

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2019/1



LX

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LX – 2019/1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontificia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

Burkhard Hess (Instituto Max Planck de Luxemburgo)

Jean-Louis Halpérin (Escola Normal Superior de Paris)

Marc Bungenberg (Universidade do Sarre)

DIRETOR

Luis Menezes Leitão

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Dário Moura Vicente

Fernando Loureiro Bastos

Pedro Caridade de Freitas

Nuno Cunha Rodrigues

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Setembro, 2019

- **Jorge Carlos de Almeida Fonseca**
5-16 Discurso proferido na Cerimónia de Outorga do Doutoramento *Honoris Causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- **Jorge Miranda**
17-44 Sobre o Direito da educação
Introduction to Education Law
- **Paulo de Sousa Mendes**
45-54 Vida e obra de Manuel Cavaleiro de Ferreira
Life and work of Manuel Cavaleiro de Ferreira
- **Fernando Loureiro Bastos**
55-75 Customary Law in Lusophone Africa (Angola, Guinea-Bissau and Mozambique)
Direito costumeiro na África lusófona (Angola, Guiné-Bissau e Moçambique)
- **Adelaide Menezes Leitão**
77-90 O efeito *standstill* do Processo Especial de Revitalização e do Processo Especial para Acordo de Pagamentos
Standstill effect in the PER and PEAP
- **Pedro Infante Mota**
91-118 O argumento dos termos de comércio e a “guerra” das terras raras
The argument of the terms of trade and the “war” of rare earths
- **Francisco José Abellán Contreras**
119-146 Sistema fiscal, explotación de salinas y comercio de la sal en el Reino de Valencia (ss. XVI-XVIII)
Fiscal system, salt exploitation and salt trade in the Kingdom of Valencia (16th-18th centuries)
- **Vítor Palmela Fidalgo**
147-169 Estado atual do regime da transição para o Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU) e atualização das Rendas
The current state of the urban lease transition legal regime and respective rules for updating rents
- **Amanda Bezerra Bassani**
171-215 O contrato de trabalho e a gestão societária: uma análise do artigo 398.º do CSC
Employment contract and corporate management: an analysis of article 398 of the Portuguese Commercial Companies Code
- **João Andrade Nunes**
217-242 O princípio do juiz natural na tradição romanística
The principle of the natural judge in Roman legal tradition

O argumento dos termos de comércio e a “guerra” das terras raras

The argument of the terms of trade and the “war” of rare earths

Pedro Infante Mota*

Sumário: No presente artigo, abordamos a exceção mais importante alguma vez concebida contra o livre-cambismo e a sua relação com um dos casos jurisprudenciais mais relevantes dos últimos anos no que diz respeito ao comércio internacional.

Palavras-chave: O argumento dos termos de comércio; Terras raras; Organização Mundial do Comércio; Resolução de Litígios Internacionais; Guerra Jurídica

Abstract: In this article, we address the most important exception ever conceived against free trade and its relation to one of the most relevant jurisprudential cases of recent years with regard to international trade.

Keywords: The argument of the terms of trade; Rare earths; World Trade Organization; International Dispute Settlement; Lawfare

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Investigador Principal do CIDEEFF (Grupo II).

“O poder é indivisível e as armas militares e económicas são, meramente, diferentes instrumentos do poder”¹.

1. O argumento dos termos de comércio

Não obstante o descrédito da doutrina mercantilista da balança comercial por força das críticas de David Hume e Adam Smith², ela foi em parte reabilitada pelo denominado argumento dos termos de comércio, no sentido em que o comércio internacional poderia beneficiar exclusiva ou desproporcionalmente um ou alguns países à custa de outros³. De facto, se um país grande impuser (ou aumentar) um direito aduaneiro a um produto importado, este aumentará de preço e diminuirá a sua procura no mercado interno, o que afetará uma parte do mercado total suficientemente grande para reduzir o preço mundial do produto em causa⁴. O direito

¹ E. H. CARR, *Vinte Anos de Crise 1919 – 1939: Uma introdução ao estudo das relações internacionais*, Coleção Clássicos Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Editora Universidade de Brasília – Edições Imprensa Oficial de São Paulo – Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1981, p. 155.

² A doutrina da balança comercial é, provavelmente, a ideia marcante do mercantilismo (cf. ELI HECKSCHER, *Mercantilism* [1931], Volume I, Routledge, Londres-Nova Iorque, 1994, p. 26), havendo mesmo quem fale em obsessão (cf. ANDREA MANESCHI, *History of economic thought on trade policy, Handbook on International Trade Policy*, William Kerr e James Gaisford (ed.), Edward Elgar, 2007, p. 20; JACOB VINEY, *Studies in the theory of international trade* [1937], Reprints of Classic Economics, Augustus M. Kelley Publishers, 1975, p. 56). Basicamente, a doutrina da balança comercial defende que uma nação somente poderia lucrar com o comércio internacional caso o valor das suas exportações ultrapassasse o das importações. Os mercantilistas acreditavam que a riqueza global não aumentava por via do comércio internacional e, por isso, este limitar-se-ia a transferir riqueza de país para país. O comércio internacional seria uma espécie de jogo de soma zero: os ganhos de uns corresponderiam às perdas dos outros e, dado que não seria possível a todos os países manter em simultâneo uma balança comercial favorável, esta concepção estática dos recursos económicos totais do mundo era “a tragédia do mercantilismo” (cf. ELI HECKSCHER, *Mercantilism*, Volume II, George Allen & Unwin Ltd, Londres, 1935, pp. 25-26) e o seu resultado final “as incessantes rivalidades comerciais dos séculos XVII e XVIII, que facilmente acabavam em conflitos militares”. Cf. ELI HECKSCHER, *Revisions in Economic History. V. Mercantilism*, *The Economic History Review*, Volume 7, N.º 1, 1936, p. 48.

³ ALBERT O. HIRSCHMAN, *National Power and the Structure of Foreign Trade* [1945], University of California Press, 1980, p. 11.

⁴ KYLE BAGWELL / ROBERT STAIGER, *Can the Doha Round Be a Development Round? Setting a Place at the Table*, in *Globalization in an Age of Crisis: Multilateral Economic Cooperation in the Twenty-First Century*, Robert Feenstra e Alan Taylor (ed.), The University of Chicago Press, 2014, p. 103. Um país grande é aquele que, enquanto tal, desfruta de poder de mercado sobre os

aduaneiro terá por efeito reduzir o preço das importações em relação ao das exportações (os termos de comércio) e aumentar dessa maneira os rendimentos nacionais à custa de países terceiros⁵. A perda de bem-estar imposta aos outros países será tanto maior quanto mais reduzida for a elasticidade da curva da oferta internacional⁶. No fundo, um país grande é como um monopsonista, podendo exercer o seu poder de mercado para reduzir o volume de aquisições (importações) e obter um preço (mundial) mais favorável⁷.

No caso do mercado de exportação, basta que o país ou bloco económico que atua como monopolista reduza a sua produção com o objetivo de aumentar os preços e os lucros. A Organização dos Países Exportadores de Petróleo (doravante “OPEP”),

mercados mundiais (um *price setter*), tendo capacidade para modificar em seu benefício os termos de troca internacionais adotando medidas que reduzam as suas importações ou exportações. Um país pequeno (um *price taker*) é aquele cujas importações ou exportações de um bem não são capazes de influenciar de modo significativo o preço mundial de um bem (cf. JOANNE GOWA, *Allies, Adversaries, and International Trade*, Princeton University Press, 1994, p. 43). Porém, uma vez que muitos países tendem a concentrar as suas exportações num pequeno número de bens, mesmo os países pequenos do ponto de vista populacional, geográfico ou económico, podem ter suficiente poder de mercado sobre os preços das suas exportações para o argumento do direito aduaneiro ótimo ser aplicável (cf. ROBERT STERN, *Conflict and Cooperation in International Economic Policy and Law*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1996, p. 541). O termo “aduaneiro ótimo” é usado para descrever um direito que explorou os termos de comércio precisamente para maximizar o bem-estar nacional em termos económicos (cf. DOUGLAS IRWIN, *Against the Tide: An Intellectual History of Free Trade*, Princeton University Press, Princeton – Nova Jersey, 1996, p. 111); ou que maximiza as vantagens resultantes da melhoria dos termos de comércio relativamente aos prejuízos derivados da diminuição do volume das trocas comerciais e da divisão internacional do trabalho (cf. THOMAS HUMPHREY, *Classical and Neoclassical Roots of the Theory of Optimum Tariffs*, *Federal Reserve Board Richmond Economic Review*, 1987, p. 17); ou o direito aduaneiro que os países imporiam se não tivessem que temer qualquer retaliação. Cf. RALPH OSSA, *Trade Wars and Trade Talks with Data*, *American Economic Review*, 2014, p. 4140.

⁵ Quanto mais favoráveis forem os termos de comércio, menor será o volume de exportações necessárias para obter uma dada quantidade de produtos importados. Uma melhoria nos termos de comércio significa que um país está a tornar-se mais competitivo, que as suas exportações estão a tornar-se mais valiosas; ocorre uma deterioração dos termos de comércio se os preços dos bens e serviços importados aumentam e os preços das exportações mantêm-se ou diminuem.

⁶ JACOB VINER, *National Monopolies of Raw Materials*, *Foreign Affairs*, July 1926, p. 589. Na prática, “the optimal tariff will be higher, other things being equal, the less elastic is the import supply curve”. Cf. ALAN O. SYKES, *Comparative Advantage and the Normative Economics of International Trade Policy*, *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 72.

⁷ KYLE BAGWELL / ROBERT STAIGER / ALAN SYKES, *Border Instruments*, in *Legal and Economic Principles of World Trade Law*, Henrik Horn e Petros Mavroidis ed., Cambridge University Press, 2013, p. 108.

por exemplo, limita a produção para ajudar a aumentar o preço mundial do petróleo e os seus membros arrecadam milhões de dólares em receitas adicionais⁸. A OPEP foi criada, em 1960⁹ e, historicamente, tem adotado dois tipos de medidas: o estabelecimento direto dos preços (entre 1973 e 1982) e a gestão dos fornecimentos (a partir de 1982). Presentemente, a OPEP leva a cabo as suas funções de gestão dos fornecimentos através da alocação de quotas de produção máxima diária aos seus membros, sendo as quotas ajustadas *up or down* em função das condições do mercado¹⁰.

As quotas à exportação produzem maiores perdas de bem-estar no caso de produtos caracterizados por uma procura inelástica; os direitos aduaneiros sobre as exportações produzem maiores perdas de bem-estar quando aplicados a produtos com uma procura mais elástica, ou seja, com uma maior reatividade às alterações de preços¹¹; e como um subsídio à exportação piora os termos de comércio e, portanto, reduz inequivocamente o bem-estar nacional, a política ótima nos setores de exportação deve ser um subsídio negativo, isto é, um imposto sobre as exportações que eleve o preço destas para os estrangeiros¹².

Relativamente a Portugal, LOPES PORTO nota que o nosso país:

“Não tem uma procura significativa de nenhum produto, capaz de provocar, com a sua variação, uma alteração dos preços internacionais. Só do lado da oferta há uma exceção importante, no caso da cortiça, tendo nós mais de metade da oferta mundial (havendo ainda naturalmente exceções em espécies mais desagregadas de produtos, como é o caso do vinho do Porto, dentro da categoria dos vinhos)”¹³.

⁸ Nem sempre é fácil para os cartéis impedir que membros menores trapaceiem e que países não-membros aumentem a produção. Cf. DOUGLAS IRWIN, *Free Trade under Fire*, 4.ª ed., Princeton University Press, 2015, p. 108.

⁹ LISA MOOS, Organization of the Petroleum Exporting Countries (OPEC), in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, March 2011.

¹⁰ MELAKU DESTA, OPEC Production Management Practices under WTO Law and the Antitrust Law of Non-OPEC Countries, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2010, p. 444.

¹¹ K.C. FUNG / JANE KORINEK, Economics of Export Restrictions As Applied to Industrial Raw Materials, *OECD Trade Policy Paper N.º 155*, OECD publishing, Paris, 26.4.2013, p. 18.

¹² PAUL KRUGMAN / MAURICE OBSTFELD / MARC MELITZ, *International Economics: Theory and Policy*, 11.ª ed., Pearson, 2018, p. 278.

¹³ MANUEL LOPES PORTO, *Teoria da Integração e Políticas da União Europeia: Face aos Desafios da Globalização*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 134-135.

2. A (ir)relevância prática do argumento

Em relação ao argumento identificado por Robert Torrens (1780-1864)¹⁴, o crítico mais estridente e controverso do comércio livre unilateral¹⁵, ressalta logo que “o cálculo do direito aduaneiro ótimo exige uma quantidade enorme de informações sobre as condições de oferta e procura em cada mercado”¹⁶ e que a vantagem conseguida é obtida à custa do prejuízo do país ou dos países que ficam com os “termos de comércio” desfavorecidos¹⁷. Uma melhoria dos termos de comércio, por exemplo, do país importador implica a deterioração dos termos de comércio do país exportador e caso todos os países recorram a direitos aduaneiros com o intuito de melhorar os respetivos termos de comércio, o resultado será simplesmente uma contração do volume de comércio e sem que nenhum dos países tenha êxito no seu objetivo¹⁸. Como bem nota PAUL KRUGMAN:

“The problem is that if everyone does this, you get the costs of reduced trade without the benefit of improved terms of trade, because other countries are doing unto you the same thing you’re trying to do unto them. So you end up in a situation of ‘optimal tariff warfare’, which is actually more like an arms race than a shooting war, in the sense that there’s (usually) no victor and no resolution, just a lot of wasted resources”¹⁹.

¹⁴ Robert Torrens foi o primeiro autor a publicar um modelo formal do direito aduaneiro ótimo, isto em 1844, mas ele já tinha percebido anteriormente que um direito aduaneiro poderia mudar os termos de comércio a favor do país que o impusesse, tendo exposto tal ideia em 1824 no seu *Essays on the Production of Wealth*. Cf. THOMAS HUMPHREY, *Classical and Neoclassical Roots of the Theory of Optimum Tariffs*, *Federal Reserve Board Richmond Economic Review*, 1987, pp. 18-19.

¹⁵ DOUGLAS IRWIN, *Welfare Effects of British Free Trade: Debate and Evidence from the 1840s*, *Journal of Political Economy*, 1988, p. 1144.

¹⁶ ALAN O. SYKES, *Comparative Advantage and the Normative Economics of International Trade Policy*, *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 73. No século XIV, o Rei Eduardo III pode não ter sido capaz de calcular os custos marginais e receitas do mercado inglês da lã, mas ele estava certamente a par dos benefícios da posição hegemónica da Inglaterra na formação de um cartel comercial e na tributação da exportação de lã. Cf. JOHN CONYBEARE, *Trade Wars: The Theory and Practice of International Commercial Rivalry*, Columbia University Press, 1987, p. 17.

¹⁷ “The orthodox optimum tariff argument is concerned with maximizing national income; world income as a whole (in the potential sense) is reduced”. Cf. MAX CORDEN, *Trade Policy and Economic Welfare*, 2.ª ed., Clarendon Press – Oxford, 1997, p. 90.

¹⁸ DOUGLAS IRWIN, *Against the Tide: An Intellectual History of Free Trade*, Princeton University Press, Princeton – Nova Jersey, 1996, p. 114.

¹⁹ PAUL KRUGMAN, *Thinking About a Trade War (Very Wonkish)*, *The New York Times*, 17.6.2018.

A própria história ensina-nos que a promoção de benefícios à custa dos interesses de outros países pode resultar em guerras comerciais com prejuízo para todos.

É, por isso, natural que o argumento dos termos de comércio, cientificamente “a exceção mais durável e importante alguma vez concebida contra o livre-cambismo”²⁰, tenha pouca relevância prática²¹, existindo pouca evidência de que as políticas pautais dos governos nacionais tenham sido motivadas pela procura do direito aduaneiro ótimo²². Embora JOHN CONYBEARE refira que “the hegemon in trade is like a market monopolist or monopsonist, whose interest lies in restricting trade, not opening it up”²³, as duas grandes potências comerciais que o mundo conheceu desde meados do século XIX (o Reino Unido e os Estados Unidos) promoveram a liberalização comercial durante os respetivos períodos de hegemonia²⁴. Como realça DONALD REGAN a respeito dos Estados Unidos:

“If we can take the United States as representative of the large, developed countries that have been the drivers of trade negotiation (at least until very recently), then such countries have not engaged in terms-of-trade manipulation. In the classic studies of United States trade policy from the Hawley-Smoot period to the present, there is not one word to suggest that tariffs were ever motivated in even the slightest degree by the desire for tariff revenue (whether to be deposited in the treasury or distributed to the citizenry). Which means that during the past eighty-odd years, the United States has not engaged in terms-of-trade manipulation, not even when it was unconstrained by any trade agreements”²⁵.

²⁰ DOUGLAS IRWIN, *Against the Tide. An Intellectual History of Free Trade*, Princeton University Press, 1996, p. 101.

²¹ O argumento dos termos de comércio “against free trade is intellectually impeccable but of doubtful usefulness. In practice, it is more often emphasized by economists as a theoretical proposition than actually used by governments as a justification for trade policy”. Cf. PAUL KRUGMAN / MAURICE OBSTFELD / MARC MELITZ, *International Economics: Theory and Policy*, 11.ª ed., Pearson, 2018, p. 279.

²² ALAN O. SYKES, Comparative Advantage and the Normative Economics of International Trade Policy, *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 73.

²³ JOHN CONYBEARE, *Trade Wars: The Theory and Practice of International Commercial Rivalry*, Columbia University Press, 1987, p. 61.

²⁴ ROBERT LAWRENCE, *Regionalism, Multilateralism, and Deeper Integration*, The Brookings Institution, Washington, D.C., 1996, p. 36; DONALD REGAN, What Are Trade Agreements For? – Two Conflicting Stories Told By Economists, With a Lesson for Lawyers, *Journal of International Economic Law*, 2006, p. 970.

²⁵ DONALD REGAN, Explaining trade agreements: the practitioners’ story and the standard model, *World Trade Review*, 2015, p. 412. Outro autor destaca que o argumento do direito aduaneiro ótimo “has not laid behind postwar trade barriers, and it seems even less likely to explain discriminatory

Pese embora a melhoria dos termos de comércio possa constituir igualmente uma razão “for going preferential”²⁶, a redução do montante dos direitos aduaneiros cobrados pela Comunidade Europeia sobre produtos industriais de países terceiros ocorreu ao mesmo tempo que aumentava o número de Estados-membros. E, sendo verdade que o efeito “desvio de comércio” agrava os termos de comércio dos países excluídos de um acordo comercial preferencial²⁷, a proliferação de tais acordos nas últimas décadas não parece ter implicado um predomínio do efeito “desvio de comércio”²⁸.

Um país não pode também ser indiferente à sorte dos seus aliados ou dos seus adversários²⁹ e, por isso, um país grande pode optar, no seu próprio interesse, por não aplicar um direito aduaneiro ótimo contra os seus pequenos aliados³⁰.

Mesmo no caso da OPEP, embora a lei económica da oferta e procura seja o fator básico, os preços do petróleo (a matéria-prima mais intrinsecamente entrelaçada

trade policies”. Cf. RICHARD POMFRET, *The Economics of Regional Trading Arrangements*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 328.

²⁶ PETROS MAVROIDIS, WTO and PTAs: A Preference for Multilateralism? (or, the Dog That Tried to Stop the Bus), *Journal of World Trade*, 2010, p. 1146.

²⁷ PRAVIN KRISHNA, Preferential Trade Agreements and the World Trade System: A Multilateral View, in *Globalization in an Age of Crisis: Multilateral Economic Cooperation in the Twenty-First Century*, Robert Feenstra e Alan Taylor (ed.), The University of Chicago Press, 2014, p. 143.

²⁸ RICHARD BALDWIN / CAROLINE FREUND, Preferential Trade Agreements and Multilateral Liberalization, in *Preferential Trade Agreement Policies for Development: A Handbook*, Jean-Pierre Chauffour e Jean-Christophe Maur ed., The World Bank, Washington, D.C., 2011, p. 134; DEAN DEROSA, The Trade Effects of Preferential Arrangements: New Evidence from the Australia Productivity Commission, *Institute for International Economics – Working Paper Series 07-1*, January 2007, p. 20; VIET DO / WILLIAM WATSON, Economic Analysis of Regional Trade Agreements, in *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Lorand Bartels e Federico Ortino Ed., Oxford University Press, 2006, p. 17; ANTONI ESTEVADEORDAL / KATI SUOMINEN, *The Sovereign Remedy? Trade Agreements in a Globalizing World*, Oxford University Press, 2009, p. 43; MARK MANGER, *Investing in Protection: The Politics of Preferential Trade Agreements between North and South*, Cambridge University Press, 2009, p. 15; OMC, *World Trade Report 2011 – The WTO and preferential trade agreements: From co-existence to coherence*, ed. OMC, Genebra, 2011, p. 105; PETROS MAVROIDIS, Dealing with PTAs in the WTO: falling through the cracks between “judicialization” and “legalization”, *World Trade Review*, 2015, p. 110; KATI SUOMINEN, Enhancing Coherence and Inclusiveness in the Global Trading System in the Era of Regionalism, *Expert Group on Regional Trade Agreements and Plurilateral Approaches – Policy Options Paper*, International Centre for Trade and Sustainable Development/World Economic Forum, Genebra, 2016, p. 12.

²⁹ JOANNE GOWA, *Allies, Adversaries, and International Trade*, Princeton University Press, 1994, p. 38.

³⁰ JOANNE GOWA, Bipolarity, Multipolarity, and Free Trade, *American Political Science Review*, Vol. 83, N.º 4, December 1989, p. 1252.

com a política³¹) são influenciados por diversos fatores, designadamente o montante dos direitos aduaneiros, as taxas de câmbio, a capacidade de refinação, situações de manipulação do mercado e, por isso, qualquer sugestão de que a OPEP “is solely responsible for the oil price hike is simplistic and misguided”³². Além disso, a manutenção de preços mundiais elevados constitui um incentivo para os países importadores de petróleo investirem em novas tecnologias que permitam reduzir as suas necessidades de recursos naturais por unidade de produção³³ e pode também disponibilizar recursos adicionais para perscrutar reservas cuja exploração não seria rentável a preços normais (em condições de livre comércio) ou para explorar novas reservas. Tudo isto cria uma maior incerteza quando à procura do recurso natural exportado, já que o descobrimento de um novo recurso sucedâneo desviaria de repente a procura do produto sujeito a tributação. Logo:

“Ao adotar a decisão de aplicar ou não restrições à exportação, os países ricos em recursos naturais têm que avaliar os benefícios a curto prazo da melhoria da relação de troca comparativamente aos possíveis efeitos negativos a longo prazo de uma maior incerteza quanto à procura”³⁴.

O próprio facto de as cadeias globais de valor serem hoje a espinha dorsal e o sistema nervoso central da economia mundial³⁵ implica necessariamente que o conteúdo nacional incorporado em bens finais estrangeiros diminua o incentivo de um país para manipular os seus termos de troca. Por um lado, os direitos aduanei-

³¹ HANNS MAULL, *Oil and Influence: The Oil Weapon Examined*, in *Economic Issues and National Security*, Klaus Knorr e Frank Trager (ed.), University Press of Kansas, 1977, p. 260.

³² BASHAR MALKAWI, *Trade in Oil and Export Restrictions: Taking the Organization of the Petroleum Exporting Countries to the WTO Court*, *European Journal of Law Reform*, 2012, pp. 18-19.

³³ A intensidade energética mundial tem vindo a diminuir todos os anos desde 1970. Isto é verdade para as grandes economias avançadas, como os Estados Unidos, mas curiosamente também para os países emergentes, como a China e a Índia, que registaram uma queda das respetivas intensidades energéticas nos últimos 10 a 20 anos, vistos como períodos de grande utilização de energia. Cf. OMC, *World Trade Report 2013: Factors shaping the future of world trade*, ed. OMC, Genebra, 2013, p. 174.

³⁴ OMC, *World Trade Report 2010: Trade in natural resources*, ed. OMC, Genebra, 2010, pp. 126-127.

³⁵ OLIVIER CATTANEO / GARY GEREFFI / CORNELIA STARITZ, *Global Value Chains in a Postcrisis World: Resilience, Consolidation, and Shifting End Markets*, in *Global Value Chains in a Postcrisis World: A Development Perspective*, Olivier Cattaneo, Gary Gereffi e Cornelia Staritz (Ed.), The World Bank, Washington, D.C., 2010, p. 7.

ros pressionam para baixo os preços que os produtores estrangeiros recebem, o que prejudica os produtores nacionais a montante que fornecem valor acrescentado aos produtores estrangeiros; por outro lado, o conteúdo estrangeiro incorporado nos bens finais nacionais diminui o incentivo do governo para impor direitos aduaneiros e, por isso, quando os setores que competem com importações usam insumos estrangeiros, algumas rendas protecionistas resultantes de direitos aduaneiros mais altos revertem para fornecedores estrangeiros a montante³⁶.

Sintomaticamente, Torrens continuou a defender que o comércio livre seria o melhor para o mundo como um todo³⁷, embora não necessariamente para a Grã-Bretanha³⁸. A prioridade dos políticos britânicos deveria ser o bem-estar nacional e daí Torrens insurgir-se contra qualquer política unilateral de redução pautal caso os estrangeiros continuassem a aplicar direitos aduaneiros aos produtos britânicos³⁹. Sendo Torrens “a qualified free trader”, a sua conclusão para a Grã-Bretanha era que o comércio livre em si não seria indesejável, apenas o comércio livre unilateral: “the sound principle of commercial policy is to oppose foreign tariffs by retaliatory duties and to lower our import duties in favour of those countries who may consent to trade with us on terms of reciprocity”⁴⁰.

Outro autor clássico, John Stuart Mill, manifestou-se contra a aplicação do direito aduaneiro ótimo por razões práticas e morais. Os direitos aduaneiros convidariam à aplicação de medidas de retaliação, situação que não só anularia a melhoria inicial dos termos de comércio, como também implicaria reduções custosas no volume do comércio mundial. Mesmo na ausência de retaliação, os direitos aduaneiros seriam injustos, porquanto os ganhos de um país corresponderiam às perdas de outro país⁴¹.

³⁶ EMILY BLANCHARD / CHAD BOWN / ROBERT JOHNSON, *Global Supply Chains and Trade Policy, World Bank Policy Research Working Paper 7536*, 2016, pp. 2 e 32.

³⁷ Torrens insistia que era “em geral amigo do livre comércio”; no entanto, “em toda a ciência, deve haver necessariamente exceções”. Cf. BERNARD SEMMEL, *The Rise of Free Trade Imperialism: Classical Political Economy, the Empire of Free Trade and Imperialism 1750-1850*, Cambridge University Press, 1970, p. 181.

³⁸ DOUGLAS IRWIN, *Welfare Effects of British Free Trade: Debate and Evidence from the 1840s, Journal of Political Economy*, 1988, p. 1146.

³⁹ LARS MAGNUSSON, *The Tradition of Free Trade*, Routledge, 2004, p. 42.

⁴⁰ DOUGLAS IRWIN, *The Reciprocity Debate in Parliament, 1842-1846*, in *Free Trade and Its Reception 1815-1960: Freedom and Trade, Volume I*, Andrew Marrison (ed.), Routledge, Londres-Nova Iorque, 1998, p. 131.

⁴¹ LEONARD GOMES, *Foreign Trade and the National Economy: Mercantilist and Classical Perspectives*, The Macmillan Press, Londres, 1987, p. 204; THOMAS HUMPHREY, *Classical and Neoclassical Roots of the Theory of Optimum Tariffs, Federal Reserve Board Richmond Economic Review*, 1987, p. 23.

No caso específico do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras (doravante “GATT”), a pouca relevância do “argumento dos termos de comércio” deve-se também ao facto de o n.º 5 do artigo XXIV do GATT impor que os direitos aduaneiros e outras regulamentações comerciais não devem tornar-se mais elevados ou mais restritivos após a criação de uma zona de comércio livre/união aduaneira⁴². Mais: os estudos realizados revelam que os países que não estão sujeitos a constrangimentos como os impostos pela Organização Mundial do Comércio (doravante “OMC”) estabelecem:

“Higher tariffs on goods with lower export supply elasticities. (...) Market power significantly affects trade policies not subject to World Trade Organization [WTO] constraints, but not those policies where such constraints are present (at least for the United States). This indicates that the WTO plays a quantitatively important role in reducing protection”⁴³.

E, de acordo com outro estudo:

“In the absence of tariff water, importing countries’ market power tends to be negatively correlated with applied tariffs, which is consistent with cooperative tariff-setting. On the other hand, in the presence of tariff water, the relationship between importers’ market power and tariffs tends to become positive, suggesting a tendency towards non-cooperative tariffs. However, the positive correlation between importers’ market power and tariffs is only observed when levels of tariff water are above 20 percentage points. In the presence of moderate levels of tariff water, WTO members tend to set their tariffs cooperatively. Thus, cooperation is not only observed in the negotiation of bound tariffs, but is also present within WTO’s tariff waters. One explanation for cooperative behaviour in the absence of legal constraints is the fear of retaliation from trading partners with significant amounts of market power and tariff water. We show that WTO members that have little to lose from retaliation tend to set tariffs non-cooperatively within their tariff waters, while WTO members that may have more to lose in case of retaliation are more likely to set tariffs cooperatively within their tariff waters. In sum, the paper shows that WTO members’ negotiated tariffs are consistent with the internalization of terms-of-trade motives not only when these tariffs are close to bound levels, but also in the presence of moderate amounts of tariff water”⁴⁴.

⁴² PEDRO INFANTE MOTA, *O Sistema GATT/OMC: Introdução Histórica e Princípios Fundamentais*, Almedina, 2005, pp. 542-549.

⁴³ CHRISTIAN BRODA / NUNO LIMÃO / DAVID WEINSTEIN, Optimal Tariffs and Market Power: The Evidence, *American Economic Review*, 2008, p. 2064.

⁴⁴ ALESSANDRO NICITA / MARCELO OLARREAGA / PERI SILVA, Cooperation in the Tariff Waters of the World Trade Organization, *Policy Issues in International Trade and Commodities Study Series*

Como é sabido, os membros da OMC podem optar por aplicar direitos aduaneiros inferiores aos valores consolidados (artigo II, n.º 1, do GATT) e a diferença entre o direito aduaneiro que um Membro aplica na fronteira e o direito aduaneiro consolidado é conhecido na gíria da OMC por “água pautal” (*tariff water*). Entre os países desenvolvidos, apenas a Austrália e a Nova Zelândia têm quantidades significativas de “água pautal”, com 7 pontos percentuais e uma diferença média de 9 pontos percentuais entre os seus direitos aduaneiros consolidados e aplicados, respetivamente; a maior parte dos países em desenvolvimento tem mais de 10 pontos percentuais de “água pautal” nas respetivas pautas aduaneiras⁴⁵, mas os direitos aduaneiros que eles realmente aplicam diminuíram cerca de 22% nos últimos 20 anos⁴⁶.

Por fim, o próprio sistema de resolução de litígios da OMC pode ter um papel importante na limitação da relevância nos dias de hoje do argumento dos termos do comércio⁴⁷. Veja-se, nesse sentido, o importante litígio referente aos minerais de terras raras (*rare earth minerals*), muitas vezes também chamados de “ouro do século XXI” ou *industrial vitamins*⁴⁸, por força da sua utilização em muitos produtos relevantes dos dias de hoje, das suas propriedades únicas e da ausência de produtos sucedâneos na maior parte dos casos, de tal modo que há quem fale numa *Rare Earths Age*⁴⁹.

3. O caso das terras raras

“Terras raras” é o nome que habitualmente se dá a um grupo de 17 elementos químicos, dos quais 15 pertencem ao grupo dos lantanídeos na tabela periódica e cujos nú-

N.º 62, United Nations Conference on Trade and Development, Nova Iorque-Genebra, 2014, p. 26.

⁴⁵ *Idem*, p. 20.

⁴⁶ OMC, *Trade and Tariffs*, World Trade Organization ed., Genebra, 2014, p. 4.

⁴⁷ A OMC está longe de ser um tigre de papel; diante da possível suspensão de concessões e ameaças de retaliação, a taxa de cumprimento das decisões dos órgãos jurisdicionais da OMC está bem acima de 80%. Cf. JULIANE PROELSS / DENIS SCHWEIZER / VOLKER SEILER, Do announcements of WTO dispute resolution cases matter? Evidence from the rare earth elements market, *Energy Economics*, 2018, p. 21.

⁴⁸ MARIAN PASCHKE / SHI CHENG, The Applicability of Environmental Exceptions of the GATT to China's WTO-Plus Obligations – WTO Panel and Appellate Body Rulings on the Chinese Export Restrictions of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, *Frontiers of Law in China*, 2015, p. 213.

⁴⁹ LIU YING, The Applicability of Environmental Protection Exceptions to WTO-Plus Obligations: In View of the China – Raw Materials and China – Rare Earths Cases, *Leiden Journal of International Law*, 2014, p. 115.

meros atômicos vão do 57 ao 71 (a estes 15 devem juntar-se o escândio e o ítrio, elementos que ocorrem nos mesmos minérios e apresentam propriedades físico-químicas semelhantes⁵⁰) e são inúmeras as suas aplicações em produtos relevantes. As terras raras são aplicadas, por exemplo, em células fotovoltaicas; supercondutores; catalisadores para refinação do petróleo; fósforo para tubos catódicos dos televisores a cores, monitores e *laptops*; ímanes permanentes; baterias recarregáveis para veículos híbridos ou elétricos e diversos equipamentos médicos. Na área de defesa, destacam-se as aplicações de terras raras em caças, sistemas de controlo de mísseis, defesa antimísseis e sistemas de comunicação e satélites e é importante registar o uso das terras raras em dois materiais para ímanes permanentes: samário-cobalto (SmCo) e neodímio-ferro-boro (NdFeB). Os ímanes NdFeB são considerados os ímanes permanentes mais fortes do mundo e são essenciais para muitos armamentos militares. Já os ímanes SmCo retêm a sua resistência magnética em temperaturas elevadas e são ideais para tecnologias militares, como mísseis guiados de precisão, bombas inteligentes e aeronaves⁵¹. Estima-se que a procura de terras raras aumente entre 700 e 2600% nos próximos 25 anos⁵².

Não obstante o seu nome, os minérios terras raras não são, em termos geológicos, assim tão raros, encontrando-se espalhados por toda a crosta terrestre. Mesmo a mais escassa das terras raras, o lutécio, é mais abundante que o ouro e a platina⁵³. Mas, apesar da sua relativa abundância, as terras raras aparecem na crosta terrestre em concentrações reduzidas e a sua extração e transformação é difícil e dispendiosa e daí o nome⁵⁴.

De acordo com dados do Serviço Geológico dos Estados Unidos, estima-se que existam 120 milhões de toneladas de reservas de terras raras, com a China a deter 44 mi-

⁵⁰ Relatório do Painel no caso *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum* (WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R), 26.3.2014, parágrafo 2.3. Os relatórios dos painéis e do Órgão de Recurso da OMC e as decisões de arbitragem emitidos ao abrigo do Memorando de Entendimento da OMC sobre as Regras e Processos que Regem a Resolução de Litígios podem ser facilmente encontrados no *site* da OMC: <http://www.wto.org>.

⁵¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS-CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES ESTRATÉGICOS-CONSULTORIA LEGISLATIVA, *Minerais Estratégicos e Terras-Raras*, Centro de Documentação e Informação-Edições Câmara, Brasília, 2014, pp. 50-51 e 183; JULIANE PROELSS, DENIS SCHWEIZER e VOLKER SEILER, Do announcements of WTO dispute resolution cases matter? Evidence from the rare earth elements market, *Energy Economics*, 2018, p. 1.

⁵² FRANK POTHEN / KILIAN FINK, A Political Economy of China's Export Restrictions on Rare Earth Elements, *Centre for European Economic Research – Discussion Paper N.º 15-025*, 2015, p. 6.

⁵³ *Idem*, p. 4.

⁵⁴ VALERIE GRASSO, Rare Earth Elements in National Defense: Background, Oversight Issues, and Options for Congress, *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, December 23, 2013, p. 1.

lhões de toneladas, o Brasil e o Vietnã 22 milhões de toneladas cada, a Rússia 18 milhões, a Índia com perto de 7 milhões e os Estados Unidos apenas 1 400 000 toneladas⁵⁵. A sua produção tem estado, no entanto, concentrada quase exclusivamente na República Popular da China, tendo Pequim produzido, entre 2002 e 2013, 95 a 97% de todas as terras raras em todo o mundo⁵⁶, providenciando também as etapas sucessivas na indústria de mineração, isto é, a separação, fundição e refinação⁵⁷. Estudos mais recentes concluem que, em 2014, a China assegurou 86% da produção mundial total, 51% das exportações mundiais em termos de volume e 45% em termos de valor⁵⁸; em 2015, a China foi responsável por 87,5% da produção mundial, a Austrália por 8,3% e os Estados Unidos por 3,4%⁵⁹; e as fontes de importação de compostos e metais de terras raras no caso concreto dos Estados Unidos durante o período de 2013-16 foram as seguintes: China, 78%; Estónia, 6%; França, 4%; Japão, 4%; e outros, 8%. As importações de compostos e metais da Estónia, França e Japão derivaram de concentrados minerais produzidos na China e noutros lugares⁶⁰.

Em termos de consumo, o consumo médio do Japão durante o período 2001-2015 ascendeu a 148,5 kg por 1000 habitantes, o dos Estados Unidos a 50,4 kg e o da China a 48,1 kg⁶¹ e, relevantemente, a União Europeia é extraordinariamente vulnerável a quaisquer restrições à exportação de minérios impostas por países terceiros. Apenas 3% da produção primária global de matérias-primas críticas é originária da União Europeia e esta depende quase completamente das importações de mais da metade dos minerais que são críticos para a sua economia (por exemplo, antimónio, berílio, boratos, cobalto, magnésio, grafite natural, nióbio, terras raras e titânio)⁶².

⁵⁵ U.S. GEOLOGICAL SURVEY, *Mineral commodity summaries 2018*, Washington, DC, 31-1-2018, p. 133.

⁵⁶ YUJIA HE, The trade-security nexus and U.S. policy making in critical minerals, *Resources Policy*, 2018, p. 240.

⁵⁷ ELISA BARONCINI, The China-Rare Earths WTO Dispute: A precious chance to revise the China-Raw Materials conclusions on the applicability of GATT Article XX to China's WTO Accession Protocol, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.º 2, 2012, p. 51.

⁵⁸ JIANPING GE *et. al.*, World rare earths trade network: Patterns, relations and role characteristics, *Resources Policy*, 2016, p. 119.

⁵⁹ VIVIANA FERNANDEZ, Rare-earth elements market: A historical and financial perspective, *Resources Policy*, 2017, p. 27.

⁶⁰ U.S. GEOLOGICAL SURVEY, *Mineral commodity summaries 2018*, Washington, DC, 31-1-2018, p. 132.

⁶¹ VIVIANA FERNANDEZ, Rare-earth elements market: A historical and financial perspective, *Resources Policy*, 2017, p. 44.

⁶² ILARIA ESPA, *Export Restrictions on Critical Minerals and Metals: Testing the Adequacy of WTO Disciplines*, Cambridge University Press, 2015, pp. 64-65.

Apesar das garantias de alguns dos principais líderes chineses de que a China nunca usaria as terras raras como arma nos assuntos globais⁶³, a enorme dependência dos Estados Unidos de um único país fornecedor no caso das terras raras tem sido considerada também “imprudente”⁶⁴.

Previendo Deng Xiaoping que as terras raras seriam para a China o que o petróleo foi para a Arábia Saudita⁶⁵, o seu desenvolvimento comercial foi acelerado pela criação em 1992 da chamada *Baotou Rare Earth High Technology Industrial Development Zone*⁶⁶, tendo as autoridades governamentais chinesas ajudado no desenvolvimento das indústrias dando-lhes terra barata (as minas estão situadas em propriedades públicas) e permitindo regulamentação ambiental laxista e uma reduzida proteção dos trabalhadores em termos de padrões de saúde e segurança. Os reduzidos custos de produção, o excedente de produção e as exportações a baixo preço impediram a entrada de novos concorrentes ou a manutenção dos existentes e contribuíram para que a China obtivesse uma posição cada vez mais dominante na indústria das terras raras⁶⁷, um “monopólio quase perfeito”⁶⁸.

Naturalmente, uma tamanha concentração na China da oferta de terras raras limita as possibilidades de desenvolvimento de mercados concorrenciais⁶⁹ e o nível des-

⁶³ JULIE MICHELLE KLINGER, *Rare Earth Frontiers: From Terrestrial Subsoils to Lunar Landscapes*, Cornell University Press, 2017, p. 58.

⁶⁴ CHARLES BUTLER, Rare Earth Elements: China's Monopoly and Implications for U.S. National Security, *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 38:1, Winter 2014, p. 24.

⁶⁵ BRIGID GAVIN, China's Growing Conflict with the WTO. The Case of Export Restrictions on Rare Earth Resources, *Intereconomics*, 2013, p. 255.

⁶⁶ Em 1990, a China assegurava apenas 27% da produção mundial total dos minérios terras raras. Cf. ELISA BARONCINI, The China-Rare Earths WTO Dispute: A precious chance to revise the China-Raw Materials conclusions on the applicability of GATT Article XX to China's WTO Accession Protocol, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.º 2, 2012, p. 51.

⁶⁷ BRIGID GAVIN, Sustainable Development of China's Rare Earth Industry within and without the WTO, *Journal of World Trade*, 2015, pp. 502-503.

⁶⁸ FANNY VERRAX, Governance of mineral resources: Towards the end of national states' supremacy? The WTO and the case of rare earth elements as an illustrative example, *Nordic Journal of Applied Ethics*, 2014, p. 44.

⁶⁹ Comparativamente, o mundo Árabe detinha “apenas” 32,8% da produção mundial de petróleo em 1973 (cf. HANNIS MAULL, Oil and Influence: The Oil Weapon Examined, in *Economic Issues and National Security*, Klaus Knorr e Frank Trager (ed.), University Press of Kansas, 1977, p. 262), embora haja quem avance com o valor de 52% (cf. LISA MOOS, Organization of the Petroleum Exporting Countries (OPEC), in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, March 2011, parágrafo 6). Em 2009, a OPEP assegurava 41% da produção mundial total (cf. JEFF COLGAN, The Emperor Has No Clothes: The Limits of OPEC in the Global Oil Market, *International Organization*, 2014, p. 602). Outro exemplo: os Estados Unidos produziram cerca de 80% do algodão

proporcionado da produção e exportação por parte da China coloca grande pressão sobre as suas reservas remanescentes, estando previsto a sua exaustão no prazo de 15-30 anos⁷⁰. Sendo a extração e o processamento das terras raras muito poluentes (exigem ácidos que contaminam as águas e estão, muitas vezes, associadas a substâncias radioativas e cancerígenas), fala-se igualmente num ónus ambiental desproporcionado da China face ao resto do mundo, facto que, conjugado com o reduzido custo das operações na China, levou os Estados Unidos, que já foram autossuficientes em matéria de terras raras⁷¹, a tornarem-se quase 100% dependentes de importações nos últimos 15 anos⁷²:

“The Mountain Pass Mine in the United States used to be the world’s largest producer of rare earths, but it closed its mining operations in 2002, amid environmental concerns and cut-rate competition from China. For decades, China mined and processed rare earths with little environmental protection, leaving vast toxic waste sites, as well as cancer and birth defects among residents and animals. The lax environmental policy combined with low-cost labour made China’s rare earths extraordinarily cheap, driving out competition from other countries”⁷³.

Desejosa de conservar os recursos naturais e de fortalecer a proteção do ambiente, mas sem dificultar o desenvolvimento das indústrias nacionais a jusante, o governo

mundial entre 1820 e 1860 (a maioria era exportada), sendo frequentemente citados como o exemplo por excelência de um país “grande” que poderia melhorar os seus termos de troca e bem-estar por meio de restrições comerciais. Cf. DOUGLAS IRWIN, The optimal tax on antebellum US cotton exports, *Journal of International Economics*, 2003, pp. 275-277.

⁷⁰ HAN-WEI LIU / JOHN MAUGHAN, China’s Rare Earths Export Quotas: Out of the China Raw Materials Gate, But Past the WTO’s Finish Line?, *Journal of International Economic Law*, 2012, p. 972.

⁷¹ Durante as décadas de 1960 a 1980, os Estados Unidos foram o principal produtor de terras raras, mas a produção mudou depois principalmente para a China, por causa dos reduzidos custos salariais e padrões ambientais deste último país. Cf. VALERIE GRASSO, Rare Earth Elements in National Defense: Background, Oversight Issues, and Options for Congress, *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, December 23, 2013, p. 14.

⁷² MARC HUMPHRIES, Rare Earth Elements: The Global Supply Chain, *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, December 16, 2013, p. 2. Para além de uma pequena quantidade resultante de reciclagem, a dependência dos Estados Unidos das importações era, até há pouco tempo, de 100% no caso das terras raras, do manganésio e do bauxite; de 94% no caso da platina e de 90% no caso do Urânio. Cf. *Idem*, p. 1.

⁷³ JULIA YA QIN, Reforming WTO Discipline on Export Duties: Sovereignty over Natural Resources, Economic Development and Environmental Protection, *Journal of World Trade*, 2012, p. 1174.

de Pequim impôs restrições à exportação de terras raras, a fim de reduzir o consumo estrangeiro⁷⁴. Mais exatamente, a China cortou as suas exportações de terras raras de aproximadamente 50 000 toneladas métricas em 2009 para 30 000 toneladas métricas em 2010⁷⁵ e passou a aplicar direitos aduaneiros de 15 a 25% à sua exportação⁷⁶.

As limitações às exportações impostas pela China implicaram, por um lado, uma redução da oferta mundial e, conseqüentemente, um aumento dos preços das terras raras no mercado mundial; por outro lado, o desvio da sua oferta no mercado mundial para o mercado interno e, com isso, uma redução dos preços internos das terras raras, proporcionando aos consumidores chineses uma vantagem importante em termos de fornecimento a preços inferiores⁷⁷. Os dados conhecidos revelam que as quotas à exportação impostas pela China entre 2005 e 2010 resultaram num aumento superior a sete vezes dos preços mundiais⁷⁸ e que os preços de exportação de produtos terras raras chineses duplicaram em média relativamente ao preço dos mesmos produtos no mercado chinês nos seis meses seguintes ao agravamento das quotas de exportação⁷⁹. Basicamente, as maiores receitas das exportações de terras raras permitiram que as famílias chinesas consumissem mais bens importados, fruindo de um ganho de bem-estar às custas do resto do mundo⁸⁰.

⁷⁴ JULIA YA QIN, Judicial Authority in WTO Law: A Commentary on the Appellate Body's Decision in China-Rare Earths, *Chinese Journal of International Law*, 2014, p. 640.

⁷⁵ MARC HUMPHRIES, Rare Earth Elements: The Global Supply Chain, *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, December 16, 2013, p. 13.

⁷⁶ VALERIE GRASSO, Rare Earth Elements in National Defense: Background, Oversight Issues, and Options for Congress, *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, December 23, 2013, p. 19.

⁷⁷ RYAN CARDWELL / WILLIAM KERR, Can Export Restrictions be Disciplined Through the World Trade Organisation?, *The World Economy*, 2014, p. 1187. Contudo, os produtores nacionais sofrem prejuízos, confrontando-se com preços mais baixos para os seus produtos e tendo que pagar o direito aduaneiro sobre a exportação (cf. K.C. FUNG e Jane KORINEK, Economics of Export Restrictions As Applied to Industrial Raw Materials, *OECD Trade Policy Paper N.º 155*, OECD publishing, Paris, 26.4. 2013, p. 16) e, por isso, é natural que ocorra uma contração das exportações no país que impõe as medidas geradoras da mesma, uma vez que os produtores nacionais preferirão vender os produtos tributados em casa e não no exterior, de modo a não arcarem com o custo do direito aduaneiro. O sector público também beneficiará das receitas geradas pela introdução, ou aumento, de um direito aduaneiro sobre a exportação.

⁷⁸ ERIC BOND / JOEL TRACHTMAN, China-Rare Earths: Export Restrictions and the Limits of Textual Interpretation, *World Trade Review*, 2016, p. 191.

⁷⁹ *Idem*, p. 202.

⁸⁰ FRANK POTHEN / KILIAN FINK, A Political Economy of China's Export Restrictions on Rare Earth Elements, *Centre for European Economic Research – Discussion Paper N.º 15-025*, 2015, p. 10.

Permitindo às indústrias chinesas a jusante o acesso a *inputs* mais baratos, elas podiam vender no mercado mundial os bens que produzissem a um preço mais reduzido, havendo por isso quem falasse em “subvenção implícita”⁸¹ ou “subvenção indireta”⁸². E, de facto, as partes queixosas no caso *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum* apresentaram elementos de prova em que a China convidava expressamente os utilizadores estrangeiros a mudarem para o seu território, a fim de terem acesso a fornecimentos ilimitados de terras raras a um preço mais barato⁸³, e foram vários os fabricantes japoneses que transferiram a sua produção para a China após o apertar das exportações chinesas de terras raras⁸⁴.

⁸¹ BIN GU, Mineral Export Restraints and Sustainable Development – Are Rare Earths Testing the WTO’s Loopholes?, *Journal of International Economic Law*, 2011, p. 795.

⁸² K.C. FUNG / JANE KORINEK, Economics of Export Restrictions As Applied to Industrial Raw Materials, *OECD Trade Policy Paper N.º 155*, OECD publishing, Paris, 26.4.2013, p. 31. O Órgão de Recurso não esclareceu até agora o estatuto das restrições à exportação em geral, e dos direitos aduaneiros sobre as exportações em particular, ao abrigo do Acordo da OMC sobre as Subvenções e as Medidas de Compensação. Apenas um Painel foi confrontado até ao presente com a questão de se saber se certas restrições à exportação constituíam uma “subvenção” para efeitos do referido acordo. O Painel em causa observou que, embora as restrições à exportação no sentido utilizado no litígio em análise assentassem numa intervenção governamental que tinha um efeito sobre o mercado, a regra “confia ou dirige” não foi satisfeita na medida em que exige uma “ação explícita e afirmativa de delegação ou comando”. Consequentemente, o Painel concluiu que as restrições à exportação em causa não constituíam uma “contribuição financeira” no sentido do artigo I.1 (a)(1)(iv) do Acordo da OMC sobre as Subvenções e as Medidas de Compensação (cf. Relatório do Painel no caso *United States – Measures Treating Exports Restraints as Subsidies* (WT/DS194/R), 29.6.2001, parágrafo 9.1). Não falta, porém, quem defenda que as restrições à exportação podem resultar numa contribuição financeira concedida por um governo a determinadas empresas de um sector (cf. JAEMIN LEE, Export Restraints of Natural Resources and the SCM Agreement, in *Emerging Issues in Sustainable Development: International Trade Law and Policy Relating to Natural Resources, Energy, and the Environment*, Mitsuo Matsushita e Thomas Schoenbaum (ed.), Springer Japan, 2016, p. 340) e alguns membros da OMC tratam as restrições à exportação de insumos como um subsídio aos produtores nacionais a jusante e, consequentemente, impõem medidas de compensação sobre as importações dos produtos beneficiados. Cf. GABRIELLE MARCEAU, The World Trade Organization and Export Restrictions, in *Emerging Issues in Sustainable Development: International Trade Law and Policy Relating to Natural Resources, Energy, and the Environment*, Mitsuo Matsushita e Thomas Schoenbaum (ed.), Springer Japan, 2016, p. 135.

⁸³ Relatório do Órgão de Recurso no caso *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum* (WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R), 7.8.2014, parágrafo 5.185.

⁸⁴ MARK WU, China’s Export Restrictions and the Limits of WTO Law, *World Trade Review*, 2017, p. 687. Mas enquanto os consumidores do país importador perdem, pois pagam preços mais altos pelo bem objeto das medidas restritivas, os produtores do país importador, caso existam, ganham com os preços mais altos dos seus produtos devido aos níveis mais reduzidos de oferta por parte dos seus concorrentes.

A China aboliu também, em 21 de Setembro de 2010, as exportações de terras raras para o Japão na sequência do aprisionamento por este país, cerca de 15 dias antes, de um barco de pesca chinês (chamado Minjinyu 5179) que tinha colidido com dois navios da guarda costeira japonesa perto das Ilhas Senkaku, alvo de uma disputa territorial entre os dois países⁸⁵. Este embargo aumentou os preços globais das terras raras, uma vez que o Japão é o maior importador de terras raras do mundo e obtinha na altura junto da China 82% das suas necessidades em matéria de terras raras. Ante a perturbação do aprovisionamento de terras raras, o Japão rapidamente libertou o capitão do barco chinês aprisionado⁸⁶.

Os vários acontecimentos referidos alarmaram alguns membros da OMC e estiveram na origem da apresentação, em Março de 2012, de uma queixa junto do sistema de resolução de litígios da OMC. As principais alegações das três partes queixosas (Estados Unidos, União Europeia e Japão) foram as seguintes:

i) Os direitos aduaneiros impostos às exportações de terras raras eram incompatíveis com as obrigações que incumbiam à China em virtude do n.º 3 da secção 11 da Parte I do Protocolo de Adesão da República Popular da China à OMC;

ii) Os contingentes de exportação impostos às terras raras eram incompatíveis com o n.º 1 do artigo XI do GATT 1994 e as obrigações correspondentes à China em virtude do n.º 2 da secção 1 da Parte I do Protocolo de Adesão da China; e

iii) Em relação à administração e alocação dos contingentes de exportação impostos às terras raras e, mais concretamente, às restrições – tais como as prescrições em matéria de resultados de exportação prévios e de capital social mínimo – dos direitos comerciais das empresas que tratavam de exportar esses produtos, as medidas pertinentes em litígio eram incompatíveis com o n.º 1 da secção 5 da Parte I do Protocolo de Adesão da China, assim como com as obrigações que correspondiam à China por força do n.º 2 da secção 1 do dito Protocolo⁸⁷.

Como justificação para as suas medidas, a China menciona, por exemplo, as exceções gerais estabelecidas no artigo XX do GATT 1994 em defesa de uma possível violação do n.º 3 da secção 11 do Protocolo de Adesão da China, a alínea b) do artigo XX do GATT 1994 para justificar os direitos de exportação impostos às

⁸⁵ NOTE, (In)efficient Breach of International Trade Law: The State of “Free Pass” After China’s Rare Earths Export Embargo, *Harvard Law Review*, 2011, p. 609.

⁸⁶ EUGENE GHOLZ, *Rare Earth Elements and National Security*, Council on Foreign Relations, Nova Iorque, 2014, p. 1.

⁸⁷ Relatório do Órgão de Recurso no caso *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum* (WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R), 7.8.2014, parágrafo 1.4.

terras raras e os contingentes de exportação de terras raras justificar-se-iam ao abrigo da alínea g) do artigo XX do GATT 1994⁸⁸.

De acordo com o referido n.º 3 da secção 11 do Protocolo de Adesão, “a China eliminará todas as taxas e imposições aplicadas à exportação, salvo nos casos previstos expressamente no anexo VI do presente Protocolo ou que se apliquem em conformidade com as disposições do artigo VIII do GATT 1994”⁸⁹. Enquanto o artigo VIII do GATT diz respeito às taxas e imposições impostas a título de pagamento de um serviço prestado, o Anexo 6 do Protocolo de Adesão elenca 84 produtos distintos indicando para cada um desses produtos o valor máximo do direito aduaneiro que a China pode aplicar quando da sua exportação. Uma Nota ao Anexo 6 estabelece ainda que:

“A China confirmou que os níveis pautais que figuram no presente anexo são os níveis máximos que não serão ultrapassados. A China confirmou igualmente que não aumentaria as taxas aplicadas atualmente, exceto em circunstâncias excepcionais. Se tais circunstâncias ocorrerem, a China realizará consultas com os Membros afetados antes de aumentar os direitos aplicados com o fim de alcançar uma solução mutuamente aceitável”⁹⁰.

Nenhuma das terras raras consta do Anexo 6 do Protocolo de Adesão da China.

Lendo o n.º 3 da secção 11 do Protocolo de Adesão da China conjuntamente com o Anexo 6 e a respetiva Nota, é possível concluir que, primeiro, a China não pode aplicar direitos aduaneiros de exportação aos produtos não listados no Anexo 6; segundo, as “circunstâncias excepcionais” mencionadas na Nota ao Anexo 6 não podem ser invocadas para impor direitos aduaneiros de exportação a produtos não listados; terceiro, no caso dos 84 produtos listados, a China pode, em circunstâncias excepcionais, aumentar os direitos aduaneiros de exportação aplicados apenas até ao limite máximo previsto no Anexo 6, mas deve realizar consultas com os Membros afetados antes de aumentar os direitos aplicados com o fim de alcançar uma solução mutuamente aceitável.

O direito da OMC distingue, por outro lado, entre dois tipos de restrições às exportações: direitos aduaneiros e obstáculos não pautais. Em geral, os acordos da OMC não proibem os membros da organização de impor direitos aduaneiros à exportação de quaisquer produtos. Embora o n.º 1, alínea a), do artigo II do GATT

⁸⁸ *Idem*, parágrafo 1.5.

⁸⁹ OMC, *Accession of the People's Republic of China – Decision of 10 November 2001* (WT/L/432), 23.11.2001, p. 7.

⁹⁰ *Idem*, p. 95.

fale em “comércio” (isto é, incluindo exportações⁹¹), as alíneas b) e c) do mesmo n.º 1 falam unicamente em importações, o mesmo acontecendo com os n.ºs 2 e 4 do mesmo artigo II. Não estabelecendo o artigo II do GATT 1994 qualquer processo para a consolidação dos direitos aduaneiros de exportação⁹², um direito deste tipo só será proibido se o seu valor for tão elevado que, de facto, acaba por funcionar como uma quota zero, medida proibida pelo n.º 1 do artigo XI do GATT⁹³. Ao mesmo tempo, nada impede que os direitos aduaneiros de exportação possam ser consolidados ou limitados em casos especiais, como resulta, por exemplo, do Protocolo de Adesão da China (uma obrigação GATT^{plus}).

Para além da China, também outros membros da OMC avançaram com concessões em matéria de direitos aduaneiros de exportação. Alguns, muitos poucos, assumiram compromissos no contexto do próprio GATT; outros, em maior número, assumiram compromissos ao abrigo dos respetivos protocolos de adesão à OMC. No primeiro caso, a ausência de um quadro detalhando o modo de assunção de compromissos relativamente a direitos aduaneiros de exportação não impediu que ocorressem pelo menos dois casos conhecidos durante a vigência do GATT 1947. O primeiro compromisso ocorreu nos primeiros anos de vigência do GATT 1947, teve a ver com minério de estanho e concentrados de estanho e foi assumido pelo Reino Unido a respeito da União Malaia. O segundo compromisso foi assumido pela Austrália durante o Ciclo do Uruguai (1986-94), tendo concordado, em troca de alguns compromissos assumidos pelas Comunidades Europeias relativamente a determinadas importações, não impor qualquer direito aduaneiro de exportação

⁹¹ MICHAEL ROM, Export Controls in GATT, *Journal of World Trade Law*, 1984, p. 128.

⁹² KYLE BAGWELL / ROBERT STAIGER / ALAN SYKES, Border Instruments, in *Legal and Economic Principles of World Trade Law*, Henrik Horn e Petros Mavroidis ed., Cambridge University Press, 2013, p. 129; JOHN JACKSON, *World Trade and the Law of GATT*, The Michie Company, Charlottesville – Virginia, 1969, p. 499. *Contra*: “the possibility of negotiating export duties was discussed during the preparatory work. Moreover, in Article XXVIIIbis, the contracting parties formally recognize the importance of substantially reducing ‘the general level of tariffs and other charges on imports and exports’. Similarly, they agreed in a note to Article XVII that trade obstacles created by state-trading enterprises should be the subject of negotiations leading ‘towards the reduction of duties and other charges on imports and exports’. Given the contracting parties’ intention to negotiate barriers to both imports and exports one may conclude that they wished to multilateralize not only import but also export concessions”. Cf. FRIEDER ROESSLER, GATT and Access to Supplies, *Journal of World Trade Law*, 1975, p. 35.

⁹³ MITSUO MATSUSHITA, Export Control of Natural Resources: WTO Panel Ruling on the Chinese Export Restrictions of Natural Resources, *Trade, Law and Development*, 2011, p. 273; MARIAN PASCHKE / SHI CHENG, The Applicability of Environmental Exceptions of the GATT to China’s WTO-Plus Obligations – WTO Panel and Appellate Body Rulings on the Chinese Export Restrictions of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, *Frontiers of Law in China*, 2015, pp. 218-219.

relativamente a minérios de ferro, minérios de titânio, minérios de zircónio, carvão, coque, turfa, cobre refinado, níquel bruto, óxido de níquel e resíduos e sucata de chumbo. Em ambos os casos, as concessões ficaram a constar das listas de concessões anexas ao GATT⁹⁴.

No segundo caso, vários membros assumiram compromissos especiais em matéria de direitos aduaneiros de exportação como parte dos respetivos termos de adesão à OMC, mas a sua natureza e âmbito variam muito. A Rússia, por exemplo, no contexto das negociações de adesão à OMC, criou uma nova Parte V na sua lista de concessões anexa ao GATT, intitulada “Direitos Aduaneiros de Exportação”⁹⁵, onde consolidou os direitos aduaneiros para cerca de 700 linhas pautais⁹⁶. Por força da sua inclusão numa lista de concessões, a Rússia pode invocar as exceções gerais previstas no artigo XX do GATT⁹⁷ e os direitos aduaneiros de exportação consoli-

⁹⁴ JULIA YA QIN, Reforming WTO Discipline on Export Duties: Sovereignty over Natural Resources, Economic Development and Environmental Protection, *Journal of World Trade*, 2012, p. 1152. Em concreto, a Austrália não criou uma nova Parte na sua Lista de Concessões ao GATT para incorporar tais compromissos, mas inseriu uma nota *ad hoc* referente às linhas pautais específicas relacionadas na Secção 2 da Parte I da sua Lista sobre concessões a respeito de direitos aduaneiros de importação Nação Mais Favorecida sobre produtos não-agrícolas. Cf. ILARIA ESPA, *Export Restrictions on Critical Minerals and Metals: Testing the Adequacy of WTO Disciplines*, Cambridge University Press, 2015, p. 278.

⁹⁵ O regime jurídico da OMC não impõe limites ao conteúdo das listas, mas o formato acordado nas listas usadas no Ciclo do Uruguai decompõe-se, regra geral, em quatro partes: a parte I subdivide-se em duas secções, incluindo a secção 1 todas as concessões pautais agrícolas, enquanto a secção 2 abrange as concessões pautais sobre produtos não agrícolas. A Secção 1, por sua vez, é subdividida em duas partes, uma refletindo as concessões pautais e a outra aplicando-se aos contingentes pautais; a Parte II inclui os direitos dos regimes preferenciais históricos dos primeiros dias do GATT (não os direitos preferenciais aplicados em zonas de comércio livre ou uniões aduaneiras; estas não são consideradas concessões pautais). Esta parte está vazia para todos os membros da OMC, já que deixaram de existir direitos preferenciais históricos; a Parte III reflete compromissos sobre medidas não pautais (por exemplo, obrigações relativas ao licenciamento de importações e a alguns direitos de exportação); e a Parte IV compreende compromissos não pautais relativos a bens agrícolas (por exemplo, compromissos em relação ao apoio interno e a subsídios à exportação) (cf. BERNARD HOEKMAN / PETROS MAVROIDIS, MFN Clubs and Scheduling Additional Commitments in the GATT: Learning from the GATS, *European Journal of International Law*, 2017, pp. 397-399). De notar que, nos termos do n.º 1 do art. 3.º do Acordo da OMC sobre a Agricultura, “os compromissos em matéria de apoio interno e de subsídios à exportação constantes da parte IV da lista de cada Membro são compromissos que limitam a concessão de subsídios e que passam a ser *parte integrante do GATT 1994*” (itálico aditado) e os membros da OMC podem colocar em causa quaisquer itens constante das listas, ou seja, o facto de um item constar da lista não comprova a sua legalidade. Cf. *Idem*, p. 400.

⁹⁶ OMC, *Report of the Working Party on the Accession of the Russian Federation Schedule CLXV – Addendum* (WT/ACC/RUS/70/Add.1, WT/MIN(11)/2/Add.1), 17.11.2011.

⁹⁷ ILARIA ESPA, *Export Restrictions on Critical Minerals and Metals: Testing the Adequacy of WTO Disciplines*, Cambridge University Press, 2015, p. 204.

dados podem ser sujeitos ao procedimento de desconsolidação previsto no artigo XXVIII do GATT, sendo estas duas diferenças importantes no que diz respeito às obrigações assumidas pela China e Rússia quando da respetiva adesão à OMC⁹⁸.

Resumindo, os membros da OMC podem recorrer ao artigo II do GATT para consolidar (ou mesmo eliminar) os direitos aduaneiros de exportação, mas, tendo sido poucos os que o fizeram⁹⁹, a grande maioria dos membros da OMC não se encontra sujeita a qualquer constrangimento no que concerne ao seu uso¹⁰⁰.

No caso das restrições quantitativas à exportação, o n.º 1 do artigo XI do GATT requer que os membros da OMC eliminem todas as proibições e restrições quantitativas à exportação (e importação) e, embora o seu n.º 2 preveja algumas exceções ao princípio geral, nem o artigo XI nem o artigo 12.º do Acordo sobre a Agricultura (disposição semelhante à do n.º 2 do artigo XI do GATT) são suficientemente precisos para definir as circunstâncias que podem justificar uma medida e indicar o âmbito, a duração e os limites das medidas restritivas que podem ser aplicadas. Muito importante, o artigo XI do GATT não impede que os membros da OMC apliquem direitos aduaneiros de exportação¹⁰¹.

⁹⁸ O procedimento de renegociação previsto no artigo XXVIII do GATT só é aplicável às concessões relativas a direitos de exportação incluídas nas listas de concessões do GATT e, como tal, incorporadas no âmbito do GATT (cf. ILARIA ESPA, *Export Restrictions on Critical Minerals and Metals: Testing the Adequacy of WTO Disciplines*, Cambridge University Press, 2015, p. 163). Por conseguinte, uma vez que os membros da OMC assumem compromissos relativos a direitos de exportação ao abrigo de disposições individuais do protocolo de adesão sem os incluir nas suas listas do GATT, tais compromissos não podem ser ajustados em conformidade com os procedimentos específicos do GATT em princípio disponíveis para as concessões relativas a direitos aduaneiros sobre as exportações. Pelo contrário, saber se tais concessões podem ser renegociadas depende de as disposições do protocolo de adesão poderem ser alteradas. Os protocolos de adesão à OMC existentes, no entanto, não contêm quaisquer disposições de alteração (cf. *Idem*, p. 162). Por último, uma concessão que conste de uma lista de concessões só pode ser retirada depois de os interesses das partes terceiras afetadas serem salvaguardados; uma concessão não incluída pode ser retirada por acordo bilateral das duas partes em causa sem que as partes terceiras tenham qualquer palavra a dizer.

⁹⁹ Na prática, “export tax bindings are rare”. Cf. KYLE BAGWELL / ROBERT STAIGER / ALAN SYKES, *Border Instruments*, in *Legal and Economic Principles of World Trade Law*, Henrik Horn e Petros Mavroidis ed., Cambridge University Press, 2013, p. 130.

¹⁰⁰ Contudo, são cada vez mais os acordos comerciais preferenciais que impõem alguma disciplina a respeito dos direitos aduaneiros sobre a exportação, chegando muitos mesmo a proibi-los. Cf. WEIWEI ZHANG, *Tracing GATT-Minus Provisions on Export Restrictions in Regional Trade Agreements*, *Global Trade and Customs Journal*, Volume 11, Issue 3, 2016, p. 125.

¹⁰¹ BARIS KARAPINAR, *Defining the Legal Boundaries of Export Restrictions: A Case Law Analysis*, *Journal of International Economic Law*, 2012, p. 444.

Passando agora especificamente ao caso *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, o Órgão de Recurso recorre à jurisprudência anterior relevante para dirimir o caso em análise. O Órgão de Recurso tinha concluído no caso *China – Publications and Audiovisual Products*, no contexto do exame de uma alegação apresentada ao abrigo do n.º 1 da secção 5 do Protocolo de Adesão da China, que esta podia invocar a alínea a) do artigo XX do GATT 1994 para justificar disposições declaradas incompatíveis com os seus compromissos em matéria do direito a comerciar contraídos em virtude do seu Protocolo de Adesão e do relatório do Grupo de Trabalho sobre a sua adesão. Para chegar a essa constatação, o Órgão de Recurso apoia-se no texto da cláusula introdutória do n.º 1 da secção 5 que dispõe: “sem prejuízo do direito da China regular o comércio de forma compatível com o *Acordo sobre a OMC*”. Este texto não aparece no n.º 3 da secção 11 do Protocolo de Adesão da China e, por isso, o Órgão de Recurso não concordou com a sugestão da China de que as constatações do Órgão de Recurso no caso *China – Publications and Audiovisual Products* indicavam que a China poderia invocar o artigo XX do GATT 1994 para justificar direitos de exportação que fossem incompatíveis com o n.º 3 da secção 11¹⁰². A base jurídica para a aplicação das exceções do artigo XX do GATT seria o próprio texto da incorporação¹⁰³.

No caso concreto da alínea g) do artigo XX do GATT, o Órgão de Recurso conclui que as quotas à exportação, justificadas pela China com a necessidade de conservação de recursos naturais esgotáveis, eram contrárias ao direito da OMC, uma vez que aquelas quotas não tinham uma contrapartida nacional, isto é, os produtores ou consumidores chineses não se encontravam sujeitos a qualquer restrição¹⁰⁴.

Como seria de esperar, algumas das conclusões do Órgão de Recurso foram alvo de críticas, designadamente, que o Órgão de Recurso aceita normativamente que, na ausência de uma referência textual explícita, uma obrigação de liberalização do comércio possa prevalecer sobre os valores da saúde pública e proteção do ambiente¹⁰⁵.

¹⁰² Relatório do Órgão de Recurso no caso *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum* (WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R), 7.8.2014, parágrafos 5.57-5.60 e 5.63.-5.65.

¹⁰³ ILARIA ESPA, *The Appellate Body Approach to the Applicability of Article XX GATT In the Light of China – Raw Materials: A Missed Opportunity?*, *Journal of World Trade*, 2012, p. 1410.

¹⁰⁴ Relatório do Órgão de Recurso no caso *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum* (WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R), 7.8.2014, parágrafo 5.167.

¹⁰⁵ JULIA YA QIN, *Judicial Authority in WTO Law: A Commentary on the Appellate Body’s Decision in China-Rare Earths*, *Chinese Journal of International Law*, 2014, p. 642.

Com frequência, as terras raras contêm elementos radioativos e a separação dos metais requer não só processos difíceis e custosos, como também produz vários poluentes tóxicos e resíduos perigosos. Ademais, será que o silêncio do n.º 3 da secção 11 do Protocolo de Adesão da China em relação ao artigo XX do GATT pode ser interpretado como uma abdicação completa e para sempre pela China do direito de dispor livremente dos seus recursos naturais? Uma tal determinação não estará em completo desacordo com o princípio de natureza consuetudinária da soberania permanente sobre os recursos naturais? Resulta da própria Resolução 1803 (XVII) da Assembleia Geral, de 14 de Dezembro de 1962, que o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais assenta no facto de que o “direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre as suas riquezas e recursos naturais deverá ser exercido no interesse do respetivo desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do Estado em causa” (n.º 1); que “a violação dos direitos dos povos e das nações à soberania sobre as suas riquezas e recursos naturais é contrária ao espírito e aos princípios da Carta das Nações Unidas e prejudica o desenvolvimento da cooperação internacional e a manutenção da paz” (n.º 7); e que “os acordos de investimento estrangeiro celebrados livremente por ou entre Estados soberanos deverão ser cumpridos de boa-fé; os Estados e as organizações internacionais deverão respeitar estrita e conscienciosamente a soberania dos povos e das nações sobre as suas riquezas e recursos naturais em conformidade com a Carta e com os princípios consagrados na presente resolução” (n.º 8). Essencialmente, o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais concede aos Estados liberdade na exploração, utilização e gestão dos recursos naturais existentes nos respetivos territórios¹⁰⁶.

Ao mesmo tempo, o uso frequente do adjetivo “permanente” não significa que o princípio em análise goza do estatuto de *ius cogens* no sentido do artigo 53.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, donde resulta, por exemplo que um país é livre de negociar as modalidades do exercício do seu direito soberano de regular o investimento estrangeiro. Como observa NICO SCHRIJVER:

“The principle is not cast in iron and thus can evolve in the light of new rules and new practices accepted as law, thereby allowing it to encompass new concerns such as sustainable development and sharing of resources”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ MANJIAO CHI, Resource Sovereignty in the WTO Dispute Settlement: Implications of China – Raw Materials and China – Rare Earths, *Manchester Journal of International Economic Law*, 2015, p. 11.

¹⁰⁷ NICO SCHRIJVER, Natural Resources, Permanent Sovereignty over, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, June 2008, parágrafo 23.

De resto, foi a própria China que aceitou aderir à OMC em termos excepcionalmente desfavoráveis, não recíprocos e assimétricos comparativamente a outros países e territórios (*China's WTO-plus obligations* ou *China's WTO-minus rights*)¹⁰⁸, isto depois de as negociações relativas à sua adesão terem durado 15 anos¹⁰⁹.

Assim, apesar de não estar proibida de adotar medidas protetoras do ambiente e da saúde, a China goza de menos liberdade comparativamente a outros membros da OMC. A China pode aplicar restrições quantitativas justificáveis ao abrigo do artigo XX do GATT, mas está absolutamente impedida de aplicar medidas de natureza pautal¹¹⁰. Acontece que os direitos aduaneiros são normalmente menos restritivos do comércio internacional e mais transparentes que as restrições quantitativas e a impossibilidade de a China recorrer a determinadas justificações dos seus direitos aduaneiros de exportação resulta num “multi-speed régime of WTO obligations”, dependente muitas vezes do momento da adesão de um país ou território à OMC¹¹¹. Por exemplo, a Ucrânia goza da possibilidade (reconhecida no respetivo protocolo de adesão) de invocar o artigo XX do GATT a respeito dos compromissos OMC-*plus* de não aplicar direitos aduaneiros de exportação¹¹².

Finalmente, a natureza restritiva de algumas obrigações OMC-*plus* pode implicar um maior desrespeito dos acordos da OMC, isto porque alguns membros da OMC podem aplicar direitos aduaneiros de exportação para proteger, por exemplo, o ambiente, enquanto outros, pelo contrário, não podem aplicá-los.

Seja como for, a China informou na reunião do Órgão de Resolução de Litígios de 20 de Maio de 2015 que, em conformidade com os avisos publicados pelo Ministério de Comércio e da Administração Geral das Alfândegas da China, tinham sido eliminados os direitos aduaneiros de exportação e contingentes de exportação declarados incompatíveis com as normas da OMC¹¹³ e, de acordo com a própria Associação da Indústria de Terras Raras da China, o preço das terras raras caiu em torno de 70% após o litígio ter sido dirimido no âmbito da

¹⁰⁸ LIU YING, *The Applicability of Environmental Protection Exceptions to WTO-Plus Obligations: In View of the China – Raw Materials and China – Rare Earths Cases*, *Leiden Journal of International Law*, 2014, p. 138.

¹⁰⁹ PETER VAN DEN BOSSCHE / DENISE PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, Cambridge University Press, 2016, p. 249.

¹¹⁰ C.L. LIM / J.H. SENDUK, *The Wages of Belonging: Rare Earths from China, and the Return of GATT À LA CARTE*, *Global Trade and Customs Journal*, 2014, p. 381.

¹¹¹ MARCO BRONCKERS / KEITH MASKUS, *China – Raw Materials: a controversial step towards even-handed exploitation of natural resources*, *World Trade Review*, 2014, p. 400.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ https://www.wto.org/spanish/news_s/news15_s/dsb_20may15_s.htm

OMC¹¹⁴. O próprio enquadramento normativo nacional da China relativo às terras raras foi substancialmente reformulado por força do caso da OMC sobre terras raras¹¹⁵.

Muitos países estão também a reabrir locais de produção de terras raras (*Mountain Pass* na Califórnia, encerrada em 2002 após o vazamento de lixo radioativo, voltou a operar¹¹⁶); estão a ser planeados outros locais de produção na África do Sul, no Brasil, no Canadá, no Vietname, no Cazaquistão e na Gronelândia; a Alemanha assinou recentemente um acordo bilateral com o Cazaquistão que concede às empresas alemãs o direito de extrair matérias-primas, incluindo minerais de terras raras, em troca de tecnologia e investimento¹¹⁷; e as próprias indústrias de alta tecnologia estão a desenvolver novas técnicas para reciclar as terras raras usadas no processo de fabrico e obter produtos sucedâneos daqueles minérios¹¹⁸.

4. Considerações finais

Apesar das críticas e dos problemas identificados a respeito de algumas conclusões do Órgão de Recurso da OMC, é difícil compreender que a alínea g) do artigo XX do GATT possa ser invocada em defesa de medidas cujo objetivo seja favorecer os produtores nacionais face à concorrência estrangeira. A OMC permite, é certo, a adoção de medidas com vista à proteção do ambiente, mas é pouco provável que admita a um seu membro a adoção de medidas que lhe assegurem o controlo do

¹¹⁴ FENGPING GAO, WTO Trade and Environment Standard Rendering China-Rare Earths GATT Article XX Exemptions Impossible and Other International Laws Incompatible, *Denver Journal of International Law and Policy*, 2017, p. 249.

¹¹⁵ CHENXI WANG, WTO Rare Earths Case's Influence on China's Domestic Regulatory Changes, *Journal of World Trade*, 2018, p. 307.

¹¹⁶ Porém, as terras raras não foram mineradas internamente pelos Estados Unidos em 2017. Bastnasita, um mineral de fluorcarbonato de terras raras, foi anteriormente extraído como um produto primário em Mountain Pass, Califórnia, mas foi colocado no estatuto de conservação e manutenção no quarto trimestre de 2015. Em 2017, o valor estimado dos compostos de terras raras e metais importados pelos Estados Unidos foi de 150 milhões de dólares norte-americanos, contra 118 milhões em 2016. Cf. U.S. GEOLOGICAL SURVEY, *Mineral commodity summaries 2018*, Washington, DC, 31.1.2018, p. 132.

¹¹⁷ CHRISTOPHE BELLMANN / MARIE WILKE, Trade Policies for Resource Security: Rethinking Export Restrictions, in *The Future and the WTO: Confronting the Challenges: A Collection of Short Essays*, Ricardo Meléndez-Ortiz, Christophe Bellmann e Miguel Rodríguez Mendoza (ed.), International Centre for Trade and Sustainable Development, Genebra, 2012, p. 200.

¹¹⁸ ELISA BARONCINI, The China-Rare Earths WTO Dispute: A precious chance to revise the China-Raw Materials conclusions on the applicability of GATT Article XX to China's WTO Accession Protocol, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.º 2, 2012, pp. 52-53.

mercado internacional de um recurso natural¹¹⁹ ou a imposição de quotas à exportação que “estimulam o consumo interno ao reservarem efetivamente um abastecimento de matérias-primas baratas para uso das indústrias de fases ulteriores do processo de produção nacional”¹²⁰.

A resolução por via judicial do litígio das terras raras demonstra também que as campanhas com relevância militar ocorrem cada vez mais em arenas que não correspondem, fisicamente, a um campo de batalha:

“One such arena is lawfare: legal activity that supports, undermines, or substitutes for other types of warfare. In today’s law-rich environment, with an abundance of legal rules and legal fora, strategists must evaluate the full scope of possible legal argumentation”¹²¹.

Essencialmente, a guerra jurídica (*lawfare*) pode ser definida como a estratégia de usar – bem ou mal – o direito como substituto dos meios militares tradicionais para alcançar um objetivo operacional¹²². A guerra jurídica é usada de modo perverso quando o respeito da lei é manipulado para atingir uma vantagem do ponto de vista militar (por exemplo, insurretos usam mesquitas como armarias, local de reunião para os combatentes e centros de comando), ou seja, são retiradas vantagens da proteção normalmente concedida aos locais religiosos ao abrigo da lei dos conflitos armados¹²³. Em contraste, a resolução do litígio das terras raras no âmbito da OMC é um bom exemplo de como o direito pode substituir o uso da força na prossecução dos objetivos nacionais em matéria de segurança e defesa, com custos bem inferiores aos da guerra cinética e com maiores possibilidades de êxito¹²⁴.

¹¹⁹ BRIGID GAVIN, Sustainable Development of China’s Rare Earth Industry within and without the WTO, *Journal of World Trade*, 2015, p. 497.

¹²⁰ Relatório do Órgão de Recurso no caso *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum* (WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R), 7.8.2014, parágrafo 5.156.

¹²¹ JOEL TRACHTMAN, Integrating Lawfare and Warfare, *Boston College International & Comparative Law Review*, 2016, p. 267.

¹²² CHARLES DUNLAP, JR., Lawfare 101 A Primer, *Military Review*, May-June 2017, p. 9; DAVID KENNEDY, Lawfare and Warfare, in *The Cambridge Companion to International Law*, James Crawford e Martii Koskeniemi (ed.), Cambridge University Press, 2012, p. 160.

¹²³ CHARLES DUNLAP, JR., Lawfare Today: A Perspective, *Yale Journal of International Affairs*, 2008, p. 149.

¹²⁴ JOEL TRACHTMAN, Integrating Lawfare and Warfare, *Boston College International & Comparative Law Review*, 2016, p. 267.

Apesar de a OMC ser “a instituição internacional mais incompreendida do mundo”¹²⁵, ela pode desempenhar um papel particularmente importante nas situações em que os objetivos nacionais em matéria de segurança e defesa são prosseguidos através de medidas de cariz económico. Desde logo, o Reino Unido é o único dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas que aceita a jurisdição compulsória do Tribunal Internacional de Justiça, mas todos os cinco membros permanentes aceitam a jurisdição compulsória do Órgão de Recurso da OMC. Além disso, a eficácia das Nações Unidas é severamente limitada quando membros permanentes como a China impedem quaisquer esforços para conseguir que o Irão implemente as resoluções do Conselho de Segurança ou são o agressor como a Rússia no caso da Geórgia. Nestes casos, o direito de veto de que gozam os membros permanentes do Conselho de Segurança levam a que a OMC “tenha uma relevância única para remediar vários dos fracassos de governança sofridos pelas Nações Unidas e atuar como um governador efetivo da segurança nacional na esfera económica”¹²⁶. E, atendendo a que muitas guerras, desde tempos muito remotos, tiveram como causa principal o acesso a (e o controlo de) recursos naturais escassos ou vitais¹²⁷, o caso das terras raras demonstra, enfim, que a história da civilização pode bem ser relatada como uma evolução gradual de um sistema assente no poder, *in the state of nature*, para um sistema assente em regras¹²⁸ e, como WINSTON CHURCHILL bem assinalou:

“O comércio é totalmente diferente da guerra. Na guerra, ambos os lados perdem, mas as transações comerciais, como a misericórdia, são duas vezes abençoadas e conferem um benefício a ambas as partes”¹²⁹.

¹²⁵ SUSAN AARONSON / RODWAN ABOUHARB, Unexpected Bedfellows: The GATT, the WTO and Some Democratic Rights, *International Studies Quarterly*, 2011, p. 379.

¹²⁶ CARLA REYES, International governance of domestic national security measures: The forgotten role of the World Trade Organization, *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, 2009 pp. 531 e 533.

¹²⁷ RONALD FINDLAY / KEVIN O’ROURKE, War, Trade and Natural Resources: A Historical Perspective, in *The Oxford Handbook of the Economics of Peace and Conflict*, Michelle Garfinkel e Stergios Skaperdas (ed.), Oxford University Press, 2012, p. 557.

¹²⁸ JOHN JACKSON, *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*, 2.ª ed., The Massachusetts Institute of Technology Press, 1997, p. 110.

¹²⁹ Discurso de Churchill em 11 de Novembro de 1903, in RICHARD TOYE, Trade and Conflict in the Rhetoric of Winston Churchill, in *A Global History of Trade and Conflict Since 1500*, Lucia Copolaro e Francine McKenzie (ed.), Palgrave Macmillan, 2013, p. 124.