



O ACORDO UE/MERCOSUL – EVENTUAIS COMPLICAÇÕES JURÍDICAS DECORRENTES DA DEMORA NA CELEBRAÇÃO DO ACORDO NO PRISMA DA UNIÃO EUROPEIA¹

MARIA JOÃO PALMA²

RESUMO

O presente artigo reproduz a nossa comunicação apresentada nas Jornadas Luso-Brasileiras sobre Contratação Pública e Desenvolvimento Sustentável, XIII Reunião da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”, em 29 de janeiro de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Através do mesmo, pretendeu-se tecer algumas considerações sobre a eventual necessidade de a União Europeia proceder a uma revisão do mandato que sustenta as negociações do Acordo UE/Mercosul, em fase de negociação, em virtude do decurso de tempo significativo desde o início das mesmas, face ao alargamento dos objetivos do Acordo, entretanto, ocorrido. São analisadas, também, as implicações jurídicas do Parecer 2/2015 do TJUE sobre a necessidade ou não da celebração de um acordo misto, i.e., um acordo a celebrar conjuntamente pela UE e pelos Estados-Membros.

Palavras-chave: Acordo UE/Mercosul, Política comercial comum, Acordos de Nova Geração, Mandato, Parecer 2/2015 TJUE.

Histórico do artigo: recebido em 14-02-2018; aprovado em 15-02-2018; publicado em 08-05-2018.
Publicação a convite do Conselho Editorial.

¹ Estudo desenvolvido no âmbito dos nossos trabalhos enquanto bolsista da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT/Bolsa Doutoramento).

² LLM em Direito da União Europeia pelo College of Europe (Brugge); Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: luzpalma2011@hotmail.com.

ABSTRACT

The EU/Mercosur Agreement - Legal Implications Arising From The Delay In The Celebration Of The Agreement On The Prisma Of The European Union. This article reproduces our communication presented at the Luso-Brazilian Conference on Public Contracts and Sustainable Development, XIII Meeting of the research network "Integration, State and Governance", on 29 January 2018, at the Faculty of Law - University of Lisbon. It was intended to reflect on the possible need for the European Union to review the mandate underpinning the negotiations on the EU/Mercosur Agreement, due to the significant time elapse since the beginning of the negotiations and the extension of the Agreement's objectives, occurred in the meantime. The legal implications of EUCJ Opinion 2/2015 on the need to conclude a mixed agreement, i.e. an agreement to be concluded jointly by the EU and the Member States, are also examined.

Keywords: EU-Mercosur Agreement, Common commercial policy, New Generation Agreements, Mandate, Opinion 2/2015 CJEU.

Começo por felicitar o Professor Doutor Eduardo Paz Ferreira, na sua qualidade de Presidente do Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, por mais uma iniciativa pertinente e atual no âmbito do direito do comércio internacional.

Os meus parabéns aos coordenadores do evento, Professores Doutores Nuno Cunha Rodrigues e Jamile Mata Diz, agradecendo o gentil convite que me foi dirigido.

Saúdo a minha estimada colega de painel, Professora Doutora Elizabeth Acciloy com quem tive o gosto de conviver durante a pós-graduação em Estudos Europeus em 1992/93, no Instituto Europeu desta nossa casa, relevando a amizade desenvolvida a partir de então.

Quando o Professor Nuno Cunha Rodrigues me dirigiu o convite a tecer algumas considerações sobre o Acordo UE/Mercosul, ocorreu-me que seria interessante analisar as possíveis implicações do recente Parecer 2/2015 do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 16 de maio de 2017³, onde o TJUE analisou a articulação de competências entre a UE e os Estados-Membros (EM) para a celebração do Acordo UE/Singapura, tendo concluído pela necessidade de celebração de um acordo misto, i.e., um acordo a celebrar conjuntamente pela UE e pelos EM.

³ Ver <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-2/15>.

O referido Parecer foi proferido ao abrigo do artigo 218.º, n.º 11, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o qual permite ao TJUE aferir a compatibilidade de um projeto de acordo internacional face aos Tratados que regem a UE.

A relevância de trazer o Parecer 2/2015 para o debate sobre o Acordo UE/Mercosul prende-se com o facto de a UE estar a negociar ou ter negociado um conjunto de Acordos muito idênticos no seu conteúdo designados, no jargão do comércio internacional, “Acordos da Nova Geração”, ou Acordos Aprofundados e Abrangentes⁴, de que são exemplo o TTIP, o CETA, o UE/Japão e o UE/Índia.

Estes acordos da Nova Geração são acordos que contêm, além das disposições tradicionais relativas à redução dos direitos aduaneiros e dos obstáculos não pautais que afetam o comércio de mercadorias e serviços, disposições sobre diversas matérias ligadas ao comércio tais como a proteção da propriedade intelectual, o investimento, os contratos públicos, a concorrência e o desenvolvimento sustentável.

Este Parecer, muito embora seja referente ao Acordo UE/Singapura, em virtude da semelhança de matérias abordadas pelos acordos que a UE tem em curso, permite que dele possam ser extraídas conclusões em termos de competências necessárias para a celebração dos vários acordos, nomeadamente, o Acordo UE/Mercosul.

A competência mista implica do lado dos EM que tenha de se proceder a uma ratificação por todos os parlamentos nacionais, posterior à assinatura pelos membros do Conselho da UE.

A solução pragmática que se tem encontrado tem sido a de fazer entrar provisoriamente em vigor os acordos internacionais no referente à sua componente exclusiva, o que se verificou no caso do UE/Coreia do Sul ou no caso mais recente do CETA (UE/Canadá). Por exemplo, o CETA entrou provisoriamente em vigor a 21 de setembro de 2017, no referente às competências exclusivas, tendo ficado a sua entrada em vigor definitiva dependente da ratificação pelos parlamentos nacionais. Apenas após esta ratificação, entrará em vigor a parte referente à proteção do investimento

⁴ Aparece ainda na doutrina a referência a “*FTA Plus*” ou Acordos Mega-Regionais. Entre nós, *vide*, PEDRO INFANTE MOTA, 2016. Os Acordos-Mega Regionais. In: Eduardo Paz Ferreira (coord.), *União Europeia, Reforma ou Declínio*. Lisboa: Nova Vega, pp. 376 a 399.

estrangeiro (ISDS incluído), assim se verificando a aplicação a um caso concreto das conclusões do Parecer 2/2015, que considerou a matéria do investimento estrangeiro como competência partilhada entre a UE e os EM⁵.

De acordo com o TJUE, todos os restantes compromissos em matéria de propriedade intelectual, concorrência, desenvolvimento sustentável, serviços de transportes, contratos públicos em matéria de transportes seriam da competência exclusiva da UE.

Para extraímos as devidas consequências do Parecer 2/2015 no que se refere às competências dos EM e da UE para a celebração do Acordo UE/Mercosul, importa verificar que matérias estão em cima da mesa das negociações.

Para tal, temos de recuar no tempo e ir até às Diretrizes de Negociação de 1999⁶, acomodando-as aos novos temas, entretanto, introduzidos na agenda pelas partes.

Aqui surge uma questão jurídica que importa aclarar. Quando comparamos as matérias enumeradas pelas Diretrizes de 1999⁷ com as matérias presentemente em negociação, verificamos que houve um alargamento substancial das mesmas, o qual ocorreu em 2010 quando as negociações foram relançadas na Cimeira de Madrid, altura em que os dois blocos negociaram uma agenda alargada⁸.

Enfatize-se que, em 1994, a Comunicação da Comissão referia os seguintes aspetos centrais da Associação a criar:

⁵ Sobre a entrada provisória em vigor do CETA, *vide*, MARIA JOÃO PALMA, A política comercial posta à prova no pós-Lisboa – a competência para a celebração de acordos internacionais de comércio da União Europeia. *Análise Europeia*, 2(3), pp. 164-182.

⁶ *Vide*, a Comunicação COM (94) 428 da Comissão dirigida ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 19 de outubro de 1994 – A Comunidade Europeia e o Mercosul, onde é proposta uma estratégia de longo prazo relativamente à instituição de uma Associação Inter-regional entre a UE e o Mercosul (http://aei.pitt.edu/view/eudocno/COM_2894=29_428_final.html) e, na sua sequência, a Decisão do Conselho 1999/279/CE, de 22 de março de 1999, referente à conclusão em nome da Comunidade Europeia de um Acordo Quadro de Cooperação Inter-regional entre a Comunidade Europeia e os Estados-Membros, de um lado, e o Mercado do Cone do Sul e os seus Estados Parte, do outro lado. *Vide*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31999D0279>.

⁷ Desde 2004 que as negociações têm estado a ser conduzidas através de reuniões informais entre a UE e o Mercosul. *Vide*, nota de atualização, de 2005, aditada à Comunicação da Comissão *supra* referida.

⁸ Sobre o relançamento das negociações e o alargamento da agenda, *vide*, DAVID M. TRUBEK, FABIO MOROSINI e MICHELLE R. SANCHEZ-BADIN, 2017. Brazil in the Shadow of Mega-Regional Trade and Investment Standards: Beyond the Grand Debate, Pragmatic Responses. *Legal Studies Research Paper Series Paper*, (1401), University of Wisconsin Law Scholl, p. 22. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2923821.

- Flexível e gradual estabelecimento de uma zona de comércio livre para a indústria e uma gradual liberalização do comércio agrícola;
- Cooperação e diálogo sobre aspetos relativos ao comércio;
- Liberalização dos movimentos de serviços e capital;
- Instrumentos financeiros conjuntos para projetos regionais;
- Cooperação sobre informação, comunicação e cultura;
- Cooperação interinstitucional;
- Cooperação política e coordenação de assuntos interinstitucionais;
- Cooperação sobre sociedade de informação, tecnologia de informação e telecomunicações, conjuntamente com cooperação industrial.

A agenda alargada passou a referir os seguintes aspetos:

- Comércio na indústria e bens agrícolas;
- Serviços;
- Contratação pública;
- Propriedade intelectual;
- Facilitação do comércio;
- Barreiras técnicas.

Posteriormente, seria, também, aditado um sistema de litígios interestadual⁹.

Este alargamento de agenda é baseado nos Modelos UE/Coreia do Sul, CETA e UE/Japão¹⁰.

As primeiras trocas de ofertas ocorreriam em maio de 2016, dizendo respeito a bens, serviços, investimentos e compras públicas¹¹.

Quais são as implicações jurídicas deste desfasamento entre o mandato concedido pelo Conselho à Comissão em 1999 e a agenda, entretanto, alargada?

⁹ Tal como se retira do XXVI Relatório das negociações, Bruxelas, outubro de 2016.

¹⁰ *Vide*, DAVID M. TRUBEK e outros, *op. cit.*, p. 23. No mesmo sentido, *vide*, Embaixador da UE no Brasil, João Cravinho, em 28 de novembro de 2017, disponível em: <http://observador.pt/2017/11/28/ue-e-mercosul-com-60-de-hipoteses-de-fechar-acordo-de-comercio-em-2017/>.

¹¹ As principais dificuldades prendem-se com as ofertas referentes à carne e ao etanol. As ofertas apresentadas pela UE em Brasília, em 2017, foram inferiores às apresentadas em 2006, o que impediria o avanço nas negociações. *Vide*, de 16 de outubro de 2017, disponível em: <https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN1CL2VR-OB RTP>.

O conjunto de matérias englobadas pelo mandato inicial remete-nos para o conceito clássico de zona de comércio livre¹², onde se visa, no essencial, promover a livre circulação de mercadorias através da supressão de obstáculos pautais e não pautais no interior da zona.

Porém, o que se encontra atualmente em negociação equivale a um *FTA Plus*¹³ ainda que não sendo prevista a proteção de investimento estrangeiro, nomeadamente, através da inclusão de um sistema de resolução de litígios investidor-Estado (*Investor State Dispute Settlement, ISDS* na sigla inglesa), divergindo, nesse ponto, de outros acordos Mega-Regionais¹⁴.

A ausência de previsão de um capítulo de proteção de investimento estrangeiro determina que, por ora, no atual estágio de conceção da agenda UE/Mercosul, as consequências a extrair do Parecer 2/2015 não se apliquem, não se impondo, à partida, a celebração de um acordo misto (*vexata quaestio da mixity*).

Pelo exposto, poderemos afirmar que, eventuais dificuldades que venham a colocar-se no fecho do acordo UE/Mercosul em virtude da demora das negociações e

¹² Como curiosidade, refira-se que a Associação UE/Mercosul constituirá a primeira zona de comércio livre a unir duas uniões aduaneiras.

¹³ Os acordos de comércio da Nova Geração contêm além das disposições tradicionais relativas à supressão ou redução dos direitos aduaneiros e dos obstáculos não pautais que afetam o comércio de mercadorias e serviços, disposições sobre diversas matérias ligadas ao comércio, tais como, a proteção da propriedade intelectual, o investimento, os contratos públicos, a concorrência e o desenvolvimento sustentável.

¹⁴ É conhecida a posição menos favorável do Brasil relativamente à celebração de Acordos de Proteção de Investimento (*Bilateral Investment Treaty, BIT na sigla inglesa*), com ou sem ISDS (arbitragem investidor-Estado), o que será uma das razões que justificam a ausência de um capítulo sobre proteção de investimento estrangeiro no Acordo UE/Mercosul. O Brasil assinou 14 BITs nos anos noventa, os quais nunca entrariam em vigor. Em 2013, aprovou um projeto de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) para ser negociado com os países africanos. Estes acordos são diferentes dos BITs, na medida em que insistem na facilitação do investimento mais do que na proteção, definem expropriação de uma forma muito limitada, encorajam a prevenção dos litígios, excluem o ISDS e apostam na resolução de litígios no patamar estadual (SSDS). A partir de março de 2015, o Brasil assinou ACFIs com Moçambique, Angola, Malásia, México, Colômbia, Chile e, em 2016, um acordo mais abrangente com o Peru, que contêm um capítulo de investimento em termos semelhantes aos ACFIs, *vide*, DAVID M. TRUBEK e outros, *op. cit.*, pp. 17 e segs. O texto dos referidos acordos pode ser encontrado em <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27>.

A maior parte do investimento direto estrangeiro (IDE) do Brasil está concentrada em Moçambique e em Angola. *Vide*, CARLOS MARCIO BICALHO COZENDEY e PEDRO MENDONÇA CAVALCANTE, 2015. Novas perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos: o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). Cadernos de Política Exterior, 1(2), p. 110.

Sobre o Modelo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Brasil, *vide*, JOAQUIM P. MUNIZ, KABIR A.N. DUGGAL e LUIS A.S. PERETTI, 2017. The New Brazilian BIT on Cooperation and Facilitation of Investments: A New Approach in Times of Change. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 32(2), pp. 404-417.

da falta de ajustamento entre o mandato e a agenda, entretanto, informalmente negociada, não se colocam ao nível da relação entre os EM enquanto entes soberanos e a UE, uma vez que as matérias em causa são da exclusiva competência desta, mas, nas relações entre o Conselho e a Comissão pela informalidade na condução das negociações.

Ou seja, não estamos perante um problema de incompetência absoluta da UE para a negociação em curso, ou uma afetação do equilíbrio interinstitucional na vertente externa, mas de um problema de incompetência relativa ou afetação do equilíbrio interinstitucional na sua vertente interna, i.e., ao nível das competências entre as diferentes instituições da UE, *in casu*, entre a Comissão e o Conselho.

Como resolver este problema? Será possível defender-se uma interpretação atualista do mandato de 1999?

Achamos que não – o mandato não é genérico, não refere genericamente um acordo de comércio cujos contornos pudessem vir a ser preenchidos ao sabor das várias revisões do Tratado e sucessivos alargamentos do âmbito da política comercial comum¹⁵, mas especifica as matérias, configurando uma zona de comércio livre clássica.

Poder-se-á dizer que, uma vez que o domínio da Política Comercial Comum, previsto no artigo 207.º do TFUE, foi alargado com as sucessivas revisões do Tratado, nomeadamente com o Tratado de Lisboa, e que os conteúdos agora abrangidos pela atual agenda se encontram no enriquecido artigo 207.º do TFUE, que atribui competência exclusiva à UE para a Política Comercial Comum, o recurso a esta base jurídica dispensa a atualização do mandato?

Pensamos que não: referir este aspeto – o da base jurídica onde a celebração do acordo internacional deverá basear-se resolve a questão da competência da UE (equilíbrio interinstitucional na vertente externa); não resolvendo o problema de articulação de competências internas entre os órgãos da UE, i.e, a tramitação para a

¹⁵ A política comercial comum da UE viu o seu âmbito alargado em duas alturas, com o Tratado de Nice (2003), ao comércio de serviços e aos aspetos comerciais da propriedade intelectual, e com o Tratado de Lisboa (2009), ao investimento direto estrangeiro.

celebração de acordos internacionais prevista no artigo 218.º do TFUE (equilíbrio interinstitucional na vertente interna).

De forma que, muito embora a França tenha vindo a preconizar o alargamento do mandato de modo a incluir a segurança dos alimentos no acordo UE/Mercosul¹⁶, o facto é que a questão da necessidade do alargamento do mandato é mais abrangente. Em nosso entender, o mandato deverá incluir, *inter alia*, a resolução de litígios, a saúde, o desenvolvimento sustentável, a contratação pública, a propriedade intelectual, a transparência.

É imperioso atualizar o mandato. Sendo as questões incluídas nas negociações da competência exclusiva da UE, o mandato a outorgar será do Conselho à Comissão, outorgado por maioria qualificada, e não será necessário, em princípio, um duplo mandato envolvendo os EM, tal como no caso dos Acordos Mistos. Relembre-se que o acordo UE/Mercosul não inclui um capítulo de proteção do investimento estrangeiro, matéria considerada competência partilhada entre a UE e os EM pelo TJUE, quer no referente à parte substancial, quer no referente à resolução de litígios (ISDS).

Tal determina que a França - isolada ou ainda que acompanhada por um pequeno grupo de EM¹⁷- não poderá travar o procedimento de atualização do mandato no caso de não ver a sua pretensão atendida, uma vez que não será exigido o acordo unânime dos EM, tal como resulta do artigo 207.º do TFUE.

Todavia, por razões de ordem política, não devemos afastar a possibilidade de os EM optarem pela solução do duplo mandato, por um lado, pelo facto de ser uma linha seguida relativamente aos acordos de comércio, mas também de modo a garantir a cobertura competencial de determinadas matérias abrangidas pelo Acordo e que extravasem as competências consideradas exclusivas pelo TJUE no Parecer 2/2015¹⁸.

¹⁶ Na sequência da operação carne fraca no Brasil, onde em 2013 se apurou ter sido utilizada carne de cavalo nos produtos congelados. *Vide*, de 16 de outubro de 2017, disponível em: <https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN1CL2VR-OBRTP>. Tem-se dito que a França tem usado o pretexto da segurança alimentar para atrasar as negociações por causa da questão agrícola.

¹⁷ Tem sido sobretudo os EM do Leste da Europa que têm preconizado a introdução de uma salvaguarda agrícola no Acordo. Em 2017, França e Irlanda propuseram o adiamento do sector agrícola, *vide* <https://exame.abril.com.br/economia/ue-e-mercosul-voltam-a-negociar-acordo-comercial-estagnado/>.

¹⁸ Muito embora, em grande medida, as matérias cobertas pelo Acordo UE/Mercosul correspondam às matérias cobertas pelo Acordo UE/Singapura e analisadas pelo TJUE no Parecer 2/2015, até ao *terminus* das negociações, não poderemos assegurar que essa coincidência é garantida na íntegra.

Em conclusão, uma vez atualizado o mandato, formalidade dependente dos representantes no Conselho, e não tendo o Acordo UE/Mercosul um capítulo de proteção de Investimento com ISDS em moldes semelhantes aos outros Acordos da “Nova Era”, não se vê que venha a existir um problema de competência mista, tal como analisado no Parecer 2/2015.

Por fim, uma reflexão final sobre a ausência de um capítulo sobre proteção do investimento estrangeiro no acordo UE/Mercosul. Poderemos concluir que, por este facto, o mesmo se distancia em absoluto dos outros acordos da UE da Nova Geração? Será o Acordo UE/Mercosul um lobo solitário no panorama dos Acordos Mega-Regionais celebrados pela UE?¹⁹

O Acordo UE/Mercosul terá, em princípio, um capítulo de resolução de litígios com mediação e arbitragem interestadual aplicável a um conjunto de matérias. Porém, quanto a este tipo de resolução de litígios (Estado/Estado), o TJUE, e sendo as matérias relacionadas com o comércio, considerou que a competência seria compreendida na competência exclusiva da UE. O acordo UE/Mercosul não irá conter um capítulo de proteção de investimento estrangeiro investidor-Estado.

Enfatize-se, porém, que, até ao presente momento, nenhum acordo da UE entrou em vigor contendo um capítulo com proteção de investimento estrangeiro com (ou sem) ISDS. Como referimos *supra*, o Acordo UE/Coreia do Sul e o Acordo CETA entraram provisoriamente em vigor, excluindo o capítulo dedicado à proteção de investimento estrangeiro. Relativamente a Singapura, prevê-se que seja seguida a mesma estratégia. O Acordo UE/Japão tem pendente a questão da inclusão da proteção do investimento estrangeiro. Os novos Acordos da UE/Austrália e UE/Nova Zelândia não preveem um capítulo sobre proteção de investimento estrangeiro.

Tal constatação leva-nos a concluir que, por ora, o acordo UE/Mercosul não destoa do conjunto dos acordos de comércio da UE, podendo ser visto como um acordo que acolheu uma abordagem pragmática na atual conjuntura. De resto, o Brasil tem sido indicado como *case study*, no sentido de demonstrar que a captação de investimento estrangeiro não depende da admissão de arbitragem ISDS. A questão das

¹⁹ *Vide*, reflexão citada na nossa nota 8.

O Acordo UE/Mercosul – Eventuais complicações jurídicas decorrentes da demora na celebração do acordo no prisma da União Europeia

vantagens e desvantagens da inclusão de ISDS nos Acordos Mega-Regionais deixá-
emos, porém, para uma outra ocasião!

Muito obrigada pela vossa atenção!