinguished based on the change in the relationship between political authority and the logic of the market. During the old regionalism (mainly from the 1960s until 1990), in addition to the logic of market expansion, the need for political control played an important role. But this type of state influence and protectionism undermined the effective market expansion and the improvement of competitiveness. By the 1990s, along with the changing conditions of international policy and economy, the frame of reference for strategic options has also transformed. The recognition of the growing role of non-state actors, that influence the global political and economic life, has brought a change. New regionalism meant the age of commercial agreements based on the Washington Consensus. The keywords were mutual opening, export diversification and the reduction of the role of the

state. By the crisis of neoliberalism in the 2000s, new regionalism has been re-valued and changed, too. Today, Latin America is characterised by open integration which means that the main economic partners are located outside the region. In this aspect Latin America differs from the European trends. In Europe 67% of the export takes place within the continent, but even compared to Asia (52%), Latin America is far more open and only 27% of the total export can be considered as intraregional trade.<sup>99</sup> Latin America shows more differences compared to other regions of the world. Its integration processes are based on subregional levels and on the principle of intergovernmentalism. This phenomenon is closely related to the lateness of Latin American state- and nationbuilding development. Most of the region's countries have reached to form their own and independent national identity which included the society as a whole, only by the mid-20<sup>th</sup> century. It is hardly to be expected that countries, where history of stronger and unified national consciousness and nation-state goes back only a few decades, would rapidly create integration forms with limited state sovereignty and would transfer certain policies to supranational level. It is more precise to talk about regional cooperation instead of regional integration in the case of Latin America, since the results can be basically interpreted as structured collaboration between governments in a certain geographical area. The Andean Pact and its later form, the Andean Community tried to involve supranational elements, but in practice none of the Latin American integration organisations applied such a decision-making method. The institutional and organisational structure of the initiatives shows the characteristics of a classical international organisation (Council, Commission, Conference and Secretariat). Internalization, which means the incorporation of decisions into the member state legislation, is the condition for the implementation of collective decisions at national level. The Latin American standpoint, that the member states' national policies cannot be affected by the joint decisions, is full of contradictions. Latin America is historically marked by the concentration of executive power in the position of the president. There are numerous examples for this personality-based political culture. The strong and charismatic leaders accompany the history

of the continent. In the case of Latin American integration and political life, the decisive role of presidents has been preserved and strengthened during the democratisation processes and can be observed even today. The Latin American heads of state have a final say in the definition of integration principles and guidelines. The region's integration initiatives, forums and meetings without exemption are all based on the annual conferences of heads of state and government. We can say that the Latin American integration is characterised not only by the weakness of supranational institutions but also by presidential hyperactivity. The principle of interpresidentialism would be more appropriate to describe this phenomenon than the principle of intergovernmentalism, or at least a mixture of these two. The use of the term (interpresidentialism) is not widely spread yet however, the new term illustrates better the Latin American integration relations and raises the need of expansion and rethinking of the existing terminology. It has become clear that Latin American integration differs from the European samples in terms of historical development, structure and operational mechanism. Today, it seems that an integration form based on the principle of intergovernmentalism, interpresidentialism and free trade has its own *raison d'être*.

The objectives of the region have changed during the period under review. Initially, Latin American integration initiatives aimed at economic cooperation and distinction from the Northern hemisphere. Today, a clear shift can be noticed from economic deepening to membership expansion. Latin America tries to increase its overall political weight and influence and tries to find regional solutions for its own social problems. Meanwhile, a significant opening can be observed in the field of economic and trade relations towards other world regions.

Latin American regionalism is divided into subregions and characterised by superposed forms of integration. Although the coexisting and co-emerging integration initiatives are not essentially rivals, the smaller organisations are often unable to work properly with global economic

challenges. At the same time larger multi-country integration organisations have to face other types of difficulties, originated from the deficiencies and/or imperfection of the institutional structure. A major problem is asymmetry that can be derived from the disparities in size and economic potential among member countries and from the disproportionate share of integration benefits. Regionalism is seen as a possibility for countries with strong macroeconomic indicators (such as Brazil) to strengthen their foreign policy and to confirm their own position in the international relations. States representing less economic weight often try to prevent these efforts of the “big ones”. However on a regional level this means that forces cancel each other out and it results in a zero-sum game and may hamper the development and deepening of regional integration processes. The region’s self-image and identity are also changing which affects the development of economic integrations. In the case of regional collaboration, since the 2000s the Brazil-led South American image has clearly strengthened instead of the 20<sup>th</sup> century Latin American concept. In the meantime, the even stronger Mexican economy is working on the creation of a new sphere of influence in the Pacific based on free trade.

-

<sup>31</sup> Palánkai Tibor (et al.) (2011) *A globális és regionális integráció gazdaságtana*. Budapest: Akadémiai Kiadó p. 33.

<sup>32</sup> Palánkai [2011] p. 29-30.

<sup>33</sup> Rojas, Carlos Antonio Aguirre (2004) *América Latina. História e Presente*. Campinas SP: Papyrus Editora, p.12.

<sup>34</sup> More on this topic: Wallerstein, Immanuel (2004) *World-System Analysis: An Introduction*. Durham and London: Duke University Press; Wallerstein, Immanuel (2005) The Discovery of the World Economy In: *Review (Fernand Braudel Center)* 28:4. p. 351-364.

<sup>35</sup> Palánkai [2011] p.105.

<sup>36</sup> Bértola, Luis – Ocampo, José Antonio (2012) *The Economic Development of Latin America Since Independence*. Oxford: University Press p. 7.

<sup>37</sup> Palánkai Tibor (ed.) (2014) *Economics, of Global and Regional Integration*. Budapest: Akadémiai Kiadó

- <sup>38</sup> Palánkai [2011] p.14.
- <sup>39</sup> Ibid.
- <sup>40</sup> Drucker, Peter F. (1994) *Post-Capitalist Society*. New York: Harper Business, p.6.
- <sup>41</sup> Palánkai [2011] p.16-17.
- <sup>42</sup> On global, regional, national and local levels.
- <sup>43</sup> Bértola – Ocampo [2012] p. 30.
- <sup>44</sup> Palánkai [2011] p.18.
- <sup>45</sup> Kollár Zoltán (1996) *Dél Keresztje alatt. Latin-Amerika latinamerikanizálódása*. Budapest: szerzői magánkiadás p. 12.
- <sup>46</sup> Bértola – Ocampo [2012] p. 7.
- <sup>47</sup> Kollár [1996] p. 12.
- <sup>48</sup> Kollár Zoltán (2004) A gazdasági rendszerek latin-amerikai modellje. In: Bara, Zoltán – Szabó, Katalin (ed.) *Gazdasági rendszerek, országok, intézmények. Bevezetés az összehasonlító gazdaságtanba*. Budapest: Aula Kiadó, p. 398.
- <sup>49</sup> Munck, Rolando (2003) *Contemporary Latin America*. Hampshire and New York: Palgrave Macmillan, p.27.
- <sup>50</sup> The political leaders in exchange for political support made decisions in favour of the private sector representatives (oligarchy). Haber, Stephen (ed.) (2002) *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America: Theory and Evidence*. Hoover Institution Press Publication 488.
- <sup>51</sup> Kollár [2004] p. 397-399.
- <sup>52</sup> Anderle Ádám (2006) Latin-Amerika országai. In: Németh István (ed.) *20. századi egyetemes történet. II. Európán kívüli országok*. Budapest: Osiris Kiadó, p.29.
- <sup>53</sup> Semsey Viktória (2008) *Spanyolország és Latin-Amerika 19-20. századi rövid története*. Budapest: L'Harmattan Kiadó, p. 130. and Bértola – Ocampo [2012] p. 13.
- <sup>54</sup> Munck [2003] p. 28-29.
- <sup>55</sup> 20<sup>th</sup>-century Brazilian economist, more on him: Vieira, Wilson (2010) *A Construção da Nação no Pensamento de Celso Furtado*. São Paulo: Campinas
- <sup>56</sup> Coatsworth, John H. (2005) Structures, endowments, and institutions in the economic history of Latin America. In: *Latin American Research Review*, 40: 3. p. 126-144.
- <sup>57</sup> Bértola – Ocampo [2012]

- <sup>58</sup> Bértola – Ocampo [2012] p. 18.
- <sup>59</sup> Kollár [2004] p. 407.
- <sup>60</sup> Bértola – Ocampo [2012] p. 17.
- <sup>61</sup> Cardoso, Ciro F. S. – Pérez Brignoli, H. (1979) *Historia económica de América Latina*. Barcelona: Crítica.
- <sup>62</sup> Munck [2003] p. 11.
- <sup>63</sup> Anderle [2006] p. 29.
- <sup>64</sup> Munck [2003] p. 13.
- <sup>65</sup> Bértola – Ocampo [2012] p. 40.
- <sup>66</sup> Life expectancy was 38 years in 1940, 52 years in 1950, 60 years in 1970, 67 years in 1980 and 70 years in 2000.
- <sup>67</sup> Data on infant mortality: in 1950 126 deaths / 1,000 live births; in 1980: 61/1000 and in 2000: 38/1000. More on this topic: Munck [2003] p. 15-16.
- <sup>68</sup> More on this: Rojas, Carlos Antonio Aguirre [2004]
- <sup>69</sup> More on this: Rouquié, Alain (1998) *Amérique latine: introduction à l'Extrême-Occident*. Paris: Seuil
- <sup>70</sup> Rojas [2004] p. 27.
- <sup>71</sup> The description of the characteristics of the Latin American civilization was based on Carlos Antonio Aguirre Rojas' categories (Rojas [2004] p. 29-43.), on Bertoli - Ocampo's work and on the author's own observations.
- <sup>72</sup> Beyhaut, Gustavo (1994) Dimensão cultural da integração na América Latina. In: *Estudos Avançados* 8:20, p. 188.
- <sup>73</sup> Diniz, Dilma Castelo Branco (2007) O conceito de América Latina: uma visão francesa. In: *CALIGRAMA*, Belo Horizonte, 12. p. 132.
- <sup>74</sup> Coatsworth, John H (2005) Structures, endowments, and institutions in the economic history of Latin America. In: *Latin American Research Review*, 40:3. p. 132.
- <sup>75</sup> Bértola – Ocampo [2012] p. 44.
- <sup>76</sup> Bértola – Ocampo [2012] p. 46.
- <sup>77</sup> Ibid.

- <sup>78</sup> Bértola – O campo [2012] p. 47.
- <sup>79</sup> Examples for such movements are the Ecuadorian indigenous, the Mexican Neo-Zapatista or the Brazilian landless movements. More on this topic: Barrera, Augusto (2002) El movimiento indígena ecuatoriano: entre los actores sociales y el sistema político. In: *Nueva Sociedad* 182:11-12. p. 90-105. and Sánchez, José Arellano – Rodríguez, Margarita Santoyo (2001) Los Nuevos Sujetos Sociales del Neozapatismo. In: *Convergencia* 8. 24.:1-4., p. 91-139. and <http://www.mst.org.br/> (2012-04-16)
- <sup>80</sup> Rojas [2004] p. 31.
- <sup>81</sup> Beyhaut [1994] p. 192.
- <sup>82</sup> Ibid.
- <sup>83</sup> Scholz László (2005) *A spanyol-amerikai irodalom rövid története*. Budapest: Gondolat Kiadó. p. 208.
- <sup>84</sup> Ibid.
- <sup>85</sup> Ianni, Octavio (1987) *Raças e classes sociais no Brasil*. São Paulo, SP: Editora Brasiliense. p. 6.
- <sup>86</sup> Anderle Ádám (2002) *Latin-amerikai utakon*. Szeged: Hispánia. p. 13.
- <sup>87</sup> Nascimento Arruda, Maria Arminda do (2011) Modern Society and Culture in Brazil: The Sociology of Florestan Fernandes. In: *Latin American Perspectives* 38. p. 99.
- <sup>88</sup> Cândido, Antônio (2000) *A educação pela noite e outros ensaios*. São Paulo: Ática. p. 181-182.
- <sup>89</sup> Nascimento Arruda [2011] p. 101.
- <sup>90</sup> Nascimento Arruda [2011] p. 102.
- <sup>91</sup> More on the topic of education: Szilágyi Ágnes Judit (2004) *Távolodás Európától: nemzetépítés és kultúrpolitika Brazíliában az Estado Novo idején : 1937-1945*. Budapest: Áger Bt. p. 37-74.
- <sup>92</sup> Fernandes, Florestan (1946) Tiago Marques Aibopureu: um Bororo Marginal In: *Revista do Arquivo Nacional* 57. and Fernandes, Florestan (1965) *A integração do negro na sociedade de classes: No limiar de uma nova era*. São Paulo: Dominus
- <sup>93</sup> Vieira [2010] p. 61.
- <sup>94</sup> Anderle [2002] p. 13.
- <sup>95</sup> Dieter Nohlen: *Democratización del sufragio*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos [http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red\\_diccionario/democratizacion%20del%20sufragio.htm](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/democratizacion%20del%20sufragio.htm) (2013-12-09).
- <sup>96</sup> Smith, Bonnie G. (ed.) (2008) *The Oxford Encyclopedia of Women in World History. Vol.I*. Oxford: University Press p. 171-172.

<sup>97</sup> Since 1971 on federal level, and since 1990 on cantonal level as well.

<sup>98</sup> Smith [2008] p. 171-172.

<sup>99</sup> --- (2013) A continental divine. In: *The Economist online* *The Economist online* region-falling-behind-two-alternative-blocks-market-ledpacific-alliance-and (2014-10-02).

# O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NOS ACORDOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL DA SADC – O ELEMENTO DA PARTICIPAÇÃO

Ângelo Patrício Rafael<sup>100</sup>

**Resumo:** Os Estados membros da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral abraçam o direito ao desenvolvimento por via do seu posicionamento em relação à Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento e à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. A Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral, no seu instrumento constituinte, abraça igualmente, de forma implícita o direito ao desenvolvimento.

No que tange ao elemento da participação do direito ao desenvolvimento, este é colocado na posição de princípio e objectivo em diversos instrumentos jurídicos que regem a organização. Adicionalmente, neles se reconhece a importância da participação no processo de desenvolvimento e integração regional.

Porém, a formulação das normas sobre o elemento da participação não estabelece nenhuma obrigação directa de garantia da participação sobre os Estados membros, nem preveem mecanismos de materialização dessa participação ou padrões mínimos a serem observados pelos Estados membros. Esta situação tem como uma das causas fundamentais o facto de a Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral não passar, *de facto* e até *de jure*, de uma organização de cooperação entre os seus Estados

membros e, portanto, não estar dotada de supranacionalidade sobre os Estados membros e as normas que dela emanam não terem força vinculativa acentuada.

**Palavras-chave:** direito ao desenvolvimento, elemento da participação, integração regional, SADC.

## **Introdução**

O direito humano ao desenvolvimento é amplamente discutido na literatura e no seio das principais organizações internacionais<sup>101</sup>. Este direito foi objecto de muita controvérsia na sua história em volta da própria existência de um direito ao desenvolvimento, em relação à sua natureza enquanto direito humano, em relação ao seu conteúdo, em relação à sua exequibilidade, etc. Apesar de alguma discordância por parte de um grupo minoritário, há uma posição dominante da comunidade internacional e da literatura no sentido de que existe um direito ao desenvolvimento e ele é um direito humano<sup>102</sup>.

Como produto das discussões da comunidade internacional que vinham decorrendo há vários anos, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (doravante designada por “DDD”), avançou com uma elaboração do direito ao desenvolvimento que é hoje largamente aceite. Na respectiva definição do direito ao desenvolvimento, a DDD prevê:

“O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda a pessoa e todos os povos têm *direito de participar, de contribuir e de gozar* do desenvolvimento económico, social, cultural e político, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais se possam realizar plenamente. O direito humano ao desenvolvimento implica também a realização plena do direito dos povos à autodeterminação, o qual inclui, sem prejuízo das disposições

pertinentes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício do seu direito inalienável à plena soberania sobre todas as suas riquezas e recursos naturais”<sup>103</sup>.

Como se depreende, um dos elementos fundamentais do conteúdo do direito ao desenvolvimento é a *participação* no processo dedesenvolvimento<sup>104</sup>.

Visto que a Comunidade de Desenvolvimento da África Austral e os seus Estados membros abraçam o direito ao desenvolvimento, não só por via da sua posição em relação à DDD, mas sobretudo por via da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (doravante designada por “CADHP”)<sup>105</sup> e do Tratado da SADC (doravante designado por “Tratado”)<sup>106</sup>, há necessidade de analisar com maior profundidade como este direito, particularmente o elemento da participação, é tratado no processo de integração regional em curso na Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (doravante designada por SADC). Importa salientar que, diferentemente da DDD, tanto a CADHP como o Tratado são, pela sua natureza, instrumentos vinculativos aos Estados signatários.

O presente estudo é essencialmente de análise documental dos principais instrumentos jurídicos que regem a SADC. Como consequência, salvo em circunstâncias pontuais, não nos debruçaremos sobre a implementação do direito ao desenvolvimento no tangente ao elemento da participação. Limitar-nos-emos, pois, como princípio, a analisar de forma crítica à posição formal conferida a esse elemento nos principais instrumentos jurídicos que regem a Organização. Este aspecto formal é fundamental para a compreensão da realidade prática da implementação deste direito. Bons padrões formais são um grande avanço rumo a uma boa implementação, embora não constituam uma garantia absoluta desta, já que há outros factores com influência no processo.

Com efeito, analisaremos os termos da previsão do elemento da participação (A): no Tratado (i), no Plano Estratégico Indicativo de

Desenvolvimento Regional (doravante designado por RISDP) (ii) e em alguns protocolos seleccionados (iii). Com base nos dados apurados, faremos o levantamento dos aspectos positivos (B) e dos aspectos negativos, apresentando-se as correspondentes propostas de melhoramento (C).

O estudo do elemento da participação do direito ao desenvolvimento com foco nesta organização regional é vestido de importância particular, até porque, como refere Dugard, a potencialidade de sucesso na implementação de instrumentos regionais sobre direitos humanos é maior quando comparada com a das convenções internacionais, uma vez que a homogeneidade política e cultural e a partilha de tradições judiciais e institucionais fornecem uma base para confiança no sistema, o que é necessário para a sua implementação eficaz<sup>107</sup>. Assim, importa escrutinar o tratamento do elemento da participação do direito humano ao desenvolvimento na SADC, de modo a verificar se tal afirmação geral é verdadeira no contexto desta organização e, caso não, o que seria necessário fazer para que tal sucedesse. A esta razão, adiciona-se o facto de a temática do direito ao desenvolvimento, em geral, e do elemento da participação, em particular, não terem ainda sido objecto da exploração académica necessária no processo de integração regional da SADC. Esperamos, por isso, que este artigo possa contribuir para a criação de um debate em torno da matéria.

## A. Os termos da previsão do elemento da participação

### i) No Tratado

O Tratado não contém nenhuma disposição que preveja directamente o direito ao desenvolvimento na sua completude, mas o facto de o mesmo estabelecer a garantia dos direitos humanos como um todo significa um compromisso implícito de garantia do direito ao desenvolvimento<sup>108</sup>. Este ponto de vista encontra reforço no já referido posicionamento dos países signatários do Tratado em relação ao direito ao desenvolvimento na DDD e na CADHP<sup>109</sup>. Adicionalmente, este direito pode ser aferido a partir da interpretação sistemática de várias disposições dispersas por este instrumento, muitas delas tratando separadamente dos seus elementos, incluindo o elemento da participação.

A primeira disposição relevante sobre o elemento da participação acha-se logo no preâmbulo. Com efeito, o oitavo parágrafo estabelece:

“Conscientes da *necessidade de envolver os povos da Região* no centro do processo de desenvolvimento e integração, particularmente *através da garantia dos direitos democráticos, observância dos direitos humanos e do estado de direito;*” – o destaque é nosso.

Como se depreende, a SADC não só declara ter consciência da necessidade de participação dos povos da Região, como também define já três vias especiais de materialização do “envolvimento” dos povos da Região: a garantia dos direitos democráticos, a observância dos direitos humanos e a observância do estado de direito. Vale a pena, porém, reconhecer que estas vias avançadas não passam, pela sua natureza, de princípios que precisam de normas (e acções) mais específicas assim como uma base estrutural que permitam a sua concretização<sup>110</sup>. Vejamos, então, como este “estado de consciência” se traduz no desenvolvimento do Tratado.

O artigo 4 do Tratado estabelece como princípios orientadores, entre outros, as três vias especiais ora definidas no preâmbulo como os caminhos para o “envolvimento” dos povos da Região, designadamente: “[a observância dos] direitos humanos, [a garantia da] democracia e [a observância do] estado de direito”<sup>111</sup>. A garantia da democracia é retomada e colocada num plano mais específico, como objectivo da SADC<sup>112</sup>. A primeira referência literal à participação encontra-se prevista no âmbito das estratégias que os Estados membros devem usar para o alcance dos objectivos da Organização e consiste no *encorajamento* dos povos da Região e das suas instituições a tomarem iniciativas de desenvolvimento dos elos económicos, sociais e culturais em toda a Região e a *participarem plenamente* na implementação dos programas e projectos da SADC<sup>113</sup>.

Porém, as disposições com conteúdo relativamente mais concreto ou tangível sobre o elemento da participação são as relativas à organização institucional da SADC e estão relacionadas com a estrutura que se encontra na base da pirâmide hierárquica – os Comités Nacionais da SADC (doravante designados por “CNS”)<sup>114</sup>. Os CNS são compostos pelo que o Tratado designa por “principais partes interessadas”, designadamente: “o governo, o sector privado, a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações de empregadores e de trabalhadores”<sup>115</sup>. Diferentemente das outras instituições, que são compostas apenas por membros do poder executivo dos Estados membros e por profissionais do direito (no caso do Tribunal da SADC), os CNS envolvem também, formalmente, membros ordinários das colectividades dos Estados membros. Porém, não está aberta a participação em nome individual dos cidadãos. Esta apenas é admitida por meio de certos grupos ou organizações, como se depreende do artigo 16, n.º 13 do Tratado<sup>116</sup>.

Esta obrigação de envolvimento dos povos da Região e principais partes interessadas no processo de integração regional é retomada no artigo 23 do Tratado, tendo agora como sujeito passivo a própria SADC.

## **ii) No RISDP**

O Plano Indicativo Estratégico de Desenvolvimento Regional(RISDP)<sup>117</sup> é um documento que contém as linhas mestras do processo de desenvolvimento e integração regional da SADC. O mesmo foi desenhado para guiar o processo de desenvolvimento e integração regional por um período de 15 anos, de 2005 a 2020. Nele definem-se as prioridades, as metas e os prazos para a materialização das actividades, assim como um sistema de monitoria das realizações. No entanto, o mesmo é apenas um documento orientador, ou seja, não vinculativo aos Estados membros e à própria SADC<sup>118</sup>. Segundo o RISDP, o seu objectivo último é o aprofundamento da agenda de integração da SADC com vista à aceleração da erradicação da pobreza e do alcance dos objectivos de desenvolvimento económicos e não-económicos<sup>119</sup>. Este objectivo manteve-se intacto apesar da recente revisão que resultou na redefinição das prioridades e realocação dos recursos no RISDP para o período entre 2015 e 2020<sup>120</sup>. No tangente à redefinição das prioridades entre as áreas e programas focais, a novidade que mais avulta no RISDP Revisto é colocação do “desenvolvimento industrial e integração do mercado” no topo das prioridades, em lugar da “liberalização e desenvolvimento comercial/económicos”<sup>121</sup>.

Escrutinando o elemento da participação, iremos verificar a sua presença em dois momentos: no processo de elaboração e no próprio conteúdo do RISDP<sup>122</sup>.

### **a) No processo de elaboração**

No processo de elaboração, tomamos em conta o momento da elaboração do RISDP 2003 e o momento da revisão deste e consequente produção do RISDP Revisto.

O processo de elaboração do RISDP 2003 foi precedido por um estudo de base, que consistiu na revisão de literatura e de documentos da SADC

como protocolos e planos, bem assim de parâmetros regionais e internacionais<sup>123</sup>. A preparação do RISDP foi desenvolvida por três membros do Secretariado, quatro consultoras regionais, uma Comissão de Revisão em representação dos Estados membros e um comité de direcção, este último responsável pela prestação de apoio na coordenação do projecto do RISDP e composto pelo Secretário Executivo e dois membros seniores<sup>124</sup>.

Numa altura em que o processo de produção do documento (que viria a ser apreciado e aprovado na cimeira dos Chefes de Estado e de Governo em Agosto de 2003) já se encontrava bastante avançado e, muito provavelmente, com vista a colmatar uma lacuna importante no processo de preparação do RISDP até essa altura, relativa à pouca atenção dada à construção de consensos e à recolha de contribuições dos Estados membros e da sociedade civil, o Conselho de Ministros deliberou, em Março de 2003, em Luanda, a *realização de consultas a nível nacional sobre o instrumento*<sup>125</sup>. Nestas consultas foram recolhidas contribuições de “várias partes interessadas”<sup>126</sup>.

Já no que diz respeito ao processo de revisão do RISDP, verificamos que o mesmo foi conduzido em três frentes: uma avaliação documental feita pelo Secretariado da SADC e uma Revisão Intercalar Independente levada a cabo pelo Trade and Development Studies (Trades) Centre<sup>127</sup>, sendo que estas duas serviram de base para a produção do RISDP Revisto Final (2015-2020). A produção do RISDP Revisto Final foi liderada, coordenada e facilitada por um Grupo de Trabalho composto pelo Secretariado da SADC, pelos Estados membros e por “outras partes interessadas”<sup>128</sup>. O documento produzido seria apresentado ao Conselho de Ministros para orientação adicional na sua reunião de Agosto de 2014.

Tendo em conta o sentido em que a expressão “outras partes interessadas” tem sido usado nos documentos da SADC, podemos concluir que a mesma refere-se a, entre outros, grupos da sociedade civil e do sector privado, pese embora a informação oficial disponível não esclareça o sentido do uso desta expressão no caso particular das consultas efectuadas

no âmbito do processo de produção do RISDP (2003) e no caso da composição do Grupo de Trabalho responsável pela produção do RISDP Revisto Final (2015-2020)<sup>129</sup>.

## **b) No conteúdo**

Escrutinando o elemento da participação no conteúdo do RISDP<sup>130</sup>, verificamos que este abraça os princípios e os objectivos da SADC, plasmados no Tratado, assim como os compromissos da Agenda 2063 da União Africana, dentre os quais relevam especialmente os aspectos dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito que, como vimos, são as principais vias pelas quais se pretende materializar a participação no processo de desenvolvimento e integração<sup>131</sup>. O RISDP também reitera as estratégias para o alcance dos objectivos previstas no Tratado, dentre as quais destaca-se a de “encorajar os povos da Região e as suas instituições a tomarem iniciativas de desenvolvimento dos elos económicos, sociais e culturais em toda a Região e a participarem plenamente na implementação dos programas e projectos da SADC”<sup>132</sup>.

O RISDP Revisto identifica o “baixo envolvimento do sector privado e de outros intervenientes não-estatais no apoio à integração regional” como um ponto fraco do processo de implementação do RISDP 2003<sup>133</sup>. Apesar de não descurarmos que a enumeração das estratégias de transformação dos pontos fracos e riscos em pontos fortes e oportunidades<sup>134</sup> é feita de forma exemplificativa, chama-nos especial atenção a não indicação expressa de nenhum mecanismo para fazer face a esse baixo envolvimento nas estratégias.

O envolvimento do sector privado, em particular, foi ainda mais prejudicado devido ao fracasso e encerramento em 2005, devido a problemas de financiamento, da Secção de Sector Privado da SADC que tinha sido instalada no Secretariado em Maio de 2002 e que tinha como objectivo providenciar um mecanismo institucional de coordenação da participação do sector privado em todas as estruturas decisórias da SADC e

garantir o diálogo efectivo entre o Sector Público e o Sector Privado<sup>135</sup>. Apesar do envolvimento pontual com sector privado através de outros canais e sectores, como, por exemplo, através da celebração de memorandos de entendimento com Conselho das Organizações não-Governamentais e com o Conselho dos Sindicatos da África Austral<sup>136</sup>, o RISDP Revisto aponta como principais desafios à participação do sector privado no processo de integração regional: i) a diversidade e a fragmentação do sector privado na Região, apresentando-se como um desafio para os governos e para o próprio sector privado na definição dos canais e estruturas de diálogo apropriadas, quer ao nível nacional, como ao nível regional, transversal e sectorial; e ii) a ausência do Diálogo Público-Privado (PPD), incluindo ao nível político mais elevado da Cimeira<sup>137</sup>.

Com vista a reverter este cenário, o RISDP Revisto estabelece como um dos focos para o período 2015-2020 o estabelecimento de um quadro de políticas e institucional para o envolvimento do sector privado<sup>138</sup>. Traça-se como estratégia para o efeito, o desenvolvimento e estabelecimento de um mecanismo institucional para envolvimento do sector privado e o desenvolvimento de uma estratégia de parceria e colaboração com o sector privado<sup>139</sup>. Os resultados específicos esperados são: desenvolvimento e implementação até 2017 da Estratégia Regional sobre Negócios Inclusivos e desenvolvimento e implementação até 2016 da Estratégia de Parceria e Colaboração do Sector Privado<sup>140</sup>.

Tal como no Tratado, os CNS são apresentados pelo RISDP Revisto como uma plataforma importante de participação, no âmbito da implementação deste<sup>141</sup>. Com efeito, o RISDP aloca responsabilidades alocadas aos Estados membros, mais concretamente aos CNS a nível operacional da sua implementação, designadamente:

- Garantir consultas alargadas e inclusivas para que se obtenham as contribuições nacionais ao nível dos Estados Membros;
- Coordenar e mobilizar o consenso nacional sobre questões de importância regional;

- Apresentar contribuições críticas no processo de formulação política e estratégias regionais tendo em conta as peculiaridades e interesses de certos Estados Membros;
- Garantir a harmonização entre as políticas nacionais e regionais, e a inclusão das actividades do RISDP nos planos nacionais de desenvolvimento;
- Criar comités diretivos e técnicos nacionais para garantir a implementação acelerada de programas; e
- Produzir e submeter relatórios ao Secretariado<sup>142</sup>.

O RISDP Revisto sublinha que é através dos CNS que as “partes interessadas” na implementação de programas específicos no âmbito do RISDP podem estar envolvidos<sup>143</sup>. Mais ainda, reconhece a importância especial destes na implementação e monitorização do RISDP Revisto, razão pela qual define como “estratégias de implementação das prioridades contidas no RISDP 2015-2020”, entre outras, o “desenvolvimento de capacidades ao nível dos Estados Membro, através do fortalecimento das Comissões Nacionais da SADC, para que tenham capacidade para assumir as suas responsabilidades de realizar consultas e de representar todas as partes interessadas, liderar os esforços nacionais nos domínios da cooperação e integração regionais e servir de elo de ligação entre os Estados Membros e o Secretariado”<sup>144</sup>.

Estes desenvolvimentos provavelmente visam colmatar os problemas constatados no âmbito da monitorização do RISDP 2005-2012, nomeadamente o facto de as Comissões Nacionais da SADC não terem orientado adequadamente a monitorização de Protocolos e de outros instrumentos nesse período<sup>145</sup>.

### iii) Nos protocolos

Os protocolos “constituem os quadros jurídicos da ‘cooperação’ entre os Estados membros”<sup>146</sup>, sendo acordos celebrados entre os Estados membros que estabelecem compromissos entre as partes contratantes relacionados com áreas específicas de cooperação. A celebração de protocolos tem a sua base legal no artigo 22 do Tratado<sup>147</sup>.

Voltando a atenção para alguns dos protocolos da SADC e começando pelo Protocolo sobre o Comércio de Serviços, detectamos apenas uma disposição que faz referência à participação pública – o artigo 7, n.º 4, sobre o reconhecimento mútuo. Na mesma, verificamos que os potenciais participantes são os “organismos (...) profissionais relevantes”<sup>148</sup>. Prevê-se a participação dos mesmos, “em casos apropriados”, no estabelecimento e adopção de padrões e critérios comuns para o reconhecimento mútuo para a prática do comércio dos serviços e profissões relevantes. Nos termos da disposição supramencionada, o mecanismo de participação destes organismos profissionais relevantes é a “cooperação” com os Estados membros.

O Protocolo sobre o Desenvolvimento do Turismo na SADC (1998) contém diversas disposições que preveem o “envolvimento das comunidades locais”. De facto, a SADC está “consciente do papel crucial que as comunidades hospedeiras dos Estados Membros desempenham para o sucesso de qualquer esforço de desenvolvimento do turismo”<sup>149</sup>. Na verdade, a participação é elevada à categoria de princípio básico a ser observado pelos Estados membros para o alcance dos objectivos do Protocolo, entre os quais também se faz referência ao asseguramento da participação<sup>150</sup>. Quanto aos actores da participação pública o Protocolo sobre o Desenvolvimento do Turismo faz referência às micro-empresas, às comunidades locais, às mulheres e jovens, às autoridades locais e a outras partes interessadas<sup>151</sup>. Prevê-se a participação destes actores na formulação de políticas sobre o funcionamento do sector do turismo, na planificação e

desenvolvimento do turismo e na provisão de bens e serviços.<sup>152</sup> De modo a assegurar uma “participação significativa” da população local, estabeleceu-se como obrigação dos Estados Membros “facilitar o estabelecimento de um mecanismo financeiro para o turismo”<sup>153</sup>. No entanto, os mecanismos de participação destes actores não se encontram previstos, excepto a referência ao estabelecimento de áreas de cooperação entre os sectores público e privado (da qual se pode deduzir que um dos mecanismos de participação, ainda que condicionado a acções prévias dos governos, é a cooperação) e à participação das comunidades locais como provedoras de bens e serviços<sup>154</sup>.

O Protocolo sobre Florestas da SADC contém um maior número de disposições relativas ao elemento da participação. O mesmo começa por reconhecer, no seu preâmbulo, o papel crucial que as comunidades florestais e outras desempenham na conservação e gestão sustentável das florestas por via do seu conhecimento e das suas práticas tradicionais<sup>155</sup>. Ainda no preâmbulo, reconhece-se o papel importante da mulher e do sector privado<sup>156</sup>. Em relação à participação em especial, esta é apresentada como um dos meios para o alcance dos objectivos do protocolo, como um princípio orientador e como um direito<sup>157</sup>. No tangente aos actores da participação, este instrumento faz referência às comunidades florestais e outras, à mulher, ao sector privado, aos operadores florestais tradicionais, comunitários e do sector privado e a outras partes interessadas<sup>158</sup>. Prevê-se a participação destes actores no desenvolvimento de políticas, na planificação e na gestão dos recursos florestais, na tomada de decisões sobre a gestão sustentável das florestas e o uso de recursos florestais e nos processos de desenvolvimento de mercados para, e no comércio de produtos de florestas geridas de maneira sustentável<sup>159</sup>. Os mecanismos de participação pública previstos no Protocolo sobre Florestas são as consultas<sup>160</sup>. Prevê-se a realização dessas consultas, primeiro, no âmbito dos processos nacionais de preparação e revisão de planos nacionais, classificação e estabelecimento de planos de gestão sobre florestas e áreas protegidas contendo florestas e, segundo, nos processos de registo, preservação e protecção de conhecimentos tradicionais relacionados

com florestas e na partilha equitativa dos benefícios advenientes da utilização desses conhecimentos<sup>161</sup>.

Por seu turno, o Protocolo sobre Pescas da SADC prevê como actores da participação os pescadores artesanais e “todos os actores interessados”<sup>162</sup>. Reserva-se a participação destes actores na “promoção do objectivo” do Protocolo (designadamente, a promoção do aproveitamento responsável dos recursos aquáticos vivos e seus ecossistemas de interesse dos Estados Parte); nos processos de tomada de decisão que afectem a gestão dos recursos compartilhados; e no controlo e gestão, pelos pescadores artesanais e de subsistência, das suas actividades pesqueiras e auxiliares<sup>163</sup>. Este Protocolo não estabelece qualquer mecanismo concreto de participação dos actores mencionados nas áreas designadas.

## **B. Os aspectos positivos**

A análise dos vários instrumentos legais que regem a SADC permite-nos extrair alguns aspectos positivos no tocante ao tratamento conferido ao elemento da participação.

O primeiro aspecto positivo é a consciência por parte da SADC da importância da participação pública no processo de integração regional. Este estado de consciência encontra-se reflectido no preâmbulo do instrumento constituinte da Organização – o Tratado – e replicado em muitos dos outros instrumentos legais da mesma<sup>164</sup>. Ademais, fazem-se diversas declarações no sentido de os Estados membros tomarem-no em conta nos processos de implementação do RISDP e dos protocolos<sup>165</sup>.

O segundo aspecto positivo é a posição formal atribuída ao elemento da participação no processo de integração regional. Como vimos, o mesmo é, em vários instrumentos, incorporado nos princípios e, num plano mais específico, nos objectivos a serem atingidos<sup>166</sup>.

O terceiro aspecto positivo é o estabelecimento de uma estrutura institucional especialmente concebida para facilitar e materializar a participação dos povos da Região no processo de integração regional – os

CNS. Apesar de situarem-se na base da pirâmide hierárquica das instituições da SADC, o papel que é reservado aos Comitês Nacionais é de grande importância. Em primeiro lugar, a sua composição permite, teoricamente, o envolvimento de actores não estatais, membros das colectividades em geral dos Estados membros. E a essas “principais partes interessadas” confere-se, entre outras funções, o papel de contribuírem na formulação das políticas, estratégias e programas de acção da SADC, coordenarem e supervisionarem, a nível nacional, a implementação dos programas de acção da SADC e iniciarem projectos e produzirem artigos como contribuição para a preparação do RISDP nas áreas prioritárias definidas na Agenda Comum<sup>167</sup>. O canal de passagem das contribuições dos cidadãos dos Comitês Nacionais para o nível central da SADC é o secretariado de cada um dos referidos Comitês Nacionais, que deve produzir e apresentar relatórios ao Secretariado da SADC em intervalos de tempo especificados<sup>168</sup>.

O quarto elemento importante é a realização de consultas no processo de elaboração e revisão do RISDP. Sendo o RISDP o principal instrumento de políticas da SADC a participação pública era indispensável para que o mesmo reflectisse as aspirações comuns aos povos da Região. Pode-se discutir a adequação ou não do momento em que as consultas foram realizadas (já praticamente no fim do processo de elaboração), os procedimentos concretos observados e a eficácia dessas consultas, mas isso requereria outro nível de pesquisa que não está coberto pelo âmbito deste artigo. Porém, vale a pena dizer que, como veremos na secção seguinte, tal discussão nos levaria à questão da inexistência de uma política regional relativa à participação pública.

O quinto elemento positivo é identificação correcta de alguns dos problemas que emperram a participação efectiva dos povos da Região e das principais partes interessadas, designadamente: a diversidade e fragmentação do sector privado na Região, prejudicando a criação de canais e estruturas de diálogo apropriadas; e a ausência de diálogo público-

privado, incluindo ao nível político mais elevado da Cimeira<sup>169</sup>. Porém haverá que discutir as soluções propostas para colmatar estes problemas.

### C. Os problemas e propostas de soluções

Apesar dos aspectos positivos acima apresentados, o processo de integração regional da SADC contém vários elementos negativos no que concerne ao elemento da participação do direito ao desenvolvimento, que se encontram reflectidos ou tem a sua origem na formulação dos instrumentos legais que regem a Organização.

#### *a) Ausência de uma obrigação directa de garantia da participação das partes interessadas*

Apesar do estado de consciência declarado, da posição formal da participação como princípio e objectivo, das disposições dirigidas aos Estados membros e à própria SADC no processo de implementação do RISDP e dos protocolos, a linguagem utilizada nessas disposições rebaixa drasticamente a posição material do elemento da participação no processo de integração regional. Como se depreende da leitura das várias disposições mencionadas acima sobre o elemento da participação, não se estabelece uma obrigação directa de envolvimento ou a garantia de participação dos povos da Região e das principais partes interessadas. Ao invés, estabelece-se a obrigação de, por exemplo, “*encorajar* os povos da Região e as suas instituições (...) a participar”<sup>170</sup>, de “*esforçar-se* em envolver as principais partes interessadas”<sup>171</sup>, de “*procurar* envolver plenamente os povos da Região e as principais partes interessadas”<sup>172</sup>.

Na verdade, este tipo de formulação é transversal à maior parte dos instrumentos jurídicos da SADC, preferindo-se uma formulação em termos meramente inspiradores, que, na prática, não passam de meras declarações de vontade, de cumprimento quase voluntário, já que não estão acompanhados dos necessários mecanismos de implementação, nem o seu

incumprimento acarreta qualquer consequência jurídica negativa para o Estado incumpridor<sup>173</sup>. Esta situação tem a ver com a natureza, *de facto* e até *de jure*, da SADC enquanto uma organização de cooperação entre os Estados membros, com relações horizontais e com ausência de uma supranacionalidade da organização sobre os mesmos<sup>174</sup>. Ademais, o instrumento escolhido para a implementação do Tratado – o protocolo – é um tipo de instrumento que serve melhor o objectivo da cooperação e não da integração, mantendo-se, portanto, a primazia (pelo menos, na prática) e individualidade do Direito nacional sobre o Direito regional, fundamentalmente devido à vontade de manter a limitação da soberania dos Estados inerente aos verdadeiros processos de integração<sup>175</sup>.

O facto de a SADC ser uma organização de cooperação entre os seus Estados membros não é, por si só, um problema. Na verdade, a cooperação é uma obrigação dos Estados no plano internacional para a realização do direito ao desenvolvimento<sup>176</sup>. O problema é que, assumindo-se como uma organização de integração regional, era de esperar que a SADC estivesse doptada de supranacionalidade sobre os seus Estados e assumisse um maior protagonismo e primazia na definição de políticas e estabelecimento de padrões harmonizados ou uniformes aplicáveis a estes. Assim, a obrigação de garantia do direito ao desenvolvimento que, em princípio, recai sobre os Estados iria também alargar-se à organização supranacional e a obrigação especial de satisfação do requisito de participação na definição de políticas de desenvolvimento estender-se-ia também à SADC.

Estando claro que a ausência de uma obrigação directa de garantia da participação pública imposta sobre os Estados membros pode prejudicar o direito ao desenvolvimento dos seus cidadãos, particularmente no aspecto da sua execução, que mesmo em condições normais já é de difícil exequibilidade<sup>177</sup>, haveria que rever a formulação das disposições jurídicas relevantes de modo a incluir uma obrigação directa de garantia de participação pública. Na verdade, sendo o elemento da participação um direito cuja formulação legal e definição das obrigações correspondentes é relativamente fácil comparativamente ao seu direito-mãe (o direito ao

desenvolvimento), o estabelecimento de uma obrigação directa de garantia da participação sobre o Estado seria um passo importante para o alcance da justiciabilidade do direito humano ao desenvolvimento<sup>178</sup>. Porém, parecem-nos que as razões que estão por detrás deste tipo de formulação não são meramente jurídicas mas também, e principalmente, de natureza política. Por esta razão, não seria razoável esperar a alteração das disposições com vista à imposição de uma obrigação directa de garantia da participação e aprimoramento dos mecanismos de execução do direito ao desenvolvimento e de outros direitos humanos sem que houvesse um compromisso político dos Estados membros em levar a cabo um verdadeiro processo de integração da SADC. Na verdade, uma obrigação directa imposta sobre os Estados membros só teria valor real se fosse acompanhada de garantias de exequibilidade, como o estabelecimento de um mecanismo institucional ao nível da SADC, que estivesse incumbido de velar pela implementação do direito ao desenvolvimento e de outros direitos humanos<sup>179</sup>. Especificamente, seria desejável que as competências do Tribunal da SADC incluíssem a recepção de acções intentadas por cidadãos contra os Estados membros que violassem os seus direitos. Infelizmente, a direcção em que se caminha é a contrária, já que no passado o Tribunal podia receber e apreciar acções intentadas contra os Estados membros, mas o mesmo foi suspenso em 2010<sup>180</sup> e o Protocolo sobre o Tribunal da SADC foi alterado em 2014 pela Cimeira, sem observância da norma de revisão prevista no Protocolo anterior<sup>181</sup>. Nos termos do novo Protocolo, o Tribunal poderá apenas emitir interpretações sobre o Tratado e os protocolos quando lhe sejam submetidas disputas entre Estados membros<sup>182</sup>.

*b) A não previsão ou a inadequação dos mecanismos de participação previstos.*

O estabelecimento de uma obrigação directa de garantia da participação sobre os Estados membros não é suficiente para a materialização do elemento da participação do direito ao desenvolvimento. É importante que as políticas e programas desenhados com vista à satisfação progressiva do

direito ao desenvolvimento contenham mecanismos de participação adequados.

A revista dos vários instrumentos jurídicos da SADC permitiu-nos detectar que, em muitos casos, os mesmos preveem a participação de determinados actores mas não preveem como essa participação deve ou pode ter lugar. Esta situação verifica-se mesmo ao nível dos protocolos, que são instrumentos mais específicos de materialização das políticas da SADC. Quando há previsão de mecanismos de participação, a mesma é feita de forma esporádica e pouco metódica, já que não se faz corresponder para cada circunstância diferente ou grupo de circunstâncias da mesma natureza um mecanismo de participação específico adequado. Por exemplo, quando se prevê, no Protocolo sobre o Desenvolvimento do Turismo, o “envolvimento pleno” do sector privado e de outros interessados na formulação de políticas<sup>183</sup>, não se cuida de concretizar padrões mínimos nos termos dos quais tal envolvimento deve ser materializado. Ainda no mesmo Protocolo, prevê-se como um dos mecanismos para o incentivo ao investimento e o desenvolvimento a facilitação de um mecanismo financeiro para o turismo de modo a facilitar uma participação significativa da população local. Porém, nos termos em que a disposição está formulada, é difícil descortinar um real compromisso para o asseguramento da sua execução. Não se pode descortinar de que mecanismo financeiro se trata (mas pela formulação parece que tanto pode ser público como privado), assim como não está claro se é suficiente que os Estados membros facilitem o acesso físico ao referido mecanismo ou se também há uma obrigação de facilitação económica desse acesso, através, por exemplo, da atribuição de condições de acesso ao financiamento mais favoráveis do que as vigentes no mercado em geral. A análise de grande parte dos outros instrumentos jurídicos da SADC pode produzir a mesma conclusão.

Esta situação pode parecer estranha uma vez estarmos perante instrumentos jurídicos de uma organização de integração regional, pelo menos segundo o seu instrumento jurídico constituinte<sup>184</sup>. Porém, a mesma não é exclusiva ao elemento da participação do direito ao desenvolvimento

e as razões que estão por detrás deste estado de facto são muito mais profundas. A verdade é que o processo de integração regional da SADC não reúne os pressupostos de uma integração no sentido técnico-jurídico, que implicaria, entre outros aspectos, a adopção de instrumentos jurídicos que possibilitassem a harmonização ou uniformização do Direito dos Estados membros e à primazia de uma autoridade supranacional<sup>185</sup>. A ausência destes pressupostos de integração faz com que a SADC seja, como já referimos, apenas uma organização de cooperação, continuando a predominar a individualidade de cada Estado membro<sup>186</sup>. Vista a partir deste ângulo, compreende-se melhor a previsão de princípios, objectivos e declarações de vontade de forma ampla, sem definição de padrões comuns e vinculativos de execução. Consequentemente, é inevitável a disparidade nos processos de implementação e é altamente provável a contradição dos instrumentos regionais pela legislação nacional, apesar de aqueles “obrigarem” os Estados a alinhar as suas legislações os instrumentos regionais<sup>187</sup>.

Ainda que o ideal fosse a revisão dos protocolos existentes com vista ao estabelecimento de mecanismos de participação mais específicos e uniformes, tal não seria uma solução de fácil execução a curto prazo. A alternativa seria a adopção de um acordo regional sobre a participação pública, que estabeleceria padrões mínimos e definiria as obrigações dos Estados membros neste domínio. Porém, tal solução seria mais fácil de adoptar havendo uma mudança de abordagem dos Estados membros em relação à SADC. Seria necessário que os mesmos estivessem dispostos a conferir uma autoridade verdadeiramente supranacional à SADC e dispostos a levar a cabo a harmonização ou uniformização do Direito na região<sup>188</sup>. Em suma, é necessário que haja um compromisso político genuíno de integração regional.

### *c) A fraqueza institucional dos CNS*

A fraqueza institucional dos CNS tem a sua origem, por um lado, em defeitos no seu desenho e, por outro lado, no desrespeito das normas estabelecidas, no âmbito do seu funcionamento. O mau desenho dos CNS afecta particularmente os termos de participação das “principais partes interessadas”, uma vez que as disposições que tratam deste aspecto estão formuladas de forma obscura e limitativa.

Na verdade, nem o Tratado nem qualquer outro documento da SADC determinam como se deve desenrolar o processo de selecção dos membros dos CNS<sup>189</sup>. Para além dos representantes do governo (em relação aos quais é razoável presumir que sejam indicados pelo governo), não está claro se os membros da sociedade civil, das ONGs, do sector privado e das organizações sindicais e empregadoras serão seleccionados pelo governo, ou estas entidades têm o direito de indicar os respectivos representantes. A ausência de normas que regulem este processo pode minar a transparência do mesmo e possivelmente os interesses da colectividade e o objectivo subjacente ao artigo 16A. Também não está claro como devem ser formados os sub-comités e os comités técnicos dos CNS, nem se prevê os termos de indicação do presidente de cada comité<sup>190</sup>.

Porém, o Tratado deixa transparecer que o acesso a estas entidades pelas outras “principais partes interessadas”, para além do governo, é limitado, dependente da vontade dos governos dos Estados membros e facilmente manipulável por estes. Só para ilustrar, seguindo a linha de outras disposições sobre a participação, o artigo 16A, n.º 9, não estabelece uma obrigação directa de envolvimento de outras partes interessadas, mas apenas a obrigação de os sub-comités e as comissões técnicas *envidarem esforços* para envolverem as principais partes interessadas no seu funcionamento.

Num cenário destes, de ausência de padrões claros sobre a formação e funcionamento dos CNS e de superioridade e controlo quase total por parte dos governos, as outras partes interessadas não têm um protagonismo que garanta que as suas contribuições sobrevivam à censura da máquina

burocrática dos secretariados dos CNS e do Secretariado da própria SADC. Este é um aspecto importante, tendo em conta que o processo decisório sobre as políticas da SADC é altamente centralizado ao nível da Cimeira e do Conselho de Ministros e as contribuições colhidas ao nível dos CNS têm de enfrentar uma longa camada de estruturas de triagem antes de chegarem a entidades com poder decisório final. Como se depreende, as dificuldades que as partes interessadas enfrentam são de pelo menos duplo carácter: por um lado, têm dificuldades de acesso aos CNS e, por outro lado, têm dificuldades de influenciar os órgãos decisórios da SADC, uma vez que a canalização das suas contribuições não é directa.

Não podemos deixar também de fazer uma nota sobre a disposição do artigo 16, n.º 10 do Tratado, que prevê a criação de secretariados nacionais que deverão produzir relatórios e submetê-los ao Secretariado da SADC em “períodos de tempo especificados”. A verdade é que nem o Tratado, nem qualquer protocolo ou outro instrumento jurídico disponível ao público especificam esses intervalos de tempo. Embora tal facto possa conferir alguma flexibilidade no funcionamento dos secretariados, não se pode descurar o perigo de condescendência com a inoperância desses secretariados e, por consequência, de prejuízo à canalização das contribuições das principais partes interessadas apresentadas ao nível dos CNS.

O carácter obscuro e limitativo das disposições sobre os CNS tem influenciado negativamente o funcionamento destas instituições; mas os Estados membros têm dificuldades em cumprir as disposições relativamente mais claras. Um estudo concluiu que a estrutura dos CNS variava de Estado membro para Estado membro, devido à falta de clareza quanto aos requisitos para o seu estabelecimento e funcionamento<sup>191</sup>. No entanto, o mesmo estudo revela a existência de problemas transversais à generalidade dos CNS dos Estados membros estudados, entre os quais se destacam a não conformidade com os requisitos estruturais mínimos (os que aparecem claramente estabelecidos no Tratado); o não cumprimento da obrigação de realização de reuniões trimestrais, optando-se na maioria dos casos por

reuniões *ad hoc*; a fraca capacitação e funcionamento dos secretariados dos Comités; e o cumprimento defeituoso da obrigação de financiamento dos Comités<sup>192</sup>. Quanto ao aspecto específico da participação pública, o estudo revela que das 18 organizações não-governamentais inquiridas, apenas quatro responderam saber da existência dos Comités Nacionais da SADC. Destas quatro, apenas duas eram membros de Comités Nacionais da SADC, sendo que apenas uma delas declarou ter participado numa reunião deste órgão<sup>193</sup>.

É, pois, indispensável que se fortaleçam os CNS enquanto elos de ligação entre a SADC e as colectividades dos Estados membros e como canais de participação e contribuição destas no processo de desenvolvimento e integração regional. Nesta lógica, entendemos que não é necessário o estabelecimento de um novo mecanismo institucional para o envolvimento do sector privado, como uma das estratégias para fazer face à falta de diálogo público-privado, como o RISDP Revisto parece recomendar<sup>194</sup>, pois já existem os CNS, que foram originalmente concebidos para o efeito. Entendemos que o que é realmente necessário é o reforço da capacidade institucional dos CNS, como, aliás, o próprio RISDP Revisto prevê noutra sede<sup>195</sup>, mas dando-se especial atenção para o aspecto do envolvimento efectivo e do empoderamento dos actores não-governamentais nos mesmos. Seria também importante que se criasse maior fluidez na canalização das contribuições emitidas por estas partes interessadas não-governamentais às instituições com poder decisório na formulação de políticas da SADC. Na verdade, essa fluidez parece não existir hoje devido aos diversos obstáculos burocráticos a atravessar, para que as contribuições emitidas pelos CNS cheguem ao Conselho de Ministros e à Cimeira.

No entanto, a outra estratégia apresentada para fazer face ao fraco envolvimento dos actores não-governamentais e à falta de diálogo público-privado, designadamente o desenvolvimento de uma estratégia de parceria e colaboração com o sector privado, parece ser mais oportuna. Na verdade, essa estratégia poderia resolver ou colmatar os problemas identificados nos

diversos instrumentos da SADC, que, em geral, preveem a participação mas não preveem qualquer mecanismo concreto para a sua materialização. Essa estratégia permitiria também a criação de uma política uniforme (pelo menos quanto aos padrões mínimos) de participação dos actores não-governamentais. Porém, não podemos deixar de observar que a mesma parece limitar-se à parceria e colaboração entre a SADC e agentes comerciais privados, não estendendo-se a outros segmentos da sociedade civil.

## **Conclusão**

Os Estados membros da SADC abraçam, formalmente, o direito ao desenvolvimento, em virtude do seu posicionamento em relação à DDD e à CADHP. Adicionalmente, no Tratado, instrumento jurídico constituinte da SADC, eles comprometem-se a observar os direitos humanos e, portanto, o direito ao desenvolvimento.

O elemento da participação é, formalmente, colocado na posição de princípio e de objectivo da SADC. O mesmo posicionamento formal e o reconhecimento da sua importância são replicados nos protocolos e no RISDP. O Tratado contém na sua estrutura institucional os CNS, que visam desempenhar, formalmente, o papel de elo de ligação entre a SADC e as colectividades dos Estados membros, sendo o principal canal de participação e contribuição no processo de integração regional.

No entanto, tal como o RISDP Revisto reconhece, há uma ausência de diálogo público-privado, incluindo ao nível político mais elevado da Cimeira. Embora possa haver outros factores que, na prática, dificultam a participação pública, neste artigo, esmiuçamos os principais problemas formais que emperram a materialização do elemento da participação do direito humano ao desenvolvimento.

O primeiro problema é a ausência de uma obrigação directa de garantia da participação pública sobre os Estados membros, preferindo-se o uso de expressões de vinculação duvidosa e cujo cumprimento se deixa largamente

ao critério destes, como “*encorajar (...) a participar*”, “*esforçar-se em envolver*”, “*procurar envolver*”.

O segundo problema é a ausência ou inadequação dos mecanismos de participação. Verificamos que os diversos instrumentos jurídicos preveem a participação pública mas não estabelecem mecanismos ou padrões mínimos de como essa participação deve ser levada a cabo no processo de implementação dos protocolos e do RISDP. Nos escassos casos em que se preveem mecanismos de participação, tal é feito de forma pouco metódica, dificultando, portanto, a sua possível execução.

Uma análise mais profunda do processo de integração regional da SADC revela os dois problemas mencionados acima não são isolados, mas são parte de um problema maior. Na verdade, o processo em curso na SADC carece dos pressupostos de uma verdadeira integração regional, que implicaria, entre outros aspectos, a primazia da Organização sobre os Estados e a harmonização ou unificação dos Direitos nacionais. Na SADC ocorre algo diverso. Os Estados preservam quase inteiramente a sua soberania e os seus Direitos nacionais prevalecem, na prática, sobre o Direito regional, em caso de contradição. Apesar se designar de “*Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral*” (o destaque é nosso) e estabelecer-se a integração regional como um dos principais objectivos da Organização, uma análise mais profunda das normas revela que esta não passa de uma organização de cooperação. Isto não seria um problema se a SADC se assumisse como tal, pois as normas internacionais estabelecem a cooperação como sendo a obrigação dos Estados a nível internacional na prossecução do direito ao desenvolvimento. Mas assumindo-se como uma organização de integração regional, espera-se que ela esteja doptada de supranacionalidade e, portanto, eleve-se, também, ao seu nível a responsabilidade de satisfação do requisito da participação no processo de definição de políticas de desenvolvimento.

O terceiro problema detectado é a fraqueza institucional dos CNS. As normas sobre este mecanismo institucional estão previstas de forma obscura e limitativa. A ausência de normas sobre a selecção dos membros dos CNS

e sobre a constituição dos sub-comités e dos comités técnicos prejudica a transparência e propicia um controlo altamente desproporcional por parte dos governos. Isto frustra o objectivo primordial dos CNS, que é exactamente o de servir de elo de ligação entre a SADC e os povos da Região e permitir a sua participação nas políticas da organização e no processo de integração regional em geral. Este problema no desenho das normas limita o protagonismo dos actores não-governamentais nos CNS e a sua capacidade de influenciar as políticas da SADC é muito limitada, já que para além do acesso difícil aos CNS as suas contribuições têm de enfrentar uma cadeia muito longa de triagem até chegar ao nível central do Conselho de Ministros e da Cimeira.

## **Bibliografia**

AGUIRRE, Daniel, *The human right to development in a globalized world*, Ashgate, Burlington, VT, 2008.

BUNN, Isabella D., “The Right to Development: Implications for International Economic Law”, *International Economic Law*”, 2000).

CISTAC, Gilles, *Aspectos Jurídicos da Integração Regional*, Escolar Editora, Maputo, 2012.

CISTAC, Gilles “ Como fazer da SADC uma organização regional verdadeiramente integrada?”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 50, N.º 1-2.

DUGARD, John, *International Law: a South African Perspective*, 3<sup>rd</sup> Edition, Juta Cape Town, 2005.

ERASMUS, Gerhard, “Another chapter in the SADC Tribunal saga: South African Court confirms the Tribunal’s Costs Order”, *Stellenbosh: tralac*, 2012.

ERASMUS, Gerard, “The New Protocol for the SADC Tribunal: Jurisdictional Changes and Implications for SADC Community Law”, *Stellenbosh: tralac*, 2015.

ISAKSEN, Jan, “Restructuring SADC – Progress and Problems”, R 2002:15, *Chr. Michelsen Institute*.

ISAKSEN, Jan, “SADC in 2003: Restructuring and Progress in Regional Integration”, R 2004:3, *Chr. Michelsen Institute*.

KIHANGI, Bindu, *Environmental and Developmental Rights in the Southern African Developmental Community with Specific Reference to the Democratic Republic of Congo and the Republic of South Africa*, Doctoral Thesis, University of South Africa, 2010.

KAUNDA, Jonathan Mayuyuka, ‘The effectiveness of institutional restructuring in SADC’, *Revisiting Regionalism in Southern Africa*, Proceedings of the Fourth Southern African Forum on Trade (SAFT), held in Pretoria, South Africa, on 3–4 September 2007, Institute for Global Dialogue, 2008.

LINS, Liana Cirne, “A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais – Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e de concretização constitucional selectiva”, *Revista de Informação Legislativa*, a. 46 n. 182 abr./jun. 2009.

MATLOSA, Khabele, *Democratisation at the crossroads: Challenges for the SADC principles and guidelines governing democratic elections*, Institute for Security Studies, 2005.

MVUNGI, Sengondo Edmund Adrian, “Constitutional questions in the regional integration process: the case of the Southern African Development Community with references to the European Union”, Doktorarbeit zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte (Dr.iur.) des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Hamburg, 1994.

NZEWI, Ogochukwu & ZAKWE, Lungi, “Democratising Regional Integration in SADC: SADC national committees as platforms for participatory policy-making”, Research Report 122, *Centre for Policy Studies*, Johannesburg, 2009.

SCHMITTER, Philippe C. & KARL, Terry Lynn, What Democracy Is... and Is Not, *Journal of Democracy*, Volume 2, Number 3, 1991.

SENGUPTA, Arjun, “On the Theory and Practice of the Right to Development”, *Humans Right Quarterly*, Volume 24, Number 4, November 2002, pp. 837-889.

UNITED NATIONS, *Realizing the Right to Development: essays in commemoration of 25 years of the United Nations Declaration on the Right to Development*, Geneva, 2013.

-

<sup>100</sup> Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau; Mestre em Direito Comercial Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau; Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane.

<sup>101</sup> Sobre o direito ao desenvolvimento, veja-se, entre outros: United Nations, *Realizing the Right to Development: essays in commemoration of 25 years of the United Nations Declaration on the Right to Development*, Geneva, 2013; Daniel Aguirre, *The human right to development in a globalized world*, Ashgate, Burlington, VT, 2008; Arjun Sengupta, “On the Theory and Practice of the Right to Development”, *Humans Right Quarterly*, Volume 24, Number 4, November 2002, pp. 837-889; Isabella D. Bunn, “The Right to Development: Implications for International Economic Law”, *15 Am. U. Int'l L. Rev.* 1425 (1999-2000), pp. 1425 a 1468; Bindu Kihangi, *Environmental and Developmental Rights in the Southern African Developmental Community with Specific Reference to the Democratic Republic of Congo and the Republic of South Africa*, Doctoral Thesis, University of South Africa, 2010.

<sup>102</sup> Um dos momentos máximos de expressão da posição da comunidade internacional em relação ao direito ao desenvolvimento foi o da aprovação da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 4 de Dezembro de 1986, através da Resolução 41/128 (A/RES/41/128). Esta declaração foi aprovada com um total de 146 votos a favor, 1 voto contra (dos Estados Unidos da América) e 8 abstenções (do Reino Unido, do Japão, da Finlândia, da Islândia, da Dinamarca, da Alemanha, da Suécia e de Israel). O documento original encontra-se disponível, em inglês, em: <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm> (último acesso aos 15/02/2016). Outro momento marcante teve lugar em 1993, com a aprovação por consenso, pelos representantes de 171 países na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, da Declaração de Viena e o Programa de Acção. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos foi convocada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 45/155 (A/RES/45/155) e encontra-se disponível aqui, em inglês: <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm> (último acesso em 11/12/2015). A Declaração de Viena e o Programa de Acção (A/CONF.157/23), aprovada a 25 de Junho de 1993, encontra-se disponível aqui, em inglês: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx> (último acesso em 11/12/2015).

<sup>103</sup> DDD, Artigo 1. O destaque é nosso.

<sup>104</sup> DDD, artigo 1, n.º1. Ver, na literatura, entre outros, Arjun Sengupta, ob. cit., pp. 846-847.

<sup>105</sup> A CADHP está doptada de importância particular por prever de forma expressa o direito de todos os povos ao desenvolvimento, por ter natureza vinculativa, por ter sido ratificada por todos os Estados africanos (e, por maioria de razão, todos os Estados membros da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral - SADC), excepto a novíssima República do Sudão do Sul, e pelo facto de nenhum deles ter efectuado reservas em relação ao artigo 22, no qual o direito ao desenvolvimento se encontra previsto. A CADHP (CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982)) foi aprovada em 27 de Junho de 1981 e entrou em vigor em 21 de Outubro de 1986, encontrando-se disponível aqui: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/> (último acesso em 11/12/2015). A tabela de ratificações pode ser encontrada aqui: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/ratification> (último acesso em 11/12/2015).

<sup>106</sup> O Tratado da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (SADC) não estabelece de forma directa o direito ao desenvolvimento, mas este pode ser aferido pela interpretação sistemática de várias disposições, como veremos no desenvolvimento deste artigo. O Tratado da SADC foi aprovado em 17 de Agosto de 1992, em Windhoek, Namíbia. O documento encontra-se disponível aqui: <http://www.sadc.int/documents-publications/show/4171> (último acesso em 15/02/2016).

<sup>107</sup> John Dugard, *International Law: a South African Perspective*, 3<sup>rd</sup> Edition, Juta Cape Town, 2005, p. 330. Em relação à África em geral (âmbito mencionado por Dugard) e à SADC em particular, não podemos, porém, subestimar a diversidade de tradições judiciais e institucionais existentes, entre os países anglófonos (que essencialmente seguem tradição anglo-saxónica) e os outros países lusófonos e francófonos (essencialmente seguem a tradição romano-germânica). Porém espera-se que, num contexto de integração regional, tal diversidade seja colmatada por via de harmonização ou uniformização. Veja-se a situação na SADC no desenvolvimento deste artigo, especialmente em “C. Os problemas e propostas de soluções”.

<sup>108</sup> Kihangui Bindu, ob cit., p. 192.

<sup>109</sup> Ver, *supra*, Introdução deste artigo.

<sup>110</sup> O próprio Tratado parece reconhecer este facto, mais adiante, ao colocar estas vias como princípios orientadores da SADC no seu artigo 4, alínea c). Uma análise crítica sobre o desenvolvimento dos princípios plasmados no Tratado em normas exequíveis e a sua aplicação ao nível dos Estados membros pode ser encontrada em Khabele Matlosa, *Democratisation at the crossroads: Challenges for the SADC principles and guidelines governing democratic elections*, Institute for Security Studies, 2005, especialmente na p.6; ver também, Bindu Kihangi, ob. cit., pp. 199 e ss.

<sup>111</sup> Tratado, artigo 4, alínea c).

<sup>112</sup> Tratado, artigo 5, n.<sup>o</sup>1, alíneas b) e c).

<sup>113</sup> Tratado, artigo 5, n.<sup>o</sup>2, alínea b).

<sup>114</sup> As instituições da SADC são: a Cimeira dos Chefes de Estado ou de Governo, o Órgão para a Cooperação nas Áreas da Política, Defesa e Segurança, o Conselho de Ministros, o Comité Sectorial de Ministros, o Comité Permanente de Altos Funcionários, o Secretariado, o Tribunal e os Comités

Nacionais da SADC (Tratado, artigo 9). Ver, sobre a (re)organização institucional da SADC, Jonathan Mayuyuka Kaunda, ‘The effectiveness of institutional restructuring in SADC’, *Revisiting Regionalism in Southern Africa*, Proceedings of the Fourth Southern African Forum on Trade (SAFT), held in Pretoria, South Africa, on 3–4 September 2007, Institute for Global Dialogue, 2008, pp. 71 e ss.

<sup>115</sup> Tratado, artigo 16A, n.ºs 2 e 13.

<sup>116</sup> As expressões “sector privado” e “sociedade civil” (Tratado, artigo 16, n.º 13, alíneas b) e c), respectivamente) podem gerar alguma confusão quanto ao seu conteúdo, quanto à questão de saber se podem manifestar-se na forma de pessoas físicas individuais. Porém, no nosso entender, a resposta deve ser negativa. A expressão “sector privado” é usada, na linguagem corrente (não tendo, esta, sido objecto de definição jurídica), para referir-se a entidades jurídicas empresariais. Por seu turno, a expressão “sociedade civil” é empregada para referir-se a organizações ou grupos não governamentais/políticos, engajados na cooperação com os, ou pressão aos, órgãos do poder público e político com vista ao alcance de certos benefícios para a sociedade. Ver, para o significado da expressão sociedade civil, entre outros, Philippe C. Schmitter & Terry Lynn Karl, *What Democracy Is... and Is Not*, *Journal of Democracy*, Volume 2, Number 3, 1991, p. 79, disponível em: (ultimo acesso em 15/12/2015).

<sup>117</sup> O Plano Indicativo Estratégico de Desenvolvimento Regional (RISDP) foi aprovado pela Cimeira dos Chefes de Estado e de Governo da SADC em Agosto de 2003, em Arusha, na Tanzânia. Uma revisão do mesmo foi aprovada em Abril de 2015. No presente texto, o RISDP original, aprovado em Agosto de 2003, é designado simplesmente por “RISDP 2003”, e o RISDP revisto é designado por “RISDP Revisto”.

<sup>118</sup> RISDP 2003, 1.6. Âmbito e Objectivo do RISDP.

<sup>119</sup> *Idem*.

<sup>120</sup> RISDP Revisto, Sumário Executivo, 2. Âmbito e Objectivo do RISDP Revisto.

<sup>121</sup> RISDP Revisto, 4.1. Fundamento Lógico da Nova Definição de Prioridades.

<sup>122</sup> Tratando-se, o RISDP, do principal instrumento que define a política geral de desenvolvimento e integração da SADC, entendemos haver uma necessidade especial de escrutínio da participação pública no seu processo de elaboração, diferentemente dos outros instrumentos em que a análise focou-se apenas no respectivo conteúdo.

<sup>123</sup> RISDP 2003, Sumário Executivo, 3. Metodologia.

<sup>124</sup> Jan Isaksen, “Restructuring SADC – Progress and Problems”, R 2002:15, *Chr. Michelsen Institute*, pp. 5-6, disponível em <http://www.cmi.no/publications/publication/?788=restructuring-sadc-progress-and-problems>. Último acesso em 20/01/2016.

<sup>125</sup> Sobre a ausência de consultas e construção de consensos dos Estados membros e da sociedade civil antes de Março de 2003 e também sobre outros elementos do processo de elaboração do RISDP,

ver Jan Isaksen, “Restructuring SADC – Progress and Problems”, ob. cit., p. 6. Sobre a realização de consultas após a deliberação de Março de 2003 e sobre a fase final de elaboração e aprovação do RISDP, ver Jan Isaksen, “SADC in 2003: Restructuring and Progress in Regional Integration”, R 2004:3, *Chr. Michelsen Institute*, p. 3, disponível em: <http://www.cmi.no/publications/publication/?1768=sadc-in-2003-restructuring-and-progress-in>. Último acesso em 19/01/2016.

<sup>126</sup> RISDP 2003, Sumário Executivo, 3. Metodologia.

<sup>127</sup> O Trade and Development Studies (Trades) Centre é uma instituição dedicada à investigação científica e à formação nas áreas do comércio e desenvolvimento, analisando os assuntos “na perspectiva das comunidades pobres da África Austral” (fonte: <http://www.eldis.org/go/home&id=7925&type=Organisation#.VpxurXYze70>). A página da internet da instituição (<http://www.tradescentre.org.zw/>) não está, até Maio de 2016, disponível.

<sup>128</sup> Ver, RISDP (2015-2020), Introdução; 1.3. As principais áreas de cooperação e integração regionais do RSDP; Sumário Executivo, 3. Metodologia. O Grupo de Trabalho foi criado por decisão do Conselho de Ministros da SADC na reunião da instituição realizada em Agosto de 2013.

<sup>129</sup> Ver, por exemplo, Tratado, artigos 16A, n.ºs 13 e 23.

<sup>130</sup> Neste artigo, concentramo-nos apenas no conteúdo do RISDP Revisto.

<sup>131</sup> RISDP Revisto, 2.4. Agenda 2063 da União Africana; Tratado, Preâmbulo, oitavo parágrafo, e Artigos 4, alínea c) e 5 (ii) e (iii).

<sup>132</sup> RISDP Revisto, 1.2. Visão, Missão e Agenda Comum da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral; Tratado, artigo 5, n.º 2, alínea b).

<sup>133</sup> RISDP Revisto, 2.6. Pontos Fortes, Pontos Fracos, Oportunidades e Ameaças na SADC, Figura 3: Análise SWOT da SADC.

<sup>134</sup> RISDP Revisto, 2.6. Pontos Fortes, Pontos Fracos, Oportunidades e Ameaças na SADC.

<sup>135</sup> RISDP Revisto, 3.1.4.2. Destaques das Realizações Principais.

<sup>136</sup> RISDP Revisto, 3.1.4.2. Destaques das Realizações Principais.

<sup>137</sup> RISDP Revisto, 3.1.4.3. Desafios.

<sup>138</sup> RISDP Revisto, 4.3.1.6. Sector Privado.

<sup>139</sup> *Idem*.

<sup>140</sup> RISDP Revisto, 4.3.1.6. Sector Privado. Ver ainda, no âmbito da implementação, RISDP Revisto, 5.4. Estratégias de Implementação das Prioridades Contidas no RISDP, 2015-2020.

<sup>141</sup> RISDP Revisto, 5.2 Política e Supervisão da Implementação do RISDP.

- <sup>142</sup> RISDP Revisto, 5.2.1 Funções e responsabilidades das principais instituições, b) Nível operacional, ii. Os Estados Membros.
- <sup>143</sup> Idem.
- <sup>144</sup> RISDP Revisto, 5.4 Estratégias de implementação das prioridades contidas no RISDP, 2015-2020; 7.2.2 Níveis Operacional e Técnico; e 7.5.1 Monitorização.
- <sup>145</sup> RISDP Revisto, RISDP Revisto, 2012.
- <sup>146</sup> Gilles Cistac, *Aspectos Jurídicos da Integração Regional*, Escolar Editora, Maputo, 2012, p. 38.
- <sup>147</sup> Gilles Cistac considera que apesar do uso do termo “integração” no artigo 22 do Tratado, o estudo do conteúdo dos diversos protocolos demonstra que o seu uso nesta disposição é “nitidamente abusivo” pois estes aparecem como instrumentos destinados a materializar o objectivo de cooperação. Adicionalmente, o Autor considera que os Protocolos não são instrumentos adequados para um verdadeiro processo de integração (Gilles Cistac, “Como fazer da SADC uma organização regional verdadeiramente integrada?”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 50, N.º 1-2, pp. 353-396); para maiores desenvolvimentos sobre a questão, veja-se também Gilles Cistac, *Aspectos Jurídicos da Integração Regional*, ob cit.
- <sup>148</sup> Não consideramos os organismos intergovernamentais, também mencionados como agentes de cooperação com os Estados membros, porque entendemos que estes encontram-se intimamente ligados aos governos dos Estados membros.
- <sup>149</sup> Protocolo sobre o Desenvolvimento do Turismo da SADC, Preâmbulo.
- <sup>150</sup> Protocolo sobre o Desenvolvimento do Turismo da SADC, artigo 3, n.ºs 2, 3 e 4. Ver também o artigo 2, n.º 4 do mesmo instrumento.
- <sup>151</sup> Protocolo sobre o Desenvolvimento do Turismo da SADC, artigos 2, n.º 4, 3, n.ºs 2, 3 e 4, e 12, alíneas b), c) e d).
- <sup>152</sup> Ver Protocolo sobre o Desenvolvimento do Turismo da SADC, artigos 2, n.º 4, 3, n.ºs 2 e 4 e 12, alíneas b) e c).
- <sup>153</sup> Protocolo sobre o Desenvolvimento do Turismo da SADC, artigo 12, alínea d).
- <sup>154</sup> Ver Protocolo sobre o Desenvolvimento do Turismo da SADC, artigos 3, n.º 3 e 12, alínea c), respectivamente.
- <sup>155</sup> Protocolo sobre Florestas da SADC, Preâmbulo, oitavo parágrafo.
- <sup>156</sup> Protocolo sobre Florestas da SADC, Preâmbulo, nono e décimo parágrafos.
- <sup>157</sup> Protocolo sobre Florestas da SADC, artigos 3, n.º 2, alínea g), e artigo 4, n.ºs 9 e 10, respectivamente.

- 158 Protocolo sobre Florestas da SADC, Preâmbulo (especialmente os Oitavo, Nono e Décimo parágrafos) e artigos 3, n.º 2, alínea g); 4, n.º 10; 8, n.º 3, alínea b); 11, n.º 1, alínea c); 12; 13; 16, n.º 2, alínea a); 18, n.º 1, alínea b) e n.º 2, alínea a); e 19, n.º 2, alínea d).
- 159 Protocolo sobre Florestas da SADC, artigos 3, n.º 2, alínea g); 4, n.ºs 9 e 10; 8, n.º 3, alínea b); 11, n.º 1, alínea c); 12, alínea a); 13, alínea a); 16, n.º 2, alínea a); e 18, n.º 1, alínea b).
- 160 Protocolo sobre Florestas da SADC, artigos 8, n.º 3, alínea b) e 16, n.º 2, alínea a).
- 161 *Idem.*
- 162 Protocolo sobre Pescas da SADC, artigos 4, n.º 2; 7, n.º 7 e 12, n.º 6.
- 163 Protocolo sobre Pescas da SADC, artigos artigos 4, n.º 2; 7, n.º 7 e 12, n.º 6.
- 164 Ver Tratado, preâmbulo, oitavo parágrafo; Protocolo sobre o Desenvolvimento do Turismo da SADC, Preâmbulo; Protocolo sobre Florestas da SADC, Preâmbulo, oitavo parágrafo; etc.
- 165 Ver o desenvolvimento nas secções anteriores deste artigo.
- 166 Ver, Tratado, artigos 4, alínea c), 5, n.º 1, alíneas b) e c); RISDP Revisto, 2.4. Agenda 2063 da União Africana; Protocolo sobre o Desenvolvimento do Turismo da SADC, artigo 3, n.ºs 2, 3 e 4 (ver também o artigo 2, n.º 4 do mesmo instrumento); Protocolo sobre Florestas da SADC, artigo 4, n.ºs 9 e 10.
- 167 Artigo 16A, n.º 4 do Tratado.
- 168 Artigo 16A, n.º 10 do Tratado.
- 169 RISDP Revisto, 3.1.4.3. Desafios.
- 170 Tratado, artigo 5, n.º 2, alínea b); e RISDP Revisto, 1.2. Visão, Missão e Agenda Comum da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral. O destaque é nosso.
- 171 Tratado, artigo 16A, n.º 8.
- 172 Tratado, artigo 23, n.º 1.
- 173 Arnold Tsunga, *SADC principles and guidelines governing democratic elections analysis: A bird's eye view*, Paper prepared for the PEPSA Expert Meeting, Parktonian Hotel, Johannesburg, 28 February - 1 March 2005, *Apud* Khabele Matlosa, ob. cit., p. 6. O autor citado faz uma crítica em relação aos princípios estabelecidos no Tratado da SADC, mas a mesma aplica-se, em larga escala às normas mais específicas previstas nos protocolos e outros instrumentos jurídicos.
- 174 Gilles Cistac, “Como fazer da SADC uma organização regional verdadeiramente integrada?”, ob. cit., pp. 13-15 (na versão disponível na internet em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Cistac-Gilles-Como-fazer-da-SADC-uma-Organizacao-Regional->

Verdadeiramente-Integrada.pdf. Último acesso 22/05/2016); ver também, em geral, Gilles Cistac, *Aspectos Jurídicos da Integração Regional*, ob. cit.

175 *Idem*.

176 DDD, artigo 6.

177 Um dos problemas que se levanta à volta dos direitos económicos, sociais e culturais é a questão da *justiciabilidade*, ou seja, a possibilidade de se exigir o seu cumprimento em tribunal. Na verdade, o argumento da não justiciabilidade do direito ao desenvolvimento tem sido usado pelos críticos da sua classificação como direito humano. Ver, sobre a controvérsia da justiciabilidade enquanto ligada à classificação do direito ao desenvolvimento como direito humano, ver Arjun Sengupta, ob. cit., pp. 859 e ss. Sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais no contexto brasileiro, mas com relevância amplamente global, ver Liana Cirne Lins, “A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais – Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e de concretização constitucional selectiva”, *Revista de Informação Legislativa*, a. 46 n. 182 abr./jun. 2009, pp. 51-74.

178 Sobre a execução dos direitos económicos e sociais por via de direitos mediatos, ver Arjun Sengupta, ob. cit., pp. 859 e ss.

179 Actualmente não existe um quadro institucional com competências para velar pela implementação de direitos humanos ao nível da SADC. Para uma discussão sobre o facto, ver Bindu Kihangi, ob. cit., pp. 199 e ss.

180 A suspensão do Tribunal aconteceu pouco depois da condenação do Zimbabwe por violação dos artigos 4 e 6 do Tratado, numa acção intentada por uma parte privada que alegou ter sofrido expropriação de terra sem a devida compensação pelo governo zimbabwiano. Ver, *Mike Campbell (Pvt) Ltd and Others v Republic of Zimbabwe (2/2007)* [2008] SADCT 2 (28 November 2008). Ver também, Gerhard Erasmus, “Another chapter in the SADC Tribunal saga: South African Court confirms the Tribunal’s Costs Order”, *Stellenbosh : tralac*, 2012, e Gerard Erasmus, “The New Protocol for the SADC Tribunal: Jurisdictional Changes and Implications for SADC Community Law”, *Stellenbosh: tralac*, 2015.

181 Gerard Erasmus, “The New Protocol for the SADC Tribunal: Jurisdictional Changes and Implications for SADC Community Law”, ob. cit., p. 2 e ss. O autor critica também a falta de transparência e inclusão, e a ignorância dos pontos de vista emitidos pela sociedade civil.

182 Artigo 33 do Protocolo sobre o Tribunal da SADC (2014). Note-se que este instrumento ainda não está em vigor (em Maio de 2016), pelo facto de ainda não ter reunido o número mínimo de ratificações. Enquanto isso, não há, *de facto*, nenhum Tribunal em funcionamento.

183 Ver Protocolo sobre o Desenvolvimento do Turismo, artigo 3, n.º 2.

184 Ver o Tratado, preâmbulo, artigos 21, n.º 2 e 22, n.º 1.

185 Ver, a este respeito, Gilles Cistac, “Como fazer da SADC uma organização regional verdadeiramente integrada?”, ob. cit.; ver também Sengondo Edmund Adrian Mvungi,

“Constitutional questions in the regional integration process: the case of the Southern African Development Community with references to the European Union”, *Doktorarbeit zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte (Dr.iur.) des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Hamburg*, 1994, p. 21 e ss.

186 Diferentemente, nas organizações verdadeiramente integradas, predomina o aspecto supranacional e elas têm uma relativa primazia relativamente aos Estados membros. Neste sentido, Gilles Cistac, “Como fazer da SADC uma organização regional verdadeiramente integrada?”, ob. cit., pp. 3-4 e 9-10 (na versão disponível na internet em . Último acesso em 22/05/2016); ver também, em geral, Gilles Cistac, *Aspectos Jurídicos da Integração Regional*, ob. cit.

187 Ver, sobre a prevalência [na prática] das legislações nacionais sobre os instrumentos jurídicos regionais, Arnold Tsunga, *SADC principles and guidelines governing democratic elections analysis: A bird’s eye view*, Paper prepared for the PEPSA Expert Meeting, Parktonian Hotel, Johannesburg, 28 February - 1 March 2005, *Apud* Khabele Matlosa, ob. cit., p. 6.

188 Infelizmente, tal como no RISDP 2003, o RISDP Revisto, apesar de ter redefinido as prioridades, continua negligenciando o aspecto da integração jurídica, focando-se apenas em prioridades de natureza económica. Ver, sobre a redefinição das prioridades, RISDP Revisto, 4.1. Fundamento Lógico da Nova Definição de Prioridades.

189 Ver, sobre a composição dos CNS, o Tratado, artigo 16A, n.<sup>os</sup> 2 e 13.

190 Diferentemente, prevê-se claramente que os comités nacionais de direcção são compostos pelo presidente da CNS e pelos presidentes dos comités técnicos.

191 Ogochukwu Nzewi & Lungi Zakwe, “Democratising Regional Integration in SADC: SADC national committees as platforms for participatory policy-making”, Research Report 122, *Centre for Policy Studies*, Johannesburg, 2009, p. 18.

192 Nos termos do artigo 16<sup>a</sup> do Tratado, os CNS devem ter a participação das principais partes interessadas (n.<sup>o</sup> 2), um comité nacional de direcção, sub-comités e comités técnicos (n.<sup>o</sup> 4, alínea d) e n.<sup>os</sup> 5-8), um secretariado (artigo 16<sup>a</sup>, n.<sup>o</sup> 9), serem financiados pelo Estado (n.<sup>o</sup> 11), realizar encontros quatro vezes por ano (n.<sup>o</sup> 12). Ver, a este propósito, Ogochukwu Nzewi & Lungi Zakwe, ob. cit., pp. 15 e ss.

193 Ogochukwu Nzewi & Lungi Zakwe, ob. cit., pp. 29.

194 Ver RISDP Revisto, 4.3.1.6. Sector Privado.

195 RISDP Revisto, 5.2. Política e Supervisão da Implementação do RISDP.

# OMC: O FIM DO PRINCÍPIO

## A Independência do Órgão de Resolução de Litígios em risco\*

Felipe Figueiredo Martins

**Resumo:** Após um apontamento sobre a evolução histórica da Organização Mundial do Comércio (OMC), mencionamos os seus desafios contemporâneos e sublinhamos a importância do seu Órgão de Resolução de Litígios (ORL). Na sequência, referimos a recente oposição dos Estados Unidos quanto à recondução de um dos membros do Órgão de Recurso e tecemos algumas considerações sobre a estrutura e o funcionamento do ORL. Em vista dos problemas suscitados pelo referido posicionamento de Washington, dedicamo-nos a analisar as normas relacionadas com a independência e a imparcialidade do ORL, em especial aquelas vertidas no Memorando de Entendimento sobre as Regras e Processos que regem a Resolução de Litígios, assim como ocupamo-nos de uma breve reflexão a este propósito. Por fim, enfatizamos o melindre de uma situação ameaçadora do ORL no âmbito de uma OMC igualmente fragilizada.

**Palavras-chave:** Organização Mundial do Comércio, Órgão de Resolução de Litígios, Órgão de Recurso, Membros do Órgão de Recurso, Independência.

## **WTO: THE END OF THE BEGINNING**

### **The independency of the Dispute Settlement Body in jeopardy**

**Abstract:** Following a note on the history of the World Trade Organization (WTO), we mention its current challenges and emphasize the importance of its Dispute Settlement Body (DSB). Thereafter, we report the recent objection of the United States to the reappointment of a member of the Appellate Body and outline some considerations about the structure and functioning of the DSB. Bearing in mind the problems raised by Washington's stance, we analyse the rules regarding the independence and impartiality of the DSB, especially those established in the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, as well as undertake a brief reflection in this respect. Finally, we highlight the sensitivity of a menacing situation for the DSB under a weakened WTO.

**Keywords:** World Trade Organization, Dispute Settlement Body, Appellate Body, Appellate Body members, Independency.

1. A pretexto de um recente acontecimento verificado no âmbito da nomeação de um membro do Órgão de Recurso do ORL (Órgão de Resolução de Litígios)<sup>196</sup> da OMC (Organização Mundial do Comércio), após uma abreviada introdução histórica, relatamos o mencionado incidente, para, na sua sequência, tecer algumas considerações relativas ao ORL e, em especial, sobre a sua independência e imparcialidade. Perspectivando a análise a partir do cenário coevo de dificuldades com que se depara o multilateralismo, este aspecto perpassa a abordagem empreendida e contextualiza o revés experimentado pelo ORL.

2. Corria o ano de 1942, a Europa via o avanço do nazismo e o recrudescimento da guerra. Num de tantos notáveis discursos, em Londres, marcando um ponto de viragem nos conflitos e após uma vitória contra as forças alemãs, Winston Churchill declarou: “Isto não é o fim. Não é sequer

o princípio do fim. Mas é, talvez, o fim do princípio”. No final do artigo, justificar-nos-emos quanto a esta referência.

Passados dois anos, em 1944, do outro lado do Atlântico, eram estabelecidos os Acordos de Bretton Woods, que viriam a definir a arquitectura institucional da economia no pós-Segunda Guerra Mundial. Na ocasião, foi materializada a criação do FMI (Fundo Monetário Internacional) e do Banco Mundial e, por outro lado, saiu malograda a intenção do estabelecimento da Organização Internacional do Comércio.

A guerra caminhava para o fim e a consciência da necessidade de reconstrução e da prevenção de guerras de outro cariz já despertara. Assim, o Banco Mundial foi concebido com a finalidade de contribuir financeiramente para o processo de recuperação europeia, enquanto o FMI deveria acautelar eventuais cenários de guerras cambiais e reger o funcionamento do Sistema Monetário Internacional.

A estrutura da governação económica internacional estava, porém, ainda incompleta: era impreterível, igualmente, que fosse criado um aparato institucional próprio para a precaução de guerras comerciais, susceptíveis de serem deflagradas a partir da multiplicação de medidas proteccionistas unilaterais. Neste contexto, em 1947, apesar de mais um insucesso, com a regulação comercial internacional vertida na Carta de Havana a ser refutada internamente por algumas nações aquando da sua recepção – por demasiadamente ambiciosa –, emergiu o GATT (Acordo Geral Sobre Pautas Aduaneiras e Comércio).

Com o passar dos anos, este documento, a par do seu corpo institucional e da condução de vários *rounds* de negociação multilateral para a liberalização do comércio mundial, foi a pedra angular no desenvolvimento das relações comerciais entre os países. Esta realidade veio a culminar no seu aperfeiçoamento institucional com a criação da OMC e no alargamento do âmbito de matérias de que esta hoje se ocupa – desde assuntos eminentemente comerciais, como a regulação do comércio agrícola, num primeiro momento negligenciado, até questões mais diversas como ambiente e propriedade intelectual (*trade related issues*).

Circunstâncias várias, no entanto, têm inibido a liberalização comercial multilateral no âmbito da OMC. O último *round* de negociações iniciado em 2001, em Doha, ainda não foi concluído e já é, de forma terminante, um fracasso – ao qual, até aqui, se excepciona o Pacote de Bali, de 2013, alcançado, todavia, entre plúrimas dificuldades.

Aspectos próprios da OMC, como por exemplo a *vis attractiva* sobre as matérias de que passou a ocupar-se ou a necessidade do compromisso único relativo aos assuntos negociados; o ganho de relevância no panorama internacional das economias em desenvolvimento e a conseqüente dissensão liberalizadora entre os países; a “Grande Recessão” que ainda hoje se faz sentir e o recrudescimento dos ímpetus proteccionistas; a persistente tensão entre o multilateralismo e o regionalismo – actualmente potencializada pela vaga de mega-acordos regionais; dentre tantas outras circunstâncias, mais ou menos significativas, que ao actuarem concomitantemente, afiguram-se como variáveis de difícil entendimento na solução da complexa equação em que hoje se traduz a OMC.

**3.** Diante deste circunstancialismo e com uma actuação claudicante no seu desígnio de liberalização comercial multilateral, o ORL converteu-se num dos últimos redutos de bom funcionamento da OMC.

Até aqui percebido pela imparcialidade e pelo adequado carácter proactivo e reactivo prosseguido, o ORL sofreu recentemente (no passado mês de Maio) um significativo abalo com o veto dos Estados Unidos à recondução de um dos membros do seu Órgão de Recurso, o sul-coreano Seung Wha Chang – medida contestada, por outro lado, por Brasil, Japão, União Europeia, Coreia do Sul e, ainda, por antigos membros daquele órgão. Representantes norte-americanos, contudo, disseram já esperar resistência e afirmaram ter encontrado um importante “apoio-silencioso” ao veto nos bastidores<sup>197</sup>.

O veto de Washington parece ter assentado parcialmente em considerações *ratione personae*, com quatro recentes intervenções do membro sul-coreano reputadas como desalinhas em relação ao que deve

ser o papel do ORL<sup>198</sup>. Ainda mais grave, segundo o noticiado nos veículos de imprensa especializados, a fundamentação estaria também no entendimento mais abrangente da promoção, por parte do ORL, de “discussões abstratas que estenderiam a influência das suas decisões para além do aceitável”<sup>199</sup>. Com efeito, Washington atribui a Seung Wha Chang a responsabilidade pela inadequação das conclusões do Órgão de Recurso, apesar de as mesmas constarem de um único documento assinado conjuntamente por três membros intervenientes nos casos.

Críticas à actuação do ORL, por suposta inaceitável extensão das suas decisões, têm sido uma constante desde a sua génese. A este propósito convém recordar que a primeira decisão proferida por este órgão foi interpretada por muitos como descabida, sob a argumentação de se imiscuir em questões ambientais relativamente às quais não competiria à OMC intervir e de privilegiar a defesa do comércio livre em detrimento da protecção ambiental. Hoje, dificilmente a mesma decisão seria alvo de grande contestação: na verdade, tratava-se de uma medida que, sob as vestes de um cunho ambiental, se revelava contrária ao princípio do tratamento nacional, discriminando entre produtos nacionais e importados e, por isso, conflituante com preceitos fundamentais plasmados no GATT (*ex vi* do art. III do GATT)<sup>200</sup>.

Como agravante, esta nova e indesejável conjuntura experimentada pelo ORL desenrola-se num período particularmente relevante da sua actuação, quando poderá ser responsável por tomar uma resolução sobre a eventual manutenção da classificação da China enquanto economia centralizada (*non-market economy*), situação que permite aos demais países recorrerem, em condições mais amplas, a medidas de salvaguarda nas suas relações comerciais com a maior economia asiática – provavelmente o mais importante caso que poderá ser apreciado pelo ORL.

Igualmente, a resistência norte-americana ao nome do membro sul-coreano surge num período em que o Órgão de Recurso se prepara para conhecer a decisão de um caso onde se opõem Estados Unidos e Coreia do

Sul, em que aquele saiu vencido nos seus interesses num primeiro momento<sup>201</sup>.

A percepção formada pelos Estados Unidos relativamente ao ORL e suas desconfianças também estarão inexoravelmente ligadas à inversão da sua posição enquanto litigante. Se nos primeiros anos Washington apresentou mais contestações relativamente aos seus parceiros do que estes contra si formularam, desde 2000 a esta parte a realidade inverteu-se. Expressivo desta metamorfose é o relato de Douglas IRWIN:

“In a report to Congress in 2000, the independent General Accounting Office concluded that the dispute settlement process has worked well for the United States. Examining the cases considered by the WTO up to that time, the GAO found that most led to beneficial changes in foreign regulations and practices and that ‘none of the changes the United States has made in response to WTO disputes have had major policy or commercial impact to date, though the stakes in several were important’.”<sup>202</sup>

Nesta linha, contribuindo para elucidar também o recente veto, o mesmo autor adverte:

“Among the politicians in Washington, there is a tendency to judge the dispute settlement mechanism only on the basis of whether the United States ‘wins’ the cases it files and those brought against it. *Clearly the mechanism is more important than that.*”<sup>203</sup> (itálico nosso)

De resto, haviam sido os próprios Estados Unidos o principal responsável pelo fortalecimento do sistema de resolução de litígios pós-*Uruguay round*. Conclusivamente a este respeito, faz-se mister referir mais uma vez as palavras do autor que temos vindo a citar:

“Frustrated with the GATT system, Congress wanted to improve the speed and effectiveness of the dispute settlement mechanism and procedures. In 1988, Congress instructed negotiators to seek [...] the establishment of ‘a more effective system of international trading disciplines and procedures’. [...] When members of Congress complain about the strong dispute settlement system as impinging on U.S. sovereignty, it is helpful to remember that it was the Congress itself that demanded that the GATT approach be strengthened because of its inherent weakness.”<sup>204</sup>

Convém recordar, por último, que o anterior papel activo dos Estados Unidos em defesa e promoção de um sistema de resolução de litígios no âmbito do GATT e da OMC se verificou num quadro político interno de consenso bipartidário liberalizador do comércio internacional, que encontra o seu fundamento nas desastrosas consequências do longínquo *Smoot-Hawley Tariff Act*, de 1930. Esta confluência de interesses, todavia, esmoreceu, com o apoio a medidas proteccionistas a galgar espaço em ambos os pólos políticos. A corrida presidencial para ocupar a Casa Branca em 2017 é exemplo desta propensão<sup>205</sup>.

Se analisado a partir de um prisma histórico, o veto de Washington parece um *venire contra factum proprium*. Ainda assim, a mensagem dos núncios norte-americanos é clara: “Geneva, (now) we have a problem”.

4. O actual ORL é o culminar de um processo evolutivo iniciado no âmbito do GATT de 1947 com os procedimentos de conciliação e que aproveitou de relevante aperfeiçoamento institucional e normativo aquando da criação da OMC<sup>206</sup>. Com efeito, o seu fundamento normativo primordial encontra-se ainda hoje nos arts. XXII e XXIII do GATT.

Um dos principais garantes da segurança e previsibilidade do Sistema Comercial Multilateral, o ORL teve o mérito de estabelecer regras processuais (v. g. prazos e igualdade de armas) aplicáveis à resolução das

controvérsias, tendo no Memorando de Entendimento sobre as Regras e Processos que regem a Resolução de Litígios (MERL), anexo ao Acordo que cria a OMC, o seu diploma fundamental – um Código de Processo da OMC. Também introduziu eficácia e efectividade no cumprimento das regras do Sistema GATT/OMC, corolário da sua jurisdição compulsória e do carácter vinculativo das decisões – ou, se preferirmos, do seu poder coercitivo, ainda que indirecto, porque delegado nos países.

Destarte, um litígio emergente da verificação (ou da mera possibilidade) de um prejuízo para um país, decorrente de uma prática empreendida por um seu parceiro comercial, contrária às normas ou ao espírito do Sistema Comercial Multilateral (mais especificamente, dos acordos abrangidos pelo MERL, estipulados no seu Apêndice 1), encontrará alçada própria para ser dirimido junto do ORL, que autorizará a mobilização dos remédios convenientes (a compensação ou a retaliação – sempre proporcionais ao prejuízo), quando a necessidade de preservar a boa reputação não for bastante.

O Órgão de Recurso, posto em evidência no caso relatado, constitui uma instância permanente de recurso (incidente sobre questões de direito ou interpretações jurídicas) das conclusões levadas a cabo por grupos especiais (*ad hoc*), estabelecidos para apreciar os litígios entre Estados. Tal procedimento desenvolve-se na sequência da recusa ou da frustração da realização de consultas – relativas a uma queixa – que privilegiem a conciliação entre as partes (solução concebida como primeira alternativa, numa linha diplomática, em que pode intervir, inclusive, o Director-Geral da OMC). Este percurso processual e suas estruturas decisórias ou consultivas integram-se no âmbito alargado do ORL, que, por seu turno, se constitui como uma das funções a serem exercidas pelo Conselho Geral da OMC (art. IV, n.º 3 do Acordo que cria a OMC) – *vide supra* nota 196.

A importância do Órgão de Recurso não se circunscreve, no entanto, à sua intervenção em sede de agravo: enquanto parte integrante do ORL, é naquele que reside em última instância a capacidade vinculativa. A ratificação, alteração ou revogação da decisão anterior tomada pelo Órgão

de Recurso deve ser adoptada pelo ORL e incondicionalmente aceite pelos litigantes – ao que se excepciona apenas a hipótese de este último decidir por consenso, incluindo a parte vencedora, *não* adoptar o relatório do Órgão de Recurso (consenso negativo), como plasmado no art. 17.º, n.º 14 do MERL, o que se aplica também, em última instância, à autorização para adopção de represálias.

O papel do ORL tem sido largamente identificado pela doutrina como impulsor de uma “jurisdicionalização” das relações comerciais internacionais, assegurando um *rule-based system*, com a aplicação das normas de direito estipuladas nos acordos multilaterais às disputas comerciais. Igualmente, como se vê, o processo de resolução de litígios aperfeiçoa-se no sentido de uma natureza “quase-jurisdicional”<sup>207</sup>, em substituição de um processo essencialmente diplomático vigente ao abrigo do GATT de 1947 e que ainda se manifesta em algumas características (*v. g.* a conciliação e o consenso negativo).

O sistema erigido a partir do funcionamento do ORL não está, obviamente, isento de críticas. Um dos principais questionamentos esgrimidos diz respeito ao método de aplicação das retaliações, portanto uma crítica a jusante da sua intervenção. Os países dotados de menor capacidade económica não estariam, presumivelmente, em condições de repreender um parceiro comercial prevaricador de maior peso relativo<sup>208</sup>. No outro flanco, os países que gozem comparativamente de menor capacidade económica estarão, na hipótese de serem os prevaricadores, mais bem protegidos, acautelando-se, mediante o ORL, de eventuais retaliações unilaterais expeditamente impostas por uma maior economia<sup>209</sup>.

As críticas dirigidas à OMC como um todo, que, ao longo dos anos, tem apresentado marcantes dificuldades em lidar com os interesses e a *agenda* dos países em vias de desenvolvimento – sendo esta uma das razões para o persistente impasse de Doha – também tangenciam o ORL. Neste sentido, desta feita a montante, outra crítica avançada é a de que o recurso dos países em vias de desenvolvimento àquele organismo é sobremaneira desafiador. Ao mesmo tempo que o ORL representa uma oportunidade

singular para que estes países façam valer os seus direitos perante os seus parceiros comerciais mais prósperos, no outro flanco a eficaz mobilização desse órgão demanda meios financeiros, jurídicos e técnicos de que apenas dispõem os países desenvolvidos. Como resultado, muitos países furtam-se a actuar perante o ORL ou actuam com inerente debilidade<sup>210</sup>.

5. Postos de parte estes constrangimentos, congénitos à OMC, salvo pelo carácter muitas vezes moroso dos processos, a intervenção do ORL era apreciada pela sua independência e imparcialidade, bem como pela força motriz que impelia sobre o Sistema GATT/OMC. De facto, este aspecto, conquanto visto amiúde com incómodo – mormente em se tratando de uma alegada *judicial legislation* por aquele órgão ou da sua ingerência em áreas não comerciais –, não deixa de representar algum vigor na sua actuação, sendo certo não ter incorrido numa espécie de *adventurism*<sup>211</sup>.

Neste sentido, o profundo conhecimento de Economia Internacional e de Direito do Comércio Internacional dos membros dos Grupos Especiais e, sobretudo, do Órgão de Recurso foi fundamental. Até aqui, vinha sendo entendido que constrangimentos políticos e económicos susceptíveis de serem exercidos por alguns países nunca pesaram de forma determinante sobre os membros do Órgão de Recurso, permitindo que os seus relatórios velassem pela correcta aplicação do direito da OMC.

Como referimos, o processo de resolução de litígios assume actualmente um cariz “quase-jurisdicional”; neste sentido, escusado será dizer que a independência e imparcialidade dos membros dos Grupos Especiais e do Órgão de Recurso surge como elemento fulcral do ORL e que, por isso, deve beneficiar de acolhimento normativo.

Não sendo este o lugar para densificar uma análise das disposições do MERL<sup>212</sup>, importa, todavia, perscrutar normas ali prescritas que pugnem pela independência e imparcialidade no processo de resolução de litígios<sup>213</sup>. Nesta linha de estudo, devem ser referidas as seguintes disposições:

a) Art. 8.º – Composição dos Grupos Especiais:

No dispositivo em apreço trata-se, *inter alia*, das matérias da qualificação dos membros dos referidos grupos, com um elenco exemplificativo das posições profissionais que tenham ocupado – avultando a permissibilidade de serem funcionários governamentais ou não – ou da investigação académica que tenham empreendido (n.º 1); menciona-se a necessidade de independência e, de forma algo redundante, a formação e experiência obtidas (n.º 2); estipula-se a impossibilidade, salvo acordo em contrário, de um dos membros do grupo especial ser nacional das partes litigantes (n.º 3); dispõe-se sobre a existência de uma lista indicativa de possíveis membros, detentores das qualificações demandadas, o modo como a mesma é estabelecida e o seu funcionamento (n.º 4); define-se o número de elementos dos grupos especiais – três ou cinco, se assim acordado pelas partes (n.º 5); restringe-se a possibilidade de as partes se oporem às nomeações de membros apenas aos casos em que tenham razões fundamentadas para tal (n.º 6); no caso de falta de acordo entre as partes quanto às nomeações, consagra-se um procedimento conduzido pelo Director-Geral que determine a composição do grupo (n.º 7); exige-se que os membros participem no grupo a título individual, não representando qualquer governo ou organização, que não podem instruí-los ou influenciá-los (n.º 9); *in fine*, admite-se que num litígio entre países em desenvolvimento e desenvolvidos o primeiro possa requerer a representatividade no grupo de pelo menos um indivíduo nacional de *outro* Estado-membro em desenvolvimento (n.º 10);

b) Art. 14.º – Confidencialidade:

Este será o artigo que provavelmente mais contribui, com medidas concretas, para a independência dos membros dos Grupos Especiais constituídos no âmbito do ORL. Por outro lado, é inequívoca a sua tensão perante as exigências de transparência. Com efeito, nele consagra-se que as deliberações dos Grupos Especiais são confidenciais (n.º 1), os seus

relatórios elaborados na ausência das partes (n.º 2), com o carácter anónimo dos pareceres dos membros constantes dos relatórios (n.º 3);

c) Art. 17.º – Processo de Recurso:

Esta norma cuida especificamente de matéria relativa ao Órgão de Recurso do ORL e desmembra-se em três partes, com os seguintes títulos: Órgão de Recurso, Processo de Recurso e Adopção dos Relatórios do Órgão de Recurso. Para efeitos do assunto de que agora nos ocupamos, deve ser considerado o texto apenas das duas primeiras partes.

Assim, cumpre observar que a instância de recursos do ORL é composta por sete membros, três dos quais participarão em cada caso, de modo rotativo e aleatório (n.º 1); os seus membros são nomeados pelo ORL para um mandato de quatro anos, com possibilidade de uma recondução, e, caso uma pessoa substitua outra antes do termo do seu mandato, esta manter-se-á em funções pelo período restante do seu predecessor (n.º 2); os seus membros devem ser “pessoas de reconhecida competência, com experiência comprovada em direito, comércio internacional e nas matérias reguladas nos acordos abrangidos em geral”; os membros do Órgão de Recurso são proibidos de ter ligações a governos – ao contrário do que se viu suceder com os elementos dos Grupos Especiais – e encontram-se impedidos de participar na análise de qualquer litígio susceptível de criar um conflito de interesses directo ou indirecto. Note-se que, ao contrário do verificado com os Grupos Especiais (art. 8.º, n.º 3), inexistente qualquer referência à nacionalidade dos membros do Órgão de Recurso enquanto elemento a ser considerado na determinação da formação responsável para analisar um caso.

No que concerne ao processo de recurso, aqui vale salientar, novamente, a manifestação da confidencialidade, que, *in extremis*, abrange até o regulamento interno do Órgão de Recurso. Tal qual acontece com os Grupos Especiais, os seus relatórios são redigidos sem a presença das partes (n.º 10) e os pareceres dos seus membros neles expressos são anónimos (n.º

11). Por maioria de razão, as mesmas considerações tecidas acima, na alínea b), são aqui chamadas à colação;

d) Art. 18.º – Comunicações com o Grupo Especial ou o Órgão de Recurso:

Deste preceito resulta que são proibidas às partes em litígio comunicarem, por sua iniciativa, com os Grupos Especiais ou com o Órgão de Recurso, no que diga respeito às matérias que estejam a ser por estes apreciadas (n.º 1). Intenta-se, assim, resguardar a posição do ORL de qualquer influência inoportuna das partes, garantindo, igualmente, que as mesmas não sejam demasiado negligentes em apresentar as observações devidas nos momentos definidos para tal.

Ainda como reflexo da confidencialidade estipulada no art. 14.º, agora determina-se que são também confidenciais as observações apresentadas pelas partes aos Grupos Especiais e ao Órgão de Recurso, exceptuando-se o acesso permitido à parte contrária, por tal ser essencial para fins de defesa. Nada impede, contudo, que uma das partes torne públicas as suas posições (n.º 2).

Apesar da consagração de todas as disposições acima referidas, a independência existente ainda é alvo de limitações. Na sequência do veto de Washington, surge de imediato a ideia de se conceber uma reformulação apta a garantir a independência necessária aos membros do Órgão de Recurso, com a adopção, por exemplo, de mandatos mais longos e com possibilidade de recondução proscrita, na linha de uma receita tradicional que afiança independência às instâncias judiciais. Não obstante a prática habitual de recondução dos seus membros, o recente episódio torna patente a inadequação do modelo actual.

Além da mencionada solução, evidencia-se, outrossim, a utilidade de se ponderar um novo processo de nomeação dos membros do Órgão de Recurso que permita mitigar as pressões políticas ou que circunscreva a possibilidade de oposição à nomeação a um leque grave e restrito de circunstâncias.

No actual quadro normativo, como atesta o caso relatado, aos países membros política e economicamente mais relevantes continua a ser possível recorrer a expedientes oblíquos para exercer a sua influência.

Outra limitação à independência, cumpre recordar, prende-se com o carácter político e intergovernamental do ORL, que através da possibilidade de adopção de um consenso negativo pode opor-se às conclusões dos Grupos Especiais e do Órgão de Recurso – estes sim assentes em trâmites “quase-jurisdicionais”.

6. Finalmente, voltamos à passagem do discurso de Churchill citada logo no começo. Proferidas durante a guerra, e tendo sido a OMC resultado de uma evolução vocacionada para a prevenção de guerras comerciais, aquelas palavras são úteis para traçar um paralelismo com o presente momento.

Na verdade, o veto de Washington está longe de determinar, por si só, o fim da OMC. É apenas mais um incidente, que tão-pouco consubstancia o princípio do seu fim: não será esta a perspectiva mais exacta, sobretudo porque o pretenso fim da OMC principia numa série de outras vicissitudes (*vide supra*, 2., *in fine*). Todavia, paradigmático da crescente desconfiança da comunidade internacional relativamente à capacidade da OMC enquanto foro privilegiado para a liberalização e a regulação do comércio internacional, trata-se de um episódio importante, e não simplesmente de *mise en scène*. Por tal incidente se ter verificado naquele que vinha sendo considerado o seu principal bastião, o ORL, este pode ser, somado às outras circunstâncias a que aludimos, talvez um marco do fim do princípio do que poderia ser a OMC. Assim, enfatiza-se a noção de que a instituição responsável pelo comércio internacional, para além de caminhar para o seu fim virtual, com um progressivo esvaziamento, nunca logrou realizar plenamente a sua finalidade, tendo apenas principiado o percurso neste sentido.

Criada em 1995, no entanto já em 2001, com o *Doha Round*, se revelando inapta na realização dos seus desideratos, a OMC esteve, pois, longe das expectativas criadas relativamente ao seu funcionamento

enquanto organização internacional desde os momentos mais incipientes e enfrenta, constantemente, uma pluralidade de obstáculos – o que não invalida, decerto, o anterior sucesso do GATT e do multilateralismo<sup>214</sup>.

A OMC possui um orçamento exíguo *vis-à-vis* às instâncias congêneres, um *staff* reduzido, assenta em bases nitidamente intergovernamentais (*member-driven*), onde prevalece o consenso, e não tem qualquer autoridade de *policymaking*. No actual cenário, ainda deverá haver mais erosão do seu já desgastado terreno. Mesmo nestas circunstâncias, alguns ainda viam como indispensável a integral preservação do ORL. No entanto, com o possível triunfo de estrangimentos políticos e o precedente aberto pelo veto de Washington serão, naturalmente, negativos os auspícios para o futuro do ORL e lançam-se sombras mesmo sobre a necessidade da sua preservação. . Aliás, algo paradoxal, dado não se justificar a manutenção de um órgão para resolver litígios no âmbito de uma organização esvaziada de atribuições e de relevância<sup>215 216</sup>.

-

\* O presente texto está redigido em conformidade com as normas de ortografia anteriores à vigência do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990. As referências citadas encontram-se exclusivamente nas notas de rodapé, com a primeira citação bibliográfica por extenso.

<sup>196</sup> Para auxiliar na melhor compreensão do texto, cumpre esclarecer, desde já, que perfilhamos a existência de uma dupla acepção do ORL. Com efeito, no presente texto, o ORL pode ser entendido tanto como um órgão em específico, resultante de uma das funções do Conselho Geral da OMC, que congrega, portanto, representantes de todos os Estados-membros; tal como poderá ser percebido – o que sucede na maioria das vezes – enquanto um mecanismo, sistema ou processo de resolução de litígios, e que, neste sentido, compreende os Grupos Especiais, o Órgão de Recurso, a realização de consultas e, claro está, o ORL especificamente.

<sup>197</sup> Ver: <http://www.politico.com/tipsheets/morning-trade/2016/05/us-standsalone-against-wto-appellate-body-member-catfish-drug-snap-with-obama-invietnam-dueling-tpp-letters-214457>, acedido em 07/06/2016.

<sup>198</sup> Assim, com breve referência aos casos – um deles em que nem sequer os Estados Unidos eram parte litigante – e à contestação avançada por um responsável norte-americano, ver: <http://www.bna.com/us-blocks-koreann57982072872/>, acedido em 07/06/2016.

<sup>199</sup> Ver: <http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/omc-estadosunidos-vetam-recondu%C3%A7%C3%A3o-de-juiz-sul-coreano-ao-%C3%B3rgunidos-vetam->

recondu%C3%A7%C3%A3o-de-juiz-sul-coreano-ao-%C3%B3rg  
cdd781d02d89.html#axzz4AwFiGltY, acessado em 07/06/2016.

261d-11e6-8ba3-

<sup>200</sup> Sobre o referido caso, veja-se o seguinte artigo de opinião de Roberto Azevêdo, Director-Geral da OMC: , acessado em 07/06/2016. Com uma narrativa do caso, pelo seu carácter didáctico, *vide* KRUGMAN, Paul; OBSTFELD, Maurice – *Economia Internacional: Teoria e Política*. 8.ª ed. São Paulo: Pearson, 2010. ISBN 978-85-88639-51-5, p. 176.

<sup>201</sup> Ver: <http://www.bna.com/us-blocks-korean-n57982072872/>, acessado em 07/06/2016.

<sup>202</sup> IRWIN, Douglas A. – *Free Trade Under Fire*. 3.ª ed. Princeton: Princeton University Press, 2009. ISBN 978-0-691-14315-6, p. 242.

<sup>203</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>204</sup> *Ibidem*, pp. 240-241, nota 30.

<sup>205</sup> No que concerne à discussão contemporânea suscitada pelo comércio livre (regional e multilateral) no âmbito económico e político nos Estados Unidos, veja-se a recente análise de Douglas IRWIN, publicada na *Foreign Affairs*, sob o título *The Truth About Trade – What Critics Get Wrong About the Global Economy*. Disponível em <https://www.foreignaffairs.com/articles/2016-06-13/truth-abouttrade>, acessado em 27/06/2016.

<sup>206</sup> Não nos ocupamos aqui de estabelecer uma contraposição entre as características do sistema de resolução de litígios vigente no âmbito do GATT de 1947 com o actual ORL. Todavia, convém ser dito que tal confronto é bastante ilustrativo da evolução verificada. Assim, de forma sucinta, veja-se MOTA, Pedro Infante – *A função jurisdicional no Sistema GATT/OMC*. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5064-5. pp. 1715-1716. Com mais pormenores, a respeito da evolução ocorrida e com uma análise mais abrangente do ORL, ainda que pouco crítica, VANGRASSTEK, Craig – *The History and Future of the World Trade Organization* Genebra: Organização Mundial do Comércio, 2013. ISBN 978-92-870-3871-5, pp. 51-53; 229 ss.

Por último, cumpre assinalar, em WTO – *Annual Report 2016*. Genebra: Organização Mundial do Comércio, 2016. ISBN 978-92-870-4073-2, pp. 102-115, encontra-se um relatório das actividades desenvolvidas pelo Órgão de Resolução de Litígios e pelo Órgão de Recurso (em especial) durante o ano de 2015. Dos dados que ali se podem ler é de se enfatizar o facto de o ano de 2015 ter sido o de maior exigência para os referidos Órgãos, bem como o ano em que a OMC alcançou a simbólica marca de 500 litígios comerciais submetidos à sua apreciação desde 1995. Relacionado com a nomeação de membros do Órgão de Recurso, naquelas páginas é também referida a composição deste órgão no final do ano de 2015, com menção dos membros reconduzidos para um segundo mandato no mesmo ano: Ujal Singh Bhatia (Índia) e Thomas R. Graham (Estados Unidos) – presidente do Órgão de Recurso para o ano de 2016.

<sup>207</sup> Cfr. CUNHA, Luís Pedro – *O Sistema Comercial Multilateral e os Espaços de Integração Regional* de Integração Regional 3, p. 120.

<sup>208</sup> Além da dimensão económica, deve-se notar que desempenham também um papel importante sobre o poder de represália entre os países as características das suas pautas comerciais – i. e. qual a

relevância pautal do comércio bilateral entre determinados países ou quais os produtos importados, dificultando a retaliação no caso de se tratar de uma importação indispensável ou insubstituível.

209 Cfr. CUNHA, Luís Pedro, *op. cit.*, p. 123.

210 A respeito desta questão e com um estudo de caso relativo à actuação do Brasil perante o ORL, vide BADIN, Michelle Rattón Sanchez; SHAFFER, Gregory; ROSENBERG, Barbara – *Os desafios de vencer na OMC: O que está por trás do sucesso do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Série Direito, desenvolvimento e justiça. ISBN 978-85-02-17005-6. Não obstante a referida debilidade, vale lembrar que “[a] criação do Centro de Assessoria dos Assuntos Jurídicos da OMC foi, por isso, muito importante, ajudando a nivelar o acesso ao conhecimento jurídico especializado no direito da OMC”. Cfr. MOTA, Pedro Infante, *op. cit.*, p. 1717. Sobre o Centro de Assessoria dos Assuntos Jurídicos da OMC, vide VANGRASSTEK, Craig, *op. cit.*, p. 235.

211 Como assevera Pedro Infante MOTA, “Apesar de não haver dúvidas de que o Órgão de Recurso tem assumido, em certas ocasiões, um papel criativo, ele tem sido predominantemente fiel ao seu mandato (art. 3.º, n.º 2, do MERL) e não um activista irresponsável”. Cfr. MOTA, Pedro Infante, *op. cit.*, p. 1719.

212 Para tal, NETO, José Cretella – *Curso de Direito Internacional Econômico* São Paulo: Editora Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14887-1, pp. 433-458.

213 Os já aqui referidos arts. XXII e XXIII do GATT não possuem qualquer elemento relativo à independência e imparcialidade na resolução de litígios. Por sua vez, o Acordo que cria a OMC, no art. VIII, sob a epígrafe “Estatuto da OMC”, estipula:

“3 – Os Membros da OMC concederão igualmente aos funcionários desta última e aos representantes dos Membros os privilégios e imunidades necessários para o exercício independente das suas funções relacionadas com a OMC.

4 – Os privilégios e imunidades a conceder por um Membro à OMC, aos seus funcionários e aos representantes dos seus Membros serão análogos aos privilégios e imunidades previstos na Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Instituições Especializadas, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de Novembro de 1947.”

Da leitura da referida Convenção resulta, no entanto, a consagração de alguns direitos diplomáticos irrestritamente tocantes a todos os funcionários de uma Organização Internacional, e não especificamente normas destinadas a garantir independência no exercício de uma função “quase-jurisdicional”.

Por outro lado, com escassas disposições em matéria de independência e imparcialidade do ORL convém mencionar o Procedimento de Trabalho para o Processo de Recurso, com a reafirmação das normas fundamentais a este respeito estipuladas no MERL e na sequência analisadas.

Finalmente, refira-se o Anexo II do Procedimento de Trabalho, com as Normas de Conduta para a aplicação do MERL. Com o âmbito de aplicação referente às pessoas que desempenham funções nos Grupos Especiais e no Órgão de Recurso, dentre outros (IV, 1.), este documento contém disposições consagradas com o escopo de assegurar integridade, imparcialidade e confidencialidade aos procedimentos que integram o ORL. Neste documento cumpre, sobretudo, sublinhar o seu ponto VIII, sob o título *Procedures Concerning Subsequent Disclosure and Possible Material Violations*, que no seu 1.º parágrafo estipula os traços gerais de um procedimento destinado a colmatar eventuais

violações das exigências de integridade, imparcialidade e confidencialidade:

“1. Any party to a dispute, conducted pursuant to the WTO Agreement, who possesses or comes into possession of evidence of a material violation of the obligations of independence, impartiality or confidentiality or the avoidance of direct or indirect conflicts of interest by covered persons which may impair the integrity, impartiality or confidentiality of the dispute settlement mechanism, shall at the earliest possible time and on a confidential basis, submit such evidence to the Chair of the DSB, the Director-General or the Standing Appellate Body, as appropriate according to the respective procedures detailed in paragraphs VIII:5 to VIII:17 below, in a written statement specifying the relevant facts and circumstances. Other Members who possess or come into possession of such evidence, may provide such evidence to the parties to the dispute in the interest of maintaining the integrity and impartiality of the dispute settlement mechanism.”

Pressupondo que apenas se justificaria o veto à recondução de um membro do Órgão de Recurso por violação de deveres de integridade, imparcialidade ou confidencialidade, com relevância para o caso que aqui relatamos, nota-se, portanto, a existência de um procedimento apropriado para a averiguação de tais violações (ponto 14 e seguintes). Nos termos do qual, é importante que se observe, a decisão competirá ao próprio Órgão de Recurso, evitando a ingerência dos Estados-membros:

“16. It shall be for the Standing Appellate Body to take any appropriate action after having provided a reasonable opportunity for the views of the person concerned and the parties to the dispute to be heard.

17. The Standing Appellate Body shall inform the parties to the dispute and the Chair of the DSB [Dispute Settlement Body] of its decision, together with relevant supporting information.”

Conquanto neste procedimento não se refira a consagração de soluções extremas como o afastamento de um membro do Órgão de Recurso – embora se vislumbrem possíveis pela leitura das disposições acima –, mas apenas a substituição, na apreciação do caso, da pessoa que descumpriu as normas de conduta (18.º parágrafo), é notável que este procedimento não tenha sido previamente aberto em relação ao membro sul-coreano, incorrendo, de imediato, no veto à sua recondução.

<sup>214</sup> Assim, FLÔRES, Renato G. – “O fim da OMC?”. *Boletim de Ciências Económicas*, LVII, Tomo II. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Instituto Jurídico, 2014. ISSN 0870-4260, *passim*.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 1494.

<sup>216</sup> Alguns autores traçam um paralelo entre o sistema comercial multilateral e uma “teoria da bicicleta”, segundo a qual, para evitar uma “queda”, este deveria estar em constante movimento. Porém, o multilateralismo tem permanecido estático por alguns anos e, na verdade, os únicos movimentos que nele aparecem agora facilmente identificáveis são os que conduzem à sua “queda”. Com referência à “teoria da bicicleta”, veja-se CUNHA, Luís Pedro, *op. cit.*, p. 107, nota 161.

# A UNIÃO BANCÁRIA COMO UM PASSO NA INTEGRAÇÃO ECONÓMICO-POLÍTICA: A CRIAÇÃO DO MUR E O FUNCIONAMENTO DO MUS

Mafalda de Sá

**Abstract:** A União Bancária surge como mais uma tentativa, a nível europeu, de combate à crise económico-financeira que assolou alguns Estados Membros e que ameaça a integridade do projecto europeu como um todo. Atendendo às especiais circunstâncias em que surge, em virtude de um especial contexto económico, ao conflito entre a vontade política e a juridicidade da acção da União Europeia, limitada pelos Tratados, e ao seu concreto modo de funcionamento, repartido entre os níveis nacional e supranacional, esta nova política europeia coloca em evidência diversas e complexas questões atinentes ao processo de integração, não apenas económica, mas igualmente política. Dois concretos aspectos da União Bancária exemplificam-no: por um lado, a base jurídica para a criação do Mecanismo Único de Resolução, por outro, a divisão de competências entre o Banco Central Europeu e as autoridades nacionais no seio do Mecanismo Único de Supervisão.

## I. O contexto económico-político da criação da União Bancária

Embora a ideia de uma União Bancária europeia não seja recente, tendo já há muito aflorado no contexto do mercado interno, especificamente da livre circulação de estabelecimento e de capitais<sup>217</sup>, os primeiros passos para uma sua efectiva constituição surgiram apenas no período pós-crise económico-financeira de 2008.

A primeira resposta para o impacto desta crise no sector bancário ao nível da União Europeia não foi, contudo, a conceptualização de uma política bancária, nem mesmo de um mercado interno mais integrado. Ao invés, a Comissão Europeia alterou a sua atitude face aos auxílios de Estado prestados a instituições financeiras, o que veio a firmar-se na adopção de novas regras a aplicar a casos de bancos em dificuldade em virtude da crise<sup>218</sup>. Potencialmente todos os auxílios de Estado ao sector bancário passaram a poder ser considerados compatíveis com o mercado interno, no âmbito do artigo 107.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (“TFUE”), ainda que com a contrapartida de determinadas condições impostas pela Comissão Europeia, entre as quais a obrigação de apresentar um plano de reestruturação do banco auxiliado<sup>219</sup>.

Esta primeira atitude das Instituições europeias foi de cariz passivo, porquanto, ao adoptarem novas regras, mais não fizeram do que dar um suporte jurídico à reacção naturalmente proteccionista dos Estados-Membros. Esta abordagem é criticável por promover a crença de que existem instituições de crédito que são *too big to fail*, o que, por sua vez, tende a encorajar comportamentos de risco<sup>220</sup>. Em Portugal, o caso mais mediático (e ainda por resolver) de auxílios de Estado a instituições bancárias foi o do BES – e mais recentemente assistimos ao caso BANIF<sup>221</sup>.

Entretanto, em 2011, e ainda com vista à reestruturação do sistema financeiro europeu, foram criadas três novas agências europeias: a Autoridade Bancária Europeia (“EBA”), a Autoridade Europeia dos Valores

Mobiliários e dos Mercados (“ESMA”) e a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões (“EIOPA”). O papel da EBA é o de contribuir para uma aplicação consistente do direito financeiro material já harmonizado a nível europeu e para a convergência das actividades nacionais de supervisão. Para esse efeito, formula normas técnicas que são posteriormente adoptadas pela Comissão sob a forma de decisões ou regulamentos, não detendo nenhum poder para adoptar decisões dirigidas às instituições de crédito<sup>222</sup>.

Dada a insuficiência destas respostas para corrigir a instabilidade do sector bancário europeu, e tendo em conta o seu potencial contaminante para a economia de todos os Estados-Membros, crescentemente se exigia uma resposta europeia mais aprofundada<sup>223</sup>. A esperada e necessária vontade política para introduzir uma alteração de fundo no quadro do sistema bancário manifestou-se em Junho de 2012, quando os Estados-Membros pertencentes à zona euro afirmaram ser “imperativo quebrar o círculo vicioso entre os bancos e os Estados”<sup>224</sup>.

Esta ideia de círculo vicioso foi um dos argumentos mais invocados em defesa de uma União Bancária, afirmando-se que a crise da dívida soberana não pode ser adequadamente entendida se desligada da crise do sector bancário<sup>225</sup>. Além disso, muitas das decisões tomadas com vista à criação da União Bancária tinham já sido discutidas no contexto da EBA, no qual os Estados-Membros sempre se opuseram à transferência de poderes soberanos. Ora, uma das razões para a alteração da vontade política foi, precisamente, a aproximação da problemática da política bancária à problemática da crise das dívidas soberanas<sup>226</sup>. Acresce que por esta altura se proliferou o entendimento de que uma efectiva supervisão bancária deveria ser uma condição para que o Mecanismo Europeu de Estabilidade pudesse directamente recapitalizar bancos em crise, evitando acrescidas responsabilidades para o Estado-Membro em causa e auxiliando a quebrar a ligação entre bancos e Estados. Esta situação espelhava o caso concreto de Espanha<sup>227</sup>.

O resultado foi a implementação, ao nível europeu, de uma política bancária mais abrangente, assente não apenas na ideia de supervisão, mas

em três pilares intrinsecamente articulados: um Mecanismo Único de Supervisão (“MUS”), um Mecanismo Único de Resolução (“MUR”) e um Sistema Europeu de Seguro de Depósitos (“SESD”). Apenas os dois primeiros foram já institucionalizados através de direito europeu secundário<sup>228</sup>, sendo que um acordo sobre o terceiro pilar está ainda por alcançar<sup>229</sup>.

Importa agora analisar dois dos aspectos que mais dúvidas suscitam quanto à criação e ao funcionamento dos dois primeiros pilares da União Bancária: a base jurídica para a criação do Mecanismo Único de Resolução e a repartição de competências no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão. Estas duas problemáticas, consideradas na perspectiva do específico contexto em que se inserem, auxiliam-nos a avaliar o impacto da União Bancária no processo de integração europeia, não apenas em termos económicos, mas igualmente em termos políticos.

## **II. A juridicidade da criação do Mecanismo Único de Resolução**

### **1. O problema da base jurídica**

A passagem de competências de supervisão bancária para o nível supranacional, embora não isente de controvérsia, foi facilitada por força da existência de uma base jurídica nos Tratados que fazia expressa referência a competências de supervisão a serem transferidas para uma Instituição já existente, o BCE<sup>230</sup>. Pelo contrário, a passagem de competências de resolução bancária não poderia ter suporte em nenhuma norma. Para obstar a um processo de revisão dos Tratados, o MUR acabou por se fundar na base jurídica que tende a ser utilizada como panaceia para as mais diversas iniciativas legislativas – o artigo 114.º do TFUE. Esta norma permite às Instituições europeias adoptar medidas “que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno”<sup>231</sup>.

O teor desta norma tem um potencial âmbito aplicativo muito abrangente, bem como abrangente tem sido a interpretação dada pelo

Tribunal de Justiça da União Europeia. Há, contudo, duas principais limitações à sua utilização. Por um lado, não pode existir nenhuma outra base jurídica mais específica, consubstanciando-se numa base jurídica residual. Por outro, as medidas em causa têm de ser medidas de harmonização, isto é, de aproximação dos direitos nacionais<sup>232</sup>.

Deste modo, o Mecanismo Único de Resolução, para que possa ter sido validamente constituído, tem de ter como objectivo a harmonização dos direitos nacionais com vista ao estabelecimento do mercado interno. A justificação avançada foi a de que, devido à inevitável interligação do sistema bancário europeu, a existência de normas nacionais divergentes quanto ao tratamento a dar a bancos em crise, sobretudo regras sobre resolução, conduz a distorções da concorrência e à fragmentação do mercado<sup>233</sup>. As distorções da concorrência surgem na medida em que bancos estabelecidos em Estados-Membros com uma menor capacidade de resgate estarão sob uma desvantagem competitiva<sup>234</sup>. Além disso, pode considerar-se que o MUR era necessário à luz do restante quadro legislativo. Por um lado, a Directiva 2014/59/UE<sup>235</sup>, que é uma directiva de harmonização mínima sobre as condições de resolução bancária, revelou-se insuficiente. Por outro, a criação de um mecanismo de supervisão deveria, segundo argumentos de eficiência e coerência, ser acompanhada de um mecanismo de resolução, na medida em que supervisão e resolução são dois aspectos complementares do mercado interno para os produtos financeiros<sup>236</sup>.

Se à primeira vista o que está em causa é a integração do mercado financeiro, na verdade o objectivo é mais amplo. Como já tem ocorrido em várias instâncias no panorama europeu, o mercado interno e, por conseguinte, o artigo 114.º do TFUE têm sido utilizados para prosseguir interesses que são materialmente distintos da mera lógica do mercado interno<sup>237</sup>. O que está substancialmente subjacente à discussão em torno de uma resolução bancária europeia são objectivos e preocupações político-económicos, integrados na união económica e monetária, não na política de mercado interno<sup>238</sup>.

Defrontamo-nos, aqui, com um frequente obstáculo ao processo de integração europeia, que nos exige um exercício de equilíbrio entre vinculação aos Tratados e prossecução de objectivos distintos, apesar de interligados e nem sempre legislativamente previstos.

## 2. Uma nova agência europeia

Outro ponto igualmente polémico, que aliás desencadeou uma intensa discussão entre os Estados-Membros e as Instituições europeias, foi a questão de saber a cargo de quem deveria ficar esta nova competência de resolução. A decisão final foi a criação de uma nova agência europeia, o Conselho Único de Resolução.

A criação de agências europeias é um dos assuntos mais relevantes no quadro do constitucionalismo europeu. Com T. TRIDIMAS, pode afirmar-se que esta problemática contrapõe dois vectores essenciais, potencialmente conflituantes: uma agência europeia só será útil se tiver efectivos poderes de decisão, mas a atribuição de poderes a estas entidades perturba o equilíbrio institucional e é contrária a princípios democráticos de responsabilização das Instituições europeias<sup>239</sup>.

O equilíbrio entre efectividade e legitimidade foi inicialmente definido na jurisprudência *Meroni-Romano*, na qual o Tribunal de Justiça introduziu uma distinção entre delegação de poderes estritamente definidos e delegação de poderes discricionários, sendo a última proibida, e precisou que não poderia haver delegação de poderes para a adopção de actos juridicamente vinculativos<sup>240</sup>. Com o passar do tempo, surgiram dúvidas sobre a adequação desta jurisprudência no contexto das sucessivas revisões dos Tratados e, na prática, foram criadas diversas agências europeias que dificilmente cumpririam os seus critérios<sup>241</sup>. Recentemente, e num caso que envolvia uma das agências criadas no período pós-crise, a ESMA, este critério foi alterado, passando a permitir-se a delegação de poderes para a adopção de actos juridicamente vinculativos, quando tal delegação for

claramente delineada, sujeita a critérios que limitem a discricionariedade e passível de controlo judicial<sup>242</sup>.

Quanto à utilização do artigo 114.º do TFUE para a criação de agências europeias, já em 2006, no caso ENISA, o Tribunal de Justiça decidiu que esta norma poderia ser uma base jurídica adequada<sup>243</sup>. O acórdão ESMA veio alargar esta possibilidade, esclarecendo a sua válida aplicação mesmo quando a agência em causa dispõe de poderes de adopção de actos juridicamente vinculativos, questão que não se tinha colocado anteriormente<sup>244</sup>. O Advogado-Geral JÄÄSKINEN tinha optado por uma interpretação mais restritiva do artigo 114.º do Tratado, considerando que a disposição que dava à ESMA poderes de intervenção em circunstâncias excepcionais não podia basear-se nessa norma do Tratado, não por permitir a adopção de medidas juridicamente vinculativas, mas simplesmente porque esse poder ia para lá do objectivo de harmonização de legislações nacionais<sup>245</sup>.

É com base nestes desenvolvimentos jurisprudenciais que a legalidade da criação do Conselho Único de Resolução deve ser analisada. Esta agência detém vastos poderes no âmbito da resolução de instituições de crédito, adoptando decisões inerentemente discricionárias e com efeitos directos e vinculativos para as instituições de crédito<sup>246</sup>. Contudo, a adopção de uma decisão de resolução exige a intervenção do Conselho e da Comissão, os quais podem apresentar objecções à proposta do Conselho de Resolução<sup>247</sup>. Este envolvimento de duas instituições europeias no processo decisório de resolução pode justificar-se pelo intuito de limitar a discricionariedade desta nova agência<sup>248</sup>.

Mantém-se, ainda assim, incerto se uma eventual pronúncia do Tribunal de Justiça sobre a validade desta delegação de poderes no Conselho Único de Resolução seria favorável ou não. Se, por um lado, o Tribunal introduziu já uma flexibilização da teoria da delegação de poderes no caso ESMA, que igualmente se adequa, e é necessária, a esta nova agência, por outro, esta jurisprudência é criticada por conter excessivas referências às particularidades do caso, em vez de formular princípios gerais quanto ao

recurso ao artigo 114.º no contexto da criação de agências<sup>249</sup>. Assim sendo, apenas um escrutínio das específicas disposições do Regulamento MUR poderia ser conclusivo para a determinação da sua legalidade<sup>250</sup>.

### **3. O Acordo Intergovernamental**

O último aspecto relativo ao processo de criação do Mecanismo Único de Resolução que uma vez mais evidencia o conflito entre vontade política e juridicidade da acção europeia, é o facto de os Estados-Membros terem recorrido a dois actos, de naturezas jurídicas quase diametralmente opostas, para a constituição do Fundo Único de Resolução. Este Fundo foi criado pelo Regulamento MUR<sup>251</sup>, mas as regras sobre a transferência de contribuições para o mesmo Fundo foram estabelecidas através de um acordo intergovernamental<sup>252</sup>.

A justificação de que os Estados-Membros poderiam ter considerado que o quadro legislativo europeu não fornecia apoio suficiente à regulação destas transferências afigura-se insatisfatória. A ser assim, a criação em si do Fundo Único de Resolução através de um regulamento e sob a égide do artigo 114.º do TFUE careceria, desde logo, de suporte jurídico, não sendo concebível a criação de um tal fundo sem as correspondentes contribuições que o viriam a constituir. Na verdade esta opção parece não ter sido mais do que uma concessão política motivada pelo receio de legislar matérias tão sensíveis através de um regulamento, de aplicação directa<sup>253</sup>.

Independentemente das concretas motivações, a consequência mais imediata desta decisão traduz-se no afastamento da jurisdição do Tribunal de Justiça sobre o acordo intergovernamental, apesar de a jurisdição europeia ser a única competente para interpretar e apreciar a validade do Regulamento MUR. Esta situação pode dar origem a contradições com eventuais decisões judiciais nacionais sobre o acordo intergovernamental, além de que não é possível levar a cabo uma interpretação de cada um dos instrumentos isoladamente.

Como veremos de seguida, não foi apenas o processo legislativo de criação da União Bancária que se afigurou problemático, pois o seu concreto funcionamento, tal como vertido nos diferentes regulamentos, é igualmente polémico. Um exemplo que particularmente o denota, colocando, uma vez mais, em evidência o conflito entre os níveis nacional e supranacional, é a repartição de competências entre a União Europeia e os seus Estados-Membros no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão.

### **III. A dualidade de competências no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão**

#### **1. Coexistência de competências nacionais e supranacionais**

Embora os Estados-Membros tenham acordado na passagem de competências de supervisão para o nível supranacional, através da criação do Mecanismo Único de Supervisão, as negociações foram difíceis e exigiram uma série de concessões. Estas dificuldades estão agora patentes no sistema de repartição de competências entre o BCE e as autoridades nacionais. Vejamos.

O artigo 4.º do Regulamento MUS enumera um conjunto de competências relacionadas com o núcleo de poderes necessários à tarefa de supervisão. Numa primeira leitura, pareceria que o BCE exercê-los-ia em exclusivo e sobre todas as instituições de crédito da zona euro. Contudo, o artigo 6.º do mesmo Regulamento vem complexificar este cenário. O n.º 4 deste preceito introduz uma divisão de competências com base no tipo de instituição de crédito em causa, determinando que as instituições de crédito significativas ficarão a cargo exclusivo do BCE, enquanto que as menos significativas ficarão, em princípio, a cargo das autoridades nacionais. Este critério classificativo baseia-se num de três factores: relevância económica, assistência financeira do Fundo Europeu de Estabilidade Financeira ou do Mecanismo Europeu de Estabilidade ou integração numa das três mais significativas instituições de crédito de cada Estado-Membro<sup>254</sup>. Esta

diferenciação não estava prevista pela Comissão europeia na sua proposta, tendo sido os Estados-Membros que insistiram em deixar para o nível nacional a supervisão de entidades que pudessem considerar-se de menor relevo transnacional.

No entanto, há excepções a esta competência de princípio das autoridades nacionais. Por um lado, algumas competências, mesmo sobre as instituições menos significativas, cabem sempre ao BCE<sup>255</sup>. Por outro lado, o BCE tem uma alargada possibilidade de intervenção na actuação das autoridades nacionais, plasmada no artigo 6.º, n.º 5, do Regulamento MUS, o qual lhe permite: (i) solicitar informações, pontual ou continuamente, (ii) exercer, a qualquer momento, poderes de investigação, (iii) instruir as autoridades nacionais no exercício das suas competências (o que lhe confere uma *competência indirecta*), e (iv) a qualquer momento e por iniciativa própria, com mera consulta à autoridade nacional, “exercer directamente todos os poderes relevantes” com o intuito de “garantir a aplicação coerente de elevados padrões de supervisão” (o que apelidamos de *competência potencial*)<sup>256</sup>.

Este último poder, vertido no artigo 6.º, n.º 5, alínea b), é o mais problemático, concedendo ao BCE uma margem de discricionariedade quanto à possibilidade de se substituir às autoridades nacionais. Sendo certo que o motivo para o BCE fazer uso desta norma é já em si uma limitação e que o Regulamento-Quadro do MUS estabelece factores que o BCE poderá tomar em conta na sua decisão<sup>257</sup>, não é menos exacto que as formulações destas normas são significativamente amplas. Esta possibilidade, configurada como uma *competência potencial* do BCE, representa um conceito estranho no direito europeu. A reacção normal face a uma incorrecta ou insuficiente aplicação do direito europeu a nível nacional é a interposição de uma acção por incumprimento contra o Estado-Membro, iniciada pela Comissão ou outro Estado-Membro<sup>258</sup>, e não uma espécie de acção directa por parte do BCE<sup>259</sup>.

Temos, assim, que o BCE assume *competências directas*, face às instituições significativas, *competências indirectas*, através do poder de

dirigir instruções às autoridades nacionais, e *competências potenciais*, nos casos em que o BCE passa a assumir a supervisão de instituições menos significativas.<sup>260</sup> As autoridades nacionais têm competência de princípio sobre instituições de crédito menos significativas e uma competência residual sobre todos os poderes não atribuídos ao BCE. Exemplificativamente, as autoridades nacionais serão competentes quanto à supervisão de instituições não abrangidas *ratione personae* pelo Regulamento MUS<sup>261</sup>, bem como em relação a outras matérias conexas, como as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços e a protecção dos consumidores<sup>262</sup>.

Assim sendo, as diversas excepções e contra-excepções à regra de divisão de competências acabam por esvaziar de sentido a distinção entre instituições de crédito mais e menos significativas, acrescentando que, em rigor, a concessão que os Estados-Membros conseguiram da Comissão não é significativa<sup>263</sup>.

## 2. A aplicação de direito nacional pelo BCE

Se a repartição de competências que acaba de analisar-se, suscitando, embora, várias questões quanto à sua execução, não é totalmente nova no quadro da aplicação do direito europeu<sup>264</sup>, o Mecanismo Único de Supervisão introduz, no artigo 4.º do Regulamento MUS, um outro ponto regulativo que é, esse sim, absolutamente inovador.

O artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento MUS dispõe que “[p]ara efeitos do exercício das atribuições que lhe são conferidas (...) o BCE aplica toda a legislação aplicável da União e, no caso de diretivas, a legislação nacional que as transpõe”. No caso de regulamentos que concedam opções, “o BCE deve aplicar também a legislação nacional relativa ao exercício dessas opções”. Consequentemente, ao exercer as suas competências, o BCE disporá não só de normas de direito europeu, normalmente aplicável pelas Instituições europeias, mas também de normas de direito nacional. Parece-

nos uma espécie de *administração indirecta inversa*, em que a União Europeia executa o direito dos diversos Estados-Membros.

Esta norma suscita diversas questões. Antes de mais, é de duvidosa aplicação prática, sendo difícil para o BCE identificar e correctamente aplicar normas nacionais de todos os Estados-Membros participantes. De todo o modo, a cooperação estabelecida com as autoridades nacionais, nesta sede, ajudará a ultrapassar estas dúvidas. Em segundo lugar, não é evidente que direito nacional será aplicável. No caso de regulamentos, que são directamente aplicáveis, o facto de deixarem opções para os Estados-Membros normalmente significa que o seu exercício retira essa parte do direito nacional do escopo do direito europeu. Já as directivas não são, por si só, directamente aplicáveis. Por conseguinte, que direito deverá o BCE aplicar caso o Estado-Membro em causa não tenha transposto determinada directiva, ou no caso de a ter transposto erradamente?

Perante uma directiva não transposta, poder-se-ia sugerir que o BCE a aplicasse se ela pudesse considerar-se como “auto-executável”<sup>265</sup>. No entanto, a directiva, enquanto instrumento de direito secundário, não foi concebida para ter um carácter directamente aplicável, e a jurisprudência sobre o efeito directo das directivas não parece ter aplicação neste contexto. Além disso, o próprio Regulamento MUS não aponta para essa solução, uma vez que o artigo 4.º, n.º 3 deste Regulamento indicia a necessidade de respeitar o papel do direito nacional e também de manter a diferença entre directivas e regulamentos de direito material bancário<sup>266</sup>.

Quanto a uma directiva erradamente transposta, seria mais fácil de admitir que o BCE a aplicasse tal como se encontra ao nível nacional. Caso contrário, teria de averiguar a compatibilidade do direito nacional com o direito europeu, o que é tarefa exclusiva do Tribunal de Justiça<sup>267</sup>. Se o BCE tiver dúvidas sobre essa compatibilidade, não tendo legitimidade para instaurar uma acção com base no artigo 258.º do TFUE, pode apenas comunicar a situação à Comissão.

Em terceiro lugar, ter-se-á de definir que tribunal e em que termos tem jurisdição para interpretar e aplicar estas normas<sup>268</sup>. Em causa está uma

actuação do BCE e, portanto, a sua revisão judicial cabe ao Tribunal de Justiça. No entanto, o BCE pode ter actuado com base em normas de direito nacional, cuja interpretação cabe aos tribunais nacionais. À partida, exigir-se-ia que o Tribunal de Justiça se abstinhasse de interpretar normas nacionais, conferindo-lhes o sentido que os tribunais nacionais mais elevados lhes tivessem atribuído<sup>269</sup>. No entanto, a distinção entre interpretação de normas nacionais e avaliação da actuação do BCE com base nessas mesmas normas seria de difícil aplicação prática. Mais difícil ainda seria exigir ao Tribunal de Justiça que se baseasse em interpretações judiciais nacionais no seu próprio processo decisório. Permitir o inverso, isto é, a interpretação destas normas nacionais de acordo com os padrões do Tribunal de Justiça, conduziria ao risco de interpretações divergentes e a uma ingerência indesejável na esfera nacional<sup>270</sup>.

Confrontados com estas interrogações, torna-se, de facto, compreensível por que razão todo o sistema europeu está baseado, e correctamente, numa administração indirecta em que o nível nacional aplica as normas criadas ao nível supranacional<sup>271</sup>. No plano judicial, a concretização deste modo de execução é conseguida através do reenvio prejudicial, através do qual os tribunais nacionais, ao aplicar direito europeu, podem colocar questões ao Tribunal de Justiça sobre a sua interpretação. Este cenário agora introduzido pelo mecanismo de supervisão exigiria, em total rigor, mas indesejavelmente, um *processo inverso*, através do qual o Tribunal de Justiça pudesse questionar os tribunais nacionais, o que se afigura de todo ilógico. Pode, por isso, dizer-se que o legislador europeu, ao consagrar a hipótese de o BCE aplicar direito nacional, não tomou em devida consideração as problemáticas consequências que daí resultariam.

Vejamos agora, tendo em conta a análise até aqui realizada sobre algumas das problemáticas da União Bancária, de que modo esta nova política se reflecte no processo de integração europeia.

## IV. A relevância da União Bancária no processo de integração europeia

### 1. *Problemáticas de integração expostas pela União Bancária*

A União Bancária, pelas *circunstâncias* em que surgiu, pelo *processo negocial* que implicou e pelo seu *funcionamento*, coloca em evidência problemáticas que são determinantes do processo de integração europeia<sup>272</sup>.

Em primeiro lugar, surge como mais um meio de *combate à crise económico-financeira* que assola os países europeus. Foi esta crise que trouxe sobre a União Económica e Monetária e, na verdade, sobre todo o projecto europeu, uma nuvem de incerteza e descrença<sup>273</sup>, potencialmente capaz de determinar o seu declínio ou, ao invés, de abrir caminho para um renascer reforçado.

Em segundo lugar, as instituições europeias envolveram-se em intricados debates sobre o se e o como de uma reforma do sector bancário europeu, num processo negocial que expôs a *tensão entre a vontade política e a conformidade com os Tratados*. Sendo a vontade política permeável a diversos factores externos, corre-se o risco desta contingência se reflectir ao nível jurídico, o que com frequência ocorre no processo legislativo europeu. A União Europeia está limitada pelo princípio da atribuição de competências<sup>274</sup>, que impõe que qualquer medida por ela adoptada se baseie numa norma apropriada constante dos Tratados. A existência de uma base jurídica sem correspondente vontade política poderá suscitar críticas de inacção e de custos de efectividade. O inverso levantará certamente problemas de legalidade da acção<sup>275</sup>.

Na procura de uma adequada base jurídica para a União Bancária, muitos se insurgiram no sentido de que uma reforma desta dimensão só poderia ser levada a cabo após uma revisão dos Tratados<sup>276</sup>. No específico caso da política de resolução, como acima se expôs, foi necessário recorrer-se ao artigo 114.º do Tratado, tanto para o estabelecimento de um Mecanismo Único de Resolução, como para a criação de uma nova agência

européia. Nem a argumentação avançada nas discussões travadas no processo legislativo, nem mesmo a jurisprudência europeia conseguem desprender o recurso a esta base jurídica de contingências político-económicas. Assistimos, ainda, a uma acrescida particularidade, pois a vontade política foi condicionada à celebração, à margem do direito supranacional, de um acordo intergovernamental.

Para lá do processo negocial, e em terceiro lugar, o funcionamento da União Bancária coloca em evidência a *tensão entre o nível nacional e o nível supranacional*. A sensibilidade em geral deste tópico advém da tradicional relutância dos Estados-Membros em abdicar da sua soberania e em ver as Instituições europeias crescentemente imiscuídas em diversos domínios. Como decorre da análise atrás realizada do Mecanismo Único de Supervisão, as diferentes concessões negociais culminaram numa complexa divisão de competências. O resultado final é não só uma extensa competência do BCE<sup>277</sup>, como a possibilidade de este exercer supervisão directa sobre instituições de crédito que, de acordo com o critério principal, permaneceriam no campo de acção nacional. Parecem-nos inevitáveis futuros conflitos sobre a concreta repartição de tarefas de supervisão.

Outra questão em aberto é a do controlo judicial sobre os actos de supervisão. A actuação do BCE, podendo basear-se em normas de direito nacional, abre portas a uma intrusão do poder judicial europeu no poder judicial nacional. Se na prática os casos em que o BCE venha a aplicar direito nacional e o Tribunal de Justiça venha a ter de o interpretar possam revelar-se de diminuta expressão, não perde importância a necessidade de questionar em que moldes esta inversão do normal sistema de administração indirecta é ou não adequada e que limites lhe devem ser impostos.

## 2. Um passo integrativo ou dois passos atrás?

Expostos os difíceis e heterogêneos desafios colocados no âmbito da criação e do desenvolvimento da União Bancária, qual, afinal, o seu impacto no processo de integração política?

É inegável que a constituição desta nova união exigiu uma transferência significativa de poderes dos Estados-Membros para a União Europeia. Consubstancia, provavelmente, a maior perda de soberania nacional desde a introdução da moeda única<sup>278</sup>. Na verdade, está espelhado nesta política bancária europeia o equivalente à União Monetária no âmbito do sector bancário, pelo que a extensão da sua relevância vai muito além de uma medida de combate à crise económica, constituindo um verdadeiro passo em direcção à integração política que ainda não foi possível atingir<sup>279</sup>.

Com S. DERYNCK, podemos afirmar que é um passo substancialmente para lá das medidas anti-crise anteriormente adoptadas a nível europeu, constituindo uma nova abordagem de cariz transformacional<sup>280</sup>. A resposta europeia começou por ser conservadora, contentando-se com uma mera coordenação de políticas já existentes. Agora passámos a uma fase de centralização de poderes tão essenciais e politicamente sensíveis como a supervisão e a resolução bancárias, com um vasto enquadramento jurídico-institucional como pano de fundo. Esta diferença não é despicienda – implica, assumidamente ou não, um *salto qualitativo no aprofundamento da integração política*.

Questão distinta é a da adequação e das consequências deste passo. As opiniões dividem-se entre críticas à sua legitimidade e reconhecimento da necessidade de mais extensa acção europeia no sector bancário. Sobretudo o carácter de urgência que dominou as negociações revela a tendência europeia de agir já tarde demais. A insistência numa revisão dos Tratados teria, contudo, protelado indefinidamente uma resposta europeia, que, afinal, pecaria por ser ainda mais tardia<sup>281</sup>.

No plano das consequências, esta nova política contém, teoricamente, o potencial de separar a adequada regulação bancária da parcialidade e proteccionismo das entidades nacionais<sup>282</sup>. A intervenção europeia justificar-se-ia, assim, com base numa ideia de objectividade já não conseguida a nível estadual, mas necessária para o colectivo dos Estados-Membros. Os objectivos passariam não só pela estabilidade do sistema financeiro, mas também pela limitação do recurso a verbas dos orçamentos nacionais para corrigir falhas desse sistema.

O seu sucesso prático dependerá de saber se estas características ou “vícios” apontados aos Estados-Membros não serão reproduzidos ao nível supranacional, pese embora com um diferente tipo de protecção, desta feita plasmado, exemplificativamente, na defesa de interesses de alguns Estados-Membros em detrimento de outros. Será seguramente necessário um equilíbrio entre os objectivos económicos da União Bancária e as suas potencialidades políticas, que num ponto óptimo representariam um extraordinário avanço para o projecto europeu e para os Estados Membros, mas cujos resultados reais são ainda difíceis de prever.

## V. Conclusão

A crise económico-financeira teve um impacto particular na União Europeia, não apenas pelas consequências económicas e sociais inerentes a qualquer crise, mas também pelo impacto que assumiu ao nível desta organização supranacional, exigindo dela respostas rápidas, eficientes e legítimas – uma combinação inevitavelmente difícil de alcançar. Foi neste contexto que se conceptualizou e formalizou uma União Bancária que, pelas *circunstâncias* em que surgiu, pelo *processo negociado* que implicou e pelo seu *funcionamento*, está intrinsecamente ligada às problemáticas determinantes do processo de integração europeia.

O primeiro nível de resposta da União Europeia à crise bancária foi tanto passivo, como conservador. A introdução de uma nova e mais abrangente política, assumida como uma União Bancária, só mais tarde viria a surgir,

fruto da confluência num único debate da crise do sector bancário e da crise das dívidas soberanas, possível num específico contexto que não se tinha materializado antes de 2012.

Um primeiro obstáculo à constituição desta nova política europeia foi a procura da adequada base jurídica. Se para a supervisão bancária o artigo 127.º, n.º 6, do TFUE facilitou a atribuição de competências ao BCE, a unificação da resolução bancária teve de encontrar suporte no artigo 114.º do mesmo Tratado. O recurso a esta norma não é pacífico, tendo sido utilizado tanto para a criação do MUR, como para a criação de uma nova agência europeia, o Conselho Único de Resolução. À margem do direito supranacional, surge, ainda, um acordo intergovernamental para regular a constituição do Fundo Único de Resolução.

Também o funcionamento da União Bancária não está isento de dificuldades. Em particular, a repartição de competências de supervisão entre as autoridades nacionais e o BCE está vertida num complexo sistema, apenas aparentemente assente numa divisão simples entre instituições de crédito significativas e menos significativas. Não assumindo uma competência total de forma expressa, o BCE tem, sobre as instituições de crédito menos significativas, competências *indirectas* e *potenciais*. Uma novidade introduzida pelo sistema é a indicação de que o BCE deve aplicar normas de direito nacional que transponham directivas ou que exerçam o poder de escolha concedido por determinados regulamentos, o que configura uma espécie de *administração indirecta inversa* que deixa muitas questões por resolver.

A análise destas diferentes problemáticas no seio da União Bancária leva à conclusão de que esta nova política coloca em evidência uma série de questões com relevo no plano do processo de integração europeia. O contexto em que surge, de *combate à crise económico-financeira*, contende ele próprio com a viabilidade do projecto europeu. A *tensão entre a vontade política e a conformidade com os Tratados* transparece em todo o processo negocial dos diferentes pilares e com particular acuidade na criação do MUR. A *tensão entre os níveis nacional e supranacional* faz-se sentir não

só num plano inicial de transferência de poderes, mas especificamente no funcionamento do MUS, no plano da repartição de competências entre a União e os Estados Membros e entre o poder judicial nacional e a jurisdição do Tribunal de Justiça.

Assim sendo, esta nova política afirma-se como um passo com potencialidades para se afirmar para lá da lógica estritamente económica, atingindo o patamar da integração política, ficando, para já, por confirmar de que modo este potencial será utilizado. O seu sucesso ou fracasso contenderá com a vitalidade do próprio projecto europeu, testando a sua resiliência à crise e às diversas dificuldades inerentes ao caminho da supranacionalidade. É, de todo o modo, inegável que a União Bancária relança o debate sobre o *porquê*, o *como* e o *quando* da integração europeia.

-

<sup>217</sup> Nas décadas de 70 e 80, houve harmonização europeia através de directivas sobre o estabelecimento de instituições de crédito – cfr. Directiva 77/780/CEE (primeira directiva bancária) e Directiva 89/646/CEE (segunda directiva bancária). Referindo-se, sobretudo, à segunda directiva bancária como o “mais básico ingrediente legislativo para o que é hoje pensado como uma união bancária”, *vide* P. HONOHAN, “The future shape of banking”, discurso na conferência do IIEA intitulada “The future of banking in Europe”, Dublin, 2 de Dezembro de 2013, disponível em: <http://www.bis.org/review/r131203g.htm>.

<sup>218</sup> Regras disponíveis em [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/temporary.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary.html).

<sup>219</sup> Sobre esta nova abordagem à matéria dos auxílios de Estado ao sector bancário, *vide p.ex.*, G. LOSCHIAVO, “State Aids and Credit Institutions in Europe: What Way Forward?”, *European Business Law Review*, vol. 25, n.º 3, 2014, pp. 427-457.

<sup>220</sup> L. CUOCOLO, “Constitutional Issues of the Banking Union, between European Law and National Legal Orders”, *BAFFI CAREFIN Research Paper*, n.º 10, 2015, p. 4.

<sup>221</sup> Sobre os auxílios de Estado ao sector bancário português, *vide* M. MENDESPEREIRA, “State aid control in the banking sector: the recapitalisation of portuguese banks”, *in* C. BOTELHO MONIZ/P. DE GOUVEIA E MELO, *The Economic and Financial Crisis in Europe: On the Road to Recovery*, Bruylant, 2015, pp. 79-88. Sobre o caso BES, *vide* M. MIRANDA BARBOSA, “A propósito do caso BES, Algumas notas acerca da medida de resolução”, *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 58, 2015, pp. 187-248.

<sup>222</sup> Sobre o papel da EBA, *vide* E. FAHEY, “Does the Emperor Have Financial Crisis Clothes? Reflections on the Legal Basis of the European Banking Authority”, *The Modern Law Review*, vol. 74, n.º 4, disponível em [ssrn.com](http://ssrn.com), p. 4 e ss.

223 Uma das maiores críticas à intervenção europeia em resposta à crise foi o facto de se precipitar imediatamente em processos legislativos sem uma análise adequada do impacto que essas medidas teriam – cfr. T. TRIDIMAS, “Financial Supervision and Agency Power”, in N. SHUIBHNE/L.W. GORMLEY, *From Single Market to Economic Union, Essays in Memory of John A Usher*, Oxford University Press, 2012, p. 58.

224 Declaração da Cimeira da área do euro de 29 de Junho de 2012, que reclamou a constituição de um mecanismo de supervisão, no qual o BCE estivesse envolvido. Em Outubro do mesmo ano, nas Conclusões sobre o quadro financeiro integrado, o Conselho Europeu convidou “os legisladores a prosseguirem os trabalhos relativos às propostas legislativas sobre o Mecanismo Único de Supervisão”. O BCE assumiu um papel preponderante nestas discussões legislativas. Sobre a evolução do papel do BCE na crise económico-financeira e, mais recentemente, na União Bancária, cfr. T. BEUKERS, “The New ECB and its Relationships with the Eurozone Member States: Between Central Bank Independence and Central Bank Intervention”, *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 1579 e ss. Curiosamente, *whatever it takes*, a famosa frase de Mario Draghi, foi proferida menos de um mês após a mencionada reunião da Cimeira da área do euro. Cfr. M. DRAGHI, *Verbatim of the remarks made at the Global Investment Conference*, Londres, 12 Julho 2012, disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>.

225 O Regulamento que estabelece o Mecanismo Único de Supervisão, no Considerando 6, refere-se a esta ideia, afirmando que “[a] estabilidade das instituições de crédito está em muitos casos ainda estreitamente ligada ao Estado-Membro em que se encontram estabelecidas. A incerteza que rodeia a sustentabilidade da dívida pública, as perspectivas de crescimento económico e a viabilidade das instituições de crédito geraram tendências de mercado negativas que se têm mutuamente acentuado”. Sobre a evolução da dívida soberana e da dívida bancária, *vide* J. M. QUELHAS, “Dos objectivos da união bancária”, *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 55, 2012, pp. 259-262.

226 S. DE RYNCK, “Changing Banking Supervision in the Eurozone: the ECB as a Policy Entrepreneur”, *Bruges Political Research Papers*, n.º 38, 2014, p. 12. Para uma perspectiva económica sobre a ligação entre crise bancária e crise das dívidas soberanas, cfr. B. CANDELON/F. C. PALM, “Banking and Debt Crisis in Europe: The Dangerous Liaisons?”, *CESifo Working Paper* n.º 3001, 2010, disponível em [ssrn.com](http://ssrn.com); C. ANGELONI/G. B. WOLFF, “Are Banks Affected by their Holdings of Government Debt?”, *Bruegel Working Paper* n.º 7, 2012.

227 Pode especular-se que, se Espanha tivesse aceite um programa de ajustamento, à semelhança da Grécia, Irlanda e Portugal, antes de 2012, talvez a oportunidade de se repensar a política bancária europeia nunca tivesse surgido. Neste sentido, cfr. S. DERYNCK, *ob. cit.*, p. 8.

228 Regulamento (UE) N.º 1024/2013, J.O. L 287/63 (“Regulamento MUS”) e o Regulamento (UE) N.º 806/2014, J.O. L 225/1 (“Regulamento MUR”).

229 Proposta de Regulamento de 24 de Novembro de 2015 que altera o Regulamento 806/2014 com vista à criação do Sistema Europeu de Seguro de Depósitos, COM (2015) 586 final. Tendo em conta que o texto do Regulamento não foi ainda adoptado, este terceiro pilar ficará de fora da nossa análise. Sobre a proposta de Regulamento, *vide* J. CALVÃO DA SILVA, “União Bancária Europeia”, *Revista Online Banca, Bolsa e Seguros*, n.º 2, 2016, pp. 34-39; J. M. QUELHAS, “Nótulas sobre a reforma

do sector bancário da união europeia após a crise financeira de 2007”, Boletim de Ciências Económicas, vol. 56, 2013, pp. 513-525.

<sup>230</sup> Artigo 127.º, n.º 6, do TFUE, que faz referência específica à atribuição ao BCE de competências em relação a políticas de supervisão prudencial, excluindo empresas de seguros. Ainda assim, a criação do MUS com base nesta norma foi alvo de extensas críticas. Questionando a legalidade do uso desta base jurídica, na medida em que ela apenas permitiria a transferência de algumas e específicas competências, cfr. B. WOLFERS/T. VOLAND, “Level the Playing Field: The New Supervision of Credit Institutions by the European Central Bank”, *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, pp. 1485-1486. Na Alemanha, um grupo de académicos apresentou uma queixa junto do Tribunal Federal Constitucional, no sentido de que o MUS só poderia ser adoptado após uma revisão dos Tratados. O Tribunal Constitucional alemão ainda não se pronunciou, mas a decisão deverá ser adoptada ainda em 2016, cfr. .

<sup>231</sup> Sobre o processo de decisão política de adopção do MUR, vide J. V. LOUIS, “La difficile naissance du mécanisme européen de résolution des banques”, *Cahiers du droit européen*, vol. 50, 2014, pp. 7-20. Críticas ao recurso a esta base jurídica sentiram-se particularmente da parte da Alemanha. Neste sentido, cfr. D. HOWARTH/L. QUAGLIA, “The Steep Road to European Banking Union: Constructing the Single Resolution Mechanism”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 52, pp. 128-132.

<sup>232</sup> C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2ª ed., 2013, pp. 634-635.

<sup>233</sup> Considerandos 3 e 9 do Regulamento MUR. No sentido de que os vários objectivos da União Bancária têm como denominador comum o risco de fragmentação dos mercados financeiros e de impedir a consolidação do mercado interno, cfr. J. M. QUELHAS, “Dos objectivos...”, ob. cit., pp. 283-286.

<sup>234</sup> E. FERRAN, “European Banking Union, Imperfect, But It Can Work”, in D. BUSCH/G. FERRARINI, *European Banking Union*, Oxford University Press, 2015, pp. 80-81.

<sup>235</sup> Directiva 2014/59/UE que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento, J.O. L 173/190.

<sup>236</sup> Cfr., neste sentido, G. S. ZAVVOS/S. KALTSOUNI, “The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundation, Governance Structure and Financing”, disponível em [ssrn.com](http://ssrn.com), pp. 10-12. Quanto ao facto de o MUR não se aplicar à totalidade dos Estados-Membros e, portanto, dividir, em vez de integrar, o mercado interno, o Autor contra-argumenta que o MUR beneficiará a totalidade do mercado dos serviços financeiros, já que a interdependência bancária não está limitada aos bancos da zona euro – cfr. p. 12.

<sup>237</sup> O exemplo mais flagrante talvez seja a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre cidadania europeia na base das liberdades do mercado interno. Neste sentido, cfr. VITAL MOREIRA, “Cidadania para além do Estado”, in “*Respublica*” Europeia, *Estudos de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra Editora, 2014, p. 111, afirmando que “[n]ada traduz melhor essa conversão ‘comunidade económica’ em ‘comunidade política’ do que a metamorfose da primitiva liberdade de

circulação e de estabelecimento dos agentes económicos em liberdade de movimento e residência dos cidadãos europeus *qua tale*”.

238 Sustentando que o MUR respeita os critérios exigidos pela jurisprudência europeia quanto à utilização do artigo 114.º do Tratado, cfr. P. GALLAGHER, “The Financial Crisis, Banking Union and the Rule of Law”, in K. BRADLEY/N. TRAVERS/A. WHELAN, *Of Courts and Constitutions*, Hart, 2014, pp. 137-139. O Autor acrescenta que se as Instituições europeias não tivessem actuado devido a dúvidas acerca das adequadas bases jurídicas, então teriam privado os cidadãos europeus dos benefícios de um euro mais estável e teriam indefinidamente adiado a criação de um quadro bancário sólido, que é essencial para os objectivos da União Europeia.

239 T. TRIDIMAS, ob. cit., pp. 59-60.

240 Caso C-9/56 *Meroni c. Alta Autoridade* de 13 de Junho de 1958 (“Meroni”), página 151 e caso C-98/80 *Romano c. Institut National d’Assurance Maladie Invalidité* de 14 de Maio de 1981 (“Romano”), para. 20.

241 M. SCHOLTEN/M. VAN RIJSBERGEN, “The ESMA-Short Selling Case, Erecting a New Delegation Doctrine in the EU upon the Meroni-Romano Remnants”, *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 41, n.º 4, 2014, p. 390.

242 Caso C-270/12 *RU c. Conselho e Parlamento RU c. Conselho e Parlamento* 55. No sentido de que, apesar de a jurisprudência *Meroni-Romano* não ter sido expressamente revogada, ela foi flexibilizada ou actualizada, cfr. H. MARJOSOLA, “Bridging the Constitutional Gap in EU Executive Rule-Making: The Court of Justice Approves Legislative Conferral of Intervention Powers to European Securities Markets Authority”, *European Constitutional Law Review*, vol. 10, n.º 3, 2014, pp. 513-516.

243 Caso C-217/04 *RU c. Conselho e Parlamento* de 2 de Maio de 2006 (“ENISA”).

244 Entendendo que esta leitura do Tribunal de Justiça é preocupante, na medida em que torna demasiado ténue a relação entre o artigo 114.º do Tratado, a criação de uma agência e a extensão dos poderes que lhe podem ser atribuídos, cfr. M. SCHOLTEN/M. VANRIJSBERGEN, ob. cit., p. 400.

245 Opinião do Advogado-Geral Jääskinen no Caso C-270/12 *RU c. Conselho e Parlamento* (ESMA), 12 de Setembro de 2013, para. 37 e ss.

246 O CUR decide não só a resolução em si de uma instituição de crédito, mas tem ainda, por exemplo, poderes para agir através de uma intervenção precoce (artigo 13.º do Regulamento MUR) e poderes gerais de investigação (artigos 34.º e ss. do Regulamento MUR).

247 Artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento MUR.

248 Neste sentido, D. BUSCH, “Governance of the Single Resolution Mechanism”, in D. BUSCH/G. FERRARINI, *European Banking Union*, Oxford University Press, 2015, pp. 327-329.

249 E. FERRAN, ob. cit., p. 79. O Autor afirma, ainda assim, que o acórdão ESMA dá um sinal de que as agências europeias não estão restringidas por um modelo rígido e ultrapassado e que o

Tribunal está disposto a adaptar-se à evolução das circunstâncias – cfr. pp. 82-83.

<sup>250</sup> Talvez não seja despidendo atentar na data do acórdão ESMA, 22 de Janeiro de 2014, ou seja, pouco após a adopção do Regulamento MUS e durante as negociações do MUR.

<sup>251</sup> Artigos 67.º e ss. do Regulamento MUR.

<sup>252</sup> Acordo relativo à transferência e mutualização das contribuições para o Fundo Único de Resolução, 14 de Maio de 2014, disponível em:<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path>.

<sup>253</sup> Considerando que esta opção por um acordo intergovernamental não assenta em problemas jurídicos de escolha de uma correcta base jurídica, mas antes de um erróneo entendimento sobre a natureza jurídica dos regulamentos europeus e a potencialidade de que são revestidos de impor determinadas condutas aos Estados-Membros, cfr. F. FABBRINI, “On Banks, Courts and International Law – The Intergovernmental Agreement on the Single Resolution Fund in Context”, *Maastricht Journal of European and International Law*, vol. 21, n.º 3, 2014, p. 446. No Caso C-370/12 *Thomas Pringle c. Irlanda* de 27 de Novembro de 2012 (“Pringle”) o Tribunal de Justiça aceitou a criação do Mecanismo Europeu de Estabilidade com base num acordo intergovernamental, dispensando uma alteração dos Tratados.

<sup>254</sup> G. SCHUSTER, “The banking supervisory competences and powers of the ECB”, *EuZWBeilage*, n.º 3, 2014, p. 5. O BCE adoptou uma lista das instituições de crédito significativas e menos significativas em cada Estado-Membro parte do MUS. Em Portugal, as instituições significativas são o BPI, o BCP, a CGD e o Novo Banco – cfr. BCE, “The list of significant supervised entities and the list of the less significant supervised institutions”, última actualização a 4 de Setembro de 2014, disponível em:<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ssm-listofsupervisedentities1409en.pdf>.

<sup>255</sup> O artigo 6.º, n.º 6 do Regulamento MUS exclui da competência das autoridades nacionais os poderes constantes do artigo 4.º, n.º 1, alíneas a), c) e h), que incluem o poder de conceder e revogar autorizações e de apreciar aquisições e alienações de participações qualificadas.

<sup>256</sup> O artigo 7.º, n.º 4, do Regulamento MUR contém uma disposição semelhante, dando ao Conselho Único de Resolução a possibilidade de exercer competências que normalmente são deixadas para as autoridades nacionais, também aqui se manifestando uma competência potencial.

<sup>257</sup> Cfr. artigo 67.º, n.º 2 do Regulamento 468/2014 do BCE que estabelece o quadro de cooperação, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, entre o Banco Central Europeu e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (Regulamento Quadro do MUS).

<sup>258</sup> Com base nos artigos 258.º e 259.º do TFUE.

<sup>259</sup> G. SCHUSTER, ob. cit., p. 5.

<sup>260</sup> J. CALVÃO DA SILVA afirma que o BCE tem uma competência exclusiva quanto à supervisão prudencial sobre a totalidade das instituições de crédito, exercida “directamente sobre as instituições significativas (e, querendo, sobre as menos significativas) e indirectamente, através das autoridades

nacionais competentes, sobre as instituições consideradas menos significativas” – cfr. J. CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p. 25.

<sup>261</sup> Todas as que não caibam na definição dada pelo Regulamento N.º 575/2012/EU relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento.

<sup>262</sup> Entre outras referidas no Considerando 28 do Regulamento MUS. Entendendo que as autoridades nacionais serão competentes por actividades de supervisão não prudencial e defendo que será inevitável o surgimento de conflitos entre o BCE e as autoridades nacionais, na medida em que uma verdadeira distinção da supervisão prudencial será difícil, cfr. K. NEUMANN, “The supervisory powers of national authorities and cooperation with the ECB – a new epoch of banking supervision”, *EuZW-Beilage*, n.º 9, 2014, p. 12.

<sup>263</sup> S. DERYNCK, ob. cit., p. 10.

<sup>264</sup> À excepção, possivelmente, da competência potencial do BCE. Comparando, por exemplo, a competência indirecta do BCE com o modo de execução do direito dos auxílios de Estado, cfr. A. WITTE, “The Application of National Banking Supervision Law by the ECB: Three Parallel Modes of Executing EU Law?”, *Maastricht Journal of International and Comparative Law*, n.º 1, 2014, pp. 98-103. Considerando que, apesar de não ser completamente novo, é a primeira vez que este tipo de poder é concedido com tanta amplitude, cfr. L. CUOCOLO, ob. cit., p. 33.

<sup>265</sup> G. SCHUSTER, ob. cit., p. 8.

<sup>266</sup> A. WITTE, ob. cit., p. 109.

<sup>267</sup> G. SCHUSTER, ob. cit., p. 8.

<sup>268</sup> “This complex system of administering EU banking supervisory law based on the interplay of two legal systems leads to intriguing questions with regard to judicial review and the legal protection of the supervised credit institution”, B. WOLFERS/T. VOLAND, ob. cit., p. 1483. Analisando a questão do controlo judicial sob a perspectiva do princípio da protecção judicial efectiva dos particulares, neste caso das instituições de crédito, *vide* L. WISSINK/T. DUIJKERSLOOT/R. WIDDERSHOVEN, “Shifts in Competences between Member States and the EU in the New Supervisory System for Credit Institutions and their Consequences for Judicial Protection”, *Utrecht Law Review*, vol. 10, n.º 5, 2014, pp. 97 e ss.

<sup>269</sup> Neste sentido, cfr. B. WOLFERS/T. VOLAND, ob. cit., pp. 1484-1485.

<sup>270</sup> Interrogando-se sobre se o caso de interpretações divergentes seria admissível ou se teria de impor-se que a interpretação do Tribunal de Justiça vinculasse os tribunais nacionais, cfr. L. CUOCOLO, ob. cit., pp. 34-35. Esta vinculação constituiria uma ingerência mais grave ainda das competências dos tribunais nacionais. O Considerando 34 do Regulamento MUS dispõe que esta aplicação do direito nacional pelo BCE “*não prejudica o princípio do primado do direito da União*”. É incerto o que verdadeiramente se pretende com esta afirmação, mas deve ser rejeitada como justificação de uma preponderância da interpretação do Tribunal de Justiça de direito puramente nacional.

271 Sobre o sistema de administração indirecta do direito europeu, *vide* FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, 3.<sup>a</sup> ed., 2013, pp. 640-643.

272 Afirmando que a União Bancária reclama a interpretação de princípios básicos do direito europeu, em particular o princípio democrático, o princípio do equilíbrio institucional e o princípio da boa administração, *cfr.* B. WOLFERS/T. VOLAND, *ob. cit.*, pp. 1489-1494.

273 “[T]he crisis has exposed the nerves of an imperfect European integration. In the moment of crisis, the dynamics that emerged showed a tendency towards protection of national institutions”, L. CUOCOLO, *ob. cit.*, p. 3.

274 Sobre este princípio, *vide* FAUSTO DE QUADROS, *ob. cit.*, pp. 238-240. Relativamente à repartição de competências e fazendo um paralelo com a história do federalismo norte-americano, em que a doutrina dos poderes implícitos foi criada pelo Supremo Tribunal precisamente para suprir eventuais lacunas jurídicas na criação do Banco Federal Americano, *cfr.* L. CUOCOLO, *ob. cit.*, pp. 18-19.

275 Os mecanismos europeus de combate à crise têm sido frequentemente questionados à luz da adequação da base jurídica utilizada, como, por exemplo, a criação do Mecanismo Europeu de Estabilidade Financeira e do Fundo Europeu de Estabilidade Financeira em 2010, aos quais se seguiu, em 2011, o Mecanismo Europeu de Estabilidade. Sobre este caso, *vide* HINAREJOS, “The Euro Area and Constitutional Limits to Fiscal Integration”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n.º 14, 2012, disponível em *ssrn.com*, pp. 5-6. Mais recentemente, o Tribunal de Justiça decidiu pela compatibilidade com os Tratados da adopção pelo BCE da compra de obrigações soberanas (um instrumento conhecido como “OMT”), num reenvio prejudicial que partiu do Tribunal Federal Constitucional alemão – *cfr.* Caso C-62/14 *Peter Gauweiler c. Parlamento Alemão* de 16 de Junho de 2015 (“Gauweiler”). Sobre as implicações deste acórdão, *vide, p. ex.*, D. ADMASKI, “Economic Constitution of the Euro Area After the Gauweiler Preliminary Ruling”, *Common Market Law Review*, vol. 52, n.º 6, 2015, pp. 1451-1490.

276 Wolfgang Schäuble, referindo-se ao contexto de criação da União Bancária, afirmou que “[t]o achieve a strong Europe, which is what we all want, we will need a better legal basis in the long term. The Lisbon Treaty only reflects the European reality of 2014 to a limited extent”. *Cfr.* W. SCHÄUBLE, “Strategy for European Recovery”, discurso na 5<sup>th</sup> European Business Conference, Bruges, 27 Março 2014.

277 O BCE passa a ser responsável pela supervisão de cerca de 120 grupos de instituições de crédito, que representam 85% dos activos bancários da zona euro – *cfr.* BCE, “Guide to banking supervision”, Novembro de 2014, p. 13, disponível em: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssmguidebankingsupervision201411.en.pdf>.

278 Neste sentido e sobre a relação entre regulação bancária e soberania nacional, *cfr.* L. CUOCOLO, *ob. cit.*, pp. 36-39. “I am not exaggerating if I say that the banking union is the biggest European project since the euro was introduced”, M. MEISTER, “The European Banking Union”, *European Company and Financial Law Review*, n.º 2, 2015, p. 116. Esta ideia também foi suscitada nos debates no Parlamento Europeu por uma eurodeputada do Reino Unido, que assinalou que

“giving banking supervision to the EU was an even greater transfer of sovereignty than joining the euro” – cfr. sumário do debate do Parlamento Europeu em plenário sobre o MUS, Estrasburgo, 21 de Maio de 2013, disponível em: .

279 C. PAPANAVVAS, “Responsibility of the ECB in managing the European Debt Crisis: Towards a European Banking Union?”, *Law, Social Justice & Global Development Journal*, n.º 1, 2015, p. 22. No sentido de que é a crise da zona euro que pode vir a forçar a União Europeia a tomar uma decisão constitucional fundamental no sentido de uma mais legítima união política, considerando, contudo, que “it is still unlikely that Europeans will, via the Eurozone crisis, finally cross the political-cultural Rubicon”, cfr. P. L. LINDSETH, “The Eurozone Crisis, Institutional Change, and ‘Political Union’”, in F. ALLEN/E. CARLETTI/J. GRAY, *Political, Fiscal and Banking Union in the Eurozone*, 2013, disponível em *ssrn.com*, pp. 160-161.

280 S. DERYNCK, *ob. cit.*, pp. 10-11.

281 Referindo-se aos extensos prejuízos que teriam advindo de uma inação causada por dúvidas quanto à legalidade de agir, defendendo que uma correcta aplicação da “*rule of law*”, em conjugação com um efectivo funcionamento das instituições, tem de permitir que se fique um pouco aquém da certeza sobre a validade jurídica da acção, sendo suficiente que exista uma razoável base jurídica, cfr. P. GALLAGHER, *ob. cit.*, pp. 128-129.

282 Neste sentido, cfr V. BABIS, “Single Rulebook for Prudential Regulation of EU Banks: Mission Accomplished?”, *European Business Law Review*, vol. 26, n.º 6, p. 782, C. PAPANAVVAS, *ob. cit.*, p. 29.

# O BANCO MUNDIAL E O BANCO DOS BRICS NA NOVA CONFIGURAÇÃO GLOBAL<sup>283</sup>

Gabriel Rached<sup>284</sup>

**Resumo:** Nas últimas décadas vem se observando uma série de transformações – cada vez mais velozes e profundas - na conjuntura internacional que se reflete em aspectos econômicos, políticos, sociais e institucionais.

Desde os anos 2000 tem se observado tanto o aumento das taxas de crescimento dos países periféricos, como uma maior contribuição destes para o crescimento do PIB global e do comércio mundial, quando comparados à contribuição dos países centrais, como os Estados Unidos e Europa. Essas transformações alcançam dimensões que extrapolam a esfera econômica passando por mudanças que envolvem também as correlações de força dentro do sistema interestatal.

Por essa perspectiva, o objetivo deste artigo consiste em repensar o papel do Banco Mundial enquanto parte do arcabouço institucional multilateral de gestão do sistema internacional sob a égide da liderança dos Estados Unidos. Nesse sentido se colocam algumas questões: Quais os objetivos reais da instituição em termos de promoção de desenvolvimento em um sistema dinamizado pela competição interestatal? Como seria possível repensar o Banco Mundial e os organismos multilaterais frente às mudanças da Nova Configuração Global? Qual seu papel do século XXI frente aos interesses e necessidades latentes dos países envolvidos?

Para começar a percorrer essa trajetória, o método utilizado para repensar o papel do Banco Mundial consiste em acompanhar sua evolução histórico-institucional, observando os redirecionamentos de seus financiamentos e as diferentes visões de desenvolvimento difundidas ao longo das décadas. Através de uma abordagem interdisciplinar, analisar a atuação da instituição e sua inserção internacional nos dias de hoje, possibilitaria traçar novos cenários que permitam incorporar as plataformas dos países envolvidos nesse princípio de século XXI – que vem anunciando transformações cada vez mais velozes e interligadas.

Em 15 de Julho de 2014, na ocasião da 6ª Cúpula dos BRICS, foi oficializada a criação do Novo Banco de Desenvolvimento (Banco dos BRICS) com aporte inicial de 100 bilhões de dólares. Nesse momento se colocam novas questões: qual o papel desse novo Banco de Desenvolvimento no cenário internacional? Seria uma sinalização de um formato alternativo e eventual esgotamento das instituições de Bretton Woods? Como a Europa e EUA visualizam e compreendem esse novo movimento de cooperação entre países emergentes?

As fontes de informação deste trabalho, que corresponde ao prosseguimento da pesquisa que resultou em uma tese de doutorado, se baseiam em dados coletados através dos Relatórios do Banco Mundial, dados sobre a fundação do Novo Banco de Desenvolvimento (Banco dos BRICS) bem como em bibliografia especializada sobre o tema.

**Palavras-Chave:** Organismos Multilaterais; Banco Mundial; Economia Política Internacional; Nova Configuração Global; Banco dos BRICS; Hegemonia.

## 1. Introdução e localização do tema

O Banco Mundial é um organismo multilateral criado em julho de 1944 em decorrência dos acordos da Conferência de Bretton Woods<sup>285</sup>. Esses acordos tiveram validade para o conjunto das nações capitalistas lideradas pelos Estados Unidos, país que despontava no cenário internacional como potência econômica e militar, tendo como principais desdobramentos a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), também conhecido como Banco Mundial. Criados, em tese, com o intuito de reconstruir, estabilizar e desenvolver a economia mundial, esses órgãos multilaterais, ambos sediados em Washington, passam a representar o alicerce sob o qual se estruturou a nova ordem mundial no pós-guerra (MASON & ASHER, 1973, p. 04).

A criação do Banco Mundial na Conferência de Breton Woods reflete um momento de rearranjo de poder e riqueza em escala mundial. Trata-se de um momento em que os Estados Unidos despontam como novo poder hegemônico, e as questões acerca da forma de gestão do sistema internacional passam a figurar entre as prioridades da agenda política externa do *hegemon*.

Do ponto de vista do *hegemon*, como forma de preservar sua posição de destaque no âmbito internacional, fazia-se necessário delinear uma estratégia de gestão do sistema mundial a ser seguida e que, ao mesmo tempo, fornecesse certo grau de estabilidade e segurança aos outros Estados soberanos. Nesse sentido, o princípio do multilateralismo vai ganhando cada vez mais espaço enquanto base da estratégia específica desse *hegemon* na gestão do sistema mundial.

Embora a prática do multilateralismo não tenha sido inventada no século XX, até o final da Primeira Guerra Mundial, em poucas situações o multilateralismo havia alcançado amplitude necessária a ponto de gerar organizações formais. A guinada para as organizações formais de cunho

multilateral, abordando grandes questões de interesse internacional, ganhou peso de fato a partir de 1945. Naturalmente, essa mudança está associada à estratégia de gestão do sistema mundial implementada pelos Estados Unidos no pós-guerra.

A partir de então, as relações entre as nações passaram a ter como referência certa hierarquia de poder a ser mediada e legitimada pelos organismos multilaterais - cuja criação representa, potencialmente, uma das vias de manutenção dos Estados Unidos em uma posição privilegiada no sistema internacional.

Levando em consideração que o Banco Mundial foi constituído para funcionar como organismo estabilizador da nova ordem mundial do período pós-guerra, torna-se natural pressupor que os Estados Unidos – amparados pela sua posição de destaque como potência mundial - apresentavam condições para desfrutar de maior poder no interior da instituição desde o momento de sua gênese em 1944. Nesse sentido, ao serem negociadas as regras e os instrumentos de atuação do Banco para a estruturação da nova ordem econômica mundial, tratava-se de questão fundamental para os Estados Unidos – no intuito de perpetuar institucionalmente sua posição de destaque no cenário internacional – empenhar-se para garantir certo grau de controle sobre a dinâmica de funcionamento da instituição.

Em relação à sua estrutura, o Grupo Banco Mundial é atualmente composto por cinco instituições<sup>286</sup> que possuem as seguintes funções (WORLD BANK, 2003, p. 04):

1. **BIRD** (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento): conhecido como Banco Mundial, concede empréstimos e assistência ao desenvolvimento a países de renda média captando recursos para seu programa de desenvolvimento nos mercados internacionais de capital;
2. **AID** (Associação Internacional de Desenvolvimento): concede empréstimos e assistência ao desenvolvimento a países pobres captando recursos para seu programa de desenvolvimento por meio de contribuições de governos membros mais ricos;

3. **IFC** (Corporação Financeira Internacional): promove o investimento do setor privado, doméstico e estrangeiro, nos países membros em desenvolvimento;
4. **AMGI** (Agência Multilateral de Garantia de Investimentos): estimula o investimento direto estrangeiro ao oferecer garantias contra riscos políticos aos investidores e credores e ao promover técnicas e recursos para ajudar as economias emergentes a atrair investimentos; e
5. **CIAD** (Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos): proporciona os meios para solucionar – por conciliação ou arbitragem – polêmicas relacionadas a investimentos entre investidores externos e países receptores.

As atividades mais amplas de desenvolvimento encontram-se diretamente atreladas ao BIRD e AID, enquanto as atividades mais específicas, voltadas ao fomento do setor privado, estão vinculadas às outras três instituições: IFC, AMGI e CIAD.

Ainda que as quatro últimas instituições pertencentes ao Grupo Banco Mundial sejam relevantes para o debate, o foco central do artigo consiste em analisar o perfil das políticas de desenvolvimento indicadas pelo BIRD que, de agora em diante, será referido como Banco Mundial<sup>287</sup>.

O debate acerca do processo de desenvolvimento econômico evoluiu muito desde o final da II Guerra Mundial. O Banco Mundial, enquanto principal agência multilateral de fomento, esteve envolvido e desempenhou importante papel ao longo das décadas na condução do debate sobre as prioridades e os caminhos mais adequados para alavancar o processo de desenvolvimento.

A dinâmica internacional e o contexto histórico influenciaram fortemente a agenda de desenvolvimento do Banco Mundial ao longo de sua existência, repercutindo inclusive na delimitação da esfera de atuação de cada presidente da instituição - o que torna cada um deles sujeito e ao mesmo tempo produto de determinada conjuntura.

Desde sua fundação o Banco foi dirigido por doze presidentes, cujos mandatos demonstram considerável diferença no tempo de permanência de cada um no cargo, como se verifica no quadro abaixo (Quadro 1):

**Quadro 1 - Presidentes do Grupo Banco Mundial e Presidentes dos EUA no período da indicação (1946-2012)**

<b>Presidente do Banco</b>	<b>Período</b>	<b>Situação profissional antes do exercício</b>	<b>Presidente dos EUA no período de indicação</b>
<b>Eugene Meyer</b>	Jun/1946-Dez/1946	Banqueiro de Investimentos; editor do Washington Post	Harry S. Truman
<b>John J. McCloy</b>	Mar/1947-Jun/1949	Advogado; Conselheiro do Chase National Bank	Harry S. Truman
<b>Eugene R. Black</b>	Jul/1949-Dez/1962	Vice-presidente do Chase National Bank (posteriormente Chase Manhattan)	Harry S. Truman
<b>George D. Woods</b>	Jan/1963-Mar/1968	Presidente do First Boston Corporation	John F. Kennedy
<b>Robert S. McNamara</b>	Abril/1968-Jun/1981	Presidente da Ford e Secretário de Defesa dos EUA	Lyndon B. Johnson
<b>Alden W. Clausen</b>	Jul/1981-Jun/1986	Presidente e chefe executivo do Bank of América	Ronald Reagan
<b>Barber Conable</b>	Jul/1986-Agos/1991	Membro do U.S. House of Representatives	Ronald Reagan
<b>Lewis Preston</b>	Set/1991-Maio/1995	Presidente do J. P. Morgan & Co.	George H. W. Bush
<b>James D. Wolfensohn</b>	Junho 1995-Maio 2005	Banqueiro de Investimentos (James D. Wolfensohn Inc.) e Membro Executivo do Salomon Brothers	Bill Clinton
<b>Paul Wolfowitz</b>	Junho 2005-Junho 2007	Subsecretário de Defesa dos EUA	George W. Bush
<b>Robert B. Zoellick</b>	Julho 2007- Junho 2012	Representante de Comércio Exterior dos EUA	George W. Bush
<b>Jim Yong Kim</b>	Julho 2012- atual	Acadêmico e Especialista em Saúde Pública	Barack Obama

**Fonte: Elaboração do autor com base em World Bank, 2003 e Site do World Bank (2012).**

Desde sua fundação até os dias de hoje, o Banco Mundial foi alterando sua visão em termos de desenvolvimento econômico sob a alegação de que a instituição deveria adequar-se ao surgimento de novos desafios. Esse fato pode ser observado principalmente pelo redirecionamento dos financiamentos do Banco em termos setoriais, fruto da reorientação da estratégia de desenvolvimento pregada pela instituição ao longo das décadas.

No entanto, o argumento defendido pelo presente trabalho procura ir além dessa interpretação casual e despolitizada dos fatos, indicando que os principais momentos de reorientação da estratégia de desenvolvimento do Banco foram influenciados predominantemente por fatores e interesses que se tornam mais evidentes quando relacionados ao movimento de transformações no cenário internacional<sup>288</sup>.

O Banco Mundial parte inicialmente da promoção do desenvolvimento via projetos associados à área produtiva - principalmente no setor de transportes e infra-estrutura (MASON & ASHER, 1973, p. 657). Num segundo momento, no contexto da gestão McNamara (1968-1981) ocorre uma expansão do conceito de desenvolvimento e os empréstimos se estendem para campos como agricultura e indústria. Nos anos 1980, com a crise da dívida dos países periféricos e a introdução dos programas de ajuste estrutural, o Banco passa a adotar os *defensing le ndings*, ou seja, financiamentos desatrelados da área produtiva e destinados ao pagamento de empréstimos anteriormente adquiridos. Finalmente, no início da década de 1990, o Banco intensifica sua atuação em termos do combate e redução da pobreza via políticas de financiamento vinculadas ao setor social (principalmente educação e saúde).

Tendo em vista a variedade de tendências e programas financiados pelo Banco em diferentes contextos, bem como a complexidade da problemática em questão, é possível considerar que a discussão acerca da atuação de um

organismo tal qual o Banco Mundial, ainda mais por uma perspectiva crítica, consiste em tarefa controversa. Para alcançar tal objetivo, torna-se necessário articular instrumentos que permitam incorporar diversos elementos relacionados a essa temática, inclusive a questão do poder no modo de atuação do Banco Mundial ao longo do tempo.

O exercício de poder pelo Banco Mundial encontra suas bases nos mecanismos de governança sedimentados no interior da própria instituição. A distribuição de poder no controle interno da instituição não segue a estrutura igualitária entre os países-membros - em que todos os países, pequenos e grandes, ricos e pobres, são considerados iguais. Na verdade, em se tratando do controle no interior da instituição, a parcela destinada a cada membro acompanha as desigualdades da distribuição de riqueza e poder observada no cenário internacional, desigualdade que é traduzida na percentagem das cotas de ações do Banco que cada país possui<sup>289</sup>.

A distribuição dos votos acompanha aproximadamente a proporção do PIB de cada país de forma que o controle efetivo sobre os rumos das políticas de financiamento permanece sob o comando dos países desenvolvidos. Para alterações no estatuto, por exemplo, é necessária maioria de 80% significando que os Estados Unidos representam o único país com votos que excedem os 20% necessários para o veto. No entanto, mesmo quando a proporção das cotas entre os acionistas se altera, os Estados Unidos continuam ocupando o posto de liderança no interior do Banco<sup>290</sup>.

Contando com o apoio do seu orçamento, o Banco Mundial conquistou seu espaço e vem ditando o que é “legítimo” em termos de desenvolvimento – principalmente ao condicionar a liberação dos financiamentos à adoção de reformas atreladas à perspectiva ortodoxa de desenvolvimento. Segundo Griesgraber & Gunter (1995, p. xii), o Banco Mundial juntamente com o FMI representam os principais mecanismos de difusão da perspectiva ortodoxa de desenvolvimento – alinhada aos interesses dos principais acionistas dessas instituições – nos países periféricos.

Na verdade, o conceito de desenvolvimento pode ser decodificado por perspectivas diferentes dentro do debate econômico entre ortodoxia x heterodoxia. Enquanto a atuação do Banco Mundial tende para a visão ortodoxa de desenvolvimento (priorizando políticas contracionistas para a estabilização e abertura da economia para então crescer), os economistas heterodoxos criticam esse ponto de vista ao considerar que o crescimento com distribuição (ou seja, com melhoria das condições de vida da população como um todo) pode ser alcançado através de políticas expansionistas de geração de crédito e emprego, em conjunto com políticas governamentais articuladas para estimular o aumento do nível de investimento e renda da economia.

Considerando o que foi visto até agora, as perspectivas adotadas em termos de desenvolvimento foram se alterando ao longo de sessenta e seis anos de atuação do Banco, fato que a instituição divulga como fruto do acúmulo de experiência e de um longo processo de aprendizado<sup>291</sup>. Todavia, esse suposto processo de aprendizado sempre se mostrou bastante alinhado aos movimentos de revisão estratégica do *hegemon* na gestão do sistema mundial. Nesse sentido, vejamos agora como foi o processo de reorientação das prioridades de desenvolvimento difundidas pelo Banco Mundial ao longo do tempo e os principais fatores que influenciaram essa mudança.

O presente trabalho, além dessa introdução, é composto por três outras seções. Na seção a seguir veremos as diretrizes do processo de financiamento do Banco Mundial no Brasil, bem como os métodos de tabulação dos dados dos empréstimos, observando a ampliação do seu campo de atuação através da expansão do escopo setorial dos novos projetos financiados. Na terceira seção serão apresentadas as novas proposições do Banco, cuja política de financiamento foi sendo direcionada tanto para políticas de ajustamento estrutural quanto para políticas sociais de combate à pobreza - que que ganharam crescente projeção seja em número de projetos financiados em ambas as áreas, seja no montante do orçamento que passou a ser destinado a esses setores. Na

quarta seção, serão apresentadas algumas características pertinentes à fundação do Novo Banco de Desenvolvimento (Banco dos BRICS) e, nesse contexto, quais os desafios existentes na nova ordem internacional que se delineia nesse início de século XXI. Por fim, para concluir o artigo, serão apresentadas as considerações finais e a bibliografia consultada.

## **2. Os financiamentos do Banco Mundial no caso do Brasil e o redirecionamento do ponto de vista setorial**

A proposta da presente seção consiste em: 1) apresentar alguns aspectos metodológicos da agregação dos dados dos projetos financiados pelo Banco Mundial no Brasil entre 1949 – data do primeiro financiamento do Banco aprovado no país – e 2012; e 2) examinar os dados tabulados realizando uma reflexão crítica acerca da atuação do Banco Mundial com base em seu modo operacional e suas diretrizes de financiamento.

Nesse sentido, em primeiro lugar, torna-se importante assinalar que trabalhar com os dados do Banco Mundial não representa tarefa simples. Para a realização desta seção, foram classificados todos os 446 financiamentos aprovados e efetivados pelo Banco Mundial desde o início de suas operações no Brasil até o ano de 2012. Como foi dito anteriormente, esses financiamentos foram subdivididos em três grandes períodos, acompanhando os principais momentos de inflexão e reorientação da política de desenvolvimento do Banco Mundial.

O delineamento estratégico das políticas de desenvolvimento do Banco Mundial se modificou no decorrer do tempo e, em grande medida, foi influenciado pelas transformações no âmbito internacional. Com o intuito de incorporar esse movimento no escopo da análise, torna-se necessário seguir a sequência histórica que acompanha e especifica as características de cada um dos três períodos selecionados: 1949-1973; 1974-1990; e 1991-2012.

As inflexões observadas na política global de financiamento do Banco Mundial traduziram-se, com semelhante ênfase, nas mudanças de

orientação e em sua forma de atuação no Brasil. A dinâmica das relações econômicas internacionais engendrou novas funções ao Banco Mundial, bem como repercutiu no próprio processo de planejamento do desenvolvimento econômico brasileiro (GONZALES, 1990, p. 149).

Para observar melhor esse redirecionamento das políticas de desenvolvimento do Banco Mundial e a forma como esse movimento se manifesta nos financiamentos do Banco para o Brasil, torna-se relevante observar como são alocados os recursos da instituição para o país no plano setorial.

Nessa direção, ao pesquisar os projetos financiados pelo Banco Mundial para o Brasil surge o problema de agregação e classificação dos projetos em termos setoriais. Esse problema, como explicado a seguir, remete mais a uma divergência metodológica e ideológica em relação aos critérios de classificação adotados pelo Banco do que a um problema operacional em si. Vejamos então de que modo se apresenta a divergência entre os critérios classificatórios do Banco e os escolhidos na presente análise e a forma como a existência dessa divergência acaba denunciando e corroborando com a diferença existente entre o discurso e a prática de atuação do Banco Mundial nos projetos financiados.

Analisando as características e finalidades dos projetos, foi possível selecionar cinco setores capazes de agregar e incorporar o escopo dos projetos financiados pelo Banco Mundial para o Brasil nos últimos sessenta anos:

1. *Setor de Infra-estrutura* (referindo-se aos projetos de infra-estrutura e transportes);
2. *Setor de Agricultura* (referindo-se aos projetos de agricultura, mineração e meio ambiente);
3. *Setor de Indústria* (referindo-se aos projetos industriais e de desenvolvimento urbano);
4. *Setor de Ajustamento* (referindo-se aos programas de ajustamento que englobam reformas fiscais, monetárias, institucionais e privatizações); e

5. *Setor Social* (referindo-se aos projetos sociais de combate à pobreza, de educação e de saúde).

No total, foram analisados 446 projetos entre 1949 e 2012. Alguns permaneceram com a mesma classificação indicada pelo Banco enquanto outros foram realocados para setores mais condizentes com a característica e escopo do projeto em questão. Um projeto na área de “Infra-Estrutura”, por exemplo, deveria contemplar a construção de novas plantas de energia ou a construção de novas estradas. No entanto, observando os critérios de classificação do Banco, é possível perceber que empréstimos direcionados à privatização do setor elétrico, que em tese deveriam ser classificados no setor de “Ajustamento”, aparecem classificados no setor de “Infraestrutura” pela metodologia do Banco.

Nessa direção, o projeto classificado como “Transportes” pelo Banco Mundial (que deveria ser alocado, a princípio, no setor de “Infra-estrutura” na classificação adotada no presente trabalho), na verdade, representa um empréstimo para ajuste que acabou sendo alocado no setor de “Ajustamento”: é o caso do empréstimo realizado no ano de 1987 para o governo do Estado de São Paulo, envolvendo o valor de US\$ 174 milhões, chamado “*State Highways Management Project*”. Se pela classificação do Banco o financiamento foi classificado como vinculado ao setor de “Transportes” (o que seria natural caso estivesse sendo construídas novas estradas), ao analisar o conteúdo do projeto, observa-se claramente que se trata de um empréstimo para “Ajustamento”, ou seja, a proposta central do financiamento era promover o gerenciamento das estradas visando maior eficiência e participação do setor privado tendo em vista a privatização dessas estradas.

Exemplo ainda mais nítido desse descompasso existente entre o escopo do projeto e a classificação realizada pelo Banco, ocorre no caso do empréstimo concedido em 1996 no valor de US\$ 700 milhões para o projeto chamado “*Federal Railways Restructuring and Privatization Project*”. O projeto é classificado pelo Banco junto ao setor de

“Transportes” quando, na verdade, deveria ser alocado no setor de “Ajustamento” dado que não foi construída nenhuma nova estrada<sup>292</sup>.

Esses são alguns exemplos dentre os vários casos em que os empréstimos acabaram sendo classificados no presente trabalho de maneira diversa daquela apresentada pelo Banco Mundial. Para tanto, foi necessário investigar a natureza setorial de cada projeto para evitar reproduzir a classificação imprecisa e enviesada apresentada pela instituição. Por esse prisma, um empréstimo para a privatização do setor elétrico, no entender do presente trabalho, se enquadra mais adequadamente no setor de “Ajustamento” que no setor de “Infra-estrutura” como divulga o Banco.

A intenção aqui não é propor uma nova metodologia de classificação dos empréstimos do Banco Mundial. No entanto, uma vez analisado o escopo de cada um dos 446 projetos financiados para o Brasil, tornou-se mais pertinente reclassificar os projetos de acordo com seus objetivos do que meramente reproduzir a classificação apresentada pelo Banco Mundial – que nem sempre denota a proposta principal do financiamento.

As dificuldades de agregação ficaram ainda mais acentuadas no que se refere aos projetos financiados a partir de meados da década de 1980, quando inúmeros empréstimos passam a ser identificados pelo Banco segundo uma classificação multi-setorial. Um exemplo dessa classificação multi-setorial utilizada pelo Banco pode ser observado no empréstimo de US\$ 550,6 milhões, em 1987, para o financiamento chamado “*Itaparica Project*”. De acordo com a classificação do Banco Mundial, trata-se de um empréstimo multi-setorial com a seguinte composição: setor de “Agricultura” (64%), setor “Social” (27%), setor de “Transportes” (7%) e Setor de “Energia” (2%). Nesses casos, para fins de classificação adotados neste trabalho, prevaleceu o setor majoritário desde que as propostas do financiamento fossem condizentes de fato com o setor indicado, e não uma mera camuflagem de empréstimos de ajustamento com roupagem de financiamentos referentes a outros setores<sup>293</sup>.

Explicadas as diferenças metodológicas entre a classificação dos projetos utilizada pelo Banco e a adotada no presente trabalho, vejamos

agora as tabelas que contemplam a distribuição dos financiamentos do Banco por setor, no caso brasileiro, ao longo dos três momentos considerados emblemáticos da política de desenvolvimento adotada pela instituição, ou seja: 1) 1949 – 1973; 2) 1974 – 1990; e 3) 1991 – 2012.

As Tabelas 1.1 e 1.2 apresentam o resultado da pesquisa dos projetos do Banco que foram agregados e classificados em cinco setores que, como foi explicado anteriormente, não reproduzem exatamente a classificação disponibilizada pelo site do Banco Mundial. Após analisar o conteúdo de cada projeto, parte deles permaneceu na classificação original apresentada pelo Banco e parte foi classificada de forma mais vinculada ao seu escopo efetivo.

A Tabela 1.1 apresenta a os empréstimos relativos aos cinco setores ao longo dos três períodos selecionados, apresentando a distribuição percentual dos valores dos financiamentos (em US\$ milhões). Já a Tabela 1.2<sup>294</sup> apresenta o número de empréstimos financiados por setor ao longo dos três períodos selecionados.

**Tabela 1.1 - Distribuições % dos valores dos empréstimos segundo os setores:**

	Infra-estrutura <sup>a</sup>	Agricultura <sup>b</sup>	Indústria <sup>c</sup>	Ajustamento <sup>d</sup>	Social <sup>e</sup>	Total
<b>1949-1973</b>	74,4	11,7	13,5	0,0	0,4	100,0
<b>1974-1990</b>	47,6	29,0	8,1	9,8	5,5	100,0
<b>1991-2012</b>	17,4	6,8	0,5	52,2	23,2	100,0
<b>1949-2012</b>	28,3	13,6	3,2	37,8	17,1	100,0

(a) refere-se ao setor de infra-estrutura e transportes

(b) refere-se aos projetos de agricultura, mineração e meio ambiente

(c) refere-se aos projetos industriais e de desenvolvimento urbano

(d) refere-se aos programas de ajustamento (reformas fiscais, monetárias, institucionais e privatizações)

(e) refere-se aos projetos sociais de combate à pobreza, de educação e saúde

**Tabela 1.2 - Distribuições do Número de Empréstimos por Setor: 1949-73, 1974-90 e 1991-2012**

	Infra-estrutura <sup>a</sup>	Agricultura <sup>b</sup>	Indústria <sup>c</sup>	Ajustamento <sup>d</sup>	Social <sup>e</sup>	Total
1949-1973	35	6	5	0	1	47
1974-1990	51	54	16	7	14	142
1991-2012	34	46	4	106	67	257
1949-2012	26,9%	23,8%	5,6%	25,3%	18,4%	100%

Fonte: Elaboração do autor com base no site do Banco Mundial

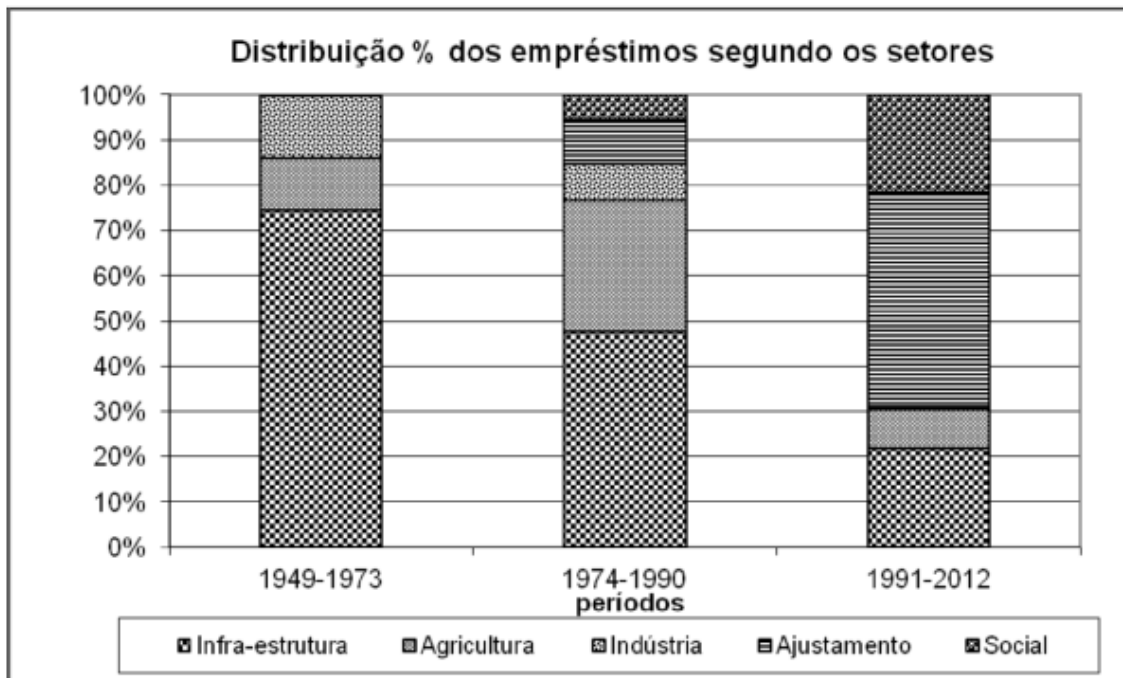
Ambas confirmam a tendência dos financiamentos setoriais do Banco em escala global, ou seja: no primeiro momento, 1949-1973, os empréstimos foram direcionados predominantemente para o financiamento de projetos em infra-estrutura (74,4 % do valor total dos empréstimos para o Brasil, envolvendo 35 dos 47 financiamentos efetivados no período); no segundo momento, 1974-1990, ocorreu uma maior diversificação setorial dos empréstimos na gestão McNamara com destaque para o setor agrícola (que passou de 11,7% para 29% do valor total dos empréstimos envolvendo 54 dos 142 financiamentos efetivados no período) e para o setor de ajuste (que passou a representar 9,8% do valor total dos empréstimos distribuídos em 7 programas de ajuste); e no terceiro momento, 1991-2012, os empréstimos para ajustamento e a área social se tornam predominantes nos financiamentos do Banco.

Em relação ao terceiro momento, os financiamentos para ajuste passam de 9,8% (em 1974-1990) para 52,2% (em 1991-2012) do valor total dos empréstimos (envolvendo 106 dos 257 financiamentos efetivados no período), enquanto os financiamentos para o setor social passam de 5,5% para 23,2% do valor total dos empréstimos (envolvendo 67 dos 257 financiamentos efetivados no período).

A distribuição percentual dos valores dos empréstimos setoriais do Banco Mundial para o Brasil pode ser observada na **Figura 1** e ilustra como a instituição foi modificando suas prioridades setoriais de financiamento ao

longo do tempo, fato que pode ser verificado pela alteração na distribuição setorial dos empréstimos entre os períodos analisados.

**Figura 1 - Distribuições % dos valores dos empréstimos segundo os setores: 1949-73, 1974-90 e 1991-2012**



Fonte: Elaboração do autor com base na Tabela 1.1.

A mudança de prioridades do Banco Mundial – que pode ser verificada para o caso brasileiro através da **Figura 1** – confirma grande parte das revisões de foco das políticas de financiamento da instituição verificadas em escala global. O argumento defendido por esse trabalho considera que as alterações e revisões das políticas de desenvolvimento do Banco Mundial são influenciadas tanto pelas transformações internacionais quanto pelo reposicionamento da política externa do *hegemon* diante dessas transformações no panorama internacional.

O reposicionamento da visão de desenvolvimento do Banco – observada por meio da revisão das prioridades setoriais da política de financiamento da instituição – afetou todos os países-membros que recorreram aos financiamentos desse organismo multilateral, inclusive o Brasil.

Uma vez apresentadas as tendências gerais dos financiamentos do Banco para o Brasil para os três períodos em questão, vejamos agora, como essas alterações da estratégia global da política de desenvolvimento do Banco repercutiram do ponto de vista das políticas sociais propostas pelo Banco a partir da década de 1980 até os dias de hoje.

### **3. O programa de ajustamento estrutural, as políticas sociais para educação e saúde e o combate à pobreza: as novas proposições para o desenvolvimento econômico:**

A partir de meados da década de 1980, a nova perspectiva que vai se delineando no interior do Banco Mundial se propõe a revisitar a técnica de mensuração de desenvolvimento e crescimento econômico – que até então era baseada em termos estritamente relacionados à evolução do PIB. Já no final dos anos 1980 e, principalmente ao longo da década de 1990<sup>295</sup>, a nova abordagem assumida pelo Banco passava a incorporar valores como participação, igualdade, desenvolvimento sustentável e promoção do bem-estar – difundindo assim a abordagem multidimensional do processo de desenvolvimento. Segundo a conotação multidimensional, o desenvolvimento representa um processo centrado nas pessoas em geral, que se concretiza a partir da criação de condições que possibilite à população uma inserção econômica e social plena (GRIESGRABER & GUNTER, 1996a, p. xiv).

O crescimento econômico ainda ocupava lugar importante nessa dinâmica, mas não mais de forma exclusiva, dado que uma série de fatores em conjunto (envolvendo desde acesso a infra-estrutura até educação) deveria contribuir para que a trajetória de crescimento sustentável fosse alcançada<sup>296</sup>.

Nesse sentido, uma grande mudança na forma de atuação do Banco Mundial teve lugar a partir da década de 1980: é a partir desse período que ganham importância os projetos voltados para o desenvolvimento social e apoio à gestão pública ocorrendo, conseqüentemente, uma redução na importância relativa dos projetos associados a setores produtivos e à infraestrutura física<sup>297</sup>. Diante de um quadro envolvendo elevado endividamento dos países latino-americanos nesse período, tratava-se dos primeiros passos da instituição na implementação de medidas de ajuste nos países periféricos que, posteriormente, ficariam conhecidos como “ *Programa de Ajustamento Estrutural*”.

A partir de 1980, com as dificuldades de ajuste das economias periféricas derivadas da queda de liquidez internacional, a ótica do Banco em relação aos países periféricos voltou-se para a necessidade de estabelecimento de políticas macroeconômicas onde deveriam se enquadrar os projetos a serem financiados<sup>298</sup>. Os credores comerciais passaram a pressionar o Banco Mundial para que, ao lado do FMI, encarasse a crise da dívida como prioritária, sugerindo maiores empréstimos destinados ao equilíbrio do balanço de pagamentos de países endividados (ALMEIDA, 1989, p. 45).

Tomando como ponto de partida a crise do endividamento dos países periféricos nos anos 1980, Araújo (1991, p. 38) ressalta que tanto o FMI como o Banco Mundial são, de alguma maneira, instrumentos auxiliares do governo norte-americano na condução de sua política externa. Partindo dessa perspectiva, o autor observa de maneira crítica que existe, paralelamente, certa comunhão de interesses entre essas instituições e os grandes banqueiros internacionais – principalmente no sentido de que os fluxos de pagamento da dívida periférica não sejam interrompidos. Essa confluência entre os interesses dos grandes credores internacionais e dos organismos multilaterais torna-se mais evidente no contexto da crise da dívida dos países periféricos na década de 1980:

Existe certa comunhão de idéias entre as instituições de Bretton Woods e os banqueiros internacionais, visto que estes delegam àquelas a tarefa de zelar pelos rumos das economias devedoras. Embora não se trate de um fato surpreendente, não é supérfluo recordar que não deveriam ser coincidentes os interesses de organismos multilaterais de crédito e da banca privada. Esta está absolutamente descomprometida com os propósitos de desenvolvimento que devem nortear a ação do BIRD (ARAÚJO, 1991, p. 50).

De acordo com Gonzales (1990, p. 29), a origem dos empréstimos setoriais e de ajuste estrutural tem sido relacionada à revisão crítica, por parte do Banco Mundial, do padrão de desenvolvimento industrial adotado pelos países latino-americanos. O Banco acredita que excessiva proteção foi mantida no decorrer do processo de substituição de importações desencadeado nestas economias, implicando ineficiente alocação e emprego dos recursos e perda de competitividade internacional dos produtos industriais. Assim, foi idealizada uma política de condicionalidades que atuaria no curto prazo, amenizando pressões sobre o balanço de pagamentos para atingir, no médio e longo prazo, um reordenamento da estrutura produtiva destes países<sup>299</sup> (GONZALES, 1990, p. 29).

No entanto, na prática, os impactos resultantes dos empréstimos de ajuste nem sempre apresentaram os efeitos proclamados. Para Lichtensztein & Baer (1987, p. 10), os programas de ajuste acabaram provocando recessão produtiva, maior desemprego e uma redistribuição regressiva de renda como maneira de viabilizar – sem incorrer em taxa de inflação exagerada – o pagamento dos serviços básicos da dívida externa e a redução dos espaços e das funções designadas ao Estado em benefício da acumulação oligopólica privada e, em especial, transnacional<sup>300</sup> (LICHTENSZTEJN & BAER, 1987, p. 10).

Em suma, o Banco Mundial é uma instituição altamente paradoxal. Seus recursos, a natureza dos seus objetivos e o alcance da sua ação são de

caráter essencialmente público, mas sua prática é predominantemente a de um grande banco comercial privado. Sua lealdade nominal é ao conjunto dos países-membros, mas em termos reais o Banco é sempre presidido por um norte-americano e suas políticas coincidem principalmente com os interesses dos governos e das elites do mundo industrializado, sobretudo dos EUA. Conforme convenha, o Banco pode atribuir a si ou aos governos nacionais a responsabilidade do sucesso ou do fracasso dos programas e projetos que ajuda a planejar e financia. O Banco existe para desempenhar o papel da instituição financeira voltada para o desenvolvimento, mas ao longo do tempo atribuí-se outros papéis, o mais vigoroso atualmente sendo o de representante dos grandes credores internacionais e mentor das políticas macrossocioeconômicas para os países tomadores dos seus empréstimos (ARRUDA, 1995, p. 42).

Ao mesmo tempo, com o avançar dos anos, tornava-se cada vez mais nítido que o combate à pobreza foi deixando de ser apenas um efeito desejável das políticas de desenvolvimento do Banco para tornar-se o objeto central da atuação da instituição (CAUFIELD, 1997, p.02).

Na década de 1990, os empréstimos para saúde, educação e proteção social chegaram a quase um quinto do total de empréstimos do Banco, o qual se tornou a maior fonte de financiamento externo nesses setores<sup>301</sup>. O Banco reforçava, assim, sua guinada rumo à adoção da perspectiva multidimensional do processo de desenvolvimento - que abordava as questões relacionadas à pobreza num sentido mais amplo que a simples falta de renda.

Dessa forma, se a estratégia de desenvolvimento vinculada ao combate dos aspectos multidimensionais da pobreza chamava a atenção para uma nova gama de problemas (como educação, saúde, baixa renda), por outro lado, não se pode esquecer que a proporção que esses problemas alcançaram nas economias periféricas se deve, em certa medida, às políticas liberais de ajuste previamente indicadas pelo próprio Banco em nome da estabilização. O que ocorreu, na realidade, é que o preço a ser pago pela estabilidade alcançada via reformas liberais era alto, já que as

conseqüências diretas desse processo foram a desarticulação do Estado e a conseqüente deterioração do nível de bem-estar social. Decorre daí que se tornava necessário contrair novos empréstimos junto ao Banco, destinados ao setor social, para recuperar o nível de bem-estar anterior às reformas (GRIESGRABER & GUNTER, 1996b, p. 164).

Com a proximidade do novo milênio, o processo de polarização de riqueza e poder no cenário internacional era evidente e vinha acompanhado pela deterioração das condições de vida na periferia. Ao mesmo tempo, questões de desenvolvimento sustentável e que repercutissem em melhoria do padrão de vida em nível global vão ganhando destaque na arena internacional. Nesse contexto, o enfoque multidimensional de desenvolvimento e combate à pobreza, então adotado pelo Banco Mundial, passa a incorporar os aspectos formalizados pelos chefes de Estado no encontro da ONU de 2000 – chamados “Desafios do Milênio” ou *Millennium Development Goals* (MDGs) – que são apresentados de forma sintética no quadro abaixo (Quadro 2).

## Quadro 2 - Millennium Development Goals (MDGs)

As medidas propostas pelos “Millennium Development Goals” podem ser resumidas em oito frentes principais:

1. Erradicação da pobreza extrema e da fome até 2015;
2. Alcançar educação básica universal até 2015;
3. Promover igualdade de gêneros e fortalecer o papel das mulheres;
4. Redução da mortalidade infantil;
5. Investir no cuidado com as gestantes;
6. Combater a AIDS, malária e outras doenças;
7. Garantir sustentabilidade ambiental através do princípio do desenvolvimento sustentável; e
8. Construir uma rede de parceria global para o desenvolvimento.

Fonte: Elaboração do autor com base em World Bank, 2003, p. 35.

Progressivamente, os esforços do Banco Mundial passam a ser direcionados às medidas propostas pelos “Desafios do Milênio”. A “Declaração do Milênio” (*The Millennium Declaration*), assinada por 189 países em Setembro de 2000 nas Nações Unidas na ocasião do “*United Nations Millennium Summit*”, representava uma parceria entre esses países para criar um ambiente – tanto em nível nacional quanto global – capaz de conduzir ao desenvolvimento e à eliminação da pobreza.

De acordo com o Banco, seria a anuência em relação aos termos dessa declaração (e não a preocupação com a alarmante polarização social provocada pelo processo de globalização) que levaria ao maior comprometimento das partes com a adoção das medidas propostas pelos “Desafios do Milênio” – que representam, por sua vez, o sumário de uma

agenda específica de redução da pobreza global (WORLD BANK, 2005c, p. 17).

Paloni & Zanardi (2006, p.01) ampliam esse debate, apontando que a guinada da estratégia de atuação do Banco Mundial tanto no sentido do combate aos aspectos multidimensionais da pobreza quanto na direção dos MDGs – estaria associada ao advento dos novos desafios relacionados ao processo de globalização:

Globalization is presenting the World Bank and the IMF with new challenges by imposing a rethinking of the nature of development and a reassessment of the appropriateness of current development policies. The International Financial Institutions (IFIs) have responded by redefining their international roles, their priorities and their forms of intervention. In particular, they have made the achievement of poverty reduction and other Millennium Development Goals their overriding objective. In addition, they have redefined their role as that of providing support for locally owned pro-poor reform programmes (PALONI & ZANARDI, 2006, p. 01).

Com o passar dos anos, o Banco Mundial começa a observar que apesar dos avanços alcançados na direção dos MDGs, esse progresso tem se mostrado desigual e muito lento uma vez que a grande maioria dos países só iria conseguir atingir suas metas através de elevados montantes de financiamento externo. Por outro lado, de acordo com o Banco, recursos externos isoladamente não seriam suficientes para garantir que os desafios globais fossem superados<sup>302</sup>. Seria necessário, nessa direção, que cada país apresentasse forte compromisso junto ao processo mediante implementação de políticas e instituições voltadas para o progresso, uma vez que a assistência externa por si só não substitui a necessidade de comprometimento interno frente aos desafios – funcionando apenas como um elemento complementar<sup>303</sup>.

Levando em conta a relevância do comprometimento do país junto ao processo e com o intuito de aumentar a eficiência de seus programas, o Banco Mundial passa a liberar cada vez mais recursos para países que estivessem adotando as políticas consideradas “adequadas”, mostrando ao mesmo tempo certa disposição em incorporar o foco de prioridades do país tomador na estratégia global de financiamento ao país (WORLD BANK, 2002a, p. 61).

Esse é o papel da “Estratégia de Assistência ao País” ou *Country Assistance Strategy* (CAS)<sup>304</sup>, proposta do Banco em conhecer melhor a estratégia global de desenvolvimento do país financiado e cujas principais preocupações são: 1) incorporar a realidade do país no desenho do projeto; 2) verificar a existência de competência técnica para o tipo de projeto; e 3) certificar-se que os benefícios do projeto justificam o custo para o país (WORLD BANK, 2003, p. 38).

No entanto, por mais que o Banco Mundial tente demonstrar um movimento de aproximação das verdadeiras prioridades das economias periféricas em termos de desenvolvimento, esses países continuam sendo sub-representados no interior da instituição comprometendo assim, em última instância, o desempenho dos programas e projetos implementados (RANIS, VREELAND & KOSACK, 2006, p.12).

O Banco Mundial, por sua vez, sempre se preocupou com a preservação de sua credibilidade internacional como forma de assegurar sua legitimidade institucional. Nesse sentido, dado que a unipolarização do sistema internacional permitiu maior difusão e alcance das políticas liberais – transmitidas para a periferia inclusive através dos projetos financiados pelo Banco – a necessidade de amortecimento dos impactos negativos das reformas também se tornou cada vez mais latente, inclusive, para a continuidade de implementação das reformas. Diante desse quadro, o Banco Mundial respondeu prontamente: se por um lado seguiu difundindo as reformas como necessárias para a inserção da periferia em uma nova ordem globalizada, por outro, amortecia os impactos dessas reformas por meio de programas na área social e através de financiamento de projetos de

combate à pobreza. Os programas sociais do Banco, nesse sentido, podem ser compreendidos como o óleo que lubrifica a engrenagem “da máquina de difusão das reformas liberais” – sempre em nome e sob a bandeira do desenvolvimento econômico.

Além disso, como o conceito de desenvolvimento é indeterminado, ou seja, difícil de conceituar ou definir de um modo unívoco, o Banco Mundial poderá seguir reinventando seu papel e sua missão, legitimando assim seu ainda grande poder de influência no interior da economia capitalista mundial.

#### **4. O Novo Banco de Desenvolvimento – Banco dos BRICS – e os desafios na ordem internacional do século XXI: a perspectiva europeia.**

Criado em 15 de Julho de 2014, na ocasião da 6ª Cúpula dos BRICS, o Novo Banco de Desenvolvimento (*New Development Bank*– NDB) foi fundado em decorrência do acordo entre os países membros do BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) com um capital inicial de 100 bilhões de dólares e um fundo (Arranjo Contingente de Reservas) contemplando mais 100 bilhões de dólares.

O Arranjo Contingente de Reservas possui um sistema de governança em dois níveis: as decisões mais importantes serão tomadas pelo Conselho de Governadores (*Governing Council*) e os assuntos de nível executivo e operacional ficarão a cargo de um Comitê Permanente (*Standing Committee*), sendo que o consenso será a regra para quase todas as decisões.

Se por um lado o capital de fundação do Banco possui aporte igualitário entre os cinco países membros (20 bilhões de dólares cada) com igual poder de voto, o Arranjo Contingente de Reservas (Contingent Reserve Arrangement – CRA) que representa um fundo de estabilização entre os cinco países, é composto da seguinte forma: China participa com 41 bilhões, Brasil, Rússia e Índia com 18 bilhões cada e África do Sul com 5

bilhões. De acordo com Paulo Nogueira Batista Jr., vice-presidente da instituição como representante do Brasil:

Trata-se de um “*pool*” virtual de reservas, em que os cinco participantes se comprometem a proporcionar apoio mútuo em casos de pressões de balanço de pagamentos. O termo “contingente” reflete o fato de que, no modelo adotado, os recursos comprometidos pelos cinco países continuarão nas suas reservas internacionais, só sendo acionados se algum deles precisar de apoio de balanço de pagamentos. Os limites de acesso de cada país aos recursos do CRA são determinados por suas contribuições individuais vezes um multiplicador. A China tem um multiplicador de 0,5; o Brasil, a Índia e a Rússia, de 1; e a África do Sul, de 2. O apoio aos países pode ser concedido por meio de um instrumento de liquidez imediata ou de um instrumento precaucionário, este último para o caso de pressões potenciais de balanço de pagamentos (BATISTA JR., In: SOUZA, P., 2015, p. 265).

A questão que se coloca nesse momento se refere à diferença entre os países em relação ao montante que compõe o Arranjo Contingente de Reservas. Essa diferença já remeteria a uma diferença de poder no interior da organização? Nessa direção, seria uma evidência do protagonismo da China desde a fundação do Banco?

A proposta do Novo Banco de Desenvolvimento consiste em financiar projetos de infraestrutura e desenvolvimento sustentável não somente nos países membros dos BRICS, mas também em outros países em desenvolvimento diante da carência de recursos para financiar o desenvolvimento de infra-estrutura no âmbito internacional. Ou seja, a própria iniciativa de fundação do Banco se formaliza para oferecer mais uma possibilidade de financiamento, com a diferença que desta vez não se trata de um organismo tradicional decorrente do formato instituído em Bretton Woods.

O Banco estará aberto à participação dos países-membros das Nações Unidas, sendo que os países desenvolvidos poderão ser sócios, porém não tomadores de empréstimos. Por outro lado, os países em desenvolvimento poderão ser sócios e captar recursos. Os BRICS preservarão sempre pelo menos 55% do poder de voto total enquanto os países desenvolvidos terão no máximo 20% do poder de voto. Exceto os países-membros, nenhum outro deterá mais do que 7% dos votos.

Em relação às definições básicas e distribuição de cargos-chave do Novo Banco de Desenvolvimento, a China ficou com a sede, a Índia com a primeira presidência do Conselho de Governadores e o Brasil com a primeira presidência da Diretoria ou Conselho de Administração. Nesse sentido, de acordo com Paulo Nogueira Batista Jr., “corre-se o risco de que o NDB venha a ser um banco essencialmente asiático, dominado pela China e pela Índia, com os demais BRICS desempenhando papel caudatário” (BATISTA JR., In: SOUZA, P., 2015, p. 267).

De modo geral, até o momento, o Novo Banco de Desenvolvimento representa uma instituição bastante recente, com previsão de início das atividades de financiamento de projetos e abertura para novos membros ainda em 2016.

A novidade consiste em que, para além das diferenças econômicas, políticas e históricas, trata-se de um acordo, com perspectiva de longo prazo, entre um conjunto de países heterogêneos, porém com alguns traços em comum: são países de economia emergente, de grande porte econômico, territorial e populacional, que de certa forma possuem e seguem buscando condições para atuar com mais autonomia – sendo que esse não representa o cenário da maioria dos demais países em desenvolvimento.

Esse novo processo de cooperação entre países emergentes poderia sinalizar que o formato tradicional dos organismos multilaterais estaria em descompasso com as demandas do século XXI? Ou apenas representa uma forma a mais de financiamento que passa a estar disponível para a periferia do sistema?

Agora, com a abertura interessante observar como os para novos membros do Banco prevista em 2016 será *players* internacionais irão se posicionar: seria interessante participar desse projeto do ponto de vista das economias centrais (EUA e Europa)? O que a fundação desse novo acordo com tendência de longo prazo poderia estar sinalizando no cenário internacional?

A relevância do desenvolvimento dos BRICS deriva possivelmente do *modus operandi* que se vem decidindo percorrer. Não se trata apenas de um Fórum que se propõe a revolucionar a governança global, mas sim, de um caminho que vem trilhando através de uma via legal sinalizando para a necessidade de reforma – que possa contemplar, gradualmente, um formato que se aproxime na direção de decisões multilaterais promovendo maior justiça social no âmbito interno e também internacional. Esse projeto aparentemente já foi lançado, ainda que as distâncias para as metas progressivas e no que concerne à forma de atuação a curto, médio e longo prazo, ainda sejam passíveis de acompanhamento e observação ao longo das próximas décadas.

Segundo Lucia Scaffardi (2012), os BRICS quanto atividade interinstitucional, se inserem em perspectiva de comparação internacional (inclusive sob o ponto de vista do FMI e Banco Mundial) através de elementos centrais e imprescindíveis para a compreensão de *policymaking* interno e externo a outros Estados – comparação que requer esforço cognitivo e avaliativo complexo tanto do ponto de vista jurídico institucional como levando em conta as estruturas informais que levam em conta o “diálogo” e o “fluxo” que sustentam a dinâmica em curso (SCAFFARDI, 2012, p. 163).

Do ponto de vista europeu, os BRICS não representam um grupo coeso como a União Europeia pretende ser. E não parece estar nos planos dos dirigentes dos seus cinco integrantes caminhar, a curto prazo, em direção a uma moeda comum, apesar da crescente importância do *yuan*. Mas é indiscutível a existência de certa assimetria entre seus integrantes. Sob esse aspecto, de forma muito limitada, poderia-se dizer que a China estaria para

o bloco do BRICS como a Alemanha está para a Europa. Na verdade, em relação aos países membros dos BRICS, a desproporção é certamente maior, o que cria mais oportunidades por um lado, porém, certamente também inspira cuidados por outro lado<sup>305</sup>.

De acordo com o artigo 3 do documento final oriundo do *Fourth BRICS Summit: Delhi Declaration*(2012), “Os BRICS são uma plataforma para o diálogo e a cooperação entre países que representam 43% da população mundial, para a promoção da paz, da segurança e do desenvolvimento em um mundo globalizado multipolar, interdependente e cada vez mais complexo. Vindo da Ásia, da África, da Europa e da América latina, a dimensão transcontinental dessa interação ganha valor e significado”<sup>306</sup>.

O que parece permear as iniciativas dos BRICS é uma proposta construtiva atípica, na qual o fluxo de medidas políticas e normas legais vão formando um novo e diverso modelo de institucionalização regional. O dinamismo desencadeado desse processo de cooperação interestatal acaba representando um processo diferente daquele verificado no caso europeu ou norte americano. Do ponto de vista jurídico institucional, por exemplo, destaca-se o forte papel que esses cinco países remetem ao Estado.

Na visão de Lucia Scaffarfi (2012), existe um contraponto entre essa forma de articulação e o posicionamento atualmente adotado pelos países da União Europeia, que ao privilegiar o bloco, acaba enfraquecendo os Estados europeus de forma individual, inibindo políticas públicas estatais de cunho intervencionista ou protecionista, fazendo prevalecer as normas do livre mercado no sentido de unificar o bloco (SCAFFARDI, 2012, p. 162).

A pergunta que fica em aberto se refere a qual posicionamento seria o mais apropriado na direção do crescimento e desenvolvimento econômico pensando na realidade e conjuntura dos diferentes Estados. Esse assunto não toca apenas aos países periféricos ou emergentes, mas a todos os países do globo, que possuem suas nuances e suas demandas nesse início de século XXI. Voltamos ao debate recorrente da proporção desejável entre

intervencionismo e liberalismo na busca pela dinâmica de sociedades mais prósperas e abundantes.

Essas são questões que se colocam nesse início de século e, em mundo em que as transformações acontecem de forma cada vez mais acelerada, torna-se pertinente analisar e refletir sobre esses pontos para que se possa compreender melhor quais as tendências de transformação do cenário internacional que estão em curso e que são desejáveis na construção de uma sociedade global que contemple desenvolvimento econômico e qualidade de vida com amplo alcance em termos populacional.

## **5. Considerações Finais**

O objetivo deste artigo consistiu em resgatar alguns elementos históricos, que antecedem a constituição do Banco Mundial, no intuito de contextualizar a análise da instituição no cenário que se estabelece internacionalmente no século XXI – sobretudo levando em conta a fundação do Novo Banco de Desenvolvimento (Banco dos BRICS).

Nesse sentido, recorrer ao passado torna o trabalho de observação mais pertinente uma vez que permite analisar o surgimento do Banco Mundial enquanto produto de uma série de eventos históricos, e não como ponto de partida da análise.

Por essa perspectiva, assume-se neste trabalho que as relações interestatais, sobretudo suas rivalidades e hierarquias, correspondem a um elemento fundamental para entender o nascimento, a dinâmica e a evolução do Banco Mundial ao longo do tempo. Da mesma forma, as mudanças no cenário internacional podem ser entendidas como fundamentais para a fundação do Novo Banco de Desenvolvimento.

A mudança de perspectiva do Banco Mundial em relação ao processo de desenvolvimento econômico, que pode ser observada na atuação da instituição tanto no caso brasileiro quanto em escala global - inicialmente associada à área produtiva com projetos de infra-estrutura, passando pelos programas de ajuste, e atualmente vinculada ao combate e redução da

pobreza – parece melhor explicada quando relacionada às transformações no âmbito internacional (como no caso do final da Guerra Fria, que abriu espaço para uma nova modalidade de intermediação entre a instituição e os países periféricos) do que ao mero surgimento de novos desafios como argumenta o Banco.

Em um sistema constituído por Estados Nacionais o Banco Mundial assume, de forma inovadora, uma conotação multilateral de cooperação e abrangência internacional. Tanto a propriedade quanto o controle da instituição encontram-se sob competência dos governos nacionais, seus clientes são governos nacionais, mas o Banco não é formal ou legalmente criação de nenhum deles, devendo funcionar como uma espécie de cooperativa intergovernamental (KAPUR, LEWIS & WEBB, 1997a, p. 02).

Como avaliação geral, em diversas áreas no universo da política, a adoção do multilateralismo tem sido fundamental enquanto estratégia utilizada pelos Estados Unidos no posto de nação hegemônica como meio de alcançar seus objetivos políticos na arena internacional. A disposição dos Estados Unidos em seguir cooperando nos fóruns multilaterais parece ser determinada predominantemente pelo grau de eficiência que uma organização específica apresenta enquanto meio efetivo e apropriado para a promoção dos objetivos de sua agenda internacional.

Com a nomeação de Jim Yong Kim à presidência do Banco, a inserção dos países da semiperiferia e periferia volta à tona no debate acerca do papel da instituição e seu modo de atuação em termos de desenvolvimento econômico. Novos *players* em um cenário internacional em mutação configuram um panorama onde as demandas específicas dos países-membros possam abrir novos espaços criando, assim, a possibilidade de revisão de suas respectivas inserções individuais na estrutura global da organização. Nesse contexto, perceber quais mudanças estariam por trás e dinamizando a criação do Novo Banco de Desenvolvimento, torna-se algo pertinente dentro do cenário geopolítico internacional contemporâneo.

A reflexão em torno do Banco Mundial nesse princípio de século XXI requer uma análise histórica crítica, associada à elaboração de uma nova

agenda de compromissos que, levando em conta o fato da adoção do receituário aplicado pela instituição nem sempre ter favorecido o processo de desenvolvimento dos países periféricos, possua vínculos com o resgate da autonomia e desenvolvimento econômico dessas nações. Por esse prisma, países semiperiféricos e periféricos ainda possuem longo percurso a percorrer, sobretudo se forem levadas em conta as mudanças a serem perseguidas em termos da governança dos organismos multilaterais.

Vivemos um momento em que as transformações internacionais estão acontecendo em uma velocidade rápida. Alguns *players* progressivamente vêm ganhando destaque e isso apresenta reflexos em torno dos debates na arena internacional. O Novo Banco de Desenvolvimento (Banco dos BRICS), criado em Julho de 2014, pode ser considerado uma evidência desse processo de transformação. Porém, o processo de mudanças em termos da governança dos organismos multilaterais, ainda que aparentemente a temática esteja mais presente no debate, precisa ganhar mais fôlego para que se torne efetivo.

Nesse sentido, o que se pode observar, é o peso do ordenamento do sistema interestatal em bases multilaterais, e como o sistema ainda segue “amarrado” a essa ordem proposta em Bretton Woods. A velocidade das mudanças depende exclusivamente da mobilização política das partes interessadas em rediscutir o modelo, caso contrário, seguiremos presenciando e vivendo na base de “mais do mesmo”. O papel efetivo e os instrumentos de persuasão a serem adotados pelos países envolvidos nesse processo permanecem representando uma questão em aberto (e que merece debate) na conjuntura internacional atual.

Se o Novo Banco de Desenvolvimento ocupará um papel de destaque, sinalizando um processo de mudanças no contexto internacional, é algo ainda a ser verificado e que se torna um assunto interessante na conjuntura atual do ponto de vista de uma possível nova configuração no médio, mas sobretudo no longo prazo, dentro do sistema interestatal.

## 6. Bibliografia

ALMEIDA, S. M. de. “O papel dos Organismos Financeiros Internacionais nas Economias em Desenvolvimento.” In: *Para a Década de 90: prioridades e perspectivas de políticas públicas*. Brasília: IPEA/IPLAN, 1989.

ARAÚJO, A. B. de. *O governo brasileiro, o BIRD e o BID: cooperação e confronto*. Rio de Janeiro: IPEA, 1991.

ARRIGHI, G. *Olongo século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo*. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Editora Unesp, 1996.

ARRUDA, M. *ONGs e o Banco Mundial: é possível colaborar criticamente?* Rio de Janeiro: PACS, 1995.

BANCO MUNDIAL. *Relatório Anual do Banco Mundial de 2005: ano em perspectiva*. Washington, 2005.

BATISTA JR., P. N. “BRICS: um novo fundo monetário e um novo banco de desenvolvimento.” In: SOUZA, P. *Brasil, Sociedade em Movimento*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2015.

BAUMANN, R. “O Brasil e três instituições financeiras internacionais nos anos 1990” In: Altemani, H.; Lessa, A. C. (Orgs.) *Relações Internacionais do Brasil: temas e agendas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

BRICS POLICY CENTER. *Os Bancos de Desenvolvimento nos países dos BRICS*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos e Pesquisas Brics / IBASE, 2015.

CASELLA, P. B. *BRICS - Brasil, Rússia, Índia, China e África do Su: uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

CAUFIELD, C. *Masters of Illusion: The World Bank and the Poverty of Nations*. London: MacMillan Publishers, 1997.

CHOSSUDOVSKY, M. “*BRICS and the fiction of “De-dollarization”* Disponível em: <http://www.globalresearch.ca/brics-and-the-fiction-of-de-dollarization/5441301>. Último acesso em 12 de Dezembro de 2015.

- COELHO, J. C. “Banco Mundial: Desigualdade e Poder.” In: *Economia Política Internacional: Análise Estratégica*. Campinas: CERI/UNICAMP, n.6 Jul./Set. 2005, p. 54-59.
- GILBERT, C. ; VINES, D. *The World Bank: Structures and Policies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- GONZALES, M. J. F. (Org.) *O Brasil e o Banco Mundial: um diagnóstico das relações econômicas, 1949 - 1989*. Brasília: IPEA, 1990.
- GRIESGRABER, J. M.; GUNTER, B. G. (Orgs.) *Promoting Development effective global institutions for the twenty-first century*. London: Pluto Press, 1995.
- GRIESGRABER, J. M. ; GUNTER, B. G. (Orgs.) *Development: New Paradigms and Principles for the Twenty-first Century*. London: Pluto Press, 1996a.
- GRIESGRABER, J. M. ; GUNTER, B. G. (Orgs.) *The World Bank: lending on a global scale*. London: Pluto Press, 1996b.
- HURRELL, A. (Org.) *Os BRICS e a ordem global*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- KAPUR, D. ; LEWIS, J. P. ; WEBB, R. *The World Bank: It's First Half Century*. Vol. 1. Washington: Brookings Institution Press, 1997a.
- LICHTENSZTEJN, S ; BAER, M. *Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial: estratégias e políticas do poder financeiro*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987.
- MASON, E. S. ; ASHER, R. E. *The World Bank Since Breton Woods*. Washington: The Brookings Institution, 1973.
- PALONI, A. ; ZANARDI, M. (Orgs.) *The IMF, World Bank and Policy Reform*. New York: Routledge, 2006.
- RACHED, G. *As Políticas de Desenvolvimento do Banco Mundial no contexto das Transformações Internacionais*. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado IE/UFRJ, 2008.
- RANIS, G. ; VREELAND, J. R. ; KOSACK, S. (Orgs.) *Globalization and the Nation State: The impact of the IMF and the World Bank*. New York:

Routledge, 2006.

RIBEIRO, G. L. *Outras globalizações cosmopolíticas pós-imperialistas*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2014.

SCAFFARDI, L. *BRICS: paesi emergenti nel prisma del diritto comparato*. Torino: G.Giappichelli Editore, 2012.

STIGLITZ, J. E. “The World Bank at the Millennium.” In: *The Economic Journal*, vol. 109, nº 459. Oxford: Royal Economic Society, Nov./1999, p. 577-597.

WORLD BANK *The World Bank Annual Report 1994*. Washington, 1994a, p.07-32.

WORLD BANK *The Role and Effectiveness of Development Assistance: Lessons from World Bank Experience*. Washington, Mar./2002a.

WORLD BANK. *A guide to the World Bank*. Washington, 2003.

WORLD BANK *Getting to know the World Bank: a guide for young people*. Washington, 2005c.

-

<sup>283</sup> Artigo preparado para o Congresso Internacional “Desafios Contemporâneos na Europa” organizado pela Associação de Direito e Economia Europeia da Universidade de Coimbra.

<sup>284</sup> Pós-Doutorando no Departamento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici da Università degli Studi di Milano. Doutor em Economia pelo Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro - IE/UFRJ - e Professor Adjunto de Economia Política da Universidade Federal Fluminense – UFF. Membro do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da mesma instituição (PPGSD/UFF).  
E-mail: gabrielrached2015@gmail.com

<sup>285</sup> A Conferência, que fazia parte das negociações do pós-guerra, foi realizada no estado norte-americano de New Hampshire e contou com cerca de 400 delegados, representantes de 44 países, com o objetivo de planejar a estabilização da economia internacional e das moedas nacionais em tempos de paz.

<sup>286</sup> Cada uma dessas instituições foi fundada separadamente, mediante a seguinte cronologia: **BIRD** (1946); **IFC** (1956); **AID** (1960); **CIAD** (1966) e **AMGI** (1988).

<sup>287</sup> Cabe aqui ressaltar que há uma diferença entre “Grupo Banco Mundial” e “Banco Mundial”. O Grupo Banco Mundial é composto pelas cinco instituições supracitadas e o Banco Mundial é a maneira pela qual o BIRD é conhecido, e será referido de agora em diante.

288 Entende-se por transformações internacionais os momentos que representam alguma forma de ruptura com a dinâmica político-econômica vigente até então, cujo alcance se estende a nível global. Dois desses momentos de transformação considerados importantes para a perspectiva de análise do Banco são: a mudança no padrão monetário instituído em Bretton Woods – ocorrida em 1973 – e o fim da Guerra Fria em 1990. Esses marcos, exatamente pelo fato de representarem eventos de alcance internacional, servem como referência para observar os momentos de reorientação setorial dos projetos financiados pelo Banco Mundial. Para uma visão mais detalhada sobre o tema ver Rached, 2008.

289 Nas palavras de Coelho: “Um aspecto de grande relevância no tocante à desigualdade refere-se às assimetrias de poder no interior do sistema de Estados. Tratar disso é assunto espinhoso para uma instituição que abriga em sua distribuição interna de poder estas disparidades, porém é questão fundamental para aqueles que tratam da temática do desenvolvimento. Neste aspecto cabe uma consideração: o Banco, historicamente reflete os interesses dos acionistas majoritários, em especial de seu acionista maior, ou seja, os EUA” (COELHO, 2005, p. 57).

290 De acordo com Gilbert & Vines: “When, in 1989, the US share fell to 17 per cent, the majority required for amendment was increased to 85 per cent. (...) The US voting power, and also to some extent its veto power, puts the US Executive Director in a very powerful position and makes the relationship between the Bank and the US Treasury central to the effectiveness of the Bank’s performance” (GILBERT & VINES, 2000, p. 20).

291 Ver World Bank, 2002a, p. 05.

292 As informações sobre o projeto, disponibilizadas no site do Banco Mundial, comprovam o descompasso entre o escopo do financiamento e a classificação do projeto realizada pela instituição: “The Federal Railways Restructuring and Privatization Project aims to reduce the cost of freight transport in Brazil’s main corridors by restructuring and privatizing the federal railways. Specific objectives are to: 1) improve performance by restructuring and concessioning Rede Ferroviária Federal S.A.’s (RFFSA) operations to private operators, and by restructuring its finances to settle debts and labor liabilities; 2) increase productivity through staff retrenchment and emergency rehabilitation of critical assets in order to make the proposed concessions viable, while minimizing the social cost of staff retrenchment; and 3) enhance competition through regulatory reform, with a view to increase the railways market share and reduce freight transport rates” (Disponível em [www.worldbank.org.br](http://www.worldbank.org.br)).

293 Para ilustrar como a nomenclatura utilizada pelo Banco pode não captar o verdadeiro escopo do projeto em questão, no relatório do Banco Mundial de 2005, por exemplo, foi declarado que os “empréstimos para ajuste” passaram a ser denominados “empréstimos para políticas de desenvolvimento”: “Neste ano o Banco Mundial continuou seu programa de simplificação e modernização de seus instrumentos, processos e políticas. O empréstimo para ajuste foi renomeado “empréstimo para políticas de desenvolvimento” para destacar e refletir a adesão do país e apoiar os esforços dos governos clientes no sentido de atender às suas necessidades” (BANCO MUNDIAL, 2005, p. 23). Sobre esse assunto ver também Banco Mundial, 2005, p. 46.

<sup>294</sup> Para consultar as notas referentes aos setores da Tabela 1.2, dado que são as mesmas, ver Tabela 1.1.

<sup>295</sup> Ver World Bank, 1994a.

<sup>296</sup> De acordo com o Banco Mundial: “Understanding of economic growth and its causes has improved greatly. We now understand that sustained growth depends on broad progress in a number of areas: macroeconomic stability and trade openness; governance and institutions, including a good education system, effective legal institutions, and professional bureaucracy; vigorous competition; and adequate infrastructure” (WORLD BANK, 2002a, p. 26).

<sup>297</sup> Avaliando essa mudança na forma de atuação do Banco Mundial no Brasil, Baumann remete aos primeiros passos da guinada do Banco na direção dos programas de ajuste: “Do lado do governo brasileiro, os recursos do Banco Mundial tornaram possível uma série de reformas na estrutura da administração pública e na área de comércio exterior, embora algumas reformas pretendidas não pudessem ser concretizadas, pois implicariam entrada de recursos que superavam as metas de expansão da base monetária acordada com o FMI. Um dos exemplos mais transparentes dos resultados dessa interação é o esforço de monitoramento e posterior controle dos gastos públicos nas diversas esferas administrativas a partir do início dos anos 1980, o que acabou levando à criação da atual Secretaria do Tesouro” (BAUMANN, In: ALTEMANI & LESSA, 2006, p. 209).

<sup>298</sup> Em relação a essa nova modalidade de empréstimos que passa a ser crescentemente praticada pelo Banco Mundial no contexto do endividamento dos países periféricos na década de 1980, Gonzales destaca que: “Nos anos 80, ressalta-se o redirecionamento da política de empréstimos do Banco em favor dos financiamentos de desembolso rápido, para atender a necessidade do balanço de pagamentos dos países subdesenvolvidos. O Banco Mundial passou, então, a monitorar a alocação e o emprego de recursos nesses países, via políticas setoriais internas e de ajuste estrutural” (GONZALES, 1990, p. 28).

<sup>299</sup> As diretrizes seguidas pelo Banco nessa direção, segundo Gonzales, indicavam a constituição de um ordenamento econômico eminentemente liberal e preocupado em assegurar que o fluxo de pagamentos internacionais não fosse prejudicado: “Para tanto, as medidas preconizadas pelo Banco, subordinadas, em geral, ao objeto de liberalização da economia, têm consistido na reestruturação da política comercial (liberalização do comércio exterior, via eliminação de barreiras e taxas de proteção), na reorientação da política de preços (revisão do sistema de preços agrícolas e de tarifas públicas), na redefinição da atuação do Estado na economia (desregulação dos mercados) e na implementação de reformas institucionais (aumento da eficiência das empresas públicas, desconcentração do sistema financeiro e política de juros que implique a melhoria do processo de intermediação financeira)” (GONZALES, 1990, p. 29).

<sup>300</sup> Em relação às exigências do Banco Mundial e do FMI para que políticas de ajustamento fossem implementadas no Brasil como pré-requisito à obtenção de novos financiamentos, ver Kapur, Lewis & Webb, 1997a, p. 668.

<sup>301</sup> De acordo com o Banco Mundial, a ampliação de seus projetos nos campos da saúde e educação contribuiu para a melhora do nível de bem-estar da população em geral: “Bank lending for health,

education, and social protection has risen steadily and now constitutes nearly one-fifth of total lending. During the 1990s, the Bank also increased lending for governance and public sector reform, private sector development, and environmental protection (...) The Bank is the world's largest external funder of education projects (\$30 billion cumulative), and also the world's largest external funder of health programs, with new commitments of \$1.3 billion a year for health, nutrition, and population projects. Its projects have had major returns in improved well-being" (WORLD BANK, 2002a, p. 54 e 60).

<sup>302</sup> Stiglitz também reforça que, nos últimos anos, o Banco Mundial tem sinalizado a limitação de seus fundos em relação aos desafios do desenvolvimento: "In recent years, the Bank has increasingly recognised that funds are largely fungible, and that the limited funds it has available cannot by themselves make much of a dent on development" (STIGLITZ, 1999, p. 592).

<sup>303</sup> Segundo o relatório do Banco Mundial: "What does this analysis imply for meeting the Millennium Development Goals? One lesson is that external resources alone will not be sufficient to ensure that global goals are met. The recipient country's level of commitment and the quality of its policies and institutions are the primary determinants of progress. Experience and analysis have taught us that outside aid cannot substitute effectively for these factors" (WORLD BANK, 2002a, p. 71).

<sup>304</sup> Sobre esse assunto, ver World Bank, 2002a, p. 55.

<sup>305</sup> Para mais sobre o assunto, ver o artigo do Ministro Celso Amorim para a Revista Carta Capital, publicado em 10.07.2015, intitulado: "Os BRICS, a Europa e o globo de Carlos V". Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/858/os-brics-a-europa-e-201co-globo-de-carlos-v201d-7147.html>. Acesso em Abril de 2016.

<sup>306</sup> Art. 3 da Declaração final do New Delhi Summit (29.03.2012). Disponível em: <http://brics5.co.za/aboutbrics/summit-declaration/fourth-summit/>. Acesso em Abril de 2016.

# AS RELAÇÕES COMERCIAIS TRANSNACIONAIS NA UNIÃO EUROPEIA. PROTEÇÃO DE EMPRESAS E CONSUMIDORES: OBRIGAÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DE REPRESENTAÇÃO PERMANENTE?

Paulo Ramirez

**Resumo:** Questão que se coloca atualmente é a da regulação da atividade económica de sociedades comerciais em Estado distinto do da sua sede efetiva. O assunto fundamental consiste em como proteger os consumidores de bens e serviços e outros sujeitos. E, naturalmente, com o progressivo incremento das relações jurídicas através da *internet* as dificuldades aumentam concomitantemente. Não se perde de vista a realidade de que o tema em análise é extremamente importante para praticamente todos os ordenamentos jurídicos, potenciado pelo fenómeno da globalização das transações económicas.

De acordo com o Código das Sociedades Comerciais uma sociedade com sede efetiva em determinado Estado, e que exerça uma atividade comercial em Portugal que se prolongue por mais de um ano, tem a obrigação de instituir uma representação permanente, bem como registá-la nos termos previstos nas leis nacionais. Naturalmente, haverá que abordar em que consiste efetivamente uma representação permanente e o que ocorre quando a sociedade estrangeira não cumpre a legislação.

Fundamental será, então, mencionar as regras específicas da União Europeia que se relacionam com esta situação, detendo atenção especial à liberdade de prestação de serviços e de estabelecimento. Com a adição do número 4 ao artigo 4º do CSC estarão as sociedades de Estados Membros da UE isentas da obrigação de instituição de uma representação permanente em Portugal?

**Palavras-chave:** Sociedades comerciais; atuação em Estado distinto do da sua sede; proteção de terceiros; liberdade de prestação de serviços e de estabelecimento.

**Keywords:** *commercial companies; foreign companies selling in a distinct country; companies and consumers protection; free providing services and business set up.*

**Siglas:**

AC – Autoridade para a Concorrência.

CC – Código Civil.

CCom-e – *Código de comercio* espanhol.

CCom – Código Comercial.

CEmpEur – Conselhos de Empresas Europeus.

CIP – Centro de Interesses Principal.

CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas.

CRC – Código do Registo Comercial.

CSC – Código das Sociedades Comerciais.

CRPME – *Colegio de Registradores de la Propriedad y Mercantiles de España.*

DIP – Direito Internacional Privado.

FMI – Fundo Monetário Internacional.

LGT – Lei Geral Tributária.

LSA – *Ley de Sociedades Anónimas*.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico.

PEJ – Portal Europeu da Justiça.

RDE – Revista de Direito e Economia.

RDM – *Revista de Derecho Mercantil*.

RRM – *Reglamento del Registro Mercantil*.

SEC – Sistema Europeu de Contas da União Europeia.

RS – *Revue des Sociétés*.

SRL – *Sociedades de Responsabilidad Limitada*.

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia.

TUE – Tratado da União Europeia.

UE – União Europeia.

UEM – União Económica e Monetária.

## **1. Observações iniciais**

Começamos por dizer que na presente comunicação falaremos sobretudo da realidade jurídica portuguesa, uma vez que, naturalmente, é a que melhor conhecemos. No entanto, não esquecemos que o tema que abordamos importa logicamente a praticamente todos os países da UE e do mundo, principalmente na atual economia globalizada. E, igualmente, não desconhecemos que as diversas ordens jurídicas procuram regular esta questão. Assim, sempre que justificado, procederemos à respetiva análise na perspetiva de Direito Comparado.

O assunto que aqui se coloca não é de hoje, sendo possível determinar a sua origem há vários séculos e começou, no que à Península Ibérica respeita, com a deslocação de comerciantes portugueses e espanhóis que iam a Espanha e Portugal, respetivamente, vender os seus produtos.

Posteriormente, estas relações comerciais foram-se progressivamente ampliando a comerciantes de outras nações.

Importa considerar que a atividade das empresas, pela sua própria natureza, tem uma grande tendência para a internacionalização. Na realidade, boa parte do Direito Comercial tem origem no desejo dos comerciantes da Idade Média de ultrapassar certas especificidades jurídicas que significavam efetivos entraves às transações comerciais<sup>307</sup>. Além disso, a organização da empresa é mais importante sempre que a empresa atua fora das suas fronteiras.

Então, a realidade em questão foi regulada pela primeira vez em Portugal pelas “Ordenações Afonsinas” que estipulavam em 1433 regras precisas sobre esse tipo de operação comercial<sup>308</sup>. Após isso o Direito sofreu grande evolução até aos nossos dias, sendo de assinalar que o fenómeno teve um incremento substancial a partir da integração de Portugal em 1986 nas então designadas Comunidades Europeias, atualmente União Europeia. Coincidentemente, nesse mesmo ano, foi publicado o CSC.

Considera-se, de facto, que o desenvolvimento transnacional das sociedades consiste num aspeto fundamental no sentido da construção do mercado interno da UE, matéria a que voltaremos mais adiante. E o “direito europeu das sociedades” consubstancia-se, justamente, na “pedra angular” desse mercado interno<sup>309</sup>.

## **2. Os problemas que o comércio transnacional suscita**

A atividade em determinado país de sociedades comerciais que exercem a sua atividade sem o respetivo registo pode causar certos problemas: menor proteção dos consumidores, dos fornecedores, dos credores, dos direitos de personalidade, da correta concorrência, entre outros, colocando-se como fundamental a existência de regras que defendam os direitos e os interesses de todos aqueles que possam ver-se prejudicados pela atuação das grandes companhias multinacionais<sup>310</sup>.

E, atualmente, a questão afigura-se mais complexa mediante as transações que se desenvolvem através do comércio eletrónico<sup>311</sup>. De facto, *as novas tecnologias modificam e dinamizam as instituições jurídicas e muito em especial as comerciais*<sup>312</sup>. Será de atender à “Diretiva sobre Comercio Eletrónico”, Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho, transposta para Portugal. Tal Diretiva visa facilitar a construção do mercado interno da UE e proteger a segurança jurídica e a confiança dos consumidores europeus. A proteção cabe ao país de origem e a Diretiva não derroga as regras de DIP nem as regras sobre a jurisdição dos tribunais. Será de atender ainda às regras comunitárias sobre contratos à distância.

Por outro lado, para se compreender a importância que a questão que aqui abordamos assume nos nossos dias, é suficiente atender aos dados concretos: no período de 2008 a 2012 1,4% da atividade de sociedades estrangeiras em Portugal, em relação ao total das sociedades não financeiras com atividade no nosso País, eram filiais de sociedades com sede noutro país. Este valor não parece impressionante. Porém, vamos observar mais de perto a situação concreta. Este 1,4% de sociedades representava 21,8% do volume de negócios celebrados em Portugal por sociedades não financeiras. Praticamente a quinta parte. E este fenómeno é ainda mais significativo noutros países da União Europeia.

Além disso, cada sociedade estrangeira dava trabalho, em média, a 66,5 trabalhadores, enquanto as portuguesas empregavam somente 6,8 pessoas<sup>313</sup>. Por isso se compreende facilmente o impacto das filiais e sucursais estrangeiras em Portugal.

Por último, neste ponto, importa dizer que naturalmente as representações de sociedades de estados membros da União Europeia significavam 75% do total, com destaque para Espanha e Alemanha. Fora dos países da União Europeia são os Estados Unidos da América os que têm mais filiais em Portugal.

### 3. Análise de Direito positivo

#### 3.1. A questão

Vamos procurar, na nossa reflexão, acompanhar o caminho prosseguido pelo legislador. É sabido que às sociedades comerciais que integram relações jurídicas de diversa complexidade é necessário aplicar uma determinada lei que regule os seus aspetos fundamentais, desde o seu surgimento até à sua extinção<sup>314</sup>.

Por outro lado, a problemática que a ação de empresas em país distinto do da sua sede apresenta são questões que, *ab initio*, se integram no DIP, ou seja, o ramo do Direito que regula uma relação jurídica privada concreta que tem conexão com mais do que um ordenamento jurídico nacional<sup>315</sup>.

Como refere a doutrina, a questão deverá ser analisada em dois planos. Por um lado (aspeto interno), haverá que determinar o regime jurídico de realidades como a constituição, o funcionamento *ad intra* ou a extinção, sendo conveniente submetê-las a uma única lei. Por outro lado (aspeto externo), é conveniente atender à regulamentação da atividade da sociedade estrangeira<sup>316</sup>.

Neste contexto, se os aspetos fundamentais do DIP em Portugal se encontram no âmbito do CC (cfr. Art. 33º do CC), consideram-se os artigos 3º e 4º do CSC como normas de DIP especial, dedicadas às sociedades comerciais.

Desde logo, determina o art. 3º que as sociedades comerciais têm como lei pessoal a lei do Estado onde se encontre situada a sua sede principal e efetiva da sua administração<sup>317</sup>. Isto é, a sede efetiva, ou seja a sede real e não a estatutária<sup>318</sup>. O próprio artigo 4º<sup>1</sup> refere que são estrangeiras as sociedades comerciais que não tenham “a sede efetiva em Portugal”<sup>319</sup>. Como veremos mais adiante, para efeitos de insolvência, é determinante no âmbito da UE o CIP.

Este critério adotado pelo legislador apresenta a vantagem de atribuir o estatuto de acordo com a *efetiva* conexão entre a sociedade e uma ordem jurídica, com suficiente estabilidade e respeito pela autonomia da própria pessoa coletiva (com suporte na doutrina e jurisprudência, inclusive do TJUE)<sup>320</sup>, mas a desvantagem de insegurança jurídica sempre que um possível interessado não possa aceder à informação sobre o local onde as atividades sociais se realizam, máxime acerca dos grupos de sociedades<sup>321</sup>.

Em Espanha determina o artigo 5º da LSA (aplicável às SRL) que “serão espanholas (...) todas as sociedades anónimas que tenham o seu domicílio em território espanhol (...)” devendo “ter o seu domicílio em Espanha as sociedades anónimas, cujo principal estabelecimento ou exploração radique dentro do seu território”.

Por seu lado, determina o artigo 15º do CCom-e que “os estrangeiros e as Companhias constituídas no estrangeiro poderão exercer o comércio em Espanha com sujeição às Leis do seu país, no que se refere à sua capacidade para contratar, e às disposições deste Código, em tudo quanto concerne à criação dos seus estabelecimentos dentro do território espanhol, às suas operações comerciais e à jurisdição dos Tribunais da nação.

O prescrito neste artigo deve entender-se sem prejuízo do que em casos particulares possa estabelecer-se pelos Tratados e Convénios...”.

Dispõe o número 1 do artigo 4º do CSC que “a sociedade que não tenha a sede efetiva em Portugal, mas que deseje exercer aqui a sua atividade por mais de um ano deve instituir uma representação permanente e cumprir o disposto na lei portuguesa sobre registo comercial”.

## 3.2. Artigo 4º nº1 do CSC

### 3.2.1. A proteção de terceiros

Como se compreende, as normas que fazem parte do referido dispositivo legal visam a proteção dos interesses de terceiros no comércio jurídico local. Antes da sua publicação verificava-se certa insegurança jurídica, uma vez que os destinatários de produtos e serviços tinham grande dificuldade logística e financeira para demandar uma entidade com sede num país extremamente distante, sendo complicado obter os dados que permitiam promover uma ação judicial<sup>322</sup>.

Em caso de não ter um representante permanente no país, como contactar determinada sociedade comercial, conhecer a sua nacionalidade, o local da sua sede, saber qual é a lei aplicável em concreto, quem são os seus responsáveis, entre outros aspetos? Teremos de andar de país para país, de registo comercial em registo comercial, até descobrir todos estes elementos? E, em caso de que se descubram, teremos de recorrer aos tribunais desse país?<sup>323</sup>

Em concreto não será fácil saber a quem se deve dirigir a vítima de um derrame de produtos químicos, um consumidor por produtos defeituosos, uma pessoa que trabalhou em determinada sociedade comercial, um empresário que sofre concorrência desleal ou por sociedade que não cumpre as regras da concorrência impostas pela União Europeia<sup>324</sup>.

Ainda que a atividade das sociedades comerciais seja de carácter privado assume relevância de ordem pública sendo oponível *erga omnes*, daí a necessidade de regulamentar a atuação das sociedades estrangeiras noutro país<sup>325</sup>.

### 3.2.2. A representação da sociedade comercial estrangeira

Toda a sociedade é representada por pessoas físicas. Ainda que em determinadas sociedades comerciais se aceite uma entidade coletiva como membro da administração, esta, por seu turno, será representada por uma pessoa física. Naturalmente pelos seus gerentes ou administradores, mas também dentro de certas circunstâncias por mandatários ou pelos próprios trabalhadores.

A representação no âmbito das transações económicas é um procedimento jurídico para que uma pessoa (representante) intervenha em atos ou negócios jurídicos declarando a sua própria vontade, para que esta produza os seus efeitos na esfera pessoal ou patrimonial de outra (representado)<sup>326</sup>.

A importância da representação na vida económica é evidente. Se no âmbito particular e familiar desenvolve uma função de grande valor, no âmbito comercial “a importância do atuar representativo é extraordinária”. Efetivamente, acerca das médias e grandes empresas a maior parte das relações jurídicas comerciais não se estabelecem pessoalmente pelo empresário, mas através de representantes<sup>327</sup>.

Então, podemos dizer, a respeito do tema que aqui tratamos, que a representação permanente é constituída por aqueles que possam representar e, logo, vincular a sociedade estrangeira. Isto, independentemente de se qualificar como uma filial, uma sucursal, um escritório ou outra realidade.

Acerca da forma do contrato, ou seja, do modo como se manifesta ou declara a vontade das partes, em Direito Comercial, mais ainda que no Civil, a regra é a liberdade de forma. Assim, de modo escrito ou verbal (ou, inclusivamente, *facta concludentia*), o determinante é que o representado expresse a sua vontade de que determinada entidade o represente e vincule em determinados negócios jurídicos, particularmente em certa área geográfica, e, por outro lado, que o representante aceite representar determinada sociedade comercial mediante certas condições.

O representante deve declarar em nome de quem atua, desde logo mediante a firma, na qual se adita a expressão “representação”. Pode, inclusivamente, representar um grupo de sociedades e, por outro lado, não deve fazer concorrência ao representado.

### **3.2.3. A representação permanente**

Para o legislador português, como referimos, determinadas sociedades comerciais estrangeiras que atuem em Portugal deverão constituir uma representação permanente. Qual é o requisito para que tal se coloque? Sem dúvida, o facto determinante é que a atividade da sociedade se prolongue por mais de um ano. Ou seja, uma sociedade que começa a atuar pontualmente em Portugal não necessita de instituir uma representação permanente. No entanto, se tal atividade exceder o prazo de um ano encontra-se obrigada a constituir nos termos legais uma forma de representação permanente. Obviamente, uma sociedade que, desde logo, pretenda atuar em Portugal por um período superior ao referido prazo deve criar *ab initio* uma representação permanente.

O legislador adotou um prazo fixo e não um critério mais flexível, desde logo por razões de segurança jurídica: todo o empresário sabe o que ocorre no termo do ano de atividade.

### **3.2.4. O conceito de “atividade”**

Naturalmente, para que determinada pessoa física seja considerada comerciante tem de exercer uma prática comercial com carácter profissional (artigo 13º 1 do CCom) e, por outro lado, uma sociedade desenvolve necessariamente uma atividade económica (artigo 980º CC) e a que não exerça uma atividade durante determinado tempo deverá ser extinta (artigo 142º, 1. c) do CSC). De facto, a atividade é uma característica ontológica do ser-se comerciante.

No entanto, quando o legislador obriga uma sociedade comercial estrangeira a constituir uma representação permanente, a que tipo de “atividade” se está a referir? Aplica-se a uma atividade exercida necessariamente através de um estabelecimento? Parece que não, desde logo atendendo à realidade que o comércio eletrónico representa. O que se afigura determinante é que a prática dessa atividade se produza em condições de concorrência com os comerciantes locais para o mesmo tipo de produtos ou serviços, isto é, tendo como destinatária o mesmo tipo de clientela.

Este é, inclusivamente, o critério adotado pela doutrina para determinar se se trata de liberdade de estabelecimento ou de liberdade de prestação de serviços, tema a que voltaremos mais adiante. Considera-se que se trata de liberdade de estabelecimento (com duração mais prolongada) justamente quando está em causa a captação continuada de clientela no Estado recetor<sup>328</sup>.

Por seu turno, a competitividade internacional pode definir-se como a capacidade que tem uma empresa para alcançar um maior e melhor rendimento sobre os seus competidores nos mercados estrangeiros e preservar assim as condições que sustentam os seus rendimentos atuais e futuros<sup>329</sup>.

### **3.2.5. Obrigação de registo da representação permanente**

O Registo Comercial é um arquivo público, no duplo sentido, porque é propriedade do Estado e está aberto ao público, consistindo na instituição administrativa que tem por objeto a publicidade oficial das situações jurídicas dos empresários nele inscritos<sup>330</sup>. Registo e informação são dois conceitos indissolivelmente unidos, sendo que a razão de ser daquele encontra a sua justificação na necessidade de transmitir esta<sup>331</sup>.

O artigo 18º3 do CCom determina o registo obrigatório dos dados a ele sujeitos por lei. E, efetivamente, o CRC impõe o registo obrigatório da criação, alteração e o encerramento de representações permanentes de

sociedades, bem como a prestação de contas das sociedades com sede no estrangeiro e representação permanente em Portugal (artigo 10º c) e d) e artigo 15º).

Por seu lado, o artigo 40º 2 do mesmo diploma legal estabelece que o registo destas representações permanentes tem lugar mediante a apresentação de um documento comprovativo da deliberação social que a estabeleça, do texto completo e atualizado do contrato da sociedade comercial estrangeira e, por fim, do documento que comprove a existência jurídica deste.

A importância do registo do contrato de sociedade, desde logo, é a de conferir personalidade jurídica à sociedade comercial, surgindo uma entidade jurídica autónoma e distinta da dos sócios (artigo 5º do CSC)<sup>332</sup>. No entanto, tal não se passa com a representação permanente a qual, por si própria, não adquire personalidade jurídica. Coisa distinta, naturalmente, é a atribuição dessa qualidade quando estamos diante de uma sociedade comercial que é simultaneamente filial de outra sociedade.

Essencialmente, o determinante neste particular é que todos os que de certo modo se relacionem com empresas estrangeiras tenham uma forma simples e eficaz de conhecer os elementos fundamentais para a proteção dos seus interesses patrimoniais. A Primeira Diretiva da CEE relativa às sociedades considerava que a publicidade por meio do Registo deve tornar possível que “os terceiros conheçam os dados essenciais da sociedade, assim como alguns aspetos relativos à mesma, especialmente à identidade das pessoas com poder para contratar em seu nome”<sup>333</sup>.

Entre os mais variados aspetos, será de referir a obrigação de registo das contas das sociedades estrangeiras com representação permanente em Portugal, facto que tem especial relevância para terceiros (nomeadamente para determinação do PIB nacional) e, em especial no que se refere às *offshore*.

### 3.2.6. As filiais e as sucursais

Ao impor a instituição de uma representação permanente o legislador não define, porém, de que forma deve concretizar-se tal entidade. Assim, o mais habitual é a criação de filiais ou sucursais, mas podem ser outras (delegações, escritórios de representação, etc.) desde que fique claro, *exempli causa* na sua firma, que se tratam de representantes de uma sociedade comercial estrangeira.

Relativamente às formas mais usuais de representação de entidades estrangeiras, parece adequado proceder à nem sempre fácil distinção entre filial e sucursal. Assim, como critério diferenciador fundamental a filial goza de personalidade jurídica, o que não acontece com a sucursal que é parte integrante da sociedade comercial estrangeira<sup>334</sup>.

As sucursais são estabelecimentos secundários dotados de representação permanente, criados por uma sociedade estrangeira no território de um Estado para aí desenvolver atividades próprias do seu objeto<sup>335</sup>. Possuem certa autonomia de gestão a fim de desenvolver a sua função, sendo centros de operações com determinada estabilidade face ao exterior. No entanto, a entidade que responde pelas dívidas sociais é a sociedade comercial.

Por seu lado, a filial tem autonomia jurídica e património autónomo, rege-se pelos seus próprios estatutos e pelos seus próprios órgãos de governo e administração. Todavia, não é totalmente autónoma do ponto de vista económico nem da gestão relativamente à sociedade mãe que a controla, uma vez que esta, normalmente, detém uma parte suficiente do seu capital para exercer uma influência efetiva.

Faremos, por fim, uma breve referência à “sucursal na hora”. Com a aprovação do Decreto-Lei n.º 73/2008, de 16 de abril, a sucursal, como representação permanente em Portugal de entidades estrangeiras, pode ser constituída de modo mais simplificado e num único dia. Além disso, permite a disponibilidade de um registo comercial em língua inglesa.

### **3.3. Incumprimento das obrigações legais. Responsabilidade por dívidas**

Após determinar a constituição de uma representação permanente em Portugal devidamente registada, impõe o legislador nos números 2 e 3 do artigo 4º do CSC algumas consequências do incumprimento de tal norma legal. Será de ressaltar que estes efeitos têm lugar, igualmente, relativamente às sociedades comerciais que tenham uma representação permanente mas que não a tenham registado.

Estabelece-se no número 2 que a sociedade que não cumpra o determinado na disposição anterior fica, não obstante, obrigada pelos atos praticados em seu nome em Portugal, respondendo solidariamente com ela as pessoas que os tenham praticado, bem como os gerentes ou administradores da sociedade (esta norma não se aplica a quem tenha atuado no País por período inferior a um ano ou, obviamente, a quem tenha cumprido a lei. Nestes casos aplica-se a lei pessoal da sociedade comercial, nos termos do art. 33º 2 do CC<sup>336</sup>).

Facilmente se compreende que o objetivo do legislador é a tutela de terceiros que celebrem contratos com a sociedade incumpridora. Ao responsabilizar não apenas a sociedade comercial estrangeira pelas obrigações constituídas em seu nome, mas igualmente aqueles que praticaram os atos e, ainda, os próprios gestores de tal sociedade (e de forma solidária), amplia substancialmente as possibilidades de ressarcimento dos danos eventualmente causados na esfera jurídica do prejudicado<sup>337</sup>.

Todos os que atuaram em nome da sociedade têm conhecimento, ou devem ter, de que aquela não cumpriu o legalmente disposto, justificando-se, então, a sua responsabilidade. Além disso, o representante tem legitimidade passiva e ativa em Tribunal em representação da sociedade estrangeira. Quem é parte no processo é a sociedade estrangeira, ainda que representada. Por outro lado, a falta de representação permanente e o seu

registo é imputável aos administradores ou gerentes da sociedade comercial a quem compete promover os dois atos<sup>338</sup>. No projeto de lei a responsabilidade dos gestores tinha lugar somente depois de executado o património existente em Portugal. No entanto, o legislador considerou que não era justo que os que atuaram em representação da sociedade comercial respondessem solidariamente pelas dívidas e os gestores, a quem compete a constituição da representação, não fossem responsabilizados de igual modo<sup>339</sup>.

No que se refere concretamente a esta responsabilidade ela é de carácter objetivo e não, como é a regra, mediante a prova da culpabilidade ou com o ónus de provar a inocência. É o que ocorre, entre outros, no estipulado nos artigos 72º do CSC e 24º da LGT. A razão fundamental da imposição de responsabilidade objetiva, na questão de que tratamos, radica numa medida compulsória sobre os gestores da sociedade comercial de modo a que, de forma diligente, procedam de acordo com o que estabelece a lei para estes casos<sup>340</sup>.

### **3.4. Incumprimento das obrigações legais: Cessação da atividade em Portugal e liquidação do património**

Mas o legislador estabelece no número 3, concomitantemente, que não obstante o estatuído na norma anterior o tribunal pode ordenar, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, que a sociedade que não cumpra o disposto no número 1 ponha termo à sua atividade em Portugal bem como a liquidação do património aqui existente. Assim como as pessoas singulares que não se encontram de modo legal num país têm que abandoná-lo, de igual modo se passa com as sociedades comerciais, ou seja, têm que encerrar os seus negócio sem tal país<sup>341</sup>.

Quanto ao poder/dever do representante do Estado de solicitar em tribunal a aplicação desta norma não tem oferecido discussão atendendo à proteção dos interesses públicos, desde logo da legalidade, mas também da própria economia nacional. Já a atribuição desse mesmo direito a “qualquer

interessado” tem suscitado algumas reservas por parte de certa doutrina, desde a publicação da norma.

Relativamente a uma interpretação autêntica do normativo, refere António CAEIRO, autor do mesmo, que a legitimidade ativa para propor em tribunal tal ação relaciona-se com todos aqueles que tenham celebrado contratos com a sociedade em questão, ou seja, os seus credores. Por exemplo, se uma empresa portuguesa procede à venda de determinadas mercadorias em boas condições a uma empresa estrangeira, mas a sociedade compradora não procede ao respetivo pagamento no prazo estipulado, a credora pode acionar tal sociedade responsabilizando-a, ou aos seus representantes ou aos seus gestores. Para além disso, pode solicitar a liquidação do seu património e cessação da atividade em Portugal<sup>342</sup>.

Por seu turno, MOURA RAMOS, que começa por concordar com a legitimidade ativa do Ministério Público, coloca algumas reservas acerca da atribuição do mesmo direito a “qualquer interessado”, inclusivamente o credor. De facto, considera excessivo o autor que um credor possa ver reconhecido um interesse que excede a execução do património do devedor na medida do necessário para a realização dos seus créditos, podendo solicitar a extinção da atividade em Portugal de uma sociedade estrangeira. Afigura-se como uma *actio popularis* que parece injustificada, podendo, inclusivamente, ser prejudicial para outros credores da tal sociedade<sup>343</sup>.

Embora a questão não seja de fácil resolução, se se afigura perfeitamente razoável o direito de um credor solicitar a liquidação do património da sociedade existente em Portugal como meio de ressarcir os danos patrimoniais sofridos, já parece exceder a medida do seu interesse a previsão legal de que possa pretender a extinção da atividade da sociedade estrangeira. Naturalmente, o tribunal português deverá decidir de acordo com a estrita satisfação dos interesses em presença, não decretando a cessação da atividade da sociedade em caso de que não o considere necessário<sup>344</sup>.

Será de referir que a sociedade que cumpra as obrigações do art. 4º1 do CSC, poderá ser, naturalmente, declarada insolvente. Inicialmente o projeto

do CIRE determinava a insolvência da representação permanente, mas tal não se consagrou no diploma final. Deste modo, apenas as sociedades comerciais serão declaradas insolventes. Por outro lado, serão os tribunais nacionais os competentes para decidir a insolvência de sociedades da UE com o CIP no respetivo Estado (Regulamento (CE) n.º 1346/2000, do Conselho, de 29 de maio de 2000). O processo de insolvência decorre no Estado Membro e de acordo com a respetiva legislação onde se encontra situado o CIP da sociedade. Uma sociedade com sucursais em vários Estados Membros mas com o seu CIP situado em Portugal vê a sua insolvência decretada em Portugal de acordo com as leis portuguesas.

O CIP é onde se situa a administração, isto é, as atividades estratégicas, executivas e administrativas relativamente a contabilidade, IT, marketing, etc. Claro que é um conceito difícil de concretizar e a jurisprudência do TJUE tem-se pronunciado sobre o assunto. Aconteceu que uma sociedade comercial da área das telecomunicações, sediada no Luxemburgo, mudou o seu CIP para o Reino Unido, três meses antes da insolvência, para beneficiar do respetivo tratamento mais favorável, apanhando de surpresa os credores. O TJUE considera, então, que o local do CIP deve ser apreensível por terceiros<sup>345</sup>.

### **3.5. A União Europeia e as Liberdades de Circulação**

Consagra o artigo 3º TUE a promoção da paz, os valores da UE e o bem-estar dos seus povos, tendo para a obtenção de tais desideratos *mediatos* (ou afim de nortear a sua ação e o seu desenvolvimento) a consagração do mercado interno e a UEM, como instrumentos *imediatos*. É, de resto, uma dinâmica que advém desde os Tratados fundadores do processo de construção europeia<sup>346</sup>.

Assim, após consagrar o princípio da “não discriminação”, de acordo com o qual os cidadãos dos Estados-Membros deverão ser tratados segundo as mesmas condições jurídicas, ou seja, nos termos do “tratamento nacional” (art. 18º TFUE)<sup>347</sup>, estabelecem os Tratados um dos elementos

fundamentais das políticas e ações internas da UE que passa pela construção e funcionamento do mercado interno. Este compreende um espaço sem fronteiras internas em que a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais seja uma realidade (artigo 26º TFUE). Vamos, em seguida, abordar o conteúdo de cada uma destas liberdades.

### 3.5.1. Análise geral

A liberdade de circulação de mercadorias passa pela instituição de uma união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias e implica a proibição de direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos de efeito equivalente, assim como de uma pauta aduaneira comum (artigo 28º 1 TFUE). Em complemento, prevê-se a cooperação aduaneira e a proibição das restrições quantitativas entre os Estados-Membros.

No que concerne à livre circulação de pessoas estipulam os tratados a abolição de toda e qualquer discriminação entre os trabalhadores dos Estados-Membros em razão da nacionalidade quanto ao emprego, remuneração e outras condições de trabalho (artigo 45º 2 TFUE).

Por outro lado, são proibidas as restrições quanto ao direito de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Tal proibição abrange as limitações à instituição de agências, sucursais e filiais como “liberdade secundária” (em contraste com a liberdade de constituição de sociedades)<sup>348</sup>. Neste contexto, favorecem-se as atividades mediante as quais a liberdade de estabelecimento consista num contributo relevante para o desenvolvimento da produção e das trocas comerciais (arts. 49º e 50º 2 a) TFUE).

Acerca de alguma jurisprudência relevante proveniente do TJUE, sobre a liberdade de estabelecimento, podemos destacar alguns Acórdãos.

Desde logo, será de referir o Acórdão *Uberseering* de acordo com o qual os artigos 43º e 48º TCE (atuais 49º e 54º TFUE) não permitem que,

quando uma sociedade constituída de acordo com a legislação de um Estado-Membro é considerada, segundo o direito de outro Estado-Membro, como tendo transferido a sua sede efetiva para este Estado, este último não reconheça à referida sociedade capacidade jurídica e logo judiciária perante os seus órgãos jurisdicionais nacionais.

Quanto ao Acórdão *Inspire Art* decidiu o TJUE no sentido de que uma legislação nacional não pode impor obrigações de publicidade a uma sucursal de uma sociedade de outro Estado-Membro não previstas na Diretiva 89/666/CEE, de 21 de dezembro de 1989, nem sujeitar o exercício da liberdade de estabelecimento a título secundário nesse Estado a determinadas condições acerca do capital mínimo e à responsabilidade dos administradores.

No que se refere ao Acórdão *Innoventif*, considerou o TJUE que é permitida uma regulamentação de um Estado-Membro que faz depender a inscrição no registo comercial de uma sucursal do pagamento de um adiantamento por conta dos custos previsíveis para a publicação do objeto social descrito no ato constitutivo da respetiva sociedade.

Quanto ao Acórdão *Impacto Azul*, estabeleceu o TJUE que, no que concerne ao tratamento concedido às sociedades-mãe com sede em Estados-Membros diferentes da República Portuguesa, o artigo 481º n.º2 do CSC, que determina que a solidariedade nas obrigações apenas se aplica às sociedades-mãe sediadas em Portugal, não contraria a liberdade de estabelecimento.

No que se refere ao Acórdão *Daily Mail* determinou-se que uma sociedade não pode transferir a sua sede para outro Estado-Membro e conservar a qualidade de sociedade do Estado onde se constituiu.

Finalmente, quanto ao Acórdão *Centros* considerou-se que um Estado-Membro não pode impedir o registo de uma sucursal de uma sociedade sediada noutro país sem aí exercer qualquer atividade económica.

Por outro lado, ainda quanto às liberdades de circulação e construção do mercado interno, vedam-se as limitações quanto à livre prestação de

serviços, nomeadamente nas áreas industrial, comercial, artesanal e das profissões liberais. O prestador pode, a título temporário, exercer a sua atividade num Estado-Membro de acordo com as regras impostas para os respetivos nacionais (artigos 56º e 57º TFUE).

Finalmente, determina-se a livre circulação de capitais, no sentido da sua livre movimentação entre Estados-Membros e estes e terceiros (impedem-se de igual modo as restrições aos pagamentos entre Estados). Excepcionalmente, quando o movimento de capitais, provenientes ou com destino a países terceiros, seja suscetível de causar graves dificuldades ao funcionamento da UEM podem as instituições tomar “medidas de salvaguarda” por um período não superior a seis meses (artigos 63º e 66º TFUE).

### **3.5.2. A liberdade de prestação de serviços e de estabelecimento e o nº4 do artigo 4º do Código das Sociedades Comerciais. Reflexão sobre a sua interpretação**

Será de referir, agora, que até 2010 o artigo 4º do CSC tinha somente os 3 números referidos. No entanto, em 24 de maio de 2010 teve início a vigência do atual número 4, no sentido de que o disposto nos números anteriores não se aplica às sociedades que exerçam atividade em Portugal de acordo com a liberdade de prestação de serviços prevista na Diretiva nº 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro.

Porém, as questões colocam-se necessariamente: então, acerca das sociedades estrangeiras de Estados-Membros da UE que exerçam a sua atividade em Portugal por período superior a um ano não é necessária a constituição de representação permanente nem do registo? Tal se aplica apenas às sociedades de países terceiros? Em entendimento afirmativo serão devidamente protegidos os interesses dos sujeitos jurídicos que celebram contratos com essas sociedades?

Desde logo, para os efeitos de que tratamos, considera-se “sociedade” as de direito civil ou comercial, inclusivamente as sociedades cooperativas, e

as demais pessoas coletivas de direito público ou privado, com exceção das que não prossigam fins lucrativos (art. 54º TFUE).

Por outro lado, o conceito de “liberdade de circulação de serviços”, divide-se como vimos em duas realidades distintas que são a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços (artigos 49º a 55º e 56º a 62º do TFUE, respetivamente). A própria Diretiva em análise aplica-se ao “exercício da liberdade de estabelecimento dos prestadores de serviços e a livre circulação dos serviços” (artigo 1º).

Ambas as realidades referem-se a atividades económicas independentes, ou seja, não assalariadas. Mas o conceito de prestação de serviços para a UE não é necessariamente coincidente com o conceito previsto nas legislações nacionais. Nalguns casos parece mais amplo, noutros mais restrito como ocorre com a prestação de serviços financeiros que é muito ampla atualmente e que tem regulamentação específica, bem como no que se refere aos transportes. Em certos casos, inclusivamente, pode ser exigida uma licença ou autorização para a atividade.

Agora, caso a atividade económica se desenvolva mediante “instalação permanente” no Estado recetor o sujeito está submetido às regras da liberdade de estabelecimento. Se, diversamente, a atividade económica se presta desde um país europeu sem deter no país destinatário uma “instalação permanente”, então tal atividade encontra-se sujeita à livre prestação de serviços<sup>349</sup>. No artigo 57º TFUE refere-se expressamente que, sem prejuízo do disposto quanto ao direito de estabelecimento, o prestador de serviços pode, *a título temporário* (itálico nosso), exercer livremente a sua atividade em Estado distinto.

Procedendo a uma interpretação da norma do artigo 4º nº4 do CSC em termos teleológicos, o que parece resultar claramente é que se aplica somente à liberdade de serviços em sentido estrito<sup>350</sup>. Ou seja, uma sociedade de um Estado-Membro que atue em Portugal com caráter temporário, ainda que exceda o período de um ano, não estará sujeita à implementação de uma representação permanente<sup>351</sup>. No entanto, se a atividade tem características de estabilidade, então, caso ultrapasse o ano de

atuação no mercado nacional, deverá constituir uma representação permanente e, de igual modo, registá-la nos termos legais.

Importa dizer que, em nosso entendimento, tal interpretação da disposição legal que abordamos não significa qualquer atuação contrária aos princípios fundamentais da UE, uma vez que a liberdade de estabelecimento não está cerceada (entre outros, veja-se o citado Acórdão *Innoventif*).

O que para nós tem lugar é que, por uma questão de proteção dos interesses dos sujeitos jurídicos que se relacionem com tais sociedades comerciais, impõem-se medidas de segurança jurídica semelhantes à das demais sociedades comerciais. Refere-se, inclusivamente, que determinadas atividades de serviços podem exigir, “como condição de interesse geral”, a presença de um estabelecimento do prestador das mesmas no Estado da prestação<sup>352</sup>. Inclusivamente, o TJUE não considera contrário ao art. 49º TFUE a obrigação de constituição de estabelecimento, não sendo, porém, necessária a sua constituição anterior ao início do desenvolvimento da atividade, apenas posteriormente (segundo o Acórdão *Yellow Cab*).

Em termos concretos, sucede por vezes que uma empresa executa durante meses uma obra em Estado distinto do da sua sede – prestação de serviços – mas pode considerar interessante permanecer em tal país com atividades futuras de modo mais prolongado no tempo. Neste caso, falamos de necessidade de estabelecimento, podendo o Estado em que se desenvolve tal atividade impor a instituição de uma representação permanente<sup>353</sup>.

A internacionalização da economia bem como o incremento das relações transnacionais, que facilitam a circulação dos bens e do crédito entre países, conduzem a que as regras de proteção dos consumidores não se possam afastar da preocupação dos juristas da UE<sup>354</sup>. Inclusivamente, prevê o TFUE no artigo 169º que “a fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos *interesses económicos* dos consumidores, bem como para a promoção do direito à *informação*, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses”.

Será de referir que o TJUE considera impreciso o conceito de “presença permanente”. Tal ideia apresenta um alcance demasiado amplo e a realidade é rica em supostos e matizes, existindo casos em que é difícil precisar se o operador económico tem realmente uma “presença estável ou permanente” ou não no Estado recetor da atividade. Assim, os casos duvidosos ficam incluídos no âmbito da liberdade de estabelecimento<sup>355</sup>.

Por fim, duas breves referências a instrumentos oriundos da UE e com reflexos na matéria de que tratamos no presente estudo.

Por um lado, a criação dos CEmpEur permitem aos trabalhadores de “empresas de dimensão comunitária” aceder a informação relevante para a defesa dos seus interesses. Concretamente, o respetivo regime é aplicável às sociedades com sede no estrangeiro mas com representação da administração em Portugal, nos termos do art. 4º 2 a) da Lei 96/2009, de 3 de setembro, diploma que transpôs para Portugal a Diretiva nº 2009/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de maio.

Por outro lado, de acordo com o “BRIS” (sistema de interconexão dos registos comerciais a nível da UE), na sequência da adoção da Diretiva 2012/17/EU, que entrará em funcionamento em 8 de junho de 2017, poder-se-á trocar informações com base nos registos nacionais nomeadamente sobre sucursais estrangeiras, através de comunicação eletrónica, consultando o PEJ.

### **Bibliografia:**

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 16ª edición (Fernando Martínez Sanz), Volumen II – Contratos Mercantiles, Derecho de los Títulos-Valores, Derecho Concursal, Tecnos.

CAEIRO, António, “Algumas Notas Sobre o Artigo 4º do Código das Sociedades Comerciais, *Revista de Direito e Economia*”, Ano XIII, 1987, p. 333 a 341.

CALVO-CARAVACA, Alfonso-Luis e CASCARROSA GONZÁLEZ (Diretores), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, 2012.

CAMPOS, João MOTA de, e CAMPOS, João Luiz MOTA de, *Manual de Direito Comunitário, o sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da união europeia*, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CARVALHO, Maria Miguel, “Sociedades Comerciais”, *O Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, Coordenadores: Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 721 ss.

CORDEIRO, António MENESES, *Direito das Sociedades*, Parte Geral I, 3ª edição ampliada e atualizada, Almedina, Coimbra, 2011.

CUNHA, Paulo OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2007.

DIAS, Rui PEREIRA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Vol. I , Arts. 3º y 4º*, Jorge Coutinho de Abreu (Coordenador.), Almedina, Coimbra, 2013, págs. 69 ss.

DOM, Jean-Philippe, “La Liberté d'établissement des sucursales: principes et limites”, *Revue des Sociétés*, 2004, págs. 153 e 595 ss. □ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (Editor), *Derecho del Comercio Internacional*, Eurolex, Madrid, 1996.

FROUFE, Pedro MADEIRA e GOMES, José CARAMELO, “Mercado Interno e Concorrência”, *O Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, Coordenadores: Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 449 ss.

FURTADO, Anotado, PINTO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*.

GARCÍA-TUÑÓN, Ángela Marina, *Gobierno Corporativo, Información Económica y Registro Mercantil*, CRPME, Madrid, 2006.

GONÇALVES, Diogo Costa, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais, Dimensão Problemática e Coordenadas Sistemáticas da Personificação Jurídico-Privada*, Almedina, Coimbra, 2015.

MORAIS, Fernando de GRAVATO e CAMPOS, Isabel MENDES, “Consumo”, *O Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas*

*da União*, Coordenadores: Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 567 ss.

OLIVEIRA, Elsa DIAS, *A Proteção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002.

OLIVEIRA, Nuno Manuel PINTO, “Contratos”, *O Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, Coordenadores: Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 505 ss.

PAIS, Sofia OLIVEIRA, *Direito da União Europeia, Legislação e Jurisprudência Fundamentais*, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, Quid Iuris, Lisboa, 2016.

PERALES VISCASILLAS, Pilar, “La Contratación Electrónica en el Anteproyecto de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 295, Enero-marzo 2015, págs. 31 a 68.

PINHEIRO, Luís de LIMA, *Direito Aplicável aos Contratos Celebrados Através da Internet*,.

RAMOS, MOURA, “O ARTIGO 4º DO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS REVISITADO”, *Revista de Direito e Economia*, Ano XIII, 1987, Universidade de Coimbra, pág. 343 ss.

ROJO, Ángel, “La Representación del Empresario”, *Lecciones de Derecho Mercantil, op. col.* (AURELIO MENÉNDEZ, Diretor), séptima edición, CIVITAS, Navarra, 2009.

RUEDA MARTÍNEZ, José Alejo, *La Sucursal – Algunos Aspectos de su Régimen Jurídico*, José M.ª Bosch – Editor, Barcelona, 1990.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 16ª edición (7ª en Aranzadi), Aranzadi, Navarra, 2011.

VASCONCELOS, Pedro LEITÃO PAIS de, *Sociedades Comerciais Estrangeiras, O art 4º do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015.

VELASCO y del VALLE, Adolfo Ruiz, *Manual de Derecho Mercantil*, 3ª edición, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2007.

VÉLAZ NEGUERUELA, José Luis, *Las Redes Comerciales - Tipología, Eficiencia e Indemnizaciones de los Canales de Distribución*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1999.

VINCENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 17ª edición, totalmente revisada, adaptada a los nuevos planes de estudios y orientada a la praxis, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

-

307 VELASCO y del VALLE, Adolfo Ruiz, *Manual de Derecho Mercantil*, 3ª edición, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2007, pág. 211.

308 Pedro de VASCONCELOS, *Sociedades Comerciais Estrangeiras, O art 4º do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 14.

309 Maria Miguel CARVALHO, “Sociedades Comerciais”, *O Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, Coordenadores: Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 721.

310 VELASCO y del VALLE, *op. cit.*, pág. 211, MOURA RAMOS, citado por António CAEIRO, “Algumas Notas Sobre o Artigo 4º do Código das Sociedades Comerciais, RDE”, Ano XIII, 1987, p. 334 y Pedro de VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 7.

311 Pilar PERALES VISCASILLAS, “La Contratación Electrónica en el Anteproyecto de Código Mercantil”, *RDM*, número 295, enero-marzo 2015, págs. 31 a 68, analisa o principio da equivalência funcional entre o suporte escrito e o eletrónico, o principio do pleno reconhecimento jurídico das comunicações eletrónicas em todo o *iter* contratual, o principio de inalteração preexistente do direito das obrigações e contratos, o principio da boa fé, entre outros temas.

312 VINCENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 17ª edición, totalmente revisada, adaptada a los nuevos planes de estudios y orientada a la praxis, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

313 Instituto Nacional de Estatística, *site* do INE, “empresas estrangeiras”.

314 Rui PEREIRA DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Vol. I, Artigo 3º*, Jorge Coutinho de Abreu (Coordenador), Almedina, Coimbra, 2013, págs. 71 e 72.

315 António MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, Parte Geral I, 3ª edição ampliada e atualizada, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 205, António CAEIRO, “Algumas Notas Sobre o Artigo 4º do Código das Sociedades Comerciais, RDE”, Ano XIII, 1987, p. 333. Sobre as dificuldades de construção de um “direito privado europeu”, cf. Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA, “Contratos”, *O Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, Coordenadores: Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 505 ss.

- <sup>316</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (Editor), *Derecho del Comercio Internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, págs. 222 e 223.
- <sup>317</sup> Acrescenta o legislador, no entanto, que a sociedade que tenha em Portugal a sua sede estatutária não pode opor a terceiros a sua sujeição a lei distinta da portuguesa. Cfr., sobre o art. 3º, Paulo OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 68.
- <sup>318</sup> Sobre os possíveis critérios a adotar neste particular, bem como acerca da distinção entre estatuto pessoal e nacionalidade, cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pág. 223 e Rui PEREIRA DIAS, *op. cit.*, págs. 73 e 74.
- <sup>319</sup> Sobre a transferência internacional da sede social, vd. números 2 a 5 do artigo 3º CSC.
- <sup>320</sup> António MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 208.
- <sup>321</sup> Rui PEREIRA DIAS, *op. cit.*, pág. 73.
- <sup>322</sup> António CAEIRO, *op. cit.*, pág. 334.
- <sup>323</sup> Pedro de VASCONCELOS, *op. cit.*, págs. 40 e 41.
- <sup>324</sup> *Ibidem*.
- <sup>325</sup> António MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 210.
- <sup>326</sup> Manuel BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 16ª edición (Fernando Martínez Sanz), Volumen II – Contratos Mercantiles, Derecho de los Títulos-Valores, Derecho Concursal, Tecnos, pág. 41.
- <sup>327</sup> Ángel ROJO, “La Representación del Empresario”, *Lecciones de Derecho Mercantil, op. col.* (AURELIO MENÉNDEZ, Director), séptima edición, CIVITAS, Navarra, 2009, pág. 177; José Luis VÉLAZ NEGUERUELA, *Las Redes Comerciales - Tipología, Eficiencia e Indemnizaciones de los Canales de Distribución*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1999, págs. 35 e ss.
- <sup>328</sup> CALVO-CARAVACA e CASCARROSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 254.
- <sup>329</sup> PEÑA-VINCES & TRIGUERO SÁNCHEZ, 2011.
- <sup>330</sup> VINCENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 17ª edición, totalmente revisada, adaptada a los nuevos planes de estudios y orientada a la praxis, Tirant lo Blanch, 2004, Lección 3ª *ab initio* e SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, 16ª edición (7ª en Aranzadi), Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 82.
- <sup>331</sup> GARCÍA-TUÑÓN, *Gobierno Corporativo, Información Económica y Registro Mercantil*, CRPME, Madrid, 2006, pág. 209.
- <sup>332</sup> Entre outros, Diogo COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais, Dimensão Problemática e Coordenadas Sistemáticas da Personificação Jurídico-Privada*, Almedina,

Coimbra, 2015.

<sup>333</sup> SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 85. Cfr., também, a Diretiva 2009/101/CE com a previsão de uma ampla utilização de meios eletrónicos para a oferta de dados.

<sup>334</sup> Neste sentido, Rui PEREIRA DIAS, *op. cit.*, págs. 239 e 240, Paulo OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 122 e RUEDA MARTÍNEZ, *La Sucursal – Algunos Aspectos de su Régimen Jurídico*, José M.ª Bosch – Editor, Barcelona, 1990, pág. 52.

<sup>335</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pág. 258.

<sup>336</sup> MOURA RAMOS, “O ARTIGO 4º DO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS REVISITADO”, *RDE*, Ano XIII, 1987, Universidade de Coimbra, pág. 350, de acordo com o disposto no artigo 33º 2 do CC e 3º CSC.

<sup>337</sup> António CAEIRO, “Apostilha à Resposta do DR. Rui Moura Ramos”, *RDE*, Ano XIII, 1987, Universidade de Coimbra, pág. 362 e MOURA RAMOS, citado por António CAEIRO, “Algumas Notas...”, *cit.*, pág. 334.

<sup>338</sup> MOURA RAMOS, citado por António CAEIRO, *Algumas Notas*, *cit.*, pág. 334.

<sup>339</sup> António CAEIRO, “Algumas Notas...”, *cit.*, pág. 336.

<sup>340</sup> Ter em conta o Procedimento Europeu do Processo de Injunção. Por outro lado, será de atender à determinação convencional da *lex fori* no comércio eletrónico (Elsa DIAS OLIVEIRA, *A Proteção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002).

<sup>341</sup> Pedro de VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 224.

<sup>342</sup> António CAEIRO, “Algumas Notas...”, *cit.*, pág. 337.

<sup>343</sup> MOURA RAMOS, “O ARTIGO 4º...”, *cit.*, págs. 352 e ss e Rui PEREIRA DIAS, *op. cit.*, pág. 87.

<sup>344</sup> Com a transposição da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, será facilitado o recurso a Tribunal pelos particulares (*private enforcement*), deixando de ser um atributo exclusivo da AC. Vai aumentar os processos entre empresários e entre estes e consumidores.

<sup>345</sup> Vida Judiciária, n.º 192, novembro/dezembro de 2015, págs. 28 e 29.

<sup>346</sup> Pedro MADEIRA FROUFE, e José CAMELO GOMES, “Mercado Interno e Concorrência”, *O Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, Coordenadores: Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 449 e 450.

<sup>347</sup> J. MOTA de CAMPOS y J. L. MOTA de CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário, o sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da união europeia*, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 577. Igualmente, Jean-Philippe DOM, “La Liberté d'établissement des sucursales: principes et limites”, *Revue des Sociétés*, 2004, págs. 153 y 595 ss.

<sup>348</sup> Maria Miguel CARVALHO, “Sociedades Comerciais”, *O Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, Coordenadores: Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 723.

<sup>349</sup> CALVO CARAVACA, *op. cit.*, pág. 252 e 252 e jurisprudência da UE citada.

<sup>350</sup> Neste sentido, Pedro de VASCONCELOS, *Sociedades Comerciais Estrangeiras, op. cit.*, págs. 277º ss. *Apud*, Rui PEREIRA DIAS, *op. cit.*, pág. 88, no sentido de que, mais que a simples liberdade de prestação de serviços, assim se protegem as liberdades fundamentais do Direito da UE de que beneficiam essas sociedades.

<sup>351</sup> As sociedades comerciais que não tenham a sede efetiva em Portugal, mas aqui exerçam atividade ao abrigo da liberdade de prestação de serviços conforme previsto no Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, não são obrigadas a instituir uma representação permanente em Portugal, como resulta do artigo 4.º do CSC.

<sup>352</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (Editor), *Derecho del Comercio Internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pág. 91.

<sup>353</sup> J. MOTA de CAMPOS y J. L. MOTA de CAMPOS, págs. 281 e 282.

<sup>354</sup> Fernando de GRAVATO MORAIS e Isabel MENDES CAMPOS, “Consumo”, *O Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, Coordenadores: Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 570.

<sup>355</sup> CALVO-CARAVACA e CASCARROSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, 2012, pág. 253. Por outro lado, o art 16º 2 c) da Diretiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro, não permite que em caso de prestação de serviços os Estados Membros imponham o estabelecimento.

# THE ROOTS OF PUBLIC ATTITUDES ON FREE TRADE AGREEMENTS<sup>356</sup>

Osman Sabri KIRATLI

**Abstract:** *Though global economic integration is carried out largely by regional free trade agreements with specific group of countries rather than multilateral trade liberalization under the WTO, the extant literature on the sources of individuals' trade preferences regularly treats public opinion categorically, without exploring if the public might hold diverging preferences depending on who the partner countries are. Borrowing from the democratic peace theory, this paper proposes that individuals in democracies are more likely to support trade liberalization with other democracies than autocracies. Using experimental manipulation of the regime type of the partner country in a nationally representative survey from two developing countries, Turkey and Greece, we demonstrate that respondents in both samples display a highly significant preference for trade liberalization with a democratic country than an authoritarian one. Though the effect of democracy greatly varies across education groups, individuals with lower levels of education are found to be most sensitive to regime treatment.*

**Keywords:** Economic Globalization, FTAs, Public Opinion, Developing Countries, Survey Experiments

The world today is smaller than ever. As a result of the all-encompassing buzzword 'globalization' and the overwhelming political will behind the opening of borders, international trade has boomed at a spectacular pace since the 1980s. Yet, this process has created its own antithesis. Started in advanced economies, many citizens and policymakers alike have expressed their discomfort with the unrestricted access of foreign goods and services in the home market. Simultaneously, a growing body of grassroots movements critical of economic globalization expressing a wide range of concerns, from the economic exploitation of underdeveloped and developing countries through hazards arising from unregulated labor market to the detrimental environmental impact, has emerged and powerfully made its presence felt since the well-known 1999 WTO meeting in Seattle. Such widespread concerns have also paved the way for the rise of protest parties calling for more protectionism and restrictions on trade liberalization. The 2008 global economic crisis provided further fuel for such movements and parties, who capitalized on the economic fears of citizens by adopting ever-rising populist and protectionist narratives with increased electoral success.

Such political developments have raised considerable interest in the academy about the driving factors of individual endorsement of trade liberalization. Studies investigated both the economic (e.g. Hiscox 2002, Rodrik 1995, Mayda and Rodrik 2005, Scheve and Slaughter 2001) and symbolic (e.g. Rankin 2001, Cohen 2001, Wolfe and Mendelsohn 2005) factors that shape trade preferences at the individual level. Yet, the extant literature suffers from two weaknesses: First, the majority of analyses solely focus on public opinion in advanced Western economies, most notably the US. The lack of comprehensive data and independently conducted surveys in non-advanced economies except broad scope surveys World Values Survey (WVS) and International Social Survey Program (ISSP) has also exacerbated this rather narrow focus. Furthermore, the scant number of studies aiming to explain public opinion in the developing and underdeveloped world has reached inconclusive results, particularly

regarding the impact of material factors in shaping preferences (Baker 2003, Seligson 1999, Hainmueller and Hiscox 2006, Hiscox 2006).

Second, in the literature, individual trade attitudes are treated categorically, as individuals in the polls are questioned only for cases of universal trade liberalization, but not for cases of partial liberalization with selected countries as a part of free trade agreements. This approach would be valid only if the public's trade opinions do not vary depending on who the partner country is. Yet, studies of political psychologists show that individuals develop divergent foreign and economic policy opinions of other countries based on perceived images (e.g. Boulding 1961, Vertzberger 1990, Kunczik 2016). In marketing specifically, substantial studies demonstrate that an unfavorable image of a foreign trading partner can dramatically reduce consumers' willingness to purchase their products (e.g. Bilkey and Nes 1982, Baughn and Yaprak 1993, Kochunny et al. 1993, Granzin et al. 1997). We believe that similar concerns may play a role in the public's evaluation of free trade agreements with other countries. The lone experimental study we are aware of, that of Herrmann et al. (2001), which built upon a similar assumption, found that on the support for lifting trade barriers, Americans consider whether the trade partner is an ally or enemy. In this paper we analyze the impact of another attribute of the trading partner, its regime type, and investigate if individuals in democracies are more likely to support trade liberalization with other democracies.

To meet the empirical objectives, we conduct a survey experiment on a nationally representative surveys in two emerging markets<sup>357</sup> and explore if individuals are sensitive to the regime type of the trading partner in their preferences on signing a bilateral free trade agreement.

The results of our experiment in which we manipulate the regime type of the trading partner in a hypothetical scenario, conclude that individuals are significantly more likely to consent to a free trade agreement with a democracy than an autocracy. We also found that in both samples, individuals with lower levels of education are particularly more sensitive to the regime type treatment.

## Literature

The dominant strand of explanations of trade policy preferences are built upon the economic self-interest model. It is assumed that individuals shape their trade preferences based on the expected benefits and costs they expect to accrue from trade liberalization that would change both the production and consumption compositions of the societies involved, consequently having a direct impact on individuals' welfare and job security (e.g. Stolper and Samuelson 1941, Jones 1971). More specifically, two theories explain trade attitudes. The first one, based on the premises of the Ricardo-Viner specific factors model, suggests that support for free trade is dependent on the expected effects of trade on the return on the factors of production, which except unskilled labor, are specific to particular industries. As a result of this immobility, producers and employees working in export sectors will benefit from greater openness whereas those employed in import-competing sectors will be negatively affected as free trade will expose them to greater unemployment risk (e.g. Alt and Gilligan 1994, Hiscox 2002).

The second one, the factor endowment model, first assumes that both capital and labor are mobile across sectors and second, that goods can be categorized as labor or capital-intensive depending on the relative weight of factors used in their production. From these, it follows that each country has a comparative advantage in the production of the good that intensively requires the factor of production that is in high supply relative to other countries. When trade is liberalized, demand for a country's abundant factor-intensive goods will grow and consequently their prices will increase. The converse is true for scarce factor-intensive goods: demand, and consequently prices will fall. Driving from these premises, the Heckscher-Ohlin model concludes that skilled labor in capital-rich, developed countries and unskilled labor in labor-rich, underdeveloped or developing countries will benefit from trade liberalization, while unskilled labor in

developed countries and skilled labor in underdeveloped and developing countries will suffer and oppose such attempts.

There is now substantial research that finds support for both the specific factors model (Mayda and Rodrik 2005, Irwin 1996, Beaulieu and Magee 2001) and the factor endowment model (Scheve and Slaughter 2001, 2006; O'Rourke and Sinnott 2002; O'Rourke et al. 2001; Hays et al. 2005; Mayda and Rodrik 2005; Balistreri 1997) in developed countries. In the very limited number of studies on trade preferences in developing countries, however, the expected negative correlation between skill and support for free trade by the factor-endowment model is unconfirmed as unskilled labor in those countries consistently oppose trade liberalization while educated ones support it (Beaulieu 2002, Baker 2005, Hainmueller and Hiscox 2006, Hiscox 2006, Urbatsch 2013).

The cultural and symbolic dimensions of trade liberalization that cannot be adequately captured by economic models partially explain the anomaly in developing countries. The flow of foreign goods and services as a result of free trade raises the public concern in the home country of being exposed to various cultural influences that may negatively affect the cultural integrity and salient identities (Cohen 2001, Goff 2000, Inglehart et al. 1996, Shulman 2000, Wolfe and Mendelsohn 2005). As such, it is hypothesized, those who define the cultural identity in an exclusionary manner by assigning greater value to cultural homogeneity are expected to view trade liberalization as a threat to the way of life of their communities and to oppose such attempts. Conversely, for those who construct their national identity in a more inclusive, cosmopolitan manner, the opening of borders that enable the horizontal movement of goods, services and people without being subjected to artificial state-made boundaries would be the natural and right thing to do (Kriesi et al. 2012). Several studies acknowledge the negative association between xenophobic attitudes, chauvinism and patriotism and trade liberalization (e.g. Mayda and Rodrik 2005, Margalit 2012, McLaren 2002, Rankin 2001). In his in-depth analysis of the ISSP survey in the US, Rankin concludes that "in an unfamiliar trade

policy environment, individuals evoke more familiar and longstanding symbolic predispositions in order to formulate policy judgments” (2001, 371). Values are influential in shaping attitudes towards globalization, Wolfe and Mendelsohn note, as the social and political integration caused by globalization awakens the psychological need to protect one’s community before job prospects (54).

The ideas individuals adhere to in terms of economic nationalism and foreign policy are also reported to drive trade opinions. Liberalization is a path that eradicates states’ sovereignty not only in cultural and social policies but also in economic policy (Sassen 1996, Rankin 2001). By exposing the country to a neoliberal paradigm, trade liberalization weakens states grip over their economic fate vis-à-vis market forces. Correspondingly, those with a mercantilist orientation of international political economy are likely to be wary of foreign influences and eradicated political sovereignty. Hermann, Tetlock and Diascro (2001) found that those who are closer to mercantilist dispositions are indeed more assertive and isolationist, yet the conventional left-right divide is found to only partially explain how Americans form their opinion of trade. The authors also concluded that dispositional beliefs of internationalism and isolationism, though weakly, affect trade preferences.

Political interest, social trust, age and gender are also suggested to affect support for free trade. Besides its effect on deliberate calculation of personal material impact, political awareness is argued to increase individuals’ exposure to the neoliberal discourse and the free market practices that dominate the political scenery since the 1980s (Gabel 1998, Scheve and Slaughter 2001, Baker 2003). Drawing from the data of WVS survey, Kaltenhaler and Miller explain the potency of social trust by suggesting that those who are distrustful of other people in general are more likely to distrust outsiders and adopt a more protectionist stance (2013). However, this account implies that social trust is also at the core of ethnocentrism (Brewer and Steenbergen 2002, Brewer et al. 2004, Binning 2007, Citrin and Sides 2008) as well as cosmopolitanism (Mansfield and

Mutz 2009), two variables that are independently used to explain trade preferences. Finally, age and gender are other potent factors that correlate with free trade sentiments, as a younger populace is expected to hold more cosmopolitan views and be open to supranational influences whereas the older, and women, two groups with greater economic vulnerability, would be expected to be much more risk-averse and protectionist (Inglehart et al. 1996; Tucker, Pacek and Berinsky 2002).

## **Theory**

This study hypothesizes that the level of support for trade liberalization with a partner will be greater in democracies if the partner country is another democracy rather than an authoritarian regime. Our theoretical argumentation starts with two premises: One, public opinion influences trade policies (Mansfield, Milner and Rosendorff 2000; Kono 2008). As a result of regularly held competitive elections in democracies, vote-seeking politicians have an incentive to actively monitor public opinion and respond to their preferences, even on relatively low-salient foreign policy areas such as trade policies.

The second is that democracy fosters free trade. Empirically, there is extensive literature that concludes democracies not only trade more with each other (e.g. Eichengreen and Leblang 2008; Dixon and Moon 1993; Bliss and Russett 1998; Morrow, Siverson and Taberes 1998), but also pursue less protectionism and sign more trade liberalization agreements (e.g. Mansfield et al. 2000; Mansfield, Milner and Rosendorff 2002; Garrett and Lange 1995). The dominant line of explanations for such findings are institutionalist; certain institutional dynamics in democracies such as legislative accountability (e.g. Mansfield et al. 2000), higher audience costs (Mansfield et al. 2002) and electoral systems and domestic winning coalitions (e.g. O'Rourke and Taylor 2005, Milner and Mukherjee 2009) pave the way for higher levels of free trade between democracies. We believe that this outcome is also conditioned – and legitimized – at the

individual level. Individuals in democracies, we propose, prefer other democracies as trade partners rather than autocracies, *ceteris paribus*. There are two possible causal mechanisms:

The first set derives from functional reasons. There are institutional factors inherent in democracies that facilitate trade between private actors in dyads of democracies and hence, potentially influence individual opinions. Dixon and Moon argue that political and social similarities between countries help private actors to be more familiar with and knowledgeable of business trends and practices, legal frameworks and consumer demands (1993, 10). Democracies have what Lipson calls “contracting advantages” based on “reciprocal exchange of promises.” Democratic institutions facilitate negotiations, making agreements “less risky and more reliable in practice” (2003, 4). Consequently, democracies are “more capable of pursuing mutual interests and forging durable, mutually profitable relations” (2003, 4). Though Lipson’s arguments aim to explain state behavior, the notion of “contracting advantage” well applies to economic actors. Contracting advantages deriving from the rule of law and the protection of private property rights in democracies contribute to stability and the continuity of business relations (Dixon and Moon 1993). private actors are also able to participate in uninterrupted stable economic relations with much less risk of disruption and interference from outside actors in their dealings with partners in other democracies (Bliss and Russett 1998, 1129). Transparency and the openness of democratic states reduce the likelihood of misperceptions and uncertainty, hence lowering the risk premium of conducting business (Russett 1994, Doyle 2005). The rule of law mechanisms also ensures better protection and enforcement of intellectual property rights as well as product safety (Rodrik 2000). Consequently, Yu claims, all other things equal, products of democracies are overall of better quality and more reliable compared to non-democracies (2007, 2), a factor that boosts consumers’ preference for other democracies as trade partners. The judicial checks and balances in democracies also increase the confidence of a foreign trading partner’s importers and exporters (Barro 1999). Finally, Bliss and Russett add, shared values reduce

the likelihood of embargoes and boycotts (1998, 1129). All these factors create conditions for individuals, especially those who are more exposed to international trade, to prefer other democracies as partners in free trade agreements.

The second set of explanations is based on identities and normative preferences that may influence individual preferences, regardless of their exposure to international trade. Identities encompass sets of values and beliefs that act as ‘mediating orientations’ that closely affect the political behavior of individuals independent of what serves his or her best interests (Eckstein 2000). Codes, frames and emotionally derived, easily accessible predispositions accessed through the identity the individual has constructed for him/herself provide the necessary shortcuts that help the individual orient through complex policy issues and formulate policy preferences.

Some identities are more likely to condition certain behaviors. A communitarian identity with a restrictive understanding of what constitutes one’s community would increase the saliency of ethnocentric, or even xenophobic, frames. Accordingly, others who belong to another community will be met with wariness as they carry the risk of threatening the integrity of one’s culture. Applying this to trade, a negative image of the target state and the out-group anxiety it inflicts may predispose an individual oppose extending favorable trade agreements over fears of a loss of sovereignty, jobs, and cultural and social integrity. A positive identification with the target state, conversely, will suppress ethnocentric views and raise support for trading freely with the country as such transactions are not perceived as a threat to the economic, social and cultural way of life of the home country. From this, we propose that the way the trading partner is defined and categorized in relation to one’s political community as an ideational construct affects individual attitudes towards it.

The view that sharing a democratic regime leads to common set of values, norms and worldviews has long been supported by normative explanations of democratic peace theories. Starting from Kant, scholars of this strand have argued that liberal democracies – and its citizens – share

certain social and political norms and values. Because citizens across democracies concur with each other in prioritizing a common set of civic values, fundamental freedoms and human rights and liberal ideals, they are more likely to positively identify with each other and less likely to view the other as a threat. Once concerns of threat perception are allayed, trade proposals will be evaluated based on calculations of absolute gains, rather than relative gains, and cooperation will be seen as being more feasible. Even in cases where citizens are not inadequately informed and do not have a clear understanding of the possible consequences of trade proposals, they would be more likely to take a cooperative stance towards other democracies given that it will be considered the ‘right’ thing to do simply because they belong to the greater community of democratic states.

## **Research Design**

The data in this study was collected using face-to-face interviews with nationally representative sample of adults in two countries, Turkey (n=1,588) and Greece (n=602). Proportionate stratified sampling procedure is used with strata based on age, city and socioeconomic status groups (SES). The interviewees were randomly selected based on predefined quotas and interviewed on a wide variety of topics related to political economy and foreign policy.

The dependent variable of our study is support for international economic integration. To rigorously test the effect of the target country’s political identity on individual preferences on trade liberalization, a survey experiment was implemented. The experiment entailed a scenario suggesting building up trade relations with a hypothetical country by signing a FTA. We manipulated the regime type of the partner country by giving the respondents the information that it is either a democracy or an authoritarian regime. Selecting a hypothetical country eliminated the risk of the respondents assigning particular attributes to the target country

stemming from uncontrollable factors. Consequently, the following scenario is posed with the appropriate manipulation:

*Economic relations with (democratic/authoritarian) Country C have been improving at a great pace in the last few years. Businessmen in both countries are urging policymakers to sign a bilateral free trade agreement in order to further relations. If the countries sign such an agreement, Turkey/Greece will bilaterally remove trade barriers and allow imports to enter the home market without being subjected to tariffs.*

*Should Turkey/Greece sign a free trade agreement with country C?  
(1=Disagree strongly to 5=Agree strongly)*

## **Results and Discussion**

In our scenario, the aggregate results point to a sharp convergence in Greek and Turkish opinions. While around 40 percent of Turkish respondents supported improving bilateral economic relations by signing a free trade agreement, the level of support drops to around 21 in Greece.

At the individual level, the t-test results, presented in Table 4, demonstrate a strong causal effect of democracy on preferences for free trade. Respondents in both countries are substantially and statistically more supportive of signing a FTA with a democracy than an autocracy. The size of the effect is about 0.14 points in Turkey and 0.48 points in Greece, both significant at the 0.01 level.

**Table 1: Effect of democracy in support for signing a FTA**

	Turkey	Greece
<b>Democracy</b>	3.31 (N=805)	2.85 (N=301)
<b>Authoritarian</b>	3.17 (N=783)	2.37 (N=299)
<b>Effect of Democracy</b>	0.14***	0.48****
<i>95% C.I.</i>	-0.249 -0.045	-0.629 -0.313

Note: Mean score denotes the average view of respondents on the effect of signing FTA with country C on a five-point scale. The t statistic is obtained from a t-test comparing the treatment groups.

**Table 2: Effect of democracy in support for signing a FTA, controlling education**

	Turkey			Greece		
	University and higher	High school	Below high school	University and higher	High school	Below high school
<b>Democracy</b>	3.19 (N=112)	3.32 (N=165)	3.34 (N=528)	2.90 (N=102)	2.81 (N=115)	2.83 (N=84)
<b>Authoritarian</b>	3.20 (N=102)	3.15 (N=172)	3.17 (N=509)	2.46 (N=112)	2.37 (N=110)	2.25 (N=77)
<b>Effect of democracy</b>	-0.01	0.17*	0.17***	0.44***	0.44***	0.58****
<i>95% C.I.</i>	-0.26 0.28	-0.37 0.3	-0.29 -0.04	-0.73 -0.16	-0.70 -0.17	-0.89 -0.29

Note: Mean score denotes the average view of respondents on the effect of signing FTA with country C on a five points scale. The t statistic is obtained from a t-test comparing the treatment groups.

A comparison of the responses from different educational groups in Table 5 reveals three points: First, in Greece, respondents from all three levels of education are significantly more supportive of free trade with a democracy than an autocracy. University graduates are generally more

supportive of signing a FTA on every condition, whereas the difference between high school graduates and lower educated ones are significant only for the authoritarian variant, though not statistically significant, as separate t-test analyses reveal<sup>358</sup>. Conversely, in Turkey the level of education displays a negative correlation with support for an FTA. Once again, separate t-tests across education groups do not demonstrate any statistical significance at any level. Both these findings contradict the arguments of the factor endowment model.

Second, the significance of the effect of democracy greatly varies across education groups. In the Turkish sample this effect is much more explicit as the effect of democracy treatment diminishes as the level of education rises. In short, the political regime of the partner country does not have any statistical effect for university graduates, has only modest significant effect for high school graduates at the 0.1 level, and a highly significant effect for lower educated ones at the 0.01 level. In Greece, the effect of the treatment is the same at 0.44 for both university and high school graduates, but 0.58 for those with a lower level of education. We also note that compared to Turkish respondents, Greek respondents are more sensitive to regime treatment across all education groups.

Third, in both samples individuals with lower education are more sensitive to regime treatment. Though the content of the frames differ, this finding conforms to the experimental studies of Hiscox (2006) and Ardanaz et al. (2013), which maintain that less educated individuals are more sensitive to framing effects. This might be conditioned as lower educated individuals might lack the necessary economic knowledge and intellectual tools to evaluate the pros and cons of free trade agreements. Hence, instead of relying on material considerations based on their skill endowment, lower educated individuals' views would be much more susceptible to ideational cues. Better educated individuals, in contrast, would be more exposed to information on the possible consequences of FTAs and are more likely to develop concrete opinions on the issue, thus reducing their sensitivity to frames.

For a robustness check, we conduct a logistic regression analysis by juxtaposing the effect of treatment as a dummy variable against several other demographic variables. To further investigate the causal mechanism between the regime type and dependent variable, we include data based on a replicated question from WVS on how the respondent feels about “having a democratic political system” on a four-point scale.

**Table 3: The Effect of democracy by demographic group**

Support for FTA with Country C	Turkey	Greece
Democracy treatment	0.27*** (0.10)	0.83**** (0.16)
Age	0.01** (0.00)	0.00 (0.01)
Gender	0.15 (0.10)	-0.36** (0.16)
High school graduate	0.00 (0.13)	0.01 (0.22)
University graduate	-0.15 (0.15)	-0.16 (0.23)
Economic Integration	0.19**** (0.05)	0.56**** (0.09)
Support for democracy	0.18** (0.07)	0.23** (0.11)
cut1	-2.05 (0.33)	-0.26 (0.51)
cut2	-0.08 (0.30)	1.51 (0.51)
cut3	1.68 (0.30)	3.06 (0.52)
cut4	3.46 (0.32)	5.43 (0.58)
Pseudo log likelihood	-2003.09	-773.56
Pseudo R-square	0.009	0.059
N	1439	573

Note: Entries are ordered logit estimates with robust standard errors in parentheses. Statistical significance is indicated as follows: \*p < .10; \*\* p < .05; \*\*\* p < .01, \*\*\*\* p < .001

Of our focus, in both samples the democracy treatment has a highly significant effect, at the 0.01 level in Turkey and the 0.001 level in Greece, verifying respondents’ preference for another democracy as a trade partner. Moreover, there is a significant positive association between support for democracy as the preferred political regime at home and the dependent variable in both samples. Functional arguments explaining the expected

preference for other democracies in trade are mainly based on the contracting advantages of democracies that would be unilaterally enjoyed by the home country regardless of the political regime type at home. Here, however, we observe that those who endorse democracy at home are also more likely to support free trade with other democracies, suggesting the presence of a democratic affinity. Though tentative, this lends partial support for normative explanations of the democracy preference as a trading partner attribute.

Finally, in both samples, we observe very close correlation of general support for economic integration and the signing of an FTA with the hypothetical country. Age in Turkey – the older adopting a more favorable position towards FTAs – and gender in Greece-women being more critical of FTAs – are found to be statistically significant as well. Though the negative correlation between females and free trade is consistent with the literature, the positive impact of age in Turkey contrast the literature.

For a more intuitive understanding of the effect of democracy, we also compute the predicted probabilities across treatment groups based on the logistic regression on a binary variable in which support and strongly support options are coded 1 and all others 0. In the Turkish sample, when we hold all other variables at their means and apply the authoritarian treatment, the predicted probability of a respondent supporting the signing of a FTA is just 37.3 percent. When we apply the democracy treatment, this figure rises to 43.6 percent, correlating to a 6.3 percent increase. In the Greek sample, the predicted probability of supporting an FTA with an authoritarian country is just 13.4 percent, conforming the lower base support relative to Turkey. This figure, however, jumps almost 14 points to 27 percent with the democracy manipulation, also exposing the higher level of sensitivity to the democracy treatment in Greece.

## Conclusion

In this paper we investigated if citizens are more likely to develop favorable trade attitudes towards other democracies. By experimentally manipulating the regime type of the partner country, we were able to control for an array of economic, ideational and demographic factors that shape individual views on trade liberalization and hence isolate the effect of regime type. The results suggested that individuals in democracies have a clear preference for signing trade agreements with other democracies over autocracies. Though functional and normative reasons might both condition this orientation, given the positive correlation between support for a democratic political regime and support for liberalization with another democracy, we believe normative affiliations between democracies have a greater explanatory power. We also observed a pattern of greater sensitivity to the democracy treatment among individuals with lower levels of education.

In April 2016, the Dutch electorate said no in a referendum on Ukraine-EU Association Agreement in which free trade was the main component. Around the same time, then US presidential candidate-and current president-elect- Donald Trump was bashing NAFTA, labeling it “the worst deal ever.” These are not isolated incidents, nor are they peculiar to developed countries. The unprecedented economic integration of the world in recent decades has also created its antithesis, termed ‘backlash against globalization,’ which has both economic and ideational roots. Global economic integration today has become a salient issue area for public opinion, both in the developed and developing worlds. Hence, we need more in-depth and diverse accounts to explain how public opinion is formed. We also need finer theory building that aims to investigate the sources of conflicting public opinions on trade liberalization depending on who the partner country is. Such investigations would be also valuable to policymakers, who could utilize such information to either select their

trading partners accordingly or frame trade liberalization with the proposed partners in a way that attracts greater electorate support. This paper shows that political regime is but one factor. Further analyses to determine other factors are warranted.

## References

- Alt, J. E., & Gilligan, M. (1994). The political economy of trading states: Factor specificity, collective action problems and domestic political institutions. *Journal of Political Philosophy*, 2(2), 165–192.
- Ardanaz, M., Murillo, M. V., & Pinto, P. M. (2013). Sensitivity to issue framing on trade policy preferences: evidence from a survey experiment. *International Organization*, 67(02), 411–437.
- Baker, A. (2003). Why is trade reform so popular in Latin America. *World Politics*, 55(3), 423–455.
- Baker, A. (2005). Who wants to globalize? Consumer tastes and labor markets in a theory of trade policy beliefs. *American Journal of Political Science*, 49(4), 924–938.
- Balistreri, E. J. (1997). The performance of the Heckscher-Ohlin-Vanek model in predicting endogenous policy forces at the individual level. *Canadian Journal of Economics*, 1–17.
- Barro, R. J. (1999). Determinants of democracy. *Journal of Political Economy*, 107(S6), S158–S183.
- Baughn, C. C., & Yaprak, A. (1993). Mapping country-of-origin research: Recent developments and emerging avenues. *Product-Country Images: Impact and Role in International Marketing*, 89–116.
- Beaulieu, E. (2002). Factor or industry cleavages in trade policy? An empirical analysis of the Stolper–Samuelson theorem. *Economics & Politics*, 14(2), 99–131.
- Beaulieu, E., & Magee, C. (2001). Campaign contributions and trade policy: New tests of Stolper-Samuelson. *University of Calgary*.

- Bilkey, W. J., & Nes, E. (1982). Country-of-origin effects on product evaluations. *Journal of International Business Studies*, 13(1), 89–100.
- Binning, K. R. (2007). “It’s Us Against the World”: How Distrust in Americans versus People-In-General Shapes Competitive Foreign Policy Preferences. *Political Psychology*, 28(6), 777–799.
- Bliss, H., & Russett, B. (1998). Democratic trading partners: the liberal connection, 1962–1989. *The Journal of Politics*, 60(04), 1126–1147.
- Boulding, K. E. (1961). *The image: Knowledge in life and society* (Vol. 47). University of Michigan Press.
- Brewer, P. R., Gross, K., Aday, S., & Willnat, L. (2004). International trust and public opinion about world affairs. *American Journal of Political Science*, 48(1), 93–109.
- Brewer, P. R., & Steenbergen, M. R. (2002). All against all: How beliefs about human nature shape foreign policy opinions. *Political Psychology*, 23(1), 39–58.
- Broz, J. L., Frieden, J., & Weymouth, S. (2008). Exchange rate policy attitudes: Direct evidence from survey data. *IMF Economic Review*, 55(3), 417–444.
- Citrin, J., & Sides, J. (2008). Immigration and the imagined community in Europe and the United States. *Political Studies*, 56(1), 33–56.
- Cohen, E. S. (2001). *The politics of globalization in the United States*. Georgetown University Press.
- Destler, I. M. (1999). *The new politics of American trade: trade, labor, and the environment* (Vol. 58). Peterson Institute.
- Dixon, W. J., & Moon, B. E. (1993). Political similarity and American foreign trade patterns. *Political Research Quarterly*, 46(1), 5–25.
- Doyle, M. W. (2005). Three pillars of the liberal peace. *American Political Science Review*, 99(03), 463–466.
- Eckstein, H. (2000). A culturalist theory of political change. In *Culture and Politics* (pp. 307–324). Springer.

- Eichengreen, B., & Leblang, D. (2008). Democracy and globalization. *Economics & Politics*, 20(3), 289–334.
- Gabel, M. J. (1998). Economic integration and mass politics: Market liberalization and public attitudes in the European Union. *American Journal of Political Science*, 936–953.
- Garrett, G., & Lange, P. (1995). Internationalization, institutions, and political change. *International Organization*, 49(04), 627–655.
- Goff, P. M. (2000). Invisible borders: Economic liberalization and national identity. *International Studies Quarterly*, 44(4), 533–562.
- Granzin, K. L., Brazell, J. D., & Painter, J. J. (1997). An examination of influences leading to Americans' endorsement of the policy of free trade. *Journal of Public Policy & Marketing*, 93–109.
- Hainmueller, J., & Hiscox, M. J. (2006). Learning to love globalization: Education and individual attitudes toward international trade. *International Organization*, 60(02), 469–498.
- Hays, J. C., Ehrlich, S. D., & Peinhardt, C. (2005). Government spending and public support for trade in the OECD: An empirical test of the embedded liberalism thesis. *International Organization*, 59(02), 473–494.
- Herrmann, R. K., Tetlock, P. E., & Diascro, M. N. (2001). How Americans think about trade: Reconciling conflicts among money, power, and principles. *International Studies Quarterly*, 45(2), 191–218.
- Hiscox, M. J. (2002). *International trade and political conflict: commerce, coalitions, and mobility*. Princeton University Press.
- Hiscox, M. J. (2006). Through a glass and darkly: Attitudes toward international trade and the curious effects of issue framing. *International Organization*, 60(03), 755–780.
- Hooghe, L., & Marks, G. (2005). Calculation, community and cues public opinion on European integration. *European Union Politics*, 6(4), 419–443.
- Inglehart, R., Nevitte, N., & Basanez, M. (1996). *The North American trajectory: Cultural, economic, and political ties among the United States, Canada, and Mexico*. Cambridge Univ Press.

- Inglehart, R., Rabier, J.-R., & Reif, K. (1987). The evolution of public attitudes toward European integration: 1970–1986. *Journal of European Integration*, 10(2–3), 135–155.
- Irwin, D. A. (1996). *Against the tide: An intellectual history of free trade*. Princeton University Press.
- Jones, R. W., & others. (1971). A three-factor model in theory, trade, and history. *Trade, Balance of Payments, and Growth*, 1, 3–21.
- Kaltenthaler, K., & Miller, W. J. (2013). Social psychology and public support for trade liberalization. *International Studies Quarterly*, 57(4), 784–790.
- Kochunny, C. M., Babakus, E., Berl, R., & Marks, W. (1993). Schematic representation of country image: Its effects on product evaluations. *Journal of International Consumer Marketing*, 5(1), 5–25.
- Kono, D. Y. (2008). Does public opinion affect trade policy? *Business and Politics*, 10(2).
- Kriesi, H., Grande, E., Lachat, R., Dolezal, M., Bornschieer, S., Frey, T., & others. (2008). *West European politics in the age of globalization*. Cambridge University Press Cambridge.
- Kunczik, M. (2016). *Images of nations and international public relations*. Routledge.
- Lipson, C. (2013). *Reliable partners: How democracies have made a separate peace*. Princeton University Press.
- Mansfield, E. D., Milner, H. V., & Rosendorff, B. P. (2000). Free to trade: Democracies, autocracies, and international trade. *American Political Science Review*, 94(02), 305–321.
- Mansfield, E. D., Milner, H. V., & Rosendorff, B. P. (2002). Why democracies cooperate more: Electoral control and international trade agreements. *International Organization*, 56(03), 477–513.
- Mansfield, E. D., & Mutz, D. C. (2009). Support for free trade: Selfinterest, sociotropic politics, and out-group anxiety. *International Organization*, 63(03), 425–457.

- Margalit, Y. (2012). Lost in globalization: International economic integration and the sources of popular discontent<sup>1</sup>. *International Studies Quarterly*, 56(3), 484–500.
- Mayda, A. M., & Rodrik, D. (2005). Why are some people (and countries) more protectionist than others? *European Economic Review*, 49(6), 1393–1430.
- McLaren, L. M. (2002). Public support for the European Union: cost/benefit analysis or perceived cultural threat? *Journal of Politics*, 64(2), 551–566.
- Medrano, J. D., & Braun, M. (2012). Uninformed citizens and support for free trade. *Review of International Political Economy*, 19(3), 448–476.
- Mendelsohn, M., & Wolfe, R. (2000). Probing the after-myth of Seattle Canadian Public Opinion on International Trade, 1980-2000. *Int'l J.*, 56, 234.
- Milner, H. V., & Mukherjee, B. (2009). Democratization and economic globalization. *Annual Review of Political Science*, 12, 163–181.
- Morrow, J. D., Siverson, R. M., & Tabares, T. E. (1998). The political determinants of international trade: the major powers, 1907–1990. *American Political Science Review*, 92(03), 649–661.
- Mutz, D. C. (1992). Impersonal influence: Effects of representations of public opinion on political attitudes. *Political Behavior*, 14(2), 89–122.
- Norris, P. (2000). Global governance and cosmopolitan citizens. *Governance in a Globalizing World*, 156.
- O'Rourke, K. H., & Sinnott, R. (2006). The determinants of individual attitudes towards immigration. *European Journal of Political Economy*, 22(4), 838–861.
- O'Rourke, K. H., Sinnott, R., Richardson, J. D., & Rodrik, D. (2001). The determinants of individual trade policy preferences: International survey evidence [with comments and discussion]. In *Brookings trade forum* (pp. 157–206).

- Rankin, D. M. (2001). Identities, interests, and imports. *Political Behavior*, 23(4), 351–376.
- Rankin, D. M. (2004). Borderline interest or identity? American and Canadian opinion on the North American free trade agreement. *Comparative Politics*, 331–351.
- Rodrik, D. (1995). Political economy of trade policy. *Handbook of International Economics*, 3, 1457–1494.
- Rohrschneider, R. (2002). Mobilizing versus chasing: how do parties target voters in election campaigns? *Electoral Studies*, 21(3), 367–382.
- Russett, B. (1994). *Grasping the democratic peace: Principles for a postCold War world*. Princeton university press.
- Sassen, S. (1996). Cities and communities in the global economy: Rethinking our concepts. *American Behavioral Scientist*, 39(5), 629–640.
- Scheve, K. F., & Slaughter, M. J. (2001). Labor market competition and individual preferences over immigration policy. *Review of Economics and Statistics*, 83(1), 133–145.
- Scheve, K. F., & Slaughter, M. J. (2006). Public opinion, international economic integration, and the welfare state. *Globalization and SelfDetermination: Is the Nation-State Under Siege?*, 51.
- Seligson, M. A. (1999). Popular support for regional economic integration in Latin America. *Journal of Latin American Studies*, 31(01), 129–150.
- Shimp, T. A., & Sharma, S. (1987). Consumer ethnocentrism: Construction and validation of the CETSCALE. *Journal of Marketing Research*, 280–289.
- Shulman, S. (2000). Nationalist sources of international economic integration. *International Studies Quarterly*, 44(3), 365–390.
- Stolper, W. F., & Samuelson, P. A. (1941). Protection and real wages. *The Review of Economic Studies*, 9(1), 58–73.
- Tucker, J. A., Pacek, A. C., & Berinsky, A. J. (2002). Transitional winners and losers: Attitudes toward EU membership in post-communist countries. *American Journal of Political Science*, 557–571.

Urbatsch, R. (2013). A Referendum on Trade Theory: Voting on Free Trade in Costa Rica. *International Organization*, 67(01), 197–214.

Vertzberger, Y. (1990). *The world in their minds: Information processing, cognition, and perception in foreign policy decisionmaking*. Stanford University Press.

Walstad, W. B. (1997). The effect of economic knowledge on public opinion of economic issues. *The Journal of Economic Education*, 28(3), 195–205.

Wolfe, R., & Mendelsohn, M. (2005). Values and interests in attitudes toward trade and globalization: The continuing compromise of embedded liberalism. *Canadian Journal of Political Science*, 38(01), 45–68.

Yu, M. (2007). Trade globalization and political liberalization: a gravity approach. Available at SSRN 906280. Retrieved from [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=906280](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906280)

Zaller, J. (1992). *The nature and origins of mass opinion*. Cambridge University Press.

-

<sup>356</sup> The title of this paper is revised from “The Roots of Public Attitudes on Foreign Aid and Free Trade Agreements” as originally submitted to the Conference program.

Assist. Prof. Dr. Osman Sabri KIRATLI  
International Trade Department,  
Bogazici University, Istanbul.

<sup>357</sup> Greece, once a developed country, has been an emerging market status since downgraded by the index provider MSCI in June 2013.

<sup>358</sup> To reduce clutter we do not report them in the manuscript. If requested, additional results will be provided.

# O DIREITO COMO POTENCIADOR DO TURISMO

## Casos Escolhidos

Ana Raquel Aguiar\*

Dora Resende Alves\*

**Resumo:** O direito surge como potenciador do turismo. O impacto das normas jurídicas adotadas pelos poderes legislativos, internos ou transnacionais, pode revelar-se facilmente na economia. Nomeadamente, casos como as indicações geográficas, as capitais europeias da cultura ou a Marca do Património Europeu comprovam as preocupações do direito da União Europeia em alcançar tais objetivos.

**Palavras-Chave:** desenvolvimento turístico, Marca do Património Europeu, indicações geográficas; União Europeia.

**Abstract:** The law arises as tourism enhancer. The impact of legal rules adopted by legislative, internal or transnational powers, may prove easily the economy. Particular cases such as geographical indications, the European Capitals of Culture and the European Heritage Label show the European Union law concerns in achieving these goals.

**Key Words:** tourism development, the European Heritage Label, geographical indications; European Union.

**Sumário:** Introdução; 1. A adoção de atos jurídicos como potenciadores do turismo; 2. Indicações Geográficas; 3. As Capitais Europeias da Cultura; 4. A Marca do Património Europeu; Conclusão.

## **Introdução**

O direito surge como potenciador do turismo. O impacto das normas jurídicas adotadas pelos poderes legislativos, internos ou da União Europeia, pode revelar-se facilmente na economia. Menos óbvia é a sua consequência no turismo, enquanto potenciador do desenvolvimento económico, social e cultural das diferentes regiões. Como tal, apresentam-se três exemplos recentes do fenómeno. Em ambos os casos, exemplos de direito da União Europeia. Assim, abordar-se-á a forma como, através da adoção de atos de direito da União Europeia, publicados no respetivo jornal oficial, se promove a visita, o consumo, a divulgação, o que se traduzirá na expansão dos mercados de consumo e de trabalho.

### **1. A adoção de atos jurídicos como potenciadores do turismo**

Partindo do pressuposto de que o turismo ocupa um peso muito significativo na economia do país, surgindo a tendência para o reforço do seu PIB (Produto Interno Bruto) na economia nacional, é natural que a este setor esteja associado não só um incremento económico mas também social e cultural das diferentes regiões. Neste sentido, o direito impõe-se, exigindo o cumprimento das relações turísticas<sup>359</sup>.

Vários exemplos podem ser estudados para demonstrar esta ligação entre as normas jurídicas (ou tão só atos jurídicos, sem a mesma força vinculativa) e o desenvolvimento do turismo, que é, atualmente, uma das

vertentes mais essenciais para a geração de rendimento e melhoria da qualidade de vida da população em diversas regiões no mundo<sup>360</sup>.

Uma situação internacional é a escolha de uma temática para tema ou objetivo durante uma década<sup>361</sup>, ano<sup>362</sup> ou dia<sup>363</sup>, conforme acontece com a Organização das Nações Unidas (ONU), organização que promove a reflexão sobre a importância de garantir a paz, defender os direitos fundamentais do ser humano, promover o progresso social das nações, manter a justiça e o direito internacional, e que encontra nestas comemorações uma forma de focar as atenções internacionais em temas de relevo. Tais manifestações podem ser, e são cada vez mais, promovidas também pelos poderes nacionais como meios de dinamizar eventos e realizações que, sem dúvida, comportam vertentes económicas.

O mesmo acontece, desde 1983, com a União Europeia (UE) que, anualmente ou de dois em dois anos, escolhe um tema com o objetivo de sensibilizar o cidadão europeu e de chamar a atenção dos governos nacionais para as questões relacionadas com esse tema em celebração<sup>364</sup>. Cada ano europeu é objeto de uma campanha de sensibilização a nível europeu e a nível nacional, nos países visados. São organizados vários acontecimentos sobre o tema escolhido. Por muito diversos que sejam os temas escolhidos, são sempre o reflexo das preocupações das organizações europeias e dos estados membros. Os temas passam a ser escolhidos com alguns anos de antecedência para permitir um bom planeamento. E, apesar de os dois anos anteriores já apresentarem tema, a ideia de criar o "Ano Europeu" surgiu, pela primeira vez, em 1985, na apresentação do Relatório Adonnino "Europa das Pessoas". O documento de acompanhamento à proposta de decisão sobre o ano europeu de 2010<sup>365</sup> revelava que os anos europeus são um instrumento eficiente no que diz respeito a posicionar alguns assuntos no topo da agenda da UE; o nível alargado de participação num período de tempo definido mobiliza o sistema político no sentido de assumir compromissos; o objetivo, das várias entidades envolvidas nestes projectos, de divulgar, debater e transmitir ideias sobre um tema específico revelou-se uma ótima ferramenta para obter sucesso; os anos europeus são

excelentes instrumentos para criar sinergias entre as várias áreas de intervenção a diferentes níveis (UE, Estados-Membros, autoridades regionais e locais); possuem um valor acrescentado em relação a iniciativas isoladas dos estados membros e criam uma ocasião única para mudanças de atitude política. Os anos europeus – inicialmente criados por uma decisão do Conselho da União Europeia - são, desde o Tratado de Lisboa, portanto, desde 2010<sup>366</sup>, uma escolha multi-institucional que envolve o Parlamento Europeu, a Comissão Europeia e o Conselho.

Contudo, selecionaram-se para análise, neste breve estudo, três situações: as indicações geográficas protegidas, as capitais europeias da cultura e a Marca do Património Europeu.

A inclusão das indicações geográficas no turismo apresenta, assim, vantagens inegáveis para a sua atividade. De facto, não só se promove o crescimento turístico como também se valoriza a identidade regional em questão. Convém, portanto, não esquecer a preocupação atual com o turismo local, geradora de interesses por produtos com identidade cultural, criando, inevitavelmente, nichos de mercado<sup>367</sup>. Trata-se, assim, de uma oportunidade imperdível para divulgar determinados produtos com características peculiares que se distinguem das marcas globalizadas. Do mesmo modo, é possível, também, a criação de determinados roteiros turísticos que visam, na mesma linha de sentido, a divulgação da cultura local.

## 2. As Indicações Geográficas

Uma situação, que surge com alguma periodicidade, refere-se às indicações geográficas (IG), designação que congrega as denominações de origem protegida (DOP) e as indicações geográficas protegidas (IGP), aplicadas a produtos agrícolas e géneros alimentícios. Os nomes com a designação «Indicação geográfica» (IG) para produtos da terra; as denominações de origem protegida (DOP) e as indicações geográficas protegidas (IGP), aplicadas a produtos alimentares e vinho; e as bebidas espirituosas e os vinhos aromatizados recebem a designação de indicações geográficas (IG).

Com reconhecimento no âmbito internacional da Organização Mundial de Comércio, também a União Europeia vem acolher esta manifestação de realçar características de um produto ligado a determinado território, atendendo a que determinada qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuída à sua origem geográfica.

Quanto à tradição, a sua valorização é assegurada pelo rótulo das especialidades tradicionais garantidas (ETG), que reconhecem métodos tradicionais de produção ou a composição tradicional de um produto. Estas especialidades tradicionais garantidas não estão ligadas a uma área geográfica<sup>368</sup>. Há uma valorização territorial por significarem a valorização de bens, serviços e produtos agroalimentares articulados à promoção da cultural local, com apelo a atividades turísticas (ecoturismo, enoturismo, turismo cultural, entre outros)<sup>369</sup>.

A denominação de origem protegida (DOP) valoriza o resultado da produção, transformação e elaboração numa área geográfica, segundo saber reconhecido dos produtores locais e ingredientes provenientes da região, com um carácter que se prende com a sua origem geográfica. A indicação geográfica protegida (IGP) identifica produtos cuja qualidade ou reputação está ligada ao local ou região em que ocorre a produção, transformação ou

elaboração. Os ingredientes utilizados não provêm necessariamente da área geográfica.

A mais recente para Portugal, de entre cerca de 67 produtos portugueses, refere-se aos «Ovos Moles de Aveiro» (IGP)<sup>370</sup>, doce típico da região. Também bastante divulgado na imprensa foi o produto anterior, o «Capão de Freamunde» (IGP)<sup>371</sup>, um frango da freguesia de Freamunde, concelho de Paços de Ferreira, de estirpe de crescimento lento, castrado, que se destina à produção de carne.

A própria divulgação através da imprensa e meios de comunicação social desta oficialização jurídica de produtos característicos de determinadas zonas do país tem grandes consequências de impacto económico. Todos os produtos IGP obedecem a cadernos de especificações precisos, o que faz com que ganhem critérios de qualidade com grande significado nas exportações agrícolas do país e da própria União Europeia.

São formas de a União Europeia proteger o património gastronómico europeu, realçando a sua diversidade e a qualidade ligada à origem dos produtos. Graças aos regimes europeus de qualidade para as denominações de origem, as indicações geográficas e as especialidades tradicionais valorizam mais de 3.000 produtos que podem ser identificados por um rótulo especial, desde vinho, queijo, charcutaria, fruta e legumes, licores, entre outros. O consumidor pode facilmente reconhecê-los graças aos logótipos que ostentam. Os nomes estão protegidos de imitações, fraude ou contrafação.

### 3. As Capitais Europeias da Cultura

O turismo manifesta-se através de diversas formas, modalidades e escalas dentro de um mesmo território<sup>372</sup>. A atribuição do título de Cidade Europeia da Cultura<sup>373</sup>, designação que passou para Capital Europeia da Cultura (CEC) em 25 de maio de 1999, quando foi atribuída a Berlim, foi instituída em 1983 sob iniciativa conjunta dos então ministros da Cultura da Grécia, *Melina Mercouri*, e da França, *Jack Lang*, com a preocupação de dar à cultura europeia a mesma importância que à economia e à política na consolidação da União Europeia, vem também contribuir para o turismo. Desde então já mais de 44 cidades em mais de 24 países receberam o título<sup>374</sup>.

O enquadramento desta iniciativa encontra eco normativo no artigo 167.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), contribuindo para o desenvolvimento da cultura dos Estados-Membros da União Europeia

Os objetivos globais são valorizar a riqueza e a diversidade das culturas europeias e das características por estas partilhadas, bem como promover uma maior compreensão mútua entre os cidadãos europeus. A iniciativa pretende promover a cooperação entre os operadores culturais, artistas e cidades na Europa e, assim, desenvolver ações sustentáveis e integradas de desenvolvimento cultural e social da cidade a longo prazo<sup>375</sup>. Há uma relação relevante entre património e turismo<sup>376</sup>.

Periodicamente, e com bastante antecedência, são escolhidas as cidades que representarão as capitais europeias da cultura, de acordo com concurso e critérios pré-definidos para seleção. A escolha tende a ser feita com anos de antecedência, precisamente para permitir aos locais e países escolhidos o tempo necessário para a preparação de todo o envolvimento necessário<sup>377</sup>. Também houve preocupação de criar um quadro financeiro de apoio a este evento<sup>378</sup>.

Há, posteriormente, o cuidado de realizar uma análise dos elementos qualitativos e quantitativos resultantes da ação, para apurar, em relatório<sup>379</sup> e envolvendo as próprias cidades neste processo (para além dos órgãos públicos respetivos, por exemplo, recorrendo a inquéritos de rua), o impacto da realização. Seja para confirmar a eficiência da despesa pública com a realização seja para, de um ponto de vista cultural, social e económico, fundamentar as conclusões<sup>380</sup>. Aqui se encontra a melhor compreensão do impacto desta ação nas instituições culturais e residentes locais mas também em termos de dimensão internacional e da economia. Conclui-se pertinente para a estratégia de desenvolvimento das cidades em domínios como o desenvolvimento urbano e regional, o emprego, as empresas e o turismo.

Neste caso, a revitalização turística surge, então, através de atividades criativas que envolvem a promoção cultural. Desta forma, as candidaturas efetuadas pelas cidades a este título visam, em primeiro lugar, fortalecer as infraestruturas culturais e, conseqüentemente, intensificar os fluxos turísticos<sup>381</sup>. Em segundo lugar, verifica-se que as expectativas geradas são, na verdade, significativas, pois esperam-se resultados turísticos a curto e a longo prazo. Por outras palavras, espera-se que a reabilitação urbana do local permita um aumento dos movimentos turísticos imediatos mas também uma valorização da imagem do local que se mantenha no futuro.

Claramente, a divulgação da cidade associada a esta realização permite uma maior visibilidade internacional e um aumento real de turistas estrangeiros.

Na verdade, aconteceu pela última vez para Portugal, com a designação de Guimarães para Capital Europeia da Cultura para o ano de 2012<sup>382</sup>. Para o corrente ano de 2016, temos a designação das cidades de Donostia-San Sebastián, em Espanha, e de Wrocław, na Polónia, para Capital Europeia da Cultura<sup>383</sup>.

#### 4. A criação e significado da Marca do Património Europeu

Os tratados europeus pretendem hoje criar uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus, o que passa, para além de todos os esforços em fazer funcionar uma cidadania da União que complementa a cidadania nacional dos respetivos estados membros, por contribuir para o desenvolvimento das culturas dos mesmos, pondo em evidência o património cultural comum.

Para aperfeiçoar o conhecimento e a difusão da cultura e da história dos povos europeus e promover o acesso ao património cultural, reforçando a sua dimensão europeia, a União Europeia criou uma ação de atribuição da designação da Marca do Património Europeu (*European Heritage Label*).

Esta forma de colocar em evidência certos locais foi lançada em 28 de abril de 2006 em Granada, Espanha, numa iniciativa intergovernamental pelos estados membros sem envolvimento das instituições europeias. Atribuído pelos Ministros da Cultura, foram escolhidos 65 sítios em 18 países aderentes.

Por influência das apreciações do Conselho de 2008<sup>384</sup>, a prévia iniciativa governamental transformou-se numa ação da União Europeia em 2011<sup>385</sup>.

A intenção é destacar “sítios”, por tal se entendendo dar relevo a monumentos, sítios naturais, subaquáticos, arqueológicos, industriais ou urbanos, paisagens de interesse cultural, lugares de memória, produtos e bens culturais e o património imaterial associado a um determinado lugar, incluindo o património contemporâneo.

Esta ação tem por objetivos reforçar o sentimento de pertença à União por parte dos cidadãos europeus, em particular dos jovens, com base nos valores e elementos comuns da história e do património cultural da Europa, assim como na valorização da diversidade nacional e regional, e reforçar o diálogo intercultural. Também realçar o valor simbólico e aumentar a visibilidade de sítios que tenham desempenhado um papel significativo na

história e na cultura da Europa e/ou na construção da União, e contribuir para que os cidadãos europeus compreendam melhor a história da Europa e a construção da União, e o seu património cultural comum, embora diverso, em particular no que toca aos valores democráticos e aos direitos humanos em que assenta o processo de integração europeia.

Estes objetivos traduzem a especificidade da Marca do Património Europeu em relação a outras iniciativas preexistentes, e que se podem entender complementares, como a Lista do Património Mundial da UNESCO, a Lista Representativa do Património Cultural Imaterial da Humanidade da UNESCO e os Itinerários Culturais Europeus do Conselho da Europa.

Num procedimento que envolve dois momentos, os sítios candidatos preenchem um formulário de candidatura a enviar à autoridade nacional responsável<sup>386</sup> por uma pré-seleção até 1 de março de cada ano, criando um projeto e um plano de trabalho relativos ao sítio. Entretanto, cabe aos estados membros a participação, a título voluntário.

Os anos de 2013 e 2014 são entendidos como anos transitórios para a iniciativa: 2013 para contemplar os estados que não participaram na iniciativa anterior de 2006 e 2014 é reservado para os 18 países participantes anteriormente que pretendam renovar as atribuições ou fazer novas candidaturas. A partir de 2015, todos os estados participantes, até agora são 23, poderão nomear sítios. Os estados membros ainda não participantes na iniciativa são Croácia, Finlândia, Irlanda, Reino Unido e Suécia, mas poderão em qualquer momento manifestar o seu interesse em participar.

Um painel de especialistas independentes, sob a responsabilidade da Comissão Europeia seleciona os sítios aos quais a Comissão designa o título da Marca do Património Europeu. O júri europeu composto por especialistas independentes com experiência e competência substanciais na área de património e sem nenhum conflito de interesse em relação aos sítios candidatos, para proceder à seleção e ao controlo a nível da União, assegurando que os critérios sejam corretamente aplicados pelos sítios de

todos os estados membros. O júri europeu é apontado por 3 anos e composto por 13 membros, quatro nomeados pelo Parlamento Europeu, quatro pelo Conselho, quatro pela Comissão e um pelo Comité das Regiões.

O título é atribuído sem limite de tempo, desde que se mantenham os pressupostos indicados na atribuição, que serão monitorizados pela Comissão regularmente a cada quatro anos. Se a apreciação for negativa, poderá ser retirado.

Espera-se, com esta ação, fomentar o turismo cultural, esperando-se resultados em vantagens económicas. Os anos de 2013 e 2014 foram de transição, os dois primeiros anos de execução desta ação pela União Europeia. Por isso mesmo, no ano de 2013, a ação esteve restrita aos estados que nunca tinham participado nesta iniciativa a nível intergovernamental. Já em 2014, foi o oposto, para os Estados que tinham já estado envolvidos a nível intergovernamental.

Na edição de 2014, foram submetidas a nomeação 36 sítios<sup>387</sup>, de entre os quais o painel de especialistas recomendou 16 bens culturais (locais ou documentos) para receberem o selo da MPE (Marca do Património Europeu).

Portugal submeteu três candidaturas<sup>388</sup> e está entre os estados membros finalistas para a atribuição da marca, com um local – Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra<sup>389</sup> e uma realização histórica – a Carta de Lei de Abolição da Pena de Morte, datada de Carta de Leide 1 de julho de 1867<sup>390</sup> entre os 16 sítios recomendados para a atribuição da MPE. A decisão final foi tomada em março<sup>391</sup> e contemplou as duas candidaturas portuguesas que prosseguiram.

Já em 2015, é o primeiro ano de funcionamento pleno deste programa, com a participação aberta a todos os estados membros que demonstrarem a sua vontade<sup>392</sup>.

A Marca do Património Europeu foi atribuída para 2015<sup>393</sup> ao sítio e Museu Pré-histórico Neanderthal em Krapina (Croácia), ao Castelo Premyslid e ao Museu Arquidiocesano de Olomouc (República Checa), ao

Promontório de Sagres (Portugal), à Praça Imperial (Áustria), ao conjunto histórico da Universidade de Tartu (Estónia), à Academia de Música Franz Liszt (Hungria), ao Mundaneum (Bélgica), ao Cemitério n.º 123 da Frente Leste da I Guerra Mundial (Polónia) e ao Bairro Europeu de Estrasburgo (França).

De facto, através da Marca do Património Europeu, o desenvolvimento do turismo cultural também é assegurado. Efetivamente, e como referido, trata-se de uma oportunidade para reforçar os laços do diálogo intercultural, na medida em que o objetivo se centra na promoção dos valores comuns do património cultural europeu, o que permite fomentar o turismo cultural, resultando em vantagens económicas.

## **Conclusão**

O direito pode, e deve, tornar-se num motor de promoção local, nacional ou internacional mediante a escolha de temas, locais, realizações que, destacando bens culturais ou valores a proteger, reforçam a cidadania e, concomitantemente, são veículo de desenvolvimento turístico e económico.

Referem-se exemplos escolhidos de normas jurídicas que, se bem que algumas ainda recentes, se acredita poderem influenciar positivamente o potencial turístico dos locais nos casos geográficos (Coimbra e Aveiro) ou do próprio país, no caso cultural. Cabe aos poderes públicos responsáveis e ao próprio exercício de cidadania, seja ela de cariz nacional ou europeu, impulsionar resultados económicos de um quadro criado pelo direito. A identificação de um território, no caso das Capitais Europeias da Cultura uma cidade, insere-se numa estratégia de criação de grandes eventos que promovem a revitalização cultural das cidades, colocando-as no mapa turístico com esse propósito, ainda que temporário. Também a União Europeia criou, com a atribuição da Marca do Património Europeu (*European Heritage Label*), uma forma de realçar valores do património cultural, arquitetónico, histórico e até jurídico, dos países membros que reflitam os valores de que a União Europeia está imbuída. Contudo, crê-se

que este instrumento não alcançou a necessária mediatização para prosseguir os seus próprios objetivos. Poderá acontecer em outros países, porém, em Portugal, não conseguimos encontrar na imprensa qualquer menção a esta realização e, em consequência, sem divulgação não se atingem os efeitos pretendidos de incentivo ao turismo e maximização económica.

Se é facilmente identificável um conjunto de casos em que realidades criadas por via do direito se tornam relevantes para o turismo, está ainda por retirar desses fenómenos todas as potencialidades económicas que encerram. Há facetas, nomeadamente no chamado turismo cultural, que podem ainda ser potencializadas.

### **Referências bibliográficas**

ALVES, Dora Resende. *Cronologia da Construção Europeia Comunitária*. Universidade Portucalense, 2015, apontamentos policopiados.

FERREIRA, Claudino. « Os grandes eventos e a cultura em Portugal: sobre os *Impactos culturais da Expo'98* e os *Públicos do Porto 2001*», *Revista Crítica de Ciências Sociais* [EM linha], 67 | 2003, colocado online no dia 01 Outubro 2012, consultado a 24 Fevereiro 2016. URL :

COMISSÃO EUROPEIA. Brochura *Qualidade UE garantida*. doi:10.2762/49521ISBN 978-92-79-45443-1

COSTA, Ewerton Reubens Coelho. Turismo: Estudos & Práticas (RTEP/ UERN) [EM linha]. Mossoró/RN, vol. 3, n.1, jan./ jun. (2014) [Consult. 10 fev. 2016] Disponível na internet <<http://periódicos.uern.br/index.php/turismo>>. ISSN 2316-1493

COMISSÃO EUROPEIA, Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a avaliação *ex post* das Capitais Europeias da Cultura 2014 (Umeå e Riga), documento COM(2015) 580 final. Bruxelas, 26.11.2015.

FRATUCCI, Aguinaldo César. “Os lugares turísticos: territórios do fenómeno turístico” [EM linha]. [Consult. 24 fev. 2016] *GEOgraphia* –

Ano. II – Nº 4 – 2000. Disponível na internet .

NASCIMENTO, Jaqueline Silva; Nunes; Gilvanda Silva; Bandeira, Maria da Glória Almeida. « A importância de uma indicação geográfica no desenvolvimento do turismo de uma região» [EM linha]. [Consult. 24 fev. 2016] Revista GEINTEC – ISSN: 2237-0722. São Cristóvão/SE – 2012. Vol. 2/n.4/ p. 378-386. Disponível na internet D.O.I.: 10.7198/S2237-0722201200040005

PY, Pierre. *Droit du Tourisme*. Paris: Dalloz, 1996. ISBN 10 : 2247024483

RICHARDS, Greg. *Cultural Tourism – Global and Local Perspectives*. New York: The Haworth Hospitality Press., 2007. ISBN-13: 978-0-7890-3116-7

-

\* Doutora em Didática de Línguas. Professora Auxiliar da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Correio eletrónico: aaguiar@upt.pt.

\* Doutora em Direito. Professora Auxiliar Convidada e Investigadora da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Correio eletrónico: dra@utp.pt.

<sup>359</sup> PY, Pierre. *Droit du Tourisme*. 1996.

<sup>360</sup> NASCIMENTO, Jaqueline Silva; Nunes; Gilvanda Silva; Bandeira, Maria da Glória Almeida. «A importância de uma indicação geográfica no desenvolvimento do turismo de uma região». 2012, p. 380.

<sup>361</sup> 1961/1971 foi a primeira década comemorativa por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas.

<sup>362</sup> O ano de 1960 foi o primeiro ano internacional proclamado através de resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, embora 1957 tivesse também já sido comemorado.

<sup>363</sup> O dia 10 de dezembro de 1950 foi a primeira celebração de um dia internacional – o Dia Internacional dos Direitos Humanos, convidando todos os Estados a celebrar a proclamação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, adotada nesta data, em 1948. Desde daí, de entre exemplos quase diários, menção ao recente Dia Internacional das Mulheres e Raparigas na Ciência, comemorado pela primeira vez no dia 11 de fevereiro de 2016 e criado pela resolução A/70/474/Add.2 da Assembleia-Geral das Nações Unidas em reconhecimento dos esforços da UNESCO, ONU Mulheres, UIT e outras organizações relevantes que apoiam e promovem o acesso das mulheres e raparigas à educação, formação e atividade de investigação científica, tecnológica, de engenharia e matemática.

<sup>364</sup> Curiosamente, em relação à comemoração do ano europeu, não há ainda tema para 2016. Terão já sido tomadas algumas iniciativas, através de resolução do Parlamento Europeu de 10 de março de 2015, para atribuir tema ao ano de 2016, mas ainda sem adoção oficial (<https://www.publico.pt/sociedade/noticia/o-misterioso-ano-europeu-1718717>). Nestes casos, como já aconteceu em anos anteriores, normalmente assiste-se ao prolongamento do tema do ano anterior por mais um período.

<sup>365</sup> Documento COM 2010 (SEC(2007) 1662).

<sup>366</sup> O Tratado de Lisboa provocou a liderança do Tratado da União Europeia (TUE) e a renomeação do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que correspondem ao TUE de 1992 e ao Tratado da Comunidade Europeia (TCE) de 1957, com todas as alterações pelas sete revisões efectuadas.

<sup>367</sup> COSTA, Ewerton Reubens Coelho. *Turismo: Estudos & Práticas*, 2014.

<sup>368</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Qualidade UE garantida*.

<sup>369</sup> NASCIMENTO, Jaqueline Silva; Nunes; Gilvanda Silva; Bandeira, Maria da Glória Almeida. «A importância de uma indicação geográfica no desenvolvimento do turismo de uma região». 2012, p. 379.

<sup>370</sup> Pelo Regulamento de execução da Comissão (UE) n.º 2015/1743 ( JOUE L 256 de 01.10.2015, p. 1).

<sup>371</sup> Pelo Regulamento de execução da Comissão (UE) N.º 2015/822 de 11 de maio, JOUE L 130 de 28.05.2015, pp. 1 e 2. A 13 de dezembro realiza-se na localidade, anualmente, a Feira dos Capões, já instituída em 1719, por decreto régio do rei D. João V, que conta com uma Associação de Criadores e com uma Confraria. A espécie resulta do ato de capar os galos que, segundo a lenda, terá acontecido no tempo da República romana, com o cônsul *Caio Cânio*(?) que fez aprovar uma lei que impedia a existência destas aves na cidade de Roma por causa do ruído do seu cantar.

<sup>372</sup> FRATUCCI, Aguinaldo César. “Os lugares turísticos: territórios do fenómeno turístico”. 2000, p. 121.

<sup>373</sup> E desenvolvida a nível intergovernamental em 1985 com o documento de 13 de junho de 1985, “Cidade Europeia da Cultura” (85/C 53/02).

<sup>374</sup> Conforme é possível a consulta em [http://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/actions/capitals-culture\\_en.htm](http://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/actions/capitals-culture_en.htm).

<sup>375</sup> COMISSÃO EUROPEIA, documento COM(2015) 580 final, 26.11.2015, p. 2.

<sup>376</sup> FERREIRA, Claudino. « Os grandes eventos e a cultura em Portugal: sobre os *Impactos culturais da Expo’98* e os *Públicos do Porto 2001* », 2012.

- <sup>377</sup> O Conselho designou já: as cidades de Aarhus, na Dinamarca, e de Paphos, em Chipre, para Capital Europeia da Cultura para o ano de 2017 (Decisão 2013/286/UE de 17 de Maio de 2013, JOUE L 162 de 14.06.2013, p. 9); as cidades de La Valletta, em Malta (Decisão 2013/286/UE de 17 de Maio de 2013, JOUE L 162 de 14.06.2013, p. 9) e de Leeuwarden, nos Países Baixos (Decisão 2014/352/UE, JOUE L 175 de 14.06.2014, p. 25), para Capital Europeia da Cultura para o ano de 2018; as cidades de Plovdiv, na Bulgária, e Matera, na Itália, para Capital Europeia da Cultura para o ano de 2019 (Decisão (UE) 2015/809 do Conselho de 19 de maio de 2015, JOUE L 128 de 23.05.2015, p. 20).
- <sup>378</sup> Decisão n.º 1622/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 2006, que criação de uma ação comunitária de apoio à manifestação Capital Europeia da Cultura para os anos de 2007 a 2019 (JOUE L 304 de 3.11.2006, p. 1).
- <sup>379</sup> De acordo com a mencionada Decisão n.º 1622/2006/CE, artigo 12.º.
- <sup>380</sup> COMISSÃO EUROPEIA, documento COM(2015) 580 final, 26.11.2015, p. 4.
- <sup>381</sup> RICHARDS, Greg. *Cultural Tourism – Global and Local Perspectives*. 2007.
- <sup>382</sup> No mesmo ano, também Maribor, na Eslovénia, Decisão 2009/400/CE de 12 de Maio de 2009, JOUE L 127 de 26.05.2009, p. 9. Já antes, Lisboa em 1994 e o Porto em 2001.
- <sup>383</sup> Decisão 2012/309/UE de 10 de Maio de 2012, JOUE L 154 de 15.06.2012, p. 11.
- <sup>384</sup> Conclusões do Conselho de 20 de novembro de 2008, publicadas no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) C 319 de 13.12.2008, p. 11.
- <sup>385</sup> Decisão n.º 1194/2011/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de novembro de 2011, JOUE L 303 de 22.11.2011, pp. 1 a 9.
- <sup>386</sup> Em Portugal, é oPAC - Gabinete de Estratégia, Planeamento e Avaliação Culturais ([www.gepac.gov.pt](http://www.gepac.gov.pt)).
- <sup>387</sup> Ver em [http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p\\_cot\\_id=7893](http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=7893).
- <sup>388</sup> Uma delas, o Convento de Jesus, em Setúbal, onde foi assinado o Tratado de Tordesilhas em 1494, foi recusada pelo painel de peritos por não corresponder aos critérios de relevância europeia consagrados no documento que estabeleceu a MPE.
- <sup>389</sup> A Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, fundada há 500 anos, pelo seu pioneirismo: foi uma das primeiras bibliotecas na Europa a permitir o acesso público ao seu acervo e a organizá-lo em catálogos por temas para consulta. Em <http://www.uc.pt/bguc>.
- <sup>390</sup> A Carta de Lei de 1 de julho de 1867 com a abolição da pena de morte em Portugal, publicada no Diário de Lisboa de 12 de julho de 1867, resulta da Reforma Penal e das Prisões que se referia às penas e execução prisional, estabelecendo um sistema penitenciário. A abolição da pena de morte para crimes políticos fora proposta na sessão de 10 de março de 1852 da Câmara dos Deputados e em

relação à questão de fundo, todos pareciam de acordo. Já desde 1834 que não fora executada pena capital pela prática de crime político. A partir daí, a questão da abolição da pena de morte para os restantes crimes foi levada, por diversas vezes, às Câmaras, na terceira vigência da Carta Constitucional de 1826. Mas só pela Lei de 1 de Julho de 1867 foi abolida a pena de morte para todos os crimes excepto os militares. Portugal não foi o primeiro país europeu a fazê-lo (a Venezuela em 1863, San Marino em 1865 e Turim, onde voltou a ser reintroduzida, mais tarde) mas foi elogiado internacionalmente por *Victor Hugo*: “Portugal dá um exemplo à Europa”. À época, o escritor francês escreveu uma carta congratulando Portugal como um país pioneiro na adopção dessa medida. Em Portugal, ratificada pelo rei *D. Luís* em 1867, constitui “um caso atípico” porque o rei foi “guiado por princípios humanistas”. Nesse documento, que aprova a reforma penal e das prisões, é decretada a abolição da pena de morte e a sua substituição por pena de “prisão celular perpétua”. A candidatura que foi apresentada pela entidade <http://dglab.gov.pt/> compromete a Torre do Tombo a levar a cabo uma série de actividades de divulgação do documento, nomeadamente a sua tradução noutras línguas da União Europeia, exposições, digitalização e programas para escolas.

<sup>391</sup> Decisão da Comissão 2015/C 83/03 de 10 de março de 2015, que designa os 16 sítios aos quais é atribuída a Marca do Património Europeu em 2014, JOUE C 83 de 11.03.2015, p. 3.

<sup>392</sup> Aconteceu com 24 Estados-Membros, conforme [http://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/news/2016/1202-european-heritage-label-sites-2015\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/news/2016/1202-european-heritage-label-sites-2015_pt.htm).

<sup>393</sup> Decisão da Comissão 2016/C 40/03 de 2 de fevereiro de 2016 que designa os 9 sítios aos quais é atribuída a Marca do Património Europeu em 2015, JOUE C 40 de 03.02.2016, p. 3.