



A PROTEÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO – UMA NOVA POLÍTICA EUROPEIA?¹

MARIA JOÃO PALMA²

RESUMO

O presente artigo é baseado numa apresentação com o título “A proteção do Investimento Estrangeiro pela União Europeia”, proferida no Seminário subordinado ao tema “*Dilemas da Globalização*”, realizado no dia 21 de Abril de 2016, na Academia das Ciências, em Lisboa, organizado pela Associação Portuguesa de Estudos Europeus (APEE), conjuntamente com a Academia das Ciências. Tendo como ponto de partida a alteração do âmbito da política comercial comum, mediante a inclusão da referência ao “*Investimento Directo Estrangeiro*”, na redação dada ao artigo 207º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), pelo Tratado de Lisboa, o estudo discorre sobre a aparente edificação de um *emergente Direito do Investimento Estrangeiro da União Europeia*. O texto identifica os principais atos aprovados pela União Europeia (direito derivado, Acordos Internacionais em processo de negociação/conclusão) que terão permitido regular a articulação entre as competências dos Estados-Membros e as competências da União Europeia, dando lugar ao surgimento de uma *Nova Política Europeia de Proteção do Investimento Estrangeiro*.

Palavras-chave: Política comercial comum, Investimento Direto Estrangeiro, Tratado de Lisboa, Regulamento *Grandfathering*, Acordos de Investimento.

Histórico do artigo: recebido em 25-04-2016; aprovado em 26-04-2016; publicado em 03-05-2016. Publicação a convite do Conselho Editorial.

¹ O presente texto é baseado na nossa intervenção subordinada ao título “A proteção internacional do Investimento Estrangeiro pela União Europeia” - realizada no dia 21 de abril de 2016, na Academia das Ciências, Lisboa, no Seminário “*Dilemas da Globalização*”, organizado conjuntamente pela Associação Portuguesa de Estudos Europeus (APEE) e pela Academia das Ciências.

Os nossos agradecimentos à APEE pelo gentil e honroso convite para publicar a nossa intervenção na Revista *Análise Europeia*, dirigida pela mesma Associação.

² LLM *College of Europe*. Mestre em Direito FDL. Assistente convidada no Curso de Estudos Europeus, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. Lisboa, Portugal. E-mail: luzpalma2011@hotmail.com.

ABSTRACT

The protection of Foreign Investment – A new European policy? This article is based on the presentation “The protection of Foreign Investment by the European Union” given at the Conference “*Globalization’s Dilemmas*” held in Lisbon (on 21 April 2016, in the Science Academy) organized by the Portuguese Association for European Studies (APEE) and the Science Academy. The changes introduced by the Treaty of Lisbon concerning the scope of the common commercial policy by the inclusion of a reference to *foreign direct investment* (article 207 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)), claim for the analysis about the newly shaped Foreign Investment Law by the European Union. This text identifies the main regulations concerning investment law approved by European institutions, the investment agreements under negotiation and the main questions involving the division of competences between the member states and the European Union. This framework reveals *the emergence of a foreign investment policy* by the European Union.

Keywords: Common commercial policy, Foreign Direct Investment, Lisbon Treaty, *Grandfathering* regulation, Investment agreements.

1. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO – DO BILATERALISMO AO REGIONALISMO³

A celebração do primeiro Acordo Bilateral de Promoção e Proteção Recíproca de Investimento remonta a 1959, por altura da assinatura do primeiro BIT (*Bilateral Investment Treaty*)⁴ entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão⁵. Desde essa altura, o número de acordos celebrados a nível mundial aumentou para, aproximadamente, 3000 BITs, dos quais cerca de metade foram celebrados por Estados-Membros da União Europeia⁶.

³ A presente reflexão encontra a sua raiz no nosso estudo – “A nova Política Europeia de Investimento Estrangeiro 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*, Almedina, Vol. VIII, 2015, p. 83 a 110.

⁴ Uma vez que o seu uso é generalizado, usaremos a sigla em inglês BIT (*Bilateral Investment Treaty*) para fazer referência aos acordos bilaterais de promoção e proteção recíproca de investimento.

⁵ Alemanha, China, Suíça e Reino Unido são os 4 maiores signatários de BITS a nível mundial. As listas por país podem ser consultadas em - unctad.org/en/Pages/DIAE/.../Country-specific-List-of-Bits.aspx.

⁶ Em 2013, o número de BITs celebrados totalizava 3. 240 dos quais 1.382 celebrados pelos Estados-Membros com 149 países. *Vide*, UNCTAD, *World Investment Report*, 2013, p. 114-128, (http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf).

Os Acordos Bilaterais de Investimento têm por objetivo assegurar, de forma recíproca, garantias mínimas aos investimentos e aos investidores de uma parte contratante no território da outra parte contratante (*"level playing field"*)^{7 8}.

Essas garantias consubstanciam, por um lado, um conjunto de direitos substantivos que são assegurados aos investidores (como a regra do tratamento nacional ou o direito a indemnização em caso de expropriação) mas, também, o acesso à arbitragem internacional como modo de resolução dos litígios em alternativa aos tribunais nacionais e cuja principal vantagem residirá na deslocalização dos litígios relativos a investimentos efetuados em destinos considerados de *risco político* para ambientes que possam garantir, de forma acrescida, a resolução imparcial da regulação da contenda⁹.

Presentemente, os acordos bilaterais de proteção do investimento estrangeiro continuam a prevalecer em termos quantitativos, porém, em termos de impacto económico o destaque deve ser dado aos Acordos regionais, ou Acordos Mega regionais, como são designados no jargão do comércio internacional. O aumento do peso económico dos Tratados regionais é notório desde a conclusão da negociação da zona de comércio livre entre o México e a América Central (NAFTA)¹⁰, a qual incluiu um capítulo sobre investimento; sendo evidenciado, também, pelas negociações em curso do Acordo de Comércio Livre Trans-Pacífico (TPP Agreement)¹¹, ou pelos desenvolvimentos recentes no ASEAN¹².

7 Khawar Qureshi apresenta a seguinte definição: *"What is a BIT? These are Treaty arrangements to provide foreign investors with a "level playing field" and access to an international arbitral tribunal in the event the host State uses its sovereign power with detrimental effect to the foreign investor"*, in *"Bilateral Investment Treaties (BITs): The Essentials"*, 2007, [http://www.mcnairchambers.com/media/documents/200810/investmenttreatyessentials .pdf](http://www.mcnairchambers.com/media/documents/200810/investmenttreatyessentials.pdf).

8 No que se refere ao tratamento a dar aos investidores estrangeiros existem Tratados há mais de duzentos anos: os precursores dos Acordos Bilaterais de proteção dos investimentos foram os Acordos de "Amizade, Comércio e Navegação", tendo o primeiro destes sido assinado em 1788 entre os Estados Unidos e a França.

⁹ O sistema de resolução de litígios usualmente previsto nos BITs surge estruturado quer numa vertente inter-estadual, quer numa vertente investidor-Estado, admitindo-se um variado leque de remissões para tribunais arbitrais de onde sobressai a remissão para o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos (CIRDI em Washington), instituído pela Convenção de Washington, de 1965, sob os auspícios do Banco Mundial.

10 O North American Free Trade Agreement (NAFTA) é um acordo assinado pelo Canadá, México e Estados Unidos, tendo entrado em vigor em 1994.

11 O TPP é uma zona de comércio livre, em negociação desde Dezembro de 2012, entre a Austrália, Brunei, Chile, Canadá, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Singapura, os Estados Unidos e o Vietname. O Japão

Torna-se, também, relevante notar que, a nível da União Europeia (UE) a Comissão Europeia está, atualmente, em virtude da nova competência atribuída pelo Tratado de Lisboa e da redação dada ao artigo 207º do TFUE, a negociar acordos que incluem disposições relativas à proteção de investimento, em nome da UE e de todos os Estados-Membros, nomeadamente, com o Canadá (CETA), Singapura, Índia e com os Estados Unidos da América (TTIP)¹³.

Mais recentemente, saliente-se a proposta americana de constituição de uma zona de comércio livre entre os Estados Unidos e a União Europeia de negociação de um acordo Compreensivo sobre Comércio e Investimento (TTIP)¹⁴ e a abertura oficial das negociações para uma Zona de Comércio Livre, incluindo disposições sobre investimento, entre a UE e o Japão¹⁵.

Note-se que, estes acordos regionais são zonas de comércio livre (*Free Trade Area*, *FTA*, na sigla inglesa) que, além de regularem questões relativas ao comércio incluem também disposições relativas à liberalização de serviços, propriedade intelectual e à proteção do investimento, respondendo de forma mais adequada à atual realidade económica em que estas dimensões estão intimamente interligadas (hodiernamente, designados de *FTAs Plus*).

expressou também o seu desejo de se juntar às negociações. A Coreia de Sul foi convidada pelos Estados Unidos mas declinou o pedido.

12 A Associação de Nações do Sudeste Asiático (ANSEA/ASEAN) é uma organização regional de Estados do sudeste asiático que foi constituída em 8 de agosto de 1967. Foi fundada originalmente pela Tailândia, Indonésia, Malásia, Singapura e Filipinas. Em 1992, os países participantes decidiram transformá-la em zona de livre-comércio, a ser implantada gradualmente até 2008. A nível de relações externas, a prioridade da ASEAN é fomentar o contacto com os países da região Ásia-Pacífico, mas foram também estabelecidos acordos de cooperação com o Japão, China e Coreia do Sul.

13 Em Junho de 2010, na Comunicação sobre a Política Europeia de Investimento (COM (2010) 343, a Comissão enumera aqueles que considera os parceiros de valor acrescentado - Canadá, Índia, Singapura, Mercosul, a curto prazo; China e Rússia a médio prazo. Sobre as negociações em curso pode consultar-se, <http://ec.europa.eu/trade/>.

14 A 12 de Fevereiro de 2013, o Presidente Barack Obama convidou a UE para o início de negociações informais de um Acordo Transatlântico entre os Estados Unidos e a União Europeia (the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). A 12 de Março, a Comissão apresentou um estudo de impacto sobre o TTPI (SWD (2013) 69 final, 12.3.2013 e solicitou ao Conselho uma autorização para a abertura formal das negociações. De acordo com os resultados do estudo, este Acordo UE-EUA será o maior acordo bilateral alguma vez negociado e poderá implicar um *output* de cerca de 0.5% da economia anual da UE.

15 <http://ec.europa.eu/trade/>.

Toda esta rede de acordos em que, por vezes, o mesmo parceiro está presente em vários acordos de comércio tem sido, expressivamente, designada pela doutrina dedicada ao estudo do direito do comércio internacional de *spaghetti bowls* – uma complexa rede de instrumentos de proteção de investimento que origina sobreposições e inconsistências¹⁶.

2. O REGULAMENTO GRANDFATHERING E A CONVIVÊNCIA ENTRE BITs CELEBRADOS PELOS ESTADOS-MEMBROS E OS ACORDOS DE INVESTIMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

Tendo como objetivo prevenir aquele efeito e, na decorrência da assunção, após o Tratado de Lisboa, por parte da UE, de uma nova competência para a celebração de acordos internacionais em matéria de Investimento Direto Estrangeiro (IDE), aquela aprovou, em 2012, um conjunto de regras cujo escopo pretende ser disciplinar a sucessão no tempo entre os BITs nacionais e os Acordos da UE que contenham disposições relativas à proteção do investimento estrangeiro através do Regulamento (UE) nº 1219/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012¹⁷, o qual estabelece disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento celebrados entre os Estados-Membros e os países terceiros.

Este Regulamento – também designado de Regulamento *Grandfathering*¹⁸ – assegura a vigência dos BITs nacionais até à sua substituição pelos Acordos de investimento celebrados pela UE, evitando, assim, a aplicação do artigo 351º do TFUE¹⁹, do qual resultaria a obrigatoriedade de denúncia por parte dos Estados-Membros dos

16 *Vide*, UNCTAD, 2012, p. xx. Na doutrina, Richard Baldwin: “Multilaterilising regionalism: spaghetti bowls as building blocs on the path to global free trade”, Working paper nº 12545, <http://www.nber.org/papers/w12545>.

17 Publicado no Jornal Oficial da União Europeia, L 351/40, de 20.12.2012.

18 Uma análise do Regulamento *Grandfathering* pode ser encontrada no nosso estudo *supra* citado na nota 3.

19 O artigo 351º do TFUE prevê o seguinte: “As disposições dos Tratados não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de Janeiro de 1958 ou, em relação aos Estados que aderem à Comunidade, anteriormente à data da respetiva adesão, entre um ou mais Estados-membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro.

Na medida em que tais convenções não sejam compatíveis com os Tratados, o Estado ou os Estados-Membros em causa recorrerão a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades verificadas. Caso seja necessário, os Estados-Membros auxiliar-se-ão mutuamente para atingir essa finalidade, adotando, se for caso disso, uma atitude comum (...) - o sublinhado é nosso. A expressão “... por todos os meios ...” inclui a denúncia ou revogação do acordo.

referidos Acordos em virtude da alteração da titularidade da competência relativa ao IDE, a qual, de competência nacional, passou a competência exclusiva da UE.

O referido Regulamento estaria, assim, na base de um processo de edificação daquilo que podemos identificar como um *emergente Direito do Investimento Europeu*, o qual, através de uma *hábil engenharia jurídica* viria a ditar as regras de uma convivência pacífica entre os BITs dos Estados-Membros e os Acordos de Investimento da UE.

Esta engenharia assenta numa *trilogia* em que convivem os BITs antigos dos Estados-Membros, um espólio considerável que é mantido nos termos do referido Regulamento, cerca de 1500 BITs, a par dos Acordos de Investimento da UE que são celebrados por esta e que não interferirão com os BITs dos Estados-Membros, desde que os parceiros não sejam idênticos e, por fim, novos BITs celebrados pelos Estados-Membros com autorização da UE que, tendo-se assumido, desde o Tratado de Lisboa, como a titular da competência, dá o seu aval a novos BITs dos Estados, procedendo, se assim o entender, a uma *habilitação* nos termos do artigo 2º do TFUE, para que celebrem novos acordos desde que não tenha interesse nos parceiros eleitos pelos Estados-Membros.

Esta possibilidade de *negociações paralelas* – por parte da UE e por parte dos Estados-Membros - compreende-se se pensarmos que os Estados deverão ter a oportunidade de poder equiparar as suas *redes de proteção de investimentos*, não devendo, para tal, ficar a aguardar que a UE celebre Acordos com todos os potenciais destinatários ou recetores de investimentos (a Alemanha ou o Reino Unido tem, seguramente, mais do dobro de BITs em vigor do que, por exemplo, Portugal)²⁰.

Posteriormente, surgiria o Regulamento sobre Responsabilidade Financeira que determina os critérios de repartição de competências entre a UE e os Estados-Membros^{21 22}.

²⁰ Em junho de 2013, a Alemanha tinha 136 BITs assinados, dos quais 127 em vigor; ao passo que Portugal tinha 55 BITs assinados e 41 em vigor.

²¹ Regulamento (UE) n.º 912/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, que estabelece um regime de gestão da responsabilidade financeira relacionada com os órgãos jurisdicionais de resolução de litígios entre os investidores e o Estado, estabelecidos por acordos internacionais em que a União é parte.

3. OS ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO A CELEBRAR PELA UE – A VAEXATA QUESTIO DA MIXITY

Atualmente, a estruturação desta nova competência encontra-se numa fase mais dinâmica em que caminham em simultâneo as negociações de um feixe de Acordos de Investimento da UE com países terceiros (TTIP, CETA, UE Japão, UE China, UE Myanmar, UE Índia, UE Vietname, UE Singapura).

Uma vez tendo sido dirimida a questão da competência para a celebração dos Acordos - questão que está, presentemente, a ser discutida no Tribunal de Justiça da UE no âmbito do *Parecer n.º 2/2015*, desencadeado pela Comissão para o caso concreto do Acordo UE/Singapura, e do qual deverá resultar a pronúncia, por parte daquele Tribunal sobre a natureza exclusiva ou mista do referido Acordo²³ - pronúncia que será relevante, não só, para o caso concreto mas, também, para o conjunto de feixes de Acordos em negociação pela UE tendo em consideração a similitude do grosso das matérias versadas, os mesmos poderão entrar em vigor, no ordenamento dos Estados-Membros.

A questão da *mixity* – como é apelidada no jargão dos *experts* das relações comerciais externas da UE - é, em nosso entender, mais do que uma questão jurídica, uma questão política – na medida em que, apenas a soma das competências de ambos (UE mais Estados-Membros) permite igualar o conjunto das competências dos grandes parceiros como os EUA, a China, a Índia ou a Rússia quando esteja em causa a

²² Ambos os Regulamentos apresentam como base jurídica apenas o artigo 207º do TFUE. Na medida em que consideramos que estão em causa não apenas competências exclusivas da UE mas, também, competências partilhadas (ex. *portfolio*), a base legal elegida foi, assim o entendemos, insuficiente. Para uma análise crítica dessa escolha *vide* o nosso estudo referido na nota 3. Enfatizamos que, a questão ganhará renovada atenção no caso de o TJUE vir a considerar que o investimento estrangeiro é uma competência partilhada quando se pronunciar no âmbito do *Parecer n.º2/2015 (infra)*. As considerações que o TJUE vier a tecer em termos de classificação das competências em torno dos diferentes tipos de investimentos (direto e indireto) serão, *mutatis mutandis*, transponíveis para o campo do direito derivado. O investimento direto – enquadrável no âmbito do artigo 207º do TFUE – reporta-se a investimento de *longa duração*, aquele que *deixa lastro* na economia de um país, contrapondo-se ao investimento indireto (ex. *portfolio*). Para uma análise dos diferentes tipos de investimento e repercussões ao nível da escolha da base jurídica, *vide* o nosso estudo referido na nota 3 e bibliografia aí referida.

²³ No caso de o TJUE se pronunciar pela competência mista – que defendemos – a celebração dos Acordos deverá ser conjunta, i.e., pelo Conselho em nome da UE e pelos Estados-Membros de acordo com os ditames previstos nas respetivas Constituições. Neste sentido, pronunciou-se em tempos, o Tribunal Constitucional Alemão quando analisou o Tratado de Lisboa, a 30 de junho de 2009, para. 379, 2 BVE 2/08.

celebração de Acordos de domínios abrangentes²⁴. Nestes casos, deve caber ao conjunto constituído pela UE e os seus Estados-Membros o papel de *ator global* na arena do comércio internacional²⁵, devendo para o efeito os Acordos Internacionais em curso assumir as vestes de *Acordos Mistos*.

4. DESENVOLVIMENTOS RECENTES – O CONTÁGIO BILATERAL ENTRE BITs DOS ESTADOS-MEMBROS E OS ACORDOS DE INVESTIMENTO DA UE

Por fim importa referir que, muito embora a UE tenha evitado proceder à aprovação de um Modelo de BIT/Acordo de Investimento²⁶, é possível verificar que o clausulado dos Acordos de Investimento da UE é próximo dos BITs dos Estados-Membros e, também, próximo entre si²⁷, não nos cabendo, porém, nesta sede, proceder a uma comparação pormenorizada dos mesmos, deixando, apenas, assinalado que, na medida em que o processo de celebração de novos Acordos – da UE e dos Estados-Membros – caminha em paralelo nas duas esferas²⁸ – é possível identificar os traços principais desse percurso.

Dois traços deixamos, aqui, assinalados e que trespasam o conjunto dos Acordos de Investimento da *Nova Era* seja no patamar nacional, seja no patamar da UE – por um, lado, a consagração do *direito de regular* dos Estados-Membros em defesa do interesse público (*policy space*)²⁹ e, por outro, preocupações acrescidas no que se refere à jurisdicionalização da forma de resolução de litígios.

²⁴ O que o Professor Félix Ribeiro designou expressivamente de “*parcerias esmagadoras*” por altura da sua brilhante intervenção no Seminário “Dilemas da Globalização”, na Academia das Ciências em Lisboa, a 21 de Abril de 2016.

²⁵ Assim, “Analysis of the upcoming modernisation of the trade pillar of the European Union – Mexico Global Agreement”, Directorate-General for External Policies, Policy Department (Parlamento Europeu, INTA), 2016, nota 133, p. 41

²⁶ Vide, Comunicação da Comissão Europeia “Towards a comprehensive European international investment policy”, COM (2010) 343 final, 7 de julho.

²⁷ Certa doutrina identifica um Modelo invisível de Acordo de Investimento da UE. Assim, M. Bungenberg e A. Reinisch – “The Anatomy of the (Invisible) EU Model BIT”, *The Journal of World Investment and Trade* (2014) 15.

²⁸ Para uma lista dos pedidos de autorização para negociar/celebrar BITs submetidos pelos Estados à Comissão ao abrigo do Regulamento *Grandfathering*, consulte-se www.europarl.eu/.../COM-AC DI.

²⁹ Cogitem-se as disposições relativas às atendíveis justificações em caso de expropriação indireta, por exemplo, no BIT Nigéria/Áustria (assinado em 8/4/2013) onde se assegura o direito de regular dos Estados justificado pelo interesse público, com os Anexo X.11 do CETA e Anexo I do TTIP com o mesmo propósito. Vide, texto consolidado do CETA, publicado a 26 de setembro de 2014 – http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradedoc_152806.pdf e textos propostos para o

Por um lado, a regulação do direito de regular tem sido uma preocupação constante como forma de travar as arbitragens consideradas fraudulentas³⁰. Além dessa preocupação coloca-se, também, a questão de regular o recurso à *arbitragem internacional* tendo em consideração as propostas que estão a ser discutidas de *reforma do sistema arbitral* e respetiva transição para um sistema judicial.³¹

A necessidade de proceder a esta reforma aparece na sequência de uma consulta pública realizada pela Comissão Europeia sobre o Acordo TTIP³², e as críticas dirigidas à possibilidade de recurso à arbitragem internacional no referido Acordo³³. Em reação, a Comissão Europeia viria a apresentar, através do *Concept Paper* de maio de 2015³⁴, não só propostas de melhoria do sistema apresentado, mas, também, uma proposta de reflexão sobre a possível criação de um *tribunal de investimento de natureza judicial, permanente e multilateral*, i.e., abrangendo, além do TTIP, outros Acordos de Investimento³⁵.

capítulo do TTIP relativo ao investimento – http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs72015/september/tradoc_153807.pdf. É expectável um efeito de alastramento das previsões relativas a *policy space* ao nível dos BITs dos Estados-Membros.

³⁰ *Vide*, Maude Barlow e Raoul Marc Jennar – “O flagelo da arbitragem internacional”, *Le Monde diplomatique*, 01.02.2016.

³¹ Sobre o sistema de resolução de litígios investidor-Estado nos Acordos de Investimento da União Europeia, August Reinisch e Lukas Stifter – “What about ISDS in EU Investment Agreements”, *in* *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, Vol. VIII, 2015, p. 7 a 34.

³² O Relatório da Comissão Europeia sobre o resultado da consulta pública, de 13 de Janeiro de 2015, pode ser encontrado em http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153046.pdf

³³ Os argumentos invocados contra a arbitragem internacional em matéria de investimentos são conhecidos: por um lado, a tendência dos árbitros para decidir a favor dos investidores atendendo ao seu interesse na nomeação para as arbitragens; por outro, o facto de os tribunais arbitrais de investimento terem natureza privada não existindo um controlo público da sua constituição ou das suas decisões; invoca-se, também, o facto de a arbitragem colocar em causa o direito de regulação pública dos Estados, referindo-se um abuso de um direito de ação contra medidas legítimas tomadas pelos Estados – são conhecidos os casos *Abaclat* (arbitragens ICSID iniciadas por investidores estrangeiros contra medidas de reestruturação da dívida pública pela Argentina para fazer face à crise económica e financeira) ou o caso *Vattenfall* (iniciado contra a Alemanha, também no ICSID, em virtude da sua decisão de supressão progressiva da energia nuclear). Para uma análise crítica destes casos, *vide*, Maude Barlow e Raoul Marc Jennar – “O flagelo da arbitragem internacional”, *Le Monde diplomatique*, 01.02.2016.

Por fim, invoca-se, ainda, o facto de a arbitragem fazer sentido relativamente aos BITs celebrados pelos Estados-Membros com países em desenvolvimento cujos sistemas judiciais não oferecem garantias de imparcialidade (*destinos de risco político*), o que não se verificará no caso dos Acordos em curso, nomeadamente, no caso do TTIP. Neste sentido, *vide* Maude Barlow e Raoul Marc Jennar, *op. cit.*

Uma resenha desta argumentação pode ser encontrada no artigo de Ricardo do Nascimento Ferreira “A judicialização do Sistema de ISDS no TTIP”, *in* *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, Vol. VIII, 2015, p. 114.

³⁴ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

³⁵ Sobre os desenvolvimentos subsequentes aos resultados da consulta pública *vide*, August Reinisch e Lukas Stifter, *op. cit.*, p. 10 e segs.

Na mesma linha, o Parlamento Europeu aprovaria uma Resolução, em 8 de julho de 2015, recomendando à Comissão Europeia um novo sistema de resolução de litígios entre os investidores e os Estados, sujeito a princípios e controlo democráticos, processos públicos e de acordo com regras de transparência, com recurso a juizes profissionais, independentes e nomeados pelo poder público, incluindo recurso das decisões de modo a assegurar a coerência das mesmas, regras estas que contribuiriam, no seu conjunto, alegadamente, para impedir que os interesses privados possam comprometer a prossecução de objetivos de interesses públicos³⁶.

A 16 de setembro de 2015, a Comissão Europeia publicou para efeito de discussão os textos propostos para o capítulo TTIP relativo ao investimento, incluindo disposições sobre um *sistema judicial permanente de resolução de litígios de investimento*, manifestando, na mesma publicação, o seu empenho na criação de um *Tribunal de Investimento Internacional* que substitua todos os sistemas de resolução de litígios previstos em Acordos de Investimento³⁷ - incluindo os dos BITs dos Estados-membros, cujo contributo em termos de equilíbrio na garantia dos vários interesses em presença importará equacionar.

5. CONCLUSÃO

Tendo como ponto de partida a alteração do âmbito da Política Comercial Comum, mediante a inclusão da referência ao "*Investimento Direto Estrangeiro*", na redação dada ao artigo 207º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), pelo Tratado de Lisboa, a UE iniciou um processo de edificação de um *emergente Direito do Investimento Estrangeiro da União Europeia* cuja densificação nos permite concluir estarmos perante o surgimento de uma *Nova Política da União Europeia*.

Esta *Nova Política* que se ergue não pode ser, pela sua versatilidade e abrangência de conteúdos, *maxime* a amplitude dos investimentos cobertos pelos Acordos Internacionais a celebrar pela UE, enquadrável unicamente no artigo 207º do

³⁶ Ver <http://www.europarl.eu/sides/getDoc.do?pubRef>

³⁷ Ver http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf e [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-15-5652_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5652_en.htm).

TFUE, não podendo, atualmente, afirmar-se que se trata de uma competência exclusiva, muito embora o “*mote*” para a dinâmica da UE tenha vindo do artigo 207º do TFUE que regula um campo de exclusividade.

A *Política Europeia de Investimento Estrangeiro* permanece, por ora, uma competência partilhada entre a UE e os Estados-Membros – ditando a imposição de celebração de *Acordos Mistos* na esfera internacional.

Esta Política só assumirá as vestes de uma política exclusiva quando a palavra “*direto*” for suprimida do artigo 207 do TFUE³⁸, o que só poderá suceder pela via de uma *revisão formal dos Tratados*, a qual implicará a *chancela unânime* dos Estados-Membros.

³⁸ Em alternativa, poder-se-á enveredar pela regulação do investimento estrangeiro em disposição autónoma, o que, em nosso entender, será mais consentâneo com a autonomização da *Política de Investimento Estrangeiro da UE*.