

v. 01, n° 01 - jan/jun 2021

ISSN 2763-8685



LATIN AMERICAN JOURNAL OF EUROPEAN STUDIES



Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union



Table of Contents

Editorial	6
<u>DOSSIER: EU-Latin America trade and investment relations</u>	
Las relaciones Eurolatinoamericanas en el marco de la nueva política comercial de la Unión Europea	14
<i>Carlos Francisco Molina del Pozo</i>	
Environmental conditionality in Eu-Latin America trade relations	38
<i>Giulia D’Agnone</i>	
El derecho de los tratados en el arbitraje de inversión intra-Unión Europea	64
<i>Rafael Tamayo-Álvarez</i>	
Sistema de solución de controversias en materia de inversiones en los tratados negociados por la Unión Europea con México y el Mercosur (2019/2020): Un estudio comparativo	109
<i>Gabriela Teresita Mastaglia</i>	
Uma década de política europeia de investimento estrangeiro – balanço e perspectivas futuras	139
<i>Maria João Palma</i>	
Unión Europea-América Latina y el Caribe: comercio e inversión y el acuerdo de asociación Unión Europea-Mercosur en su pilar comercial y sus potenciales efectos en el sector agroindustrial	157
<i>Silvia Simonit</i>	
La integración Centroamericana y el acuerdo de asociación entre esa región y la Unión Europea	200
<i>Nancy Eunice Alas Moreno</i>	

A cooperação jurídica dentro da União Europeia e do Mercosul: 231

a agilização do processo civil internacional no âmbito da regionalização

Marcel Zernikow

A abertura ao comércio internacional da contratação pública no Brasil: 254

entre o Acordo sobre Compras Governamentais (GPA) e o acordo EU/Mercosul

Nuno Cunha Rodrigues

ARTICLES

Data protection implications through an inner-connected world: 297

European Union's contributions towards the brazilian legislative scenario

Beatriz Graziano Chow

Clarisse Laupman Ferraz Lima

A União Europeia e a questão Turco-Cipriota: 319

aspectos normativos, geopolíticos e migratórios

Clarice Rangel Schreiner

Eveline Vieira Brígido

Roberto Rodolfo Georg Uebel

INTERVIEW

Por uma aliança estratégica Mercosul e União Europeia: 356

O papel da Europa para o fortalecimento da Sustentabilidade
Entrevista com Ignacio Ybañez - Embaixador da União Europeia no Brasil

Jamile Bergamaschine Mata Diz

Uma década de política europeia de investimento estrangeiro – balanço e perspectivas futuras

¹ Maria João Palma

RESUMO

Desde o Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 2009, a União Europeia tem vindo a implementar a nova competência na área do investimento direto estrangeiro. Todas as instituições europeias estiveram ativamente envolvidas neste processo. Analisamos brevemente o papel do Tribunal de Justiça da União Europeia neste processo, estabelecendo as ligações entre o Parecer 2/15 (UE/Singapura), o caso *Achmea* e o Parecer 1/17 (CETA), explicando porque são relevantes no quadro geral da política de investimento estrangeiro da UE, tal como se encontra hoje, e que medidas são necessárias para ter uma política europeia mais coerente e uniformemente aplicável a todos investidores no mercado da UE.

PALAVRAS-CHAVE: Política europeia de investimento estrangeiro; BITs; Caso *Achmea*.

A decade of european foreign investment policy – balance and future perspectives

ABSTRACT

Since the Lisbon Treaty, which came into force in 2009, the European Union has been implementing the new competence in the area of foreign direct investment. All European institutions were actively involved in this process. I briefly analyze the role of the Court of Justice of the European Union in this process, establishing the links between Opinion 2/15 (EU/Singapore); *Achmea* Case and Opinion 1/17 (CETA), explaining why they are relevant in the overall framework of EU Foreign Investment policy, as it stands today, and what measures are needed to have an EU policy

1. Mestre em Direito em Ciências Jurídico-comunitárias pela Faculdade de Direito de Lisboa (FDL), LLM College of Europe, Brugge, Bélgica, Consultora Jurídica do Ministério da Economia (DGAE), Assistente da FDL, Doutoranda FDL, Lisboa, Portugal. Curriculum vitae da autora disponível em: <https://lisboa.academia.edu/MariaJoaoPalma>. Contato: luzpalma2011@hotmail.com

that is more coherent and uniformly applicable to all investors in the EU market.

KEYWORDS: European Foreign Investment Policy; BITs; *Achmea* case.

ÍNDICE

Introdução – Os primeiros passos

1. Os principais contributos do TJUE
2. Algumas dúvidas que permanecem
3. Balanço – Falhas e incongruências do sistema
4. A falibilidade ou plasticidade do Modelo

Considerações finais

Referências bibliográficas

Introdução – Os primeiros passos

A última revisão aos Tratados da União Europeia, efetuada pelo Tratado de Lisboa, em vigor a partir de 1 de dezembro de 2009, viria a dotar a União Europeia (UE) de uma nova competência inserida no âmbito da política comercial comum, mediante a inclusão no artigo 207.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE) da referência ao investimento direto estrangeiro (IDE)².

Várias questões se colocaram relativamente às implicações dessa nova competência, as quais viriam a ser, paulatinamente, clarificadas por diplomas de direito derivado e por decisões do Tribunal de Justiça da UE (TJUE).

A primeira dessas clarificações surgia com o Regulamento n.º 1219/2012, de 12 de dezembro de 2012, também conhecido como Regulamento *Grandfathering* que vinha, por um lado, salvaguardar

2. O IDE ou investimento de longa duração contrapõe-se ao investimento em carteira (*portfolio*). Sobre as implicações da distinção ao nível da repartição de competências entre a UE e os EM, vide, M. J. Palma, *A Proteção do Investimento Estrangeiro – Uma Nova Política Europeia?*, in *Análise Europeia - Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus*, 2016, pp. 124-134, disponível em: <https://lisboa.academia.edu/MariaJoaoPalma>

o *espólio* de Tratados Bilaterais de Investimento (TBI) celebrados pelos Estados-Membros (EM) com países terceiros, e por outro lado, estabelecer um regime de autorização para a celebração de novos TBIs pelos EM, concedida por parte da Comissão Europeia, desde que o parceiro visado não estivesse incluído nos potenciais parceiros da UE, assim se assegurando uma *convivência pacífica* entre os TBIs dos EM e os novos acordos celebrados pela UE que contivessem disposições relativas à competência de IDE³.

Em paralelo, munida desta nova competência, a UE dava início à celebração de um conjunto de acordos que a doutrina apelidaria de *acordos de nova geração* em virtude da sua abrangência, ao incluírem disposições não só relativas ao comércio mas também aos serviços, propriedade intelectual, ambiente, contratos públicos, desenvolvimento sustentável, e investimento estrangeiro, de que eram exemplos o Acordo UE/Vietname, CETA, TTIP, UE/México, UE/Singapura, UE/Chile, UE/China, UE/Indonésia, UE/Japão, UE/Malásia, UE/Filipinas.

Um dos assuntos que levantava mais polémica em torno destes acordos era o facto de fazerem apelo ao uso da *arbitragem internacional* para a resolução dos litígios investidor-Estado, o que gerou forte contestação pública, sobretudo em torno dos dois acordos mais *mediáticos*, o TTIP e o CETA.

Várias eram as críticas dirigidas à arbitragem internacional, como a falta de transparência dos processos arbitrais, a incoerência

3. Sobre o Regulamento *Grandfathering*, vide, M. J. Palma, *A Nova Política Europeia de Investimento decorrente do Tratado de Lisboa – o Regulamento Grandfathering e a articulação entre a competência da União Europeia e as competências remanescentes dos Estados-Membros*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2015, pp. 83-110.

das decisões (ausência de precedente), a parcialidade dos árbitros, o elevado custo das arbitragens, os montantes demasiado elevados das indemnizações⁴ e, sobretudo, o risco do efeito dissuasor indireto sobre as políticas públicas (*regulatory chill*)⁵.

Estas contestações por parte da sociedade civil iriam ter reflexos nas negociações dos acordos, então em curso, não só os resultados da consulta pública que iria ser efetuada relativamente ao TTIP, mas também a contestação por parte de um Estado federado da Bélgica, a *Valónia*, que, devido à forte oposição a uma versão inicial do CETA (versão de 2014), iria levar ao adiamento da assinatura do acordo no Conselho, por cerca de duas semanas. A assinatura viria a ocorrer a 28 de outubro de 2016, tendo a Bélgica anexado ao acordo, nessa ocasião, a Declaração n.º 37, onde mostrava, ainda assim, o seu desagrado, anunciando que iria submeter ao TJUE um pedido de apreciação da compatibilidade do ISDS do

4. Recentemente assistiu-se a uma atribuição de compensações de valores muito elevados. Citem-se o caso *Occidental Petroleum v. Ecuador*, de 2012, referente a uma expropriação por parte do Equador onde foi atribuída a quantia de \$1.77 biliões ao investidor, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (ICSID Case n.º ARB/06/11); ou o caso dos processos movidos pelos acionistas da Companhia russa de petróleo, despoletados pela companhia *Yukos*, relativamente à expropriação de que foram alvo e que vieram a dar lugar a 3 sentenças de 2014 que, no conjunto, totalizaram um valor de, aproximadamente, \$40 biliões a pagar pela Federação Russa aos investidores, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case n.º AA 226); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (PCA Case n.º AA 227) e *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA n.º AA 228).

5. Entre outros exemplos, cite-se o caso *Vattenfall* onde uma empresa alemã alegou perante um tribunal arbitral CIRDI que a Alemanha lhe tinha causado danos num valor superior a 1 bilião de euros em consequência da descontinuação do programa nuclear por parte da Alemanha, decidido pelo Parlamento desse país na sequência do acidente *Fukushima* que ocorrera em 2011 no norte do Japão (ISCD Case n.º ARB/12/12); ou o caso *Santa Elena vs. Costa Rica* onde o tribunal arbitral considerou que medidas de proteção ambiental que conduzissem a uma expropriação deveriam dar lugar a compensação por parte do Estado ao investidor, independentemente de serem benéficas para a sociedade e de promoverem o interesse público (ICSID n.º ARB/96/1).

CETA com os Tratados da UE⁶. Na mesma data, o Conselho e a Comissão anexavam a Declaração n.º 36 e as Partes do acordo, o Canadá, UE e EM, juntavam o Instrumento Comum Interpretativo, ambos os documentos contendo indicações específicas relativas ao sistema jurisdicional em matéria de investimento e que viriam mais tarde a ser tidos em conta pelo TJUE, por altura da apreciação que viria fazer do CETA.

1. Os principais contributos do TJUE

A Comissão Europeia iria, entretanto, submeter um pedido de apreciação ao TJUE sobre as competências para a celebração do Acordo UE/Singapura⁷, o qual se pronunciou a 17 de maio de 2017, mediante o Parecer 2/15⁸, no sentido de que o acordo envolvia competência da UE e dos EM, pelo que teria de ser celebrado conjuntamente, assumindo a forma que a doutrina designa de *acordo misto*.

Perante este *dictum* e uma vez que as disposições do acordo UE/Singapura e do CETA eram semelhantes, a UE optava pela *entrada em vigor provisória* do CETA⁹ relativamente às matérias que pertenciam à sua competência exclusiva, essencialmente relacionadas com o comércio, a qual ocorreu a 21 de setembro

6. O pedido era solicitado ao abrigo do artigo 218.º, n.º 11, do TFUE.

7. O pedido fora solicitado ao abrigo do artigo 218.º, n.º 11, do TFUE.

8. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer 2/15, de 16 de maio de 2017, *Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura*.

9. Sobre a entrada provisória em vigor do CETA *vide* M. J. Palma, *A política comercial comum à prova no pós-Lisboa – a competência para a celebração de acordos internacionais de comércio na União Europeia*, in *Análise Europeia - Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus*, 2017, pp. 164-182, disponível em: <https://lisboa.academia.edu/MariaJoaoPalma>

de 2017, deixando para uma fase posterior a entrada em vigor das disposições relativas à resolução de litígios investidor-Estado (ISDS) e investimentos não diretos, como o *portfolio*, as quais dependeriam do processo de ratificação de cada EM, tal como resultara do Parecer 2/15 sobre o UE/Singapura, estando o processo relativo à ratificação do CETA ainda em curso.

Entretanto, tal como anunciara, a Bélgica submetia, em 7 de setembro de 2017, ao TJUE um pedido de apreciação da compatibilidade do ISDS do CETA com os Tratados da UE.

No Parecer 1/17, o TJUE teria em consideração os *elementos evolutivos* do projeto de ISDS que resultavam do Instrumento Comum interpretativo e da Declaração n.º 36, que melhoravam o ISDS em vários aspetos, com destaque para a introdução do *direito de regular (policy space)*, sendo certo que a versão CETA de 2014 já incluía alguns elementos de melhoria, tais como a instituição de um tribunal e de uma instância de recurso (*Investment Court System, ICS*).

O *direito de regular* assegura que as Partes no acordo possam regular e promover objetivos legítimos de política pública, tais como, saúde pública, segurança, ambiente, moral pública, proteção social ou do consumidor e a promoção e proteção da diversidade cultural¹⁰.

Na medida em que fora questionado, nos termos do artigo 218.º, n.º 11, do TFUE, que prevê a análise de *acordos ainda em fase de projeto*, o TJUE tomou em consideração os tais *elementos*

10. Refira-se que na versão anterior do texto consolidado do CETA (versão de 2014) este consagrava o direito de regular apenas no Preâmbulo do acordo, retirando-lhe vinculatividade e eficácia.

evolutivos¹¹ onde, *inter alia*, se incluía o direito de regular, e, nesse Parecer 1/17, de 30 de abril de 2019¹², pronunciou-se no sentido da compatibilidade do CETA com os Tratados da UE.

Os dois Pareceres, o 2/15 sobre o acordo UE/Singapura e o 1/17 sobre o CETA, interligam-se e completam-se, o primeiro, tendo analisado a cápsula competencial dos *acordos de nova geração*, concluindo pela necessidade de celebração de acordos mistos, i.e., acordos a serem celebrados conjuntamente pela UE e pelos EM, e o Parecer 1/17 dando o aval do TJUE ao ICS plasmado no CETA.

Uma vez que as disposições dos vários acordos de *nova geração* eram idênticas, a doutrina referia, a este respeito, a conceção de um *modelo invisível*¹³, assumindo o CETA a *liderança* ao nível da conceção do sistema de resolução de litígios investidor-Estado¹⁴, com a proposta de um *Investment Court System*.

Ainda na pendência da apreciação do ICS, previsto no CETA, o TJUE iria pronunciar-se numa outra decisão que vinha completar o *puzzle* de decisões essenciais que contribuiriam para a edificação de uma Política de Investimento Estrangeiro da UE, desta vez cuidando da sua vertente interna.

A questão fora submetida pelo Supremo Tribunal Federal alemão, nos termos do mecanismo das questões prejudiciais do

11. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer 1/17, de 30 de abril de 2019, *Acordo Económico e Comercial Global entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro (AECG)*, considerando 108.

12. *Supra* referido.

13. A expressão é de M. Bungenberg, A. Reinisch, *The Anatomy of the (Invisible) EU Model BIT*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2014, p. 375.

14. P. Monjal apelidou o CETA de "*Gold-standard trade pact*", in *L'Avis 1/17 de la Cour de justice et le système juridictionnel des investissements: le CETA comme Gold-standard trade pact*, in *Revue du Droit de L'Union européenne*, 2019, pp. 11-13.

artigo 267.º do TFUE, que interrogou o TJUE sobre a compatibilidade da cláusula arbitral, prevista no TBI celebrado entre o Reino dos Países Baixos e a República Eslovaca, ou seja, num TBI celebrado entre dois EM (TBI *intra*-UE).

O TJUE pronunciou-se em 6 de março de 2018, no Acórdão *Achmea*¹⁵, considerando que havia incompatibilidade entre a cláusula arbitral prevista no artigo 8.º do TBI e os Tratados da UE, gerando uma *onda de controvérsia* na doutrina, essencialmente pelos seguintes motivos: por um lado, porque a tramitação do processo era em tudo semelhante a outras situações de arbitragem em que o TJUE tinha admitido ser questionado pelo órgão nacional de recurso da sentença arbitral (constelações *Eco Swiss*)^{16,17}, ou mesmo porque certa doutrina via nos tribunais arbitrais de investimento as características de órgãos jurisdicionais capacitados para colocar questões prejudiciais. A outra razão de alarme devia-se ao facto de certa doutrina considerar que o acórdão colocava em causa toda a arbitragem de investimento, quer se tratasse de TBIs *intra*-UE, quer de acordos celebrados pela UE e EM com países terceiros, nomeadamente o CETA ou a Carta de Energia.

Porém, em nosso entender, pelo menos duas das razões em que o TJUE baseava a sua decisão no Acórdão *Achmea* faziam antecipar aquela que viria a ser a decisão de validação do ISDS no CETA,

15. Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 6 de março de 2018, Proc. C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*.

16. Assim, B. Hess, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, in *Max Planck Institute Luxembourg, Research Paper Series*, 2018.

17. O caso *EcoSwiss* respeita a uma arbitragem relativa a direito de concorrência. Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 1 de junho de 1999, Proc. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*.

no Parecer 1/17. Por um lado, o TJUE afirmava que os EM deviam basear a resolução dos litígios investidor-Estado no *princípio de confiança mútua*, ou seja, deveriam confiar nos tribunais nacionais dos vários EM¹⁸, princípio que não seria exigível aos países terceiros, e por outro lado, porque o TJUE frisava que analisava o ISDS de um determinado TBI celebrado entre EM *situação* que não era equivalente aos acordos celebrados pela UE¹⁹.

A dúvida permanecia, porém, no que respeitava à referência que o TJUE fazia no Acórdão *Achmea* ao princípio da autonomia, pois o TJUE considerava que a cláusula arbitral que analisava continha em si a possibilidade de os litígios serem apreciados colocando em causa as suas competências, *maxime*, as atribuídas pelo artigo 267.º do TFUE (mecanismo de questões prejudiciais)²⁰.

O Acórdão *Achmea* parecia conter uma *contradição*, na medida em que, no caso em apreço, o litígio tinha chegado ao TJUE pela via das questões prejudiciais. Sucede que o TJUE não se tinha limitado a analisar o caso concreto, mas sim o *sistema concreto* de arbitragem que o TBI continha e esse sistema continha a *possibilidade de deslocalização do litígio* para fora da alçada do TJUE²¹. Era esta possibilidade que incomodava o TJUE, i.e., o contorno da sua competência exclusiva em matéria de interpretação e de aplicação do direito da UE, a qual poderia ocorrer nos casos em

18. *Slowakische Republik c. Achmea BV, cit.*, considerandos 34 a 36 e 58.

19. *Idem* considerandos 58 e 60.

20. *Idem* considerando 56.

21. *Idem* considerando 56.

que a arbitragem decorresse num tribunal CIRDI,²² ou num país terceiro à UE, por determinação da *lex arbitri*.

As críticas que se podem fazer a este acórdão são várias, desde logo, porque o TJUE poderia ter seguido *caminhos conciliadores* com a arbitragem *intra-UE*²³, admitindo que os tribunais arbitrais de investimento reuniam as características de órgãos jurisdicionais dos EM, ou admitindo que o órgão de recurso da sentença arbitral lhe pudesse colocar questões prejudiciais²⁴, mas a principal crítica que se lhe pode fazer foi ter deixado a porta aberta para uma *situação desarmoniosa* entre investidores que operam no mesmo espaço europeu.

Entretanto, no Parecer 1/17 sobre o CETA, pronunciado a 30 de abril de 2019²⁵, surgiu a resposta para uma das questões que o Acórdão *Achmea* deixara em aberto. Dado que os acordos de *nova geração* não previam um mecanismo de articulação com o TJUE, à semelhança do mecanismo das questões prejudiciais, tal ausência seria motivo para o TJUE os considerar incompatíveis com os Tratados da UE?

Ao validar a solução que resultava do artigo 8.31 do CETA, no sentido de se considerar que o *ICS* apenas interpreta as disposições do acordo, devendo considerar o direito da UE, apenas, como

22. Essa possibilidade estava, porém, excluída no caso dos autos, que não fazia remissão para o CIRDI, mas outras situações de contorno eram possíveis.

23. D. Segoin, *Les accords de protection des investissements conclus entre États membres saisis par le droit de l'Union Achmea, C-284/16*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019, p. 229 et seq.

24. Além de poder admitir qualquer uma destas situações, o TJUE deveria explicar que os litígios que fossem deslocalizados para fora do alcance da sua competência contrariavam os Tratados da UE.

25. *Supra*.

“matéria de facto”, o TJUE afastava a dúvida que tinha ficado do Acórdão *Achmea* sobre a compatibilidade dos acordos de *nova geração* com o princípio da autonomia do direito da União. Ao considerar o direito da UE apenas como “matéria de facto” e não tendo de o interpretar, não caberia questionar o TJUE.

Esta construção encerra uma *falácia*²⁶ e se, por um lado, constituiu a solução pragmática para permitir que o CETA fosse considerado compatível com os Tratado da UE, por outro lado, vinha também contribuir para a situação desarmoniosa entre os investidores que operam no espaço europeu, pois o direito da UE acabara, forçosamente, por ser interpretado pelo ICS, podendo vir a existir divergências interpretativas não só entre o ICS e o TJUE, como entre os vários ICS dos diferentes acordos.

2. Algumas dúvidas que permanecem

Os fundamentos do Acórdão *Achmea* são extensíveis à Carta da Energia? Aproveitando o exercício em curso de reforma da Carta da Energia, em direção a um Tratado da Carta de Energia Modernizado, a Bélgica submeter em 2 de dezembro de 2020²⁷ ao TJUE um pedido de apreciação do ISDS da Carta da Energia (artigo 26.º) ao TJUE, no sentido de saber se a aplicação do mesmo aos litígios *intra*-UE é compatível com os Tratados da UE.

26. N. Sadeleer considera que a tese da “matéria de facto” não impede os tribunais arbitrais de interpretar e aplicar direito da UE, in *Les tribunaux d’investissement mis sur la sellette au nom de l’autonomie du droit de l’Union*, in *Revue des affaires européennes*, 2018, p. 125.

27. Pedido de Parecer 1/20. O pedido de apreciação foi apresentado ao abrigo do artigo 218.º do TFUE em virtude de se tratar de um projeto de acordo. O artigo 26.º da Carta não faz parte dos tópicos em discussão na reforma, mas, ainda assim, a Bélgica argumentou no sentido de que o artigo 26.º integra o conjunto que está em inserido no projeto de acordo.

A empresa *Achmea* introduziu um pedido de apreciação da constitucionalidade do Acórdão *Achmea* ao Tribunal Constitucional (TC) alemão, o qual deverá agora apreciar se o TJUE decidiu *ultra vires*. Esta será a segunda vez que o TC alemão é chamado a apreciar um acórdão do TJUE, tendo o primeiro caso respeitado ao Acórdão *Weiss* do TJUE relativo ao programa do BCE de compra de títulos da dívida pública, que o TC alemão considerou ir contra a Constituição.

3. Balanço – Falhas e incongruências do sistema

No mesmo espaço europeu de investimento convivem investidores estrangeiros com *status quo* distintos, resultantes das diferentes tipologias de TBIs a que estão sujeitos.

Desde logo, os investidores *intra*-UE perderam o direito de acionar a plataforma arbitral de investimento internacional à luz dos TBIs *intra*-UE, em virtude do *Acordo de maio de 2020*²⁸, que viria a determinar a extinção dos mesmos, restando-lhes a solução de reestruturar o seu investimento mediante um *vehicle* de investimento, situado num país terceiro, com o qual o país europeu, onde pretendem investir, tenha celebrado um TBI.

Extintos os TBI *intra*-UE, ainda assim teremos 3 tipologias distintas de acordos de investimento a vigorar no mesmo espaço europeu : os TBIs celebrados pelos EM de *velha geração*, i.e., celebrados antes do regime de autorização pela Comissão Europeia, decorrente do Regulamento *Grandfathering* com disposições

28. *Acordo relativo à cessação da vigência de Tratados Bilaterais de Investimento entre os Estados-Membros da União Europeia (JO L 169 de 29.5.2020, pp. 1-41).*

generosas de proteção dos investimentos, nomeadamente, ausência da consagração do *policy space*²⁹, a par dos TBIs de *nova geração* os quais surgem alinhados com os acordos celebrados pela UE, em virtude das indicações que a Comissão Europeia dá aos EM por altura do processo de autorização para a negociação dos mesmos, nomeadamente com referência à inclusão do *policy space*.³⁰ Mas as disparidades vão mais além, já que os acordos da primeira categoria, os TBIs antigos, e novos celebrados pelos EM, têm *efeito direto*, oferecendo a *plataforma dos tribunais nacionais* e, mediante esta, acesso ao TJUE pela via do mecanismo das questões prejudiciais, ao passo que tal não se verifica relativamente aos acordos celebrados pela UE e seus EM com países terceiros³¹.

Os investidores não poderão, no futuro, escolher usar um ou outro instrumento, já que, mediante um *efeito de dominó*, a entrada em vigor dos acordos celebrados pela UE fará cair os TBIs dos vários EM celebrados com esse mesmo parceiro³², o que, em nosso entender, poderá determinar a perda de direitos dos investidores, nalgumas situações³³.

29. Por exemplo, o TBI celebrado entre Portugal e os Emirados Árabes Unidos, assinado em 19.11.2011, em vigor desde 4.07.2012.

30. Por exemplo, o TBI celebrado entre a França e a Colômbia, assinado em 10.7.2014, em vigor desde 14.10.2020.

31. Sobre a inexistência de efeito direto nos acordos internacionais comerciais e de investimento, vide M. J. Palma, *Chapter 3: Legal effects of international agreements*, in J. C. Vilaça, R. L. Vasconcelos, M. Gorjão-Henriques, A. Saavedra (eds.), *The internal market and the digital economy: XXVIII FIDE Congress Lisbon/Estoril (23-26 may 2018) Congress proceedings*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 658-662.

32. Artigo 3.º do Regulamento *Grandfathering*.

33. Por exemplo, pelo facto de os acordos de *nova geração* não possibilitarem a compensação de lucros cessantes ou serem muito limitados no que se refere às expectativas legítimas.

Somos assim favoráveis a que a evolução já projetada dos vários ICS para um *Tribunal Multilateral de Investimento* comum a todos os acordos seja feita de modo a uniformizar situações ainda desarmoniosas, nomeadamente incluir o acesso também dos investidores *intra*-UE, com melhorias acrescidas relativamente ao sistema vigente, nomeadamente a harmonização dos direitos substantivos dos investidores que operem no espaço europeu, a possibilidade de se prever uma articulação com o TJUE e a atribuição do *efeito de precedente* às decisões do MIC.

4. A falibilidade ou plasticidade do Modelo

Perante a morosidade que a celebração de um acordo misto representa, várias opções foram colocadas em prática, tal como a que viria a ser tomada no caso do CETA de entrada em vigor provisória apenas da parte referente às competências exclusivas da UE, deixando para uma fase ulterior as disposições relativas ao ICS; ou, noutros casos, tendo os parceiros comerciais optado por variações menos abrangentes, ou separando as matérias por diferentes acordos, continuando, assim, a ser implementadas diferentes modalidades de acordos, demonstrando que o modelo apresentado pelo CETA não é impositivo.

Por exemplo, o Acordo UE/Singapura foi dividido em dois acordos, em separado, tendo o acordo relativo à parte do comércio entrado em vigor, aguardando o acordo relativo à proteção dos investimentos a ratificação por todos os EM³⁴.

34. O acordo de comércio (*FTA, Free Trade Agreement*) entrou em vigor a 21 de novembro de 2019. O acordo de proteção do investimento, incluindo um ICS (capítulo III), aguarda a ratificação por parte de todos os EM, *vide*: Comissão Euro-

No caso da China, a opção seria apenas por um *Investment Agreement*, cujas negociações se concluíram em 30 de dezembro de 2020³⁵, contendo apenas um sistema arbitral de resolução de litígios entre Estados Partes no acordo³⁶.

No caso do *UE-Mercosul*, as Partes chegaram a acordo sobre o Novo Acordo de Comércio, em 1 de julho de 2019³⁷, o qual não contém disposições relativas a proteção de investimento. Este acordo de comércio é parte de um acordo de Associação, o qual é composto também por um pilar político e de cooperação relativamente ao qual os negociadores chegaram a acordo em 18 de junho de 2018, em Montevideo^{38 39}.

Considerações finais

Perante a variabilidade de opções pelas quais os parceiros da UE têm vindo a optar, poderemos concluir que o modelo de acordo de *nova geração* veio para coabitar com outros formatos, de longa

peia, *EU-Singapore Agreement*, disponível em: <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-singapore-agreement/>

35. Comissão Europeia, *EU and China reach agreement in principle on investment*, disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2233>

36. Comissão Europeia, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI): list of sections*, disponível em: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237&title=EU-%E2%80%93-China-Comprehensive-Agreement-on-Investment-\(CAI\)-list-of-sections](https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237&title=EU-%E2%80%93-China-Comprehensive-Agreement-on-Investment-(CAI)-list-of-sections)

37. Comissão Europeia, *EU and Mercosur reach agreement on trade*, disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2039>

38. Além do comércio, o acordo promove um diálogo político e aumenta a cooperação em áreas como migração, economia digital, investigação e educação, direitos humanos, incluindo o direito dos povos indígenas, responsabilidade social das empresas, proteção ambiental, governança dos oceanos, luta contra o terrorismo, lavagem de dinheiro e cibercrime.

39. M. J. Palma, *O Acordo UE/Mercosul – eventuais complicações jurídicas decorrentes da demora na celebração do acordo no prisma da União Europeia*, in *Análise Europeia - Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus*, 2018, pp. 171-180, disponível in: <https://lisboa.academia.edu/MariaJoaoPalma>

data utilizados pela UE, como os Acordos de Associação, mais abrangentes incluindo formas de cooperação política, ou as zonas de comércio livre, menos abrangentes, restritas ao comércio e não para se substituir a eles.

Por outro lado, a inclusão do IDE, como nova componente das áreas albergadas pela política comercial comum da UE, não se apresenta como um capítulo obrigatório dos acordos internacionais de comércio, podendo constar, ou não, dos mesmos, não resultando, assim, que a política comercial tenha passado a ser gerida, necessariamente, mediante a celebração de acordos mistos, não se tendo evoluído para uma política de *single undertaking*⁴⁰, mas mantendo-se a flexibilidade do cardápio de temas a incluir nos acordos comerciais da UE.

Referências bibliográficas

Acordo relativo à cessação da vigência de Tratados Bilaterais de Investimento entre os Estados-Membros da União Europeia (JO L 169 de 29.5.2020, pp. 1-41).

B. Hess, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, in *Max Planck Institute Luxembourg, Research Paper Series*, 2018.

Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos, ICSID Case n.º ARB/96/1, *Santa Elena vs. Costa Rica*.

Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos, ICSID Case n.º ARB/06/11, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Equador*.

Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos, ICSID Case n.º ARB/12/12, *Vattenfall AB v. Federal Republic of Germany (II)*.

40. Como a regra que vigora na OMC: “*Nothing is agreed until everything is agreed*”.

Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional/
Tribunal Permanente de Arbitragem, PCA Case n.º AA 226, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*.

Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional/
Tribunal Permanente de Arbitragem, PCA Case n.º AA 227, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*.

Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional/
Tribunal Permanente de Arbitragem, PCA n.º AA 228, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*.

Comissão Europeia, *EU and China reach agreement in principle on investment*, disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2233>

Comissão Europeia, *EU and Mercosur reach agreement on trade*, disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2039>

Comissão Europeia, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI): list of sections*, disponível em: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237&title=EU-%E2%80%93-China-Comprehensive-Agreement-on-Investment-\(CAI\)-list-of-sections](https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237&title=EU-%E2%80%93-China-Comprehensive-Agreement-on-Investment-(CAI)-list-of-sections)

Comissão Europeia, *EU-Singapore Agreement*, disponível em: <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-singapore-agreement/>

D. Segoin, *Les accords de protection des investissements conclus entre États membres saisis par le droit de l'Union Achmea, C-284/16*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019, p. 225-238.

M. Bungenberg, A. Reinisch, *The Anatomy of the (Invisible) EU Model BIT*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2014, pp. 375-378.

M. J. Palma, *A Nova Política Europeia de Investimento decorrente do Tratado de Lisboa – o Regulamento Grandfathering e a articulação entre a competência da União Europeia e as competências remanescentes dos Estados-Membros*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2015, pp. 83-110.

M. J. Palma, *A Proteção do Investimento Estrangeiro – Uma Nova Política Europeia?* in *Análise Europeia - Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus*, 2016, pp. 124-134, disponível em: <https://lisboa.academia.edu/MariaJoaoPalma>

M. J. Palma, *A política comercial comum à prova no pós-Lisboa – a competência para a celebração de acordos internacionais de comércio na União Europeia*, in *Análise Europeia - Revista da Associação*

Portuguesa de Estudos Europeus, 2017, pp. 164-182, disponível in: <https://lisboa.academia.edu/MariaJoaoPalma>

M. J. Palma, *Chapter 3: Legal effects of international agreements*, in J. C. Vilaça, R. L. Vasconcelos, M. Gorjão-Henriques, A. Saavedra (eds.), *The internal market and the digital economy: XXVIII FIDE Congress Lisbon/Estoril (23-26 may 2018) Congress proceedings*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 658-662.

M. J. Palma, *O Acordo UE/Mercosul – eventuais complicações jurídicas decorrentes da demora na celebração do acordo no prisma da União Europeia*, in *Análise Europeia – Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus*, 2018, pp. 171-180, disponível in: <https://lisboa.academia.edu/MariaJoaoPalma>

N. Sadeleer, *Les tribunaux d'investissement mis sur la sellette au nom de l'autonomie du droit de l'Union*, in *Revue des affaires européennes*, 2018, pp. 117-127.

P. Monjal, *L'Avis 1/17 de la Cour de justice et le système juridictionnel des investissements: le CETA comme Gold-standard trade pact*, in *Revue du Droit de L'Union européenne*, 2019, pp. 11-13.

Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 1 de junho de 1999, Proc. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*.

Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer 2/15, de 16 de maio de 2017, *Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura*.

Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 6 de março de 2018, Proc. C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*.

Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer 1/17, de 30 de abril de 2019, *Acordo Económico e Comercial Global entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro (AECG)*.