

O Parecer 1/17 e a reforma da arbitragem investidor-Estado. Autonomia a quanto (*mais*) obrigas?

Marta Vicente^{*}

Assistente Convidada da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7454-2732>

SUMÁRIO

- I. Abertura e delimitação do objeto
- II. O “regresso” do Estado à arbitragem e as propostas de reforma da União Europeia
- III. A necessidade de assegurar as condições da autonomia nos novos API
- IV. Efeitos
- V. Encerramento
- VI. Bibliografia

* mvicente@porto.ucp.pt. Agradeço penhoradamente as duas revisões anónimas a que o presente texto foi sujeito, que foram muito úteis para estruturar o meu pensamento, sobretudo ao nível da Introdução e das conclusões.

I. Abertura e delimitação do objeto

Cairia certamente fora do propósito do presente texto a revisitação exaustiva dos fundamentos, da origem e do conteúdo do princípio da autonomia da ordem jurídica da União. É sabido que esse princípio, desenvolvido, no plano externo, por ocasião de vários acórdãos e pareceres exarados pelo Tribunal de Justiça, pretende preservar *as características essenciais da União e do seu direito*¹.

Em vários acórdãos e pareceres, o Tribunal de Justiça disse que não está vedada à União a celebração de um acordo internacional, dotado de um sistema jurisdicional distinto do dos Tratados, cujas decisões vinculem as instituições da União, incluindo o próprio Tribunal de Justiça. É essa, aliás, a essência do conceito de *fiscalização externa*². Tudo está em saber, neste sentido, quais são as “características essenciais” (*essential characteristics*) da União e do seu direito que os acordos internacionais a celebrar pela União e/ou pelos Estados-membros não podem pôr em crise.

Justifica-se uma primeira observação. O princípio da autonomia, tal-qualmente interpretado pelo Tribunal de Justiça, não tem um conteúdo claro – só isso explica a ansiedade com que são aguardados os pareceres do Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade de um novo tratado com o direito primário (cf. artigo 218.º, n.º 11, do TFUE) – e desdobra-se numa série de exigências de alcance *oportunisticamente* elástico³.

Ainda assim, é possível avançar que as características essenciais da União e do seu direito têm que ver, segundo o Tribunal de Justiça, com o facto de o direito da União provir de uma fonte “autónoma” (os Tratados), que retira aos Estados-membros o poder de regular a posição do direito da União na hierarquia

1 Utilizaremos as seguintes abreviaturas: UE (União Europeia), API (Acordos de proteção de investimento), CETA (*Comprehensive and Economic Trade Agreement*), ISDS (*Investor-State dispute settlement*), UNCITRAL (*United Nations on International Trade Law*), FET (*Fair and Equitable treatment*), LAV (Lei da Arbitragem voluntária), NAFTA (*North American Free Trade Agreement*), CVDT (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados), ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), AG (Advogado-Geral), TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia), TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), OMC (Organização Mundial do Comércio); CEDH (Convenção Europeia dos Direitos Humanos); CDFUE (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

2 Cf., por ex., Parecer 1/91 do Tribunal de Justiça, 14.12.1991, §40; Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno), 18.12.2014, §§182-185; Parecer 1/09 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno), de 08.03.2011, §74; e o acórdão Achmea, processo C-284/16, 06.03.2018, §57.

3 É cogitável que a circunstância de o parecer relativo ao CETA ter sido pedido numa fase em que outros Acordos de proteção de investimento – mormente, os acordos com o Vietname e Singapura já tinham sido concluídos – possa ter induzido uma situação de *fait accompli*, levando o Tribunal de Justiça a declarar a compatibilidade do acordo com o direito primário da União, nos termos e com as ressalvas descritas *infra* [referimo-nos ao Parecer 1/17 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno), de 30.04.2019].

das fontes, por um lado, e, por outro, o poder de regular o modo de receção e os efeitos do direito da União no ordenamento jurídico interno⁴. Ou seja, as características essenciais estão ligadas, se bem percebemos, ao facto de a União constituir “*uma nova ordem de direito internacional*”, como resulta do acórdão Van Gend en Loos, permitindo que o direito da União se desenvolva “objetivamente”, independentemente, portanto, da vontade dos respetivos Estados-membros e do direito internacional⁵.

Além disso, a autonomia reside também no facto de a União dispor de um “*quadro constitucional*” que lhe é próprio, que engloba não só as regras que formam a moldura institucional da União (e.g., regras de atribuição e repartição de competências, regras de funcionamento das instituições, regras sobre o sistema judicial) – essenciais ao processo de integração e ao aprofundamento do projeto europeu – como também os valores e princípios fundacionais daquele quadro constitucional, onde se incluem necessariamente os direitos e princípios consagrados no artigo 2.º do TUE e na CDFUE.

Entre as exigências que o Tribunal de Justiça vem assacando ao princípio da autonomia conta-se a conservação do monopólio de interpretação vinculativa do direito da União, que, entretanto, o Tribunal de Justiça associou ao poder-dever de órgãos jurisdicionais nacionais efetuarem reenvio prejudicial; a conservação da ordem de competências entre a União e os Estados-membros; e o respeito pelo princípio da confiança mútua entre os Estados-membros⁶.

Este último princípio foi aflorado tanto no Parecer 2/13, sobre a adesão da UE à CEDH, como no acórdão Achmea, que apreciou, em sede de reenvio prejudicial, a compatibilidade da cláusula de arbitragem investidor-Estado constante do API entre os Países Baixos e a Eslováquia com o direito primário da União. Em ambos, a análise recaiu sobre a validade de uma convenção internacional dotada de um sistema jurisdicional suscetível de pôr em causa o nível de efetividade do direito da União *no seio da própria União*. Existia o risco de, sendo a convenção internacional vinculativa para os Estados-membros e/ou para a União e para as suas instituições (Tribunal de Justiça), os Estados-membros se aproveitarem desse facto para invocar que uma determinada obrigação

4 Parecer 1/17, §33 (o itálico é nosso).

5 ECKES (2020), p. 7.

6 Remetemos, neste ponto, para os muitos textos que existem na doutrina sobre o tema da autonomia nas relações externas, entre os quais destacamos o texto de CONTARTESE (2017), que traça a evolução do conceito desde os Pareceres 1/91, de 14.12.1991, 1/92, de 10.04.1992, e 1/00, de 18.02.2002, passando pelo Tribunal da Patente Europeia (Parecer 1/09) e pelo acórdão Kadi, processo C-402/05 P, 03.09.2008, e desaguando no Parecer 2/13 e no Parecer 1/17, bem como no acórdão Achmea. No que se refere à relação específica entre a autonomia e o direito do investimento estrangeiro, não podemos deixar de destacar os textos de CONTARTESE E ANDENAS (2019), LENK (2019), KOUTRAKOS (2019), UWERA (2016), DUARTE (2020), CREMONA (2020), ECKES (2020) e HINDELANG (2015) (este último, sobretudo, pela extraordinária capacidade de antecipação daquela que seria a decisão do Tribunal de Justiça no Parecer 1/17).

decorrente do direito da União é contrária ao direito internacional⁷. Por outro lado, do acórdão Kadi resultara abertamente que uma convenção internacional não poderia afetar o princípio de que todos os atos da União têm de respeitar os direitos fundamentais, pertencendo ao Tribunal de Justiça a última palavra sobre essa conformidade⁸.

Atento este quadro, a doutrina interrogava-se sobre qual seria a posição do Tribunal de Justiça uma vez questionado sobre a validade dos API que a União, ao abrigo das competências em matéria de investimento estrangeiro direto adquiridas com o Tratado de Lisboa, vinha celebrando com Estados terceiros – a saber, o CETA, o API UE-Singapura e o API UE-Vietname⁹. A compatibilidade destes tratados com o direito primário da União e os termos em que fosse admitida pelo Tribunal de Justiça dariam indicações preciosas sobre o alcance do princípio da autonomia – a saber, sobre se a autonomia se basta com uma exigência de que a convenção internacional (a celebrar ou já celebrada) não seja fator de perturbação de uma interpretação e aplicação uniformes do direito da União; ou se, na verdade, a autonomia passa (também) pela denegação a outros tribunais que não o Tribunal de Justiça do poder de proferir decisões suscetíveis de condicionar as escolhas “soberanas” efetuadas pela União em matéria de direitos fundamentais ou de políticas públicas, *mesmo que esses tribunais não tenham competência para interpretar e aplicar o direito da União nem possam, por conseguinte, pôr em crise a uniformidade na aplicação e interpretação desse direito*. Esta é uma das questões a que procuraremos dar resposta no presente texto.

Decorre, paralelamente e com resultados tangíveis, o *processo de reforma* da arbitragem investidor-Estado. É preciso perceber o *que* se está a reformar e *por que razão* está a ser levada a cabo tal reforma.

Em síntese extrema, a maioria dos API contém cláusulas de arbitragem investidor-Estado, que são cláusulas que conferem ao investidor de um Estado-parte o direito de desencadear o processo arbitral contra outro Estado-parte (dito Estado de acolhimento), em tribunais *ad hoc*, constituídos por árbitros

7 ECKES (2020), p. 14 “[...] It allows the national court to rely on the international tribunal's interpretation, binding on the ECJ, to argue that (certain obligations of) international law prevail(s) over EU law. This is the crux of the threat of decisions of international courts and tribunals for the autonomy of the EU legal order”].

8 Acórdão Kadi, processo C-402/05 P, 03.09.2008, §285 (“It follows from all those considerations that the obligations imposed by an international agreement cannot have the effect of prejudicing the constitutional principles of the EC Treaty, which include the principle that all Community acts must respect fundamental rights, that respect constituting a condition of their lawfulness *which it is for the Court to review* in the framework of the complete system of legal remedies established by the Treaty”) – o itálico é nosso. Argumentando que há uma continuidade argumentativa entre o acórdão Kadi e o acórdão Achmea, ou seja, que em ambos o Tribunal de Justiça parte do pressuposto de que o direito da União é um sistema autónomo, autorreferencial e que se concebe a si próprio como direito doméstico, cf. ECKES (2020), p. 10.

9 Cf., por ex., KOUTRAKOS (2019).

nomeados pelas partes do litígio (investidor e Estado), ao abrigo de regras de arbitragem que não promanam dos respetivos ordenamentos jurídicos. O movimento de reação ou crítica a este modelo jurisdicional, com início no dealbar do novo século, limitou-se a sublinhar o seguinte: *por que razão a um modelo jurisdicional construído à imagem da arbitragem comercial foi dado um “cheque em branco” para a resolução de litígios que envolvem a prática de atos de autoridade em matéria de políticas públicas (e.g., standards ambientais, standards laborais, revogação de políticas de incentivação às energias renováveis, políticas antitabágicas)*¹⁰? Desenvolveremos este diagnóstico crítico – e o processo de reforma propriamente dito – no ponto II do presente texto.

Em nosso entender, os novos API denotam o propósito de evitar a emergência de conflitos normativos entre o direito da União Europeia e o direito do investimento estrangeiro. Para isso contribui não só um novo arranjo orgânico-adjetivo, isto é, um modelo jurisdicional institucionalizado (*Investment Court System*), capaz de assegurar condições de previsibilidade, consistência e *lastro jurisprudencial*, mas também um conjunto de disposições com vista a “secar” o diálogo jurisdicional entre os tribunais nacionais e da UE, por uma parte, e os tribunais de investimento, de outra. Entre essas disposições, de que trataremos no ponto III-1, contam-se a recusa de efeito direto, a rejeição da possibilidade de os tribunais de investimento efetuarem reenvio prejudicial, a subtração do direito “interno” ao direito aplicável à disputa e a manutenção, como *default rule*, do não esgotamento das vias de recurso internas.

Perspetivando que estas ressalvas poderiam não ser entrave suficiente ao surgimento de conflitos, o Tribunal de Justiça acrescentou, no Parecer 1/17, que não reconhecia aos tribunais de investimento “competência” para pôr em causa o nível de proteção do interesse público definido por ato legislativo da União. Trataremos este arrazoado no ponto III-2, tentando, no ponto IV, antecipar a forma como este deste duplo movimento – de reforço das condições de autonomia, por um lado, e reforma da arbitragem, por outro – atua sobre a situação dos investidores estrangeiros.

Em síntese, o propósito do nosso trabalho é clarificar as repercussões de uma certa compreensão da autonomia sobre o desenho dos API concluídos pela União (e pelos Estados-membros)¹¹, procurando destacar os pontos de

¹⁰ Referimo-nos à chamada “crítica de direito público” à arbitragem, desenvolvida na obra pioneira de VAN HARTEN (2007).

¹¹ Trata-se de acordos mistos, isto é, de acordos concluídos pela União e pelos Estados-membros com Estados terceiros. É conveniente esclarecer que a matéria do investimento estrangeiro direto – na qual se incluem os *standards* substantivos de proteção (dimensão substantiva) – é matéria de competência exclusiva da União, nos termos dos artigos 3.º, n.º 2, e 207.º do TFUE, com a extensão definida pelo Tribunal de Justiça no Parecer 2/15 (sobre o acordo de comércio livre entre a União e Singapura). O Tribunal de Justiça segregou, para efeitos de competência, as dimensões normativas relativas ao tratamento substantivo do

contacto com o movimento mais amplo de reforma da arbitragem investidor-Estado (no qual a União é um ator de primeira monta). Estes são aspetos que nos parecem indiscutivelmente interligados, porquanto os novos API estão pensados para ultrapassar as barreiras subjacentes ao princípio da autonomia, ao mesmo tempo que reforçam a vontade dos Estados (em geral e, *in casu*, da União), de retomar o *controlo* sobre a arbitragem investidor-Estado e de obviar ao défice de legitimidade alardeado pela doutrina.

II. O “regresso” do Estado à arbitragem e as propostas de reforma da União Europeia

O processo de reforma da arbitragem investidor-Estado nasce de um movimento cerrado de críticas ao modelo tradicional¹². Esse movimento, como se disse *supra*, parte do descompasso entre as características “comerciais” da arbitragem do investimento – em especial, o facto de o direito aplicável e os árbitros serem selecionados pelas partes do litígio – e a natureza eminentemente “pública” das questões a resolver.

A imprevisibilidade e incoerência dos resultados do ISDS (*e.g.*, litígios semelhantes a merecerem sentenças arbitrais contraditórias em tribunais constituídos ao abrigo do mesmo tratado) são insustentáveis pela *natureza* dos litígios que estes tribunais são chamados a resolver, que torna muito provável que uma mesma medida de alcance geral, por interferir com uma plêiade de investimentos estrangeiros, seja sucessivamente contestada em processos arbitrais.

A ambição do sistema – na conjugação das suas dimensões adjetivas e substantivas – é a de constituir uma *constituição económica paralela*, ou seja, a de, através de *standards* substantivos vagos e de decisões não sujeitas a mecanismos de controlo (*e.g.*, recurso)¹³, “trancar” o “adquirido” económico relativamente à decisão política (*e.g.*, incentivação de tecnologias, contratos de

investimento estrangeiro, por um lado, e as dimensões normativas relativas ao mecanismo de resolução de diferendos investidor-Estado (dimensão adjetiva), por outro. Destarte, a União tem competência exclusiva sobre as primeiras, mas não sobre as segundas, cuja regulação continua a depender do consentimento soberano dos Estados-membros [Parecer 2/15 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno), de 16.05.2017, §§276, 292-293]. Esta asserção, como vem destacando alguma doutrina, não responde definitivamente à questão de saber se à União está vedada a concluir sozinha os novos API. Argumenta-se, com efeito, que não estando em causa matérias de competência exclusiva dos Estados-membros, a decisão de concluir um acordo misto é uma decisão *política* do Conselho. Neste sentido, NEFRAMI (2019), p. 506, e LENK (2019), p. 231, ambos com especial referência ao acórdão Alemanha v. Conselho (COTIF), processo C-600/14, 05.12.2017.

12 Essas críticas podem ser analisadas, em termos mais atuais, nos textos de GIORGETTI *et al.* (2019), DIMITROPOULOS (2019), MARCEDDU e ORTOLANI (2020), entre outros.

13 Tenha-se presente o que diremos na nota n.º 31, quanto à impugnação das sentenças ICSID.

exploração de recursos naturais, estabilização fiscal), com prejuízo para o afamado, *mas pouco preciso*, “direito de regular” dos Estados de acolhimento¹⁴.

E depois há a estrutura institucional do ISDS, ou seja, o facto de as características funcionais e (sobretudo) estruturais do modelo – pautado por práticas de *double-hatting* e nomeações repetidas – não permitirem, independentemente da maior ou menor qualificação e reputação dos agentes envolvidos, assegurar condições de independência e imparcialidade¹⁵.

O “regresso” do Estado à arbitragem engloba, neste sentido, um conjunto de propostas e reações que, em moldes e com intensidade muito diversos, se propõe “trazer de volta” aos Estados alguns dos poderes de decisão que estes delegaram nos tribunais arbitrais de investimento. Obviamente que a esse processo não é indiferente a desaceleração da globalização e o recrudescimento de preocupações ligadas à segurança nacional, em especial à segurança das infraestruturas críticas¹⁶. Roberts destaca três tipos de reformas: incremental, sistémica e paradigmática¹⁷.

14 Crítica desenvolvida, na doutrina, entre outros, por DIMITROPOULOS (2019), SCHNEIDERMAN (2018) e CUTLER (2016). STIFTER e REINISCH (2016), p. 83, definem o “direito de regular” como “the sovereign right of each country to establish both entry conditions as well as operational conditions for foreign investments in the interests of the public good and to minimize potential negative effects”. Trata-se de um conceito com ligação aos “police powers” do direito norte-americano e que a doutrina vem tentando associar ao conceito de desenvolvimento sustentável ou, noutra formulação, a um *gold standard* regulatório. Neste sentido, SACERDOTI (2016), pp. 19 ss.

15 UNCITRAL, *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fifth session* (New York, 23-27 April 2018), disponível *online*. O *double-hatting* é a prática pela qual um indivíduo atua simultaneamente como árbitro e defensor em vários processos arbitrais. Fala-se em nomeações recorrentes (*repeat appointments*) para descrever a situação em que um árbitro é nomeado várias vezes pela mesma parte, muitas vezes em processo arbitrais que têm por objeto a mesma medida estadual. De facto, o ISDS tradicional, pelas suas características, facilita que a mesma questão de direito seja apreciada num sem-número de processos arbitrais, gerando situações de pré-decisão e potenciando fenómenos de dependência. Cf., também sobre o tema, entre outros, os textos de GIORGETTI e DUNOFF (2019) e CROOK (2019).

16 DIMITROPOULOS (2019), p. 418.

17 Para ROBERTS (2018), os reformadores “incrementalistas” são aqueles Estados que, embora reconhecendo os defeitos do sistema ISDS tradicional, destacam as respetivas vantagens relativamente a sistemas alternativos, limitando a reforma a algumas alterações pontuais. É o caso, por ex., dos Estados Unidos, da Rússia ou do Japão. Os reformadores sistémicos pretendem manter o direito do investidor de demandar internacionalmente o Estado de acolhimento, pugnando, contudo, por reformas estruturais, como a introdução de um sistema jurisdicional permanente (UE) ou a obrigação de exaustão dos recursos internos (Índia). Finalmente, os reformadores do paradigma são aqueles que pretendem abandonar o modelo ISDS, seja denunciando os API (Bolívia, Equador, África do Sul) seja introduzindo alternativas (como é o caso do Acordo de cooperação e facilitação de investimentos, proposto pelo Brasil). PUIG e SHAFFER (2018), mas também SCHILL e VIDIGAL (2019), levaram a cabo um exercício comparativo no sentido de demonstrar as vantagens e desvantagens do *design* institucional de cada proposta de reforma (*comparative institutional design*).

As várias propostas de reforma do sistema ISDS estão em debate no Grupo de Trabalho III da UNCITRAL¹⁸, com participação dos Estados, da academia e da sociedade civil. A União Europeia é indiscutivelmente um reformador *sistémico* do modelo ISDS, na medida em que pretende *conservar* o direito de ação dos investidores no plano internacional, bem como a natureza “arbitral” da sentença, convertendo, contudo, o modelo jurisdicional atual num *mecanismo permanente*, sob a forma de *Investment Court System* – que é a configuração presente nos novos API – ou de um tribunal multilateral de investimento¹⁹.

O *Investment Court System* pressupõe um tribunal com duplo grau de jurisdição (tribunal de primeira instância e tribunal de recurso), cujos membros são nomeados pelas partes do tratado (e não pelas partes do litígio), para um mandato temporalmente limitado, em condições de exclusividade. A formação competente para julgar cada litígio é selecionada aleatoriamente²⁰. Só um modelo deste tipo assegura a imparcialidade e a independência dos decisores – requisitos imprescindíveis de qualquer sistema jurisdicional. Aqui, a dúvida que se coloca é a de saber se o Tribunal de Justiça “tolerará” API que retrocedam para o sistema ISDS tradicional, concretamente, se tal sistema, sem prejuízo do reforço dos *standards* éticos (e.g., deveres de comunicação dos árbitros), se mostra ainda compatível com o direito a um tribunal independente, consagrado no artigo 6.º da CEDH e no artigo 47.º da CDFUE. Estamos em crer que a resposta é negativa.

A União ambiciona, adicionalmente, maior “diálogo” com as outras partes do API, designadamente através da emissão de interpretações vinculativas por parte de Comitês Mistos (executivos)²¹, e uma definição mais precisa dos *standards* que colocam limites ao direito de regular, em especial a cláusula expropriatória e o *standard* FET²².

18 UNCITRAL, *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fifth session* (New York, 23-27 April 2018), disponível *online*. Um dos resultados tangíveis dessa reforma é, para já, a elaboração do *Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement*, elaborado pelos Secretariados do ICSID e da UNCITRAL, no seguimento do trabalho desenvolvido pelo Grupo de trabalho III, disponível *online*. Também o ICSID lançou, em 2019, algumas propostas de reforma do sistema. Cf. ICSID, *Proposals for amendment of the ICSID rules* (2019), disponível *online*.

19 *Council of the European Union, Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes*, 20.03.2018, disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf> (acesso em 23.09.2020).

20 *Submission of the European Union and its member states to UNCITRAL Working Group III*, 18.01.2019, disponível em https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157632.pdf (acesso em 23.09.2020).

21 *Submission of the European Union and its member states to UNCITRAL Working Group III*, 18.01.2019, ponto 3.10, disponível em https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157632.pdf (acesso em 23.09.2020).

22 *European Commission, Trade for all – Towards a more responsible trade and investment policy*, disponível em https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf (acesso em

III. A necessidade de assegurar as condições da autonomia nos novos API

De que forma, portanto, é que o *desenho e interpretação* (pelo Tribunal de Justiça) dos novos API contribuem para assegurar as condições de autonomia da ordem jurídica da UE?

A reforma do modelo de resolução de litígios é um veículo para as transformações normativas que a União pretende implementar. Só um sistema jurisdicional permanente e institucionalizado assegurará as condições de previsibilidade, consistência e *lastro jurisprudencial* que as dimensões substantivas da reforma procuram efetivar²³. Indo diretamente ao ponto, a estratégia da União, vertida nos novos API e nas interpretações protagonizadas pelo Tribunal de Justiça no Parecer 1/17, revela, tanto nas suas dimensões substantivas como nas suas dimensões orgânico-adjetivas, um propósito uno de *assegurar as condições da autonomia da ordem jurídica da União*, concretamente, de *evitar o surgimento de conflitos normativos entre o direito da União e o direito do investimento estrangeiro*²⁴.

Em segundo lugar, deteta-se nos novos API a vontade de evitar qualquer “diálogo” jurisdicional entre os tribunais nacionais e da UE, de uma parte, e os tribunais de investimento, por outro²⁵. Este desiderato é alcançado, na perspectiva da UE, através da recusa de efeito direto aos API²⁶, da recusa de reenvio prejudicial por parte dos tribunais de investimento²⁷ e da subtração do direito interno ao “direito aplicável” à disputa.

23.09.2020); e *European Commission, Concept Paper. Investment in TTIP and beyond – the path for reform*, disponível em https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF (acesso em 23.09.2020).

23 *Submission of the European Union and its member states to UNCITRAL Working Group III*, 18.01.2019, §§7 e 30, disponível em https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157632.pdf (acesso em 23.09.2020).

24 Convém distinguir entre conflitos normativos em sentido estrito – as hipóteses em que um Estado (ou organização internacional) se vê perante duas obrigações internacionais de sentido oposto e de densidade e precisão elevadas, insuscetíveis, portanto, de cumprimento simultâneo – e conflitos de legitimidade – situações de colisão entre uma obrigação internacional e uma norma que reflete uma decisão política interna com arrimo ou fundamento no direito internacional. Cf., sobre esta destriça, MICHAELS e PAUWELYN (2011), pp. 349 ss.; VIÑUALES (2012), pp. 28 ss.

25 A referência aos “tribunais de investimento” deve ser entendida, no caso dos novos API, como uma referência ao *Investment Court System* a que aludimos *supra*.

26 Cf. os artigos 30.6 do CETA, 4.14 do API UE-Vietname e 4.11 do API UE-Singapura.

27 Parecer 1/17, §118, e já antes o acórdão Achmea, processo C-284/16, 06.03.2018. Ambos confirmam que os tribunais constituídos ao abrigo de tratados internacionais de investimento são “exteriores ao sistema judicial da União” e que, nessa medida, não constituem órgãos jurisdicionais nacionais para efeitos de reenvio prejudicial.

A impossibilidade de “diálogo” formalmente enquadrado (por um tratado) entre tribunais pertencentes a ordens jurídicas distintas tem o propósito evidente de minimizar as ocasiões de conflito normativo. Por outras palavras, a União quer reduzir a um mínimo jurisdicional *negligenciável* a efetivação da assimetria garantística entre os dois sistemas normativos, ou seja, a assimetria proveniente do facto de o direito do investimento estrangeiro dispor de institutos – em especial, o *standard* FET²⁸ e a proteção contra a expropriação ilícita – capazes de providenciar aos investidores uma proteção *mais efetiva* do que o direito da União. Se os tribunais nacionais (e da UE) nunca forem confrontados com aquela assimetria, *tudo se passará como se ela não existisse*.

Contudo, a União teve consciência de que nem a reforma das dimensões orgânico-adjetivas do modelo de resolução de diferendos investidor-Estado, nem o fechamento das vias de “diálogo” entre os sistemas jurisdicionais seriam *per se* suficientes para garantir a compatibilidade daqueles acordos com o direito primário da União, em especial com o princípio da autonomia.

Com efeito, os novos API conservam alguns traços estruturais do modelo de arbitragem de investimento “tradicional”, em especial o direito de ação dos investidores – a circunstância de estes poderem demandar diretamente o Estado de acolhimento do investimento num tribunal constituído *ao abrigo do direito internacional* – e o facto de o processo culminar na prolação de uma *sentença arbitral* para efeitos de aplicação das regras da Convenção de Nova Iorque e²⁹, quando seja esse o regulamento de arbitragem escolhido pelas partes, da Convenção ICSID³⁰.

28 A assimetria normativa (com vantagem para o direito do investimento) não é reconhecida por todos, mas tem significativo respaldo na doutrina [LENK (2019), pp. 200-201; NOUVEL (2018), p. 916; ALVAREZ (2018), pp. 575-576] e foi identificada tanto pelo AG Wathelet, nas Conclusões sobre o acórdão Achmea, apresentadas em 19.09.2017, §§210-226, como pelo AG Bot, nas Conclusões sobre o Parecer 1/17, apresentadas em 29.01.2019, §§84-89.

29 Referimo-nos, bem entendido, à Convenção de Nova Iorque sobre reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10.07.1958. As sentenças não ICSID – entenda-se, que não são regidas pelas regras de arbitragem da Convenção ICSID – poderão ser impugnadas nos termos da *lex arbitrii*, isto é, de acordo com a lei do Estado da sede da arbitragem e, a serem consideradas sentenças arbitrais estrangeiras, terão de ser *reconhecidas* no ordenamento jurídico do fórum de execução.

30 Recorde-se que os Estados contratantes da Convenção ICSID comprometem-se a executar as obrigações financeiras decorrentes da sentença arbitral “como se fosse uma decisão final desse Estado” (artigo 54.º, n.º 1, da Convenção ICSID). Por seu turno, o artigo 53.º esclarece que as sentenças ICSID só são anuláveis nos termos e com os fundamentos prescritos no artigo 52.º (vício na constituição do tribunal, manifesto excesso de poder do tribunal, corrupção de um membro do tribunal, inobservância de uma regra de processo fundamental ou vício de fundamentação). Da conjugação destes preceitos resulta que: a) não operam os fundamentos de anulação de sentença arbitral interna elencados no artigo 46.º da LAV – inclusivamente, os “princípios da ordem pública internacional do Estado português”; b) tampouco valem os fundamentos de recusa de reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras previstos no direito interno (artigo 56.º da LAV) ou na Convenção de Nova Iorque (artigo V).

Mais do que isso, os novos API afirmam abertamente a preferência, dentro das formas de reparação dos danos admitidas num quadro de responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito, pela compensação em detrimento da restituição³¹. O mesmo é dizer que, em caso de violação, pelo Estado de acolhimento, dos *standards* de proteção previstos no API, o direito internacional do investimento não exige que o Estado demandado proceda à eliminação do ato ilícito, nem, conseqüentemente, que pratique os atos de autoridade, sejam eles da função jurisdicional, administrativa ou legislativa (e.g., anulação de atos de liquidação, reposição de benefícios fiscais, repristinação de regimes jurídicos), que a restituição possa coenvolver³². Assim sendo, se é verdade que o Estado de acolhimento (ou a União) não tem *prima facie* de alterar o direito interno eliminando o ato internacionalmente ilícito, o certo é que não ficará imune à pressão exercida pelas sucessivas compensações financeiras que venha a ser condenado a pagar.

Reabrem-se, *inevitavelmente*, portas que a União queria que permanecessem fechadas e que logrou, *bem ou mal*, conservar fechadas noutros lugares paralelos. Referimo-nos, concretamente, ao direito da OMC. Vejamos. O não alinhamento relativamente a uma decisão do órgão de resolução de litígios da OMC não tem conseqüências financeiras no plano interno. Com efeito, é jurisprudência firme que a ausência de efeito direto do direito da OMC – e das decisões do respetivo órgão de resolução de litígios – se prolonga para o espectro da responsabilidade extracontratual da União por ato ilícito, obstando a que a União compense os prejuízos financeiros resultantes do não alinhamento do direito da União com o direito da OMC³³.

31 Sobre essa precedência, cf. o comentário n.º 3 ao artigo 35 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado, da autoria da Comissão de Direito Internacional, e na doutrina, entre outros, GRAY (1987), p. 13, e CRAWFORD (2012), p. 570. Os novos API-UE, em linha com o artigo 1135 do NAFTA e com os modelos API dos Estados Unidos e do Canadá, contêm regras sobre formas de reparação (artigos 3.53 do API UE-Vietname; artigo 8.39 do CETA; artigo 3.18 do API UE-Singapura), admitindo a atribuição de uma compensação financeira (*monetary damages*) ou a restituição da propriedade ou do seu equivalente em espécie. Confirmando este ponto, cf. Parecer 1/17, §144 “[...] há que salientar que, embora o tribunal do CETA não possa, como resulta do termo ‘apenas’ que figura no artigo 8.39, n.º 1, deste acordo e da letra do n.º 4 deste artigo, anular a medida contestada ou exigir que o direito interno da Parte em causa dê cumprimento ao CETA, nem aplicar uma sanção à Parte demandada, pode, em contrapartida, quando constata que essa medida viola uma das disposições do Capítulo oito, secções C ou D, do CETA, condenar a parte demandada, nos termos do disposto na alínea a) do referido artigo 8.39, n.º 1, a pagar ao investidor demandante um montante destinado a compensar os danos por ele sofridos em razão da referida violação, incluindo os juros eventualmente aplicáveis”].

32 Esta é, obviamente, uma matéria sujeita a algumas divergências doutrinárias e onde intervêm vários argumentos, como demonstram os textos de HINDELANG (2011), p. 13; e KUIJPER (2014), p. 94; BASENER (2017), p. 485.

33 Acórdão FIAMM, processos apensos C-120/06 P e C-121/06 P, 09.09.2008. Estava em causa, neste aresto, uma ação de responsabilidade de duas empresas pelos prejuízos causados por um direito aduaneiro imposto pelos Estados Unidos, na sequência de as instituições da União terem ignorado a decisão

Já no direito do investimento estrangeiro, se bem que no plano da responsabilidade internacional, a UE (e os Estados-membros) só pode manter o ato desalinhado com o API *se pagar*. Ora, constatou o Tribunal de Justiça, no Parecer 1/17, em linha com o que dissera sobre o direito da OMC, que a ativação da responsabilidade financeira em caso de não alinhamento com a jurisprudência dos tribunais de investimento é suscetível de constranger a liberdade política da União, entenda-se, de comprometer a capacidade da União “para funcionar de forma independente no seu próprio quadro constitucional”³⁴.

O remédio encontrado pela UE para este conflito *de facto* corresponde, em nosso entender, ao terceiro vértice da estratégia montada para “fechar” o direito da União à concorrência do direito do investimento. Não sendo possível aniquilar o “diálogo”, ainda que enviesado ou por mero efeito do *regulatory chill*³⁵, entre os dois complexos normativos, o Tribunal de Justiça veio dar a conhecer *as condições* em que admitia a compatibilidade do CETA com o direito primário e com o princípio da autonomia. Dessas condições o que ressalta é, como veremos, a *impossibilidade de conflito normativo*, ou, por outras palavras, a *minimização do risco de os tribunais de investimento declararem a responsabilidade internacional* (da UE ou dos Estados-membros) por violação do API quando estejam em causa *opções do legislador europeu* democraticamente legitimado³⁶.

1. O fim do diálogo: “já não falamos”?

Utilizamos a fórmula “diálogo judicial” em sentido amplo com o intuito de abarcar todos os fenómenos de comunicação horizontal (entre tribunais

do Órgão de Resolução de Litígios no sentido da incompatibilidade do regime comunitário de importação de bananas com os acordos OMC. Tratava-se, em todo o caso, de uma ilegalidade *insuscetível de ser demonstrada*, uma vez que os acordos OMC não gozam, segundo jurisprudência reiterada, de efeito direto, ou seja, não integram o rol de normas à luz das quais os órgãos jurisdicionais da União fiscalizam a legalidade das suas regras. No mesmo compasso, o Tribunal rejeitou – até ver, sem alteração – a existência, no direito da União, de um princípio de responsabilidade extracontratual da União por facto lícito ou, na formulação preferida pelo AG Maduro, nas Conclusões sobre o processo FIAMM, apresentadas em 20.02.2008, *independentemente de culpa*.

34 Parecer 1/17, §150.

35 Fala-se de *regulatory chill* ou de sub-regulação, no domínio do direito do investimento, para descrever as situações em que o Estado prescinde de legislar em benefício do interesse público com receio de que a alteração normativa possa acarretar a efetivação da sua responsabilidade na arbitragem do investimento. Sobre o conceito e as situações em que se manifestou, BONNITCHA, POULSEN e WAIBEL (2017), pp. 238-244; e ANKERSMIT (2020), pp. 1-21.

36 Parecer 1/17, §160.

nacionais ou entre tribunais internacionais ou supranacionais³⁷ ou vertical (entre tribunais nacionais e tribunais supranacionais), formal-institucionalizada ou informal-discrecional³⁸.

Por formas de diálogo formais-institucionalizadas referimo-nos a processos de comunicação entre tribunais baseadas em instrumentos jurídicos vinculativos (constituição, tratado internacional), de natureza obrigatória. É o caso, paradigmático, do mecanismo do reenvio prejudicial, nos casos em que seja obrigatório (artigo 267.º do TFUE), mas também o princípio da interpretação em conformidade (com a constituição, com o direito internacional, com o direito da União), ou a possibilidade de emanação de interpretações vinculativas por comités intergovernamentais nos API.

Por formas de diálogo informais entendemos os processos de comunicação entre tribunais assentes num conjunto de técnicas de mobilização facultativa, ditadas por necessidades pragmáticas (e.g., resolução coerente de problemas jurídicos, execução das decisões), tais como a “tomada em consideração” de outros ordenamentos jurídicos, a convocação de direito estrangeiro, *cross-fertilization*, *legal borrowing* ou tolerância judicial³⁹.

Enquadramos nas formas de diálogo informais certas técnicas “institucionalizadas” – no sentido de repetidamente utilizadas – mas (mais ou menos) discrecional⁴⁰, de resolução de pretensões contrapostas de supremacia, baseadas

37 Há várias propostas doutrinárias no que respeita ao conceito de tribunal supranacional. Entre elas, destacamos o conceito de tribunal constitucional supranacional proposto por FABBRINI e MADURO (2016), que vale apenas para o TJUE e, quando muito, para o TEDH, ou o conceito proposto por DE BAERE, CHANÉ e WOUTERS (2016), pp. 731 ss.

38 SLAUGHTER (1994), p. 99 (a Autora fala de “comunicação transjudicial” e, utilizando vários critérios, distingue formas de comunicação horizontais e verticais e formas de comunicação assentes em diálogo direto, monólogo ou diálogo com intermediário). Sobre as formas de diálogo “escondido”, sobretudo entre os tribunais dos Estados-membros e o Tribunal de Justiça, MARTINICO (2009). WITTE (2018), p. 544, distingue entre formas de diálogo direto e indireto, agrupando o segundo um conjunto de técnicas que vão desde a adoção de interpretações vinculativas, o recurso ao direito constitucional comparado, o princípio da interpretação sistémica [artigo 31.º, n.º 3, al. c), da CVDI], e participação a título de *amicus curiae*, e no primeiro, fundamentalmente, o mecanismo de reenvio prejudicial. Cf., entre nós, TAVARES DA SILVA (2014), pp. 136-156, e BOTELHO (2020).

39 MEDEIROS (2015), p. 348; HIX (2013), p. 72; D’ALTERIO (2016), pp. 309 ss. [a Autora refere-se ao termo “regulação judicial” para englobar três categorias de situações: (i) as situações em que os tribunais internacionais ou supranacionais criam normas substantivas ou adjetivas para a resolução de casos (*judicial law-making*); (ii) as situações em que os tribunais internacionais ou supranacionais utilizam técnicas de *judicial comity* (e.g., doutrina da proteção equivalente, doutrina *Solange*, exaustão dos recursos ordinários, doutrina da margem de apreciação, doutrina do consenso europeu; (iii) as situações em que os tribunais internacionais ou supranacionais aplicam princípios ou doutrinas com o propósito de proteger os direitos fundamentais (*legal comity*), como é o caso, para a Autora, do princípio da subsidiariedade]; e DOYLE (2016) [o Autor desenvolve o conceito de *judicial learning* a partir da mobilização de direito estrangeiro e explora os modos como essa convocação pode ocorrer sem se levantarem problemas de legitimidade democrática].

40 Sobre a mobilização inconstante da doutrina *Bosphorus* pelo TEDH, v. LOCK (2010), p. 539.

em maior ou menor medida num pressuposto de deferência para com as decisões ou interpretações de outros tribunais. É o caso da doutrina da proteção equivalente (doutrina *Bosphorus*), da doutrina dos *contralimites*, da identidade constitucional dos Estados-membros⁴¹, ou da interpretação sistémica⁴².

A ideia que exploraremos nas próximas páginas é a de que a União, através dos novos API, e o Tribunal de Justiça, através do acórdão Achmea e do Parecer 1/17, afastam as técnicas de diálogo judicial formal e dificultam o diálogo judicial informal. Não se trata de uma opção inesperada. Rapidamente se percebeu, atenta a compreensão “gulosa” do princípio da autonomia da ordem jurídica da União, que a celebração dos novos API (com Estados terceiros) *ou se faria nestes termos, ou não se faria*.

a. Impossibilidade de reenvio prejudicial por parte dos tribunais de investimento

Uma das linhas de fecho do diálogo judicial direto passou por recusar a qualificação dos tribunais de investimento e a qualificação como órgãos jurisdicionais nacionais para efeitos do artigo 267.º do TFUE. A recusa vale tanto para os tribunais de investimento “tradicionais”, instituídos ao abrigo de uma cláusula ISDS num API, como para os tribunais que compõem o sistema jurisdicional que integra os novos API-UE.

Tanto no acórdão Achmea, como no Parecer 1/17, disse o Tribunal de Justiça que os tribunais de investimento se situam fora do sistema judicial da União, ou seja, não mantêm com os Estados-membros nenhuma ligação minimamente relevante⁴³. São instituídos, na verdade, com o propósito de *subtrair* um conjunto de litígios à competência dos órgãos jurisdicionais do Estado-membro (estaduais, arbitrais ou outros)⁴⁴.

41 Sobre este conceito e a ligação ao conceito de tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, cf., entre outros, os textos de FABBRINI e SAJÓ (2019), CASSESE (2017) e PONTTHOREAU (2018).

42 Vários Autores já aplicaram estas técnicas ao direito do investimento estrangeiro. Destacamos os trabalhos de BÜCHELER (2015) e HÖLKEN (2017), no caso da interpretação sistémica, BASENER (2017), no caso da doutrina da proteção equivalente, e WITTE (2018), no caso dos *contralimites*.

43 Achmea, §48.

44 Achmea, §55. Asserção não despicienda em matéria de autonomia, uma vez que um dos argumentos mobilizados no acórdão foi, precisamente, o da impossibilidade de a interpretação e aplicação uniformes do direito da União ser efetivada através da invocação oficiosa, pelos tribunais dos Estados-membros (enquanto tribunais da *lex arbitrii* ou enquanto tribunais em que fosse iniciado o processo de reconhecimento), da *ordem pública internacional* e, consequentemente, do direito da União. Ou seja, o Tribunal de Justiça acentua as diferenças entre a arbitragem comercial (que tem por base a autonomia da vontade das partes) e a arbitragem dos tratados de investimento (meio através do qual os Estados-membros decidem criar um mecanismo de resolução de litígios alternativo à jurisdição dos seus próprios tribunais), no sentido de alertar que o controlo meramente residual do Tribunal de Justiça (ainda tolerado) na primeira não pode ser transposto para a segunda. Não há por isso semelhanças com o acórdão Nordsee, processo 102/81,

Vários Autores defenderam a perspetiva oposta, argumentando que os tribunais de investimento revelam as características de permanência e obrigatoriedade de jurisdição destacadas pelo Tribunal de Justiça noutras ocasiões⁴⁵.

Os tribunais de investimento (a que nos referimos) são tribunais internacionais, instituídos com base numa cláusula de arbitragem incluída num tratado internacional. Mesmo que esses tratados sejam recebidos (direta ou indiretamente) na ordem jurídica interna, trata-se de tribunais *de outra ordem jurídica* – a ordem jurídica internacional. Daí que, em nosso entender, ainda que o Tribunal de Justiça aceitasse decidir a questão prejudicial colocada por um tribunal de investimento (constituído ao abrigo de um API), dificilmente consideraria o tribunal em causa estar obrigado a fazê-lo, mesmo ajuizando – como é o caso – sem hipótese de recurso.

b. Rejeição de efeito direto

A União Europeia está vinculada às disposições dos novos API celebrados com Canadá, Singapura e Vietname, que assim são parte integrante da ordem jurídica da União⁴⁶. A União é parte dos API, estes foram aprovados através de um ato da União⁴⁷, e incidem tanto sobre matérias de competência exclusiva da União, como sobre matérias de competência partilhada⁴⁸.

A questão dos efeitos de um tratado internacional na ordem jurídica da União só se coloca se e na medida em que tais efeitos não tenham sido objeto de regulação pelas Partes. Só nessas hipóteses fará sentido indagar, à luz da natureza e da sistemática do tratado e do conteúdo das suas estipulações, se certas disposições do tratado conferem direitos as particulares suscetíveis

de 23.03.1982.

45 Referimo-nos à posição assumida pelo AG Wathelet nas Conclusões do processo Achmea, apresentadas em 19.09.2017, onde o AG sustentou que os acórdãos Ascendi Beiras Litoral, processo C-377/13, 12.06.2014, e Merck Canada, processo C-555/13, 13.02.2014, deixariam antever uma “abertura dos critérios de admissibilidade” no que respeita à qualificação de um tribunal arbitral como órgão jurisdicional nacional. Na doutrina, BURGSTALLER (2010), p. 192, VON PAPP (2013), p. 1041, LENK (2019), pp. 181-184. WITTE (2018), p. 566, concorda *de iure condendo* com a abertura do reenvio prejudicial aos tribunais de investimento, mas propõe a introdução de uma via de diálogo institucional, à semelhança do processo de apreciação prévia previsto no artigo 3.º, n.º 6, do Projeto de Acordo de Adesão da UE à CEDH.

46 Entre outros, Haegeman, processo 181/73, 30.04.1974, §5.

47 Decisão (UE) 2017/37 do Conselho, de 28 de outubro de 2016, relativa à assinatura, em nome da União Europeia, do Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-membros, por outro; Decisão (UE) 2019/1875 do Conselho, de 8 de novembro de 2019, relativa à celebração em nome da União Europeia do Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura; e Decisão (UE) 2020/753 do Conselho, de 30 de março de 2020, relativa à celebração do Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República Socialista do Vietname.

48 *Supra* nota n.º 12.

de serem invocados num tribunal nacional⁴⁹. Ora, o artigo 30.6 do CETA, cuja epígrafe é “*Private rights*”, e os artigos 4.14 do API UE-Vietname e 4.11 do API UE-Singapura, ambos com a epígrafe “*No direct rights*”, estatuem que as partes não quiseram atribuir aos investidores direitos invocáveis fora da esfera internacional.

O artigo 30.6 do CETA – a *anticitizenship clause* de que fala Petersmann⁵⁰ – é mais desenvolvido que os demais. Dispõe o mencionado preceito que nada no acordo deve ser interpretado no sentido de conferir outros direitos para além dos criados entre as Partes do tratado, nem no sentido de permitir que disposições do acordo possam ser invocadas no ordenamento interno de cada uma das Partes contratantes⁵¹. Há que interpretar este normativo de acordo com as regras gerais do artigo 31.º da CVDT, ou seja, de acordo com o princípio da boa-fé e tendo em conta o sentido comum a atribuir aos termos do Tratado, no seu contexto e à luz do seu objeto e fim. Um termo será entendido num sentido particular se estiver estabelecido que tal foi a intenção das partes.

Excluída está certamente a possibilidade de os investidores canadianos invocarem as disposições do CETA para afastar a aplicação do direito do Estado-membro (sob cuja jurisdição realizaram o investimento) ou da União, que com ele seja incompatível, bem como a ação de responsabilidade civil extracontratual da União por atos das suas instituições em violação do API (reparação dos prejuízos).

Em abstrato, poderia colocar-se a questão de saber se os segmentos citados abrangem apenas a hipótese de *invocação de direitos pelos particulares* (efeito de substituição), ou também todas as outras situações em que o que se pretende é a *invalidação de um ato de direito interno* em razão da sua

49 Kupferberg, processo 104/81, 26.10.1982, §17. Nessas hipóteses, o Tribunal de Justiça submete o efeito direto dos tratados internacionais da UE a duas condições, expostas, entre outros, no acórdão Demirel, processo 12/86, 30.09.1987, §14. Decisivo é, pois, que o acordo, no seu todo, atento o seu objeto e a sua natureza (i), estabeleça uma obrigação clara e suficientemente determinada (ii), isto é, uma obrigação que não esteja subordinada, na sua execução ou nos seus efeitos, à intervenção de qualquer ato posterior. A “origem internacional” do tratado é, em matéria de efeito direto, absolutamente decisiva. Neste sentido, na doutrina, cf. GÁSPAR-SZILÁGYI (2015), p. 352; e FONTAINE CAMPOS (2011), p. 623.

50 Recorde-se que, para PETERSMANN (2018), o direito do investimento estrangeiro – em especial a outorga ao indivíduo de direito de ação contra o Estado de acolhimento, sem mediação do respetivo Estado de origem e até em detrimento dos interesses deste – é uma manifestação de *constitucionalismo cosmopolita*. Este assenta no pressuposto de que os indivíduos são sujeitos de direito internacional (cidadania transnacional), e que a atribuição de direito de ação aos indivíduos no direito internacional permite colmatar os defeitos do processo político a nível interno e o carácter parcial das constituições nacionais.

51 Em língua inglesa: “(1) Nothing in this Agreement shall be construed as conferring rights or imposing obligations on persons other than those created between the Parties under public international law, nor as permitting this Agreement to be directly invoked in the domestic legal systems of the Parties. (2) A Party shall not provide for a right of action under its domestic law against the other Party on the ground that a measure of the other Party is inconsistent with this Agreement.”

incompatibilidade com um acordo internacional (efeito de exclusão) mesmo quando instaurada por atores privilegiados (artigo 263.º, n.º 2, do TFUE).

É conveniente esclarecer o sentido desta terminologia⁵². No direito da União, o efeito direto – decisão constitucional da União exteriorizada no acórdão Van Gend en Loos – é uma forma de disseminação, pelos cidadãos, da tarefa de vigiar o respeito pelos Tratados, traduzindo-se na faculdade de aqueles invocarem os direitos que a União lhes confere perante os órgãos jurisdicionais nacionais, de modo a afastar o direito nacional contrário.

Quando, em resultado do processo hermenêutico supraexplicitado, o aplicador do direito chega à conclusão de que as disposições de um tratado internacional não devem produzir efeito direto, fica automaticamente excluída a produção daquele *efeito de substituição*. Já o *efeito de exclusão* tem que ver com a mobilização das disposições do tratado internacional como parâmetro de validade e de interpretação do direito derivado da União. Um dos pontos a que o Tribunal de Justiça tem dado uma resposta intermitente é, precisamente, o de determinar se os requisitos de que se faz depender a possibilidade de invocação, pelos cidadãos, dos direitos que um tratado lhes confere (efeito de desaplicação-substituição) devem valer em situações que pressuponham, tão-só, a fiscalização da legalidade de uma atuação da União (ou dos Estados-membros) à luz de um tratado internacional (efeito de exclusão)⁵³.

Em várias ocasiões, inclusivamente em ações de anulação apresentadas por atores privilegiados, o Tribunal de Justiça rejeitou proceder a um exame de validade de um ato da União já considerado incompatível com um acordo OMC. No caso do direito da OMC, o fundamento apresentado para recusar efeito direto foi a necessidade de a União manter a liberdade política que a economia, o espírito e os termos dos acordos OMC deixam às partes contratantes. Isso consiste, por um lado, na liberdade de suportar medidas de retaliação determinadas pelo órgão de resolução de conflitos, e, por outro, na liberdade de

52 Trata-se de uma adaptação da terminologia avançada por GÁSPAR-SZILÁGYI (2015), p. 346. O Autor distingue um “primacy model”, onde o direito internacional pode atuar como parâmetro de validade independentemente de se verificarem os requisitos do efeito direto (em sentido estrito), que só são exigidos quando se pretende produzir efeito de substituição (invocação, pelos particulares, de um direito conferido por um acordo internacional com o propósito de afastar o direito da UE ou o direito interno); e o “trigger model”, para o qual os requisitos do efeito direto são sempre necessários, independentemente de, no caso concreto, se pretender que o direito internacional produza efeito de substituição. Também Hix (2013), p. 8 (nota n.º 8), dá conta da distinção, sugerida pela doutrina, entre um efeito direto em sentido objetivo ou amplo (possibilidade de os tratados internacionais que integram a ordem jurídica da União valerem como parâmetro de controlo da atuação desta) e efeito direto subjetivo ou em sentido estrito (capacidade de os tratados conferirem direitos aos particulares suscetíveis de invocação nos tribunais nacionais).

53 Sobre essa intermitência, comparar os acórdãos Intertanko, processo C-308/06, 03.06.2008, §45, e IATA, processo C-344/04, 10.01.2006, por um lado, e Biotech, processo C-377/98, 09.10.2001, Étang de Beurre, processo C-239/03, 07.10.2004, e Vereniging Milieudefensie, processo T-396/09, 14.06.2012, por outro.

negociar, mesmo findo o prazo definido por aquele órgão, uma solução que não passe pela eliminação da medida considerada incompatível. A invocabilidade dos acordos OMC contrariaria – ainda – o princípio da reciprocidade, fragilizando a margem negocial da UE relativamente aos parceiros comerciais que rejeitam o efeito direto dos acordos OMC⁵⁴.

Como se antecipou, nada disto vale para os API. As partes de um API comprometem-se a executar as obrigações pecuniárias nelas previstas e não beneficiam de qualquer margem de manobra quanto ao modo de implementação. *Independentemente da extensão que se atribua à recusa de efeito direto constante dos API*, mantém-se, na verdade, ao problema que o direito do investimento estrangeiro coloca ao direito da União. Os API – inclusivamente os novos API-UE – exprimem uma preferência, no plano da responsabilidade internacional, por uma tutela compensatória (proteção jurídica secundária). A execução das obrigações financeiras contidas na sentença obedece às regras da Convenção de Nova Iorque, no caso das sentenças não ICSID, ou às regras da Convenção ICSID, no caso das sentenças ICSID, nos termos sumariamente descritos *supra*.

Logo, independentemente da regulação dos efeitos do API no direito interno, o ponto, para a UE, é sempre o mesmo. Esta pode optar por não invalidar ou revogar o ato ilícito gerador da responsabilidade internacional, *mas tem de pagar a compensação determinada na sentença*. Não era preciso uma “bola de cristal” – perdoe-se-nos a coloquialidade – para deduzir que esta circunstância seria capaz, no entender do Tribunal de Justiça, de fazer perigar a autonomia da ordem jurídica da União⁵⁵.

c. Direito aplicável

Cumpra, em primeiro lugar, distinguir quanto a este ponto a situação dos API intra-União da situação dos API com Estados terceiros. O artigo 42.º da Convenção ICSID especifica que o tribunal deve ajuizar o diferendo de acordo com as regras acordadas pelas partes e, na ausência destas, de acordo com o direito interno e com os “princípios gerais de direito aplicáveis”.

Diacronicamente, há registo de um fenómeno de “internacionalização” do direito do investimento estrangeiro, onde os API passaram a valer como a

54 FIAMM, §119. Contra este argumento, cf. o acórdão Kupferberg, §18.

55 Independentemente da regulação dos efeitos dos novos API no plano interno, a União e os Estados-membros comprometem-se a reconhecer e executar as sentenças arbitrais em que forem condenadas. É isto que resulta do artigo 3.57.6 do API UE-Vietname; do artigo 3.22.4 do API UE-Singapura. Neste último, pode ler-se o seguinte: “For greater certainty, Article 4.11 (No Direct Effect) of Chapter Four (Institutional, General and Final Provisions) shall not prevent the recognition, execution and enforcement of awards rendered pursuant to this Section.”

“escolha de lei implícita” para efeitos do artigo 42.º da Convenção ICSID, e não apenas como *complemento ou corretivo* relativamente ao direito interno⁵⁶. Não há, aparentemente, nada de novo nesta última asserção. É sabido que um Estado não pode invocar o seu direito interno para se subtrair à responsabilidade internacional ou às obrigações decorrentes de um tratado. Contudo, no âmbito de um sistema como o direito do investimento, que evoluiu a partir de contratos de investimento e da arbitragem comercial, aquela asserção vem esclarecer que o diferendo de investimento é um *diferendo internacional*⁵⁷.

Nos API intra-União, o direito da União pode ser direito aplicável ao diferendo tanto a título de direito interno (*i*), como a título de direito internacional aplicável entre as partes (*ii*)⁵⁸. Ou seja, os tribunais de investimento reconhecem que, face ao reputado carácter *sui generis* da ordem jurídica da União, o direito da União tem o poder de determinar, *sem intervenção dos tribunais nacionais*, o modo como passa a integrar a ordem jurídica dos Estados-membros. Foi esse, aliás, o aspeto inovador da jurisprudência *Costa v. Enel e Van Gend en Loos*: subtrair aos ordenamentos nacionais a decisão fundamental sobre a posição do direito da União na hierarquia das fontes (primado) e sobre a possibilidade de os particulares invocarem o direito da União nos tribunais nacionais (efeito direto)⁵⁹. Neste sentido, o direito da União faz parte do direito interno do Estado demandado (*law of the land*).

Contudo, tal circunstância não inviabiliza, na perspetiva de outros tribunais de investimento, que o direito da União seja entendido, igualmente, como um subsistema de direito internacional, porquanto “from the perspective of international law, it does not matter whether such application within a national legal order take effect directly or indirectly”⁶⁰. Esclarece-se, portanto, que o direito da União não perde as suas *credenciais internacionais* pelo modo idiossincrático como trata as questões do binómio primado-efeito direto. É este, em síntese, o relevo que os tribunais de investimento atribuem ao direito da União nos litígios emergentes de API intra-União.

56 KULICK (2012) fala, a este propósito, de “internacionalização” do direito do investimento para descrever o facto de a arbitragem investidor-Estado ter passado a ser desencadeada predominantemente com base no consentimento outorgado pelo Estado num API, e não tanto (ou independentemente) de uma cláusula de arbitragem contida num contrato de investimento.

57 Sobre este ponto, cf. HEPBURN (2017), pp. 13 ss.

58 Achmea, §§40-41. Atestando a natureza dual do direito da UE nos litígios intra-União, BASENER (2017), p. 359; KULICK (2014), p. 282.

59 PIÇARRA (2013), pp. 111-114.

60 *Electrabel v. Hungary*, ICSID Case no. ARB/07/19, Award, 25.11.2015, §4.125, a propósito da jurisdição do tribunal arbitral sobre um diferendo de investimento intra-União, ou seja, envolvendo um investidor de um Estado-membro e outro Estado-membro.

Virando a lupa para os litígios extra-União, há que destacar que os novos API contêm uma cláusula sobre o direito aplicável ao litígio⁶¹.

Em primeiro lugar, o direito aplicável ao diferendo compreende o API, interpretado de acordo com as regras constantes da CVDT, bem como “outras regras e princípios de direito internacional aplicáveis entre as partes”. O direito da UE não é, desta feita, direito internacional aplicável entre as partes.

Em segundo lugar, os tribunais que integram o novo sistema jurisdicional em matéria de investimento não são competentes para fiscalizar a validade das medidas estaduais à luz do direito “interno” (direito da União incluído). Segundo o Tribunal de Justiça, os tribunais de investimento devem “tomar em consideração” o direito “interno” como elemento do contexto factual subjacente à adoção da medida estadual, relevando, portanto, tanto para a apreciação do *standard* FET, como na conclusão sobre a ocorrência de uma expropriação regulatória⁶². Contudo, essa “tomada em consideração” não envolve um exercício de interpretação, porquanto o tribunal deve adotar a interpretação da legislação interna “habitualmente seguida pelos tribunais ou autoridades dessa Parte”. Mesmo que o tribunal se veja forçado a “interpretar” o sentido das disposições do direito interno (por não haver interpretação firmada), essa interpretação não vincula o Tribunal de Justiça⁶³.

O CETA segue os avisos deixados pelo Tribunal de Justiça no Parecer 2/13⁶⁴, limitando os poderes de cognição do tribunal de investimento⁶⁵: o sentido das disposições do direito interno é um *dado de facto*, que cumpre ao tribunal apreender; a apreciação da compatibilidade dessas disposições com o API não tem ínsito um juízo sobre a validade do direito interno, mormente sobre a sua constitucionalidade ou respeito pelo direito da União⁶⁶.

61 Artigo 8.31(1) e (2) do CETA; artigos 3.42.3 e 3.42.4 do API UE-Vietname.

62 Electrabel, §4.117-18. Um bom exemplo dessa relevância a título de matéria de facto é dado pelo bem conhecido acórdão Micula v. Romania, ICSID Case no. ARB/05/20, Award, 11.12.2013, §328.

63 Parecer 1/17, §130.

64 Parecer 2/13, §§236-248. Como resulta, em especial, dos §§237-238, “a necessidade de apreciação prévia pelo Tribunal de Justiça, num processo submetido ao TEDH, em que o direito da União está em causa, responde à exigência de preservar as competências da União e as atribuições das suas instituições, designadamente do Tribunal de Justiça [...]”. “Assim, para este efeito, é necessário, em primeiro lugar, que a questão de saber se o Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a mesma questão de direito que é objeto do processo no TEDH seja resolvida exclusivamente pela instituição competente da União, cuja decisão deveria vincular o TEDH”.

65 À semelhança do que sucede, entre nós, nos recursos em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade.

66 A interpretação das disposições de direito interno pode ser relevante, entre outros aspetos, na determinação da jurisdição do tribunal, concretamente no apuramento do consentimento à arbitragem (validade da cláusula de arbitragem), ou na questão de saber se está em causa um investimento protegido, o que

Lenk sublinha que a distinção visada pelo CETA é, na prática, um exercício impossível⁶⁷. *Diffícil será certamente*. Basta pensar, por exemplo, em questões de constitucionalidade inéditas, na delimitação das fronteiras entre uma atuação de direito público ou de direito privado da administração para efeitos da qualificação como expropriação⁶⁸. Sucede que desta vez o Tribunal de Justiça não se mostra tão preocupado com os resultados desta “prospecção” *de facto* pelo direito interno (e pelo direito da União). O Tribunal de Justiça presume que, independentemente do maior ou menor acerto da interpretação, *as hipóteses de não alinhamento com o API são, quanto a atos legislativos, inexistentes*.

d. Não esgotamento dos recursos ordinários

Outro dos pontos de fechamento dos novos API é o desvio à “regra” de esgotamento dos recursos internos em direito internacional⁶⁹. É esta a *default rule* no Direito do investimento, em linha com o que prescreve o artigo 26.º da Convenção ICSID⁷⁰. Sendo a exaustão dos recursos internos uma das propostas de reforma da arbitragem investidor-Estado e atento o facto de ambas as Partes do CETA serem países da OCDE, dotados de sistemas judiciais imparciais e independentes, questionava-se se esta *default rule* não deveria ser superada mediante consagração *expressa* de uma disposição de sentido oposto. As interrogações, aliás, extravasam a questão do esgotamento dos recursos, sendo legítimo questionar o mérito da inclusão de cláusulas de arbitragem investidor-Estado em API cujo propósito não é *prima facie* o de produzir um efeito de *substituição* dos sistemas judiciais estaduais.

pode requerer, entre outros requisitos, uma apreciação sobre se o investimento foi realizado “de acordo com a lei vigente no Estado de acolhimento ao tempo”. Sobre este ponto, cf. McLACHLAN, WEINIGER E SHORE (2017), pp. 241-246; e BASENER (2017), pp. 363-368.

67 LENK (2019), pp. 187-189.

68 A divisão público-privado é uma questão com enorme relevância no direito do investimento, em especial na identificação do tipo de atuação dos poderes públicos que pode consubstanciar uma expropriação indireta. Com efeito, muito embora se admita que a interferência estadual sobre um contrato possa constituir uma expropriação à luz do direito do investimento, reconhece-se que existe uma diferença entre expropriar direitos contratuais através de atos de autoridade, ou, simplesmente, incumprir um contrato – sem prejuízo de o resultado de uma e outra atuação poder ser, na prática, exatamente o mesmo. Cf., na jurisprudência, o acórdão *Waste Management v. United Mexican States*, ICSID Case no. ARB(AF)/00/3, Award, 30.04.2004, §175; na doutrina, entre outros, CRAWFORD (2012), p. 627.

69 Desenvolvidamente, DOUGLAS (2003), pp. 240 ss.

70 O preceito dispõe o seguinte: “O consentimento dado pelas partes para a arbitragem dentro do âmbito da presente Convenção será, *exceto no caso de estipulação contrária*, considerado como implicando a renúncia a qualquer outro meio de resolução. Um Estado contratante poderá exigir a exaustão dos meios administrativos e judiciais internos como condição para dar o seu consentimento à arbitragem no âmbito da presente Convenção” (o *italico* é nosso).

Para além do respeito pela soberania estadual associado à ideia de subsidiariedade, a exaustão dos recursos domésticos impeliria os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça – através do reenvio prejudicial – a interpretar o direito interno, obstando a que os tribunais de investimento tenham de “pescar” a interpretação habitualmente seguida por aqueles tribunais. Essa seria uma via *alternativa* de garantia do primado do direito da União, segundo Basener⁷¹, a cuja consagração estaria quase certamente associado o reconhecimento do efeito direto dos API (ou, pelo menos, a sua não exclusão).

Não foi este o caminho trilhado pela União, que tem, por experiência própria, dificuldades em confiar naquilo que não pode controlar⁷². Dois argumentos estearam a opção da União. Em primeiro lugar, a preocupação de evitar situações de tensão entre os tribunais nacionais – em especial, os tribunais das mais altas jurisdições – e os tribunais de investimento⁷³. Não se pode criticar a UE por não querer prolongar nem juntar mais atores às sessões de “diálogo” e de “mútua compreensão” – por vezes, também de “mútua incompreensão” – que hodiernamente desenvolve com vários Tribunais Constitucionais.

Em segundo lugar, havia o receio de que a consagração da regra do esgotamento em certos API pudesse obviar à inclusão da regra oposta em API futuros – mormente com a China⁷⁴. Como explicou o AG Bot, a instituição de um mecanismo de resolução de litígios é a “pedra angular do sistema” e destina-se a ser inserido em acordos internacionais com Estados terceiros que podem não oferecer as mesmas garantias que o Canadá (referindo-se ao CETA, naturalmente)⁷⁵.

71 BASENER (2017), pp. 325, 491.

72 Tradicionalmente, mesmo entre países desenvolvidos, o recurso à arbitragem de investimento pode justificar-se com base numa ideia de despolitização dos conflitos, de falta de *expertise* dos tribunais domésticos e de celeridade dos processos arbitrais [HINDELANG (2011), p. 19; DODGE (2006); KIDANE (2017), sobretudo o Cap. 5 – “The evolving justifications of international Arbitration”]. Contrariando algumas destas justificações, GÁSPÁR-SZILÁGYI (2019), pp. 392 ss.

73 KUIJPER (2014), p. 92. Os Autores, contudo, desconsideram este fundamento, defendendo que a prática do TEDH, do TJUE e do Tribunal EFTA demonstram que, regra geral, os tribunais nacionais implementam as decisões dos tribunais supranacionais sem grande atrito. Trata-se de uma visão “estelar” das últimas décadas de relação entre alguns tribunais constitucionais e o Tribunal de Justiça e entre alguns tribunais nacionais e o TEDH.

74 Para KUIJPER (2014), p. 90. Os Autores contrariam o argumento empírica, normativa e pragmaticamente, propondo, em alternativa, uma regra “elástica” de esgotamento dos recursos, baseada em índices de fiabilidade objetivos e imparciais, como, por ex., o *World Justice Project Rule of Law Index*. Países com índices mais elevados de *Rule of law* justificariam o esgotamento dos recursos, ao passo que países com índice mais baixo reclamariam a manutenção da regra atual, numa espécie de *race to the top* na promoção do *rule of law*, concretizadora de uma igualdade material entre os Estados.

75 Conclusões do AG Bot, Parecer 1/17, §§84-86.

Os novos API consagram uma regra de *fork-in-the-road* “impura”⁷⁶, de acordo com a qual um investidor que submeta um pedido de arbitragem (i) tem de abdicar de qualquer litígio, perante um tribunal, ao abrigo do direito interno ou do direito internacional e que tenha por objeto a *mesma medida*⁷⁷, e tem de (ii) renunciar (*waive*) ao seu direito de obter remédio, perante um tribunal, ao abrigo do direito interno ou do direito internacional, contra a medida que alegadamente constituiu uma *violação do tratado*⁷⁸. A teleologia do dispositivo é a de evitar que corram diferendos *paralelos*, isto é, sobre a mesma questão de investimento, instauradas ou a instaurar pelo investidor (ou por uma empresa localmente estabelecida), em tribunais domésticos ou internacionais (e.g., direito de queixa de um investidor canadiano ao abrigo da CEDH)⁷⁹. Caso estes requisitos processuais não sejam cumpridos, a consequência é a recusa de jurisdição do tribunal de investimento sobre o diferendo⁸⁰.

Adicionalmente, os novos API incluem uma cláusula de *judicial comity*, garantindo que quando outro tribunal internacional possa proferir uma decisão da qual resulte uma *dupla compensação* para o investidor (*overlapping compensation*) ou que possa ter um impacto significativo na resolução do diferendo de investimento, o tribunal deve suspender o processo arbitral ou alternativamente garantir a tomada em consideração, na sentença arbitral, da existência dessa outra pretensão⁸¹.

76 Cf. os artigos 8.22 do CETA, 3.34 API UE-Vietname e 3.6 API UE-Singapura. Uma cláusula *fork-in-the-road* característica ou pura é aquela em que se estipula que a seleção, pelo investidor, de uma determinada via de resolução dos diferendos (tribunais domésticos ou tribunais arbitrais) inviabiliza o posterior recurso à outra [Douglas (2003), p. 274]. Cf., contudo, o anexo 12 do acordo API UE-Vietname.

77 Esta é uma precisão importante. Não é incomum, bem pelo contrário, que a factualidade de um litígio de investimento (instaurado com base num API) possa envolver aspetos e pretensões relativas a um contrato entre o Estado de acolhimento e um investidor estrangeiro, normalmente regidas – pelo menos em parte – pelo direito interno.

78 Vale a pena atentar, no disposto no artigo 8.22.1 do CETA. Segundo este dispositivo, “[A]n investor may only submit a claim pursuant to Article 8.23 if the investor: [...] (f) withdraws or discontinues any existing proceeding before a tribunal or court under domestic or international law with respect to a measure alleged to constitute a breach referred to in its claim; and (g) waives its right to initiate any claim or proceeding before a tribunal or court under domestic or international law with respect to a measure alleged to constitute a breach referred to in its claim”.

79 LENK (2019), p. 99. “Empresa localmente estabelecida” (*locally established enterprise*) é, segundo o artigo 8.1 do CETA, “a juridical person that is constituted or organised under the laws of the respondent and that an investor of the other Party owns or controls directly or indirectly”.

80 Cf. artigos 8.22.4 do CETA, 3.7.3 API UE-Singapura e 3.35 API UE-Vietname.

81 Cf. artigos 8.24 do CETA e 3.34.8 API UE-Vietname.

Uma vez mais, podem levantar-se questões relativamente à conjugação destes dispositivos com os artigos 26.º e 27.º da Convenção ICSID, cujo conteúdo é distinto⁸².

2. O fim do conflito normativo

Temos vindo a demonstrar que a circunstância de União *ter de pagar para não anular ou revogar o ato internacionalmente ilícito* poderia comprometer o princípio da autonomia da ordem jurídica da União, ameaçando a validade dos novos API à luz do direito primário. No Parecer 1/17, o Tribunal deu (em alguma medida) razão àqueles que, depois do acórdão Achmea, temiam que o imperativo da autonomia se estendesse *para lá dos API entre Estados-membros* (entenda-se, para lá das situações suscetíveis de envolver o princípio da confiança mútua), avançando que o Tribunal de Justiça teria dificuldades em aceitar um sistema jurisdicional cujas decisões pudessem ter efeitos *spill over* (*de facto* mas não *de iure*) sobre o direito da União, levando o Tribunal a alinhar a sua jurisprudência com a do órgão jurisdicional em causa⁸³.

O Tribunal de Justiça reconheceu, precisamente, que a colocação dos órgãos políticos da União numa situação em que se vissem forçados a revogar uma regulamentação de interesse público, ou, alternativamente, a pagar tantas

82 Uma diferença importante é, desde logo, o facto de os artigos 26.º e 27.º serem dirigidos aos Estados contratantes da Convenção ICSID, ao passo que os preceitos citados na nota precedente impõem (aparentemente) deveres aos investidores, *não aos Estados*. O artigo 26.º dispõe o seguinte: “O consentimento dado pelas partes para a arbitragem dentro do âmbito da presente Convenção será, exceto no caso de estipulação contrária, considerado como implicando a renúncia a qualquer outro meio de resolução [...]”. Já o artigo 27.º, n.º 1, preceitua o seguinte: “Nenhum Estado Contratante concederá proteção diplomática nem apresentará internacionalmente uma reclamação respeitante a um diferendo que um dos seus nacionais e outro Estado Contratante tenham consentido submeter ou hajam submetido a arbitragem no quadro da presente Convenção, exceto no caso de o outro Estado contratante não acatar a sentença proferida no dito diferendo.” Sobre a interpretação destes dois preceitos, cf. os §§32-33 do *Report of Executive Directors on the Convention* (disponíveis no Documento *ICSID Convention, Regulation and Rules*, que pode ser consultado em <https://icsid.worldbank.org/>). O sentido destes preceitos é, segundo aquele Relatório, *o de proibir o Estado de origem (do investidor) de outorgar proteção diplomática ao seu nacional, desencadeando um litígio interestadual*. Tal normativo funcionaria, portanto, como uma cláusula “antipolitização” do litígio, impedindo que, por via do confronto Estado-Estado, se “repolitizasse” aquilo que os API visaram, precisamente, “despolitizar”. A interpretação presente no Relatório não é, contudo, unânime. KULICK (2017), p. 139, argumenta que o artigo 27.º da Convenção ICSID não deve ser interpretado no sentido de impedir o Estado de origem de recorrer à arbitragem Estado-Estado mesmo que o investidor desse Estado já tenha manifestado intenção de recorrer ao sistema jurisdicional previsto no CETA. Com efeito, no entender daquele Autor, o impedimento do artigo 27.º só se aplica às disputas relativas a proteção diplomática, e não a todas os conflitos interestaduais cuja resolução o API pode contemplar.

83 Opinião partilhada por vários Autores, entre eles HINDELANG (2015), p. 74; LENK (2017), pp. 142-153; e (LAVRANOS 2017), p. 330, cuja previsão, na sequência da prolação do Parecer 2/13, era a seguinte: “there is no room within the European Union’s legal order for any permanent international investment court or arbitral tribunal operating outside the preliminary ruling system”.

compensações financeiras quantos os investidores canadianos afetados pela regulamentação, impediria o funcionamento do processo democrático definido nos Tratados e lesaria o princípio da autonomia⁸⁴.

Como assegurar o direito de regular sem comprometer a conclusão dos novos API e a política comercial da União na era pós-Lisboa? A resposta do Tribunal de Justiça passou por *interpretar* as disposições do CETA (tanto as que asseguram como as que limitam o direito de regular)⁸⁵ no sentido de *definir as condições* verificadas as quais essas disposições – bem como sentenças arbitrais incidentes sobre um ato legislativo da União que seja manifestação daquele direito – seriam compatíveis com o direito primário da UE⁸⁶.

O que se diz no Parecer 1/17 é o seguinte: os tribunais do CETA não são “competentes” para, *no âmbito da atividade de controlo de atos legislativos*, pôr em causa o nível de proteção do interesse público democraticamente selecionado pelos órgãos políticos *da União* – aquilo a que se vulgarizou chamar, *gold standard*. A referência à *(in)competência* dos tribunais de investimento não é feita leviana ou irrefletidamente. Através dela, o Tribunal de Justiça pretende esclarecer que o controlo de atos legislativos que impeça os órgãos políticos da União de prosseguir um determinado nível de políticas públicas (que pode até ser superior a *standards* internacionais)⁸⁷ equivale a uma situação de *substituição funcional* do judicial pelo legislativo, isto é, a um problema de *separação de poderes*, logo, de *competência*⁸⁸.

84 Parecer 1/17, §151.

85 O CETA contempla várias disposições que asseguram o direito de regular em domínios de interesse público (artigos 8.9.1, 8.9.2 e 28.3.2); isto para além de um anexo explicativo em matéria de expropriação (anexo 8-A), que estabelece os critérios que permitem apurar a ocorrência de uma expropriação indireta, de várias disposições do Instrumento Interpretativo Conjunto (*Joint Interpretative Instrument*), em especial o ponto 2, e de uma cláusula FET “circunscrita” (artigo 8.10). O arrazoado que vimos descrevendo culmina no §160 do Parecer 1/17, onde se conclui serem estas disposições prova suficiente de que “as Partes tiveram o cuidado de excluir toda e qualquer competência desses tribunais para porem em causa as escolhas democraticamente realizadas no interior de uma Parte em matéria, nomeadamente, do nível de proteção da ordem pública, da segurança pública, da moralidade pública, da saúde e da vida das pessoas e dos animais, da segurança alimentar, das plantas, do ambiente, do bem-estar no trabalho, da segurança dos produtos, dos consumidores ou ainda dos direitos fundamentais”.

86 Não esquecer que o Parecer aprecia a compatibilidade de certas disposições do CETA com três parâmetros: o princípio da autonomia, o princípio da igualdade e o direito de acesso a um tribunal independente. Só o primeiro desses parâmetros releva diretamente para o nosso texto.

87 É o caso, *e.g.*, da política da União sobre a apresentação dos produtos de tabaco e a proibição de tabaco com aroma distintivo, prevista na Diretiva 2014/40/UE, cuja conformidade com o direito da União foi ajuizada no acórdão Philip Morris Brands SARL c. Secretary of State for Health, processo C-547/14, 04.05.2016.

88 Parecer 1/17, §160. Questionando – bem, parece-nos – se se trata de um problema de *competência*, GAILLARD (2019). Na verdade, com esta interpretação dos *standards* de proteção inscritos nos API, o Tribunal de Justiça procede a uma “OMCização” do *standard de controlo*, buscando apoio inclusivamente no artigo 28.3 do CETA, cuja redação é muito próxima da do artigo XX do GATT. Com efeito, o órgão de resolução de litígios da OMC disse diversas vezes, em particular por ocasião da aplicação do mencionado

Apesar de ter viabilizado o acordo, considerando-o compatível com o princípio da autonomia, o Parecer leva implícita uma reafirmação implacável daquele princípio e enuncia, de forma mais clara que os antecessores, os respetivos fundamentos. Em primeiro lugar, a autonomia não é mera refração, no plano externo, da necessidade de preservar a uniformidade de interpretação e aplicação do direito da União. As questões da autonomia surgem porque a União se olha, de dentro para fora, como um ente político, “contemplando-se no seu particularismo” e “exaltando-se na sua individualidade”, como assertivamente explica Moura Ramos⁸⁹. Em segundo lugar, fica claro que a União parte, nas suas relações externas, de uma conceção dualista relativamente ao direito internacional⁹⁰, mimetizando, portanto, a tensão entre autonomia/integração que existe no plano interno⁹¹. Finalmente, na afirmação do seu quadro constitucional – institucional e substantivo perante terceiros – a União vai inclusivamente bem mais longe do que muitos Estados, negando-se a conferir a um tribunal internacional poderes de controlo não só sobre o seu direito primário, como também sobre opções normativas tomadas no quadro do direito derivado.

IV. Efeitos

A interpretação perfilhada no Parecer 1/17 não vincula imediatamente os tribunais de investimento constituídos ao abrigo do CETA. Tem, além disso, efeitos limitados no plano interno, visto que o API retirou efeito direto às suas disposições, tornando improvável que o Tribunal de Justiça seja confrontado com a aplicação do tratado a um litígio que se enquadre no âmbito do direito da União. Daqui não resulta que aquela interpretação – para além da consequência

artigo XX do GATT, que os Estados têm o direito de ver preservado “its desired level of protection with respect to the objective pursued” (cf., entre outros, os casos *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001, §168, disponível em <https://docs.wto.org/> (acesso em 23.09.2020). Sobre o *standard de controlo* no direito da OMC, cf., entre outros, REGAN (2007) e MITCHELL (2006). Destacando a aproximação do modelo europeu de tratados de investimento ao direito da OMC, cf. a obra coordenada por COUTINHO, FETEIRA e SANTOS (2018).

89 MOURA RAMOS (1991), p. 176.

90 Neste sentido, ECKES (2020), p. 7.

91 Neste sentido, DUARTE (2020), p. 1206.

óbvia de permitir que a UE não tenha de denunciar ou de renegociar o CETA (as long as...) ⁹² – seja juridicamente *irrelevante* no plano internacional ⁹³.

Com efeito, no plano internacional, tal interpretação, sendo vinculativa para as instituições da União, há de condicionar as posições por estas adotadas no âmbito do Comité Misto ⁹⁴. O CETA fala, com efeito, de um *Joint Committee*, estabelecido ao abrigo do artigo 26.1, que é composto por representantes das duas partes e presidido conjuntamente pelos Ministros com competência na área do comércio internacional. O Comité, além de nomear os membros do tribunal (artigo 8.27), tem competência, nos termos dos artigos 26.1.5 e 8.31.3, para “adotar interpretações das disposições do acordo, que são vinculativas para os tribunais estabelecidos nos termos da Secção F do Capítulo 8 (Resolução de litígios de investimento entre investidores e Estados) e do Capítulo 29 (Resolução de litígios)” ⁹⁵.

A competência para emitir interpretações vinculativas é um importante instrumento de “retoma”, pelo Estado, de *controlo sobre a arbitragem do investimento*. Levantam-se, contudo, uma série de questões ⁹⁶, algumas delas ligadas àquilo que Roberts apelidou “tensões de 3.^a ordem” do direito do investimento estrangeiro, a saber, tensões entre o investidor e o seu Estado de origem (*in casu*, entre um investidor da União e a própria União), ou entre o investidor e os

92 *As long as* ou, por outras palavras, *enquanto* os tribunais de investimento do CETA interpretarem as disposições do API com o sentido normativo que o Tribunal de Justiça considera respeitar o princípio da autonomia da ordem jurídica da União. Enfatizando este ponto, GAILLARD (2019), pp. 845-853; e CREMONA (2020), p. 9 (“[...] The relevant CETA provisions ‘cannot be interpreted’ as permitting the Union to consent to decisions on interpretation in the CETA Joint Committee that would conflict with EU primary law, including the Charter of Fundamental Rights”).

93 Não nos alongaremos, no presente texto, sobre esses efeitos. Deixaremos apenas algumas notas sobre os problemas que a “retoma” pelos Estados do controlo sobre a arbitragem do investimento, aliada à vontade do Tribunal de Justiça de “controlar” remotamente as interpretações veiculadas pelos tribunais de investimento (por força do princípio da autonomia) colocam à posição jurídica do investidor estrangeiro. É uma matéria cujo tratamento desenvolvido exigiria fortes conhecimentos de direito internacional público, que não temos, e um estudo cuidadoso das várias questões jurídicas que se levantam, que não fizemos.

94 Facto, aliás, recordado pelo Tribunal de Justiça no §235 do Parecer 1/17 (“Importa, além disso, salientar que a participação da União na fixação, por este Comité, dessas interpretações vinculativas é regida pelo artigo 218.º, n.º 9, do TFUE. O seu acordo em qualquer decisão visada no artigo 8.31, n.º 3, do CETA deverá, em consequência, *ser conforme com o direito primário da União*, em especial com os princípios dele decorrentes e recordados ou precisados no presente parecer”) – o itálico é nosso.

95 Cf., para o API UE-Singapura, o artigo 3.13.3; e para o API UE-Vietname, o artigo 3.42.5.

96 As interpretações vinculativas dos Comités Mistos suscitam dúvidas ao nível dos princípios fundamentais do Estado de Direito. Prevendo o CETA a possibilidade de o Comité Misto fixar a data a partir da qual uma interpretação vinculativa do tratado deve produzir efeitos (artigo 8.31.3) sentiu o Tribunal de Justiça – bem, em nosso entender – a necessidade de interpretar restritivamente o dito preceito, considerando que tais interpretações não podem produzir efeito retroativo nem efeito imediato sobre os processos pendentes. A ser de outra forma, estaria comprometido o direito (do investidor) a um processo justo, inscrito no artigo 6.º da CEDH e no artigo 47.º da CDFUE. Cf. Parecer 1/17, §§236-237.

Estados-partes do API atuando “coletivamente” ou em conjunto⁹⁷. Questiona-se, por exemplo, *em que medida* é que essas interpretações (feitas pelo órgão executivo) poderão efetivamente predeterminar o *iter* hermenêutico-aplicativo do tribunal de investimento chamado a resolver um caso concreto⁹⁸.

Aquelas tensões não estão, contudo, confinadas ao domínio interpretativo, e surgem sempre que os Estados envolvidos num litígio de investimento (relativo à interpretação em abstrato ou à aplicação do API) “avocam” a resolução do diferendo *para o plano interestadual*, através de arbitragem Estado-Estado (pre vista na generalidade dos API, inclusivamente nos novos API)⁹⁹, ou, *de forma mais drástica*, decidem pôr fim a um API, com efeitos sobre processos penden tes ou sobre as expectativas dos investidores de poderem vir a resolver o seu diferendo através da arbitragem investidor-Estado¹⁰⁰.

O que explica as tensões de 3.ª ordem? Se são os Estados que celebram os API não deveriam estes poder interpretá-lo, alterá-lo ou simplesmente pôr-lhe fim quando assim o desejassem? Não são eles, afinal, os “senhores dos tratados”?¹⁰¹ As interrogações que acabam de ser enunciadas só podem ser adequadamente compreendidas uma vez enquadradas no debate – que já vai longo – sobre a *titularidade* dos direitos substantivos conferidos pelo API, ou seja, sobre a questão de saber se esses direitos são efetivamente dos

97 ROBERTS (2014), p. 388.

98 Através das interpretações conjuntas o Comité Misto do CETA (e dos outros API) efetua uma *interpretação autêntica* do acordo. Em todo o caso, sempre se dirá que, de acordo com o artigo 31.3 da CVDT, a interpretação dos tratados deve, a par de outros elementos, “ter em consideração” (i) “todo o acordo posterior entre as partes sobre a interpretação do tratado ou a aplicação das suas disposições” e (ii) “toda a prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pelo qual se estabeleça o acordo das partes sobre a interpretação dos tratados”. O “acordo posterior” abrange acordos formais e informais entre os Estados-parte, troca de notas, documentos conjuntos assinados. A prática seguida posteriormente envolve todos os elementos dos quais se possa extrair um padrão fiável de interpretação, inclusivamente atos da função legislativa, administrativa ou judicial de um dos Estados-parte, relativamente aos quais o outro Estado tenha demonstrado aquiescência. Sobre o tema WEERAMANTRY (2012), pp. 77 ss.; WITTE (2018), pp. 545 ss.; METHYMAKI e TZANAKOPOULOS (2017), p. 165; BUGA (2018), sobretudo Capítulo 2.

99 A relação, dentro de um mesmo API, entre a arbitragem investidor-Estado e os mecanismos de resolução de litígios entre os Estados-partes é matéria tratada ao pormenor por KULICK (2017), pp. 128 ss. A intensificação do recurso à arbitragem entre Estados impulsionada pelo processo de “retoma” de controlo sobre a arbitragem de investimento torna possíveis, no entender do Autor, dois tipos de litígios até agora com pouco respaldo pragmático – as “abstract interpretation claims” (situações em que um Estado contratante, *prima facie* aquele que seria parte demandada num litígio investidor-Estado, desencadeia a arbitragem interestadual no sentido de obter uma interpretação vinculativa sobre uma determinada disposição do tratado, tentando predeterminar o desfecho daquele – ainda potencial – litígio) e as “concrete interpretation claims” (situações em que um Estado contratante lança mão da arbitragem interestadual para dirimir um litígio envolvendo um nacional e o outro Estado-parte, num momento em que a arbitragem investidor-Estado já foi desencadeada ou concluída).

100 Hipótese que está longe de ser “académica”, como evidencia o *Agreement for the termination of bilateral investment treaties between the EU members states* (concluído por 23 Estados-membros).

101 METHYMAKI e TZANAKOPOULOS (2017), p. 160.

investidores (teoria direta) ou se são, na verdade, dos *Estados-partes* do acordo, que apenas delegam no investidor o poder adjetivo de os acionar junto do tribunal arbitral (teoria derivada)¹⁰².

V. Encerramento

A nossa conclusão é a de que a repolitização ou o “regresso” do Estado à arbitragem investidor-Estado constitui, da perspectiva da União, uma *oportunidade* de reforço das *condições de autonomia* da sua ordem jurídica¹⁰³. Ou seja, os propósitos da reforma coincidem, em grande medida, com a teleologia do princípio da autonomia no plano internacional. Paradigmático dessa coincidência é, por exemplo, a possibilidade de os Comitês Conjuntos poderem emitir interpretações vinculativas sobre disposições do CETA, competência que, constituindo uma das vias de reforma da arbitragem do investimento, será simultaneamente veículo privilegiado de implementação das condições de que, no Parecer 1/17, o Tribunal de Justiça fez depender a compatibilidade do acordo com o direito primário da União.

Questionava-se, ainda, qual seria o alcance do princípio da autonomia no quadro dos novos API, visto que, ao contrário dos acordos de investimento entre Estados-membros, não se suscitariam, nos acordos com países terceiros, os óbices provenientes do princípio da confiança mútua, uma das dimensões da autonomia, segundo o Tribunal de Justiça¹⁰⁴.

Não obstante ter viabilizado o acordo, o Tribunal veio esclarecer, no Parecer 1/17, que a autonomia da ordem jurídica da União reivindica, no plano externo, uma espécie de *King in Parliament*, ou seja, um modelo caracterizado pela subtração, aos tribunais de investimento, da “competência” para pôr em causa o *nível de proteção do interesse público definido por ato legislativo da União*. Esse modelo tem o mérito de avançar critérios (ainda que por intermédio do

102 Problema tratado, na doutrina jusinternacional, por HINDELANG (2011), pp. 14 ss. (para quem o titular dos direitos consagrados no API são os Estados, podendo estes, querendo, reassumir o senhorio sobre esses direitos); PĀPARINKIS (2013), pp. 621 ss. (cotejando o direito do investimento com as duas analogias possíveis – direitos humanos e direito da OMC – e analisando as consequências de cada uma delas, em especial ao nível do regime da responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito), DOUGLAS (2003) (defendo a teoria direta), ROBERTS (2013), p. 356 (considerando que nenhuma das teorias espelha adequadamente o que se passa nos API, e que estes devem ser entendidos como “tratados triangulares”, ou seja, “agreements between sovereign states that create enforceable rights for investors as non-sovereign, third-party beneficiaries”).

103 Em sentido idêntico, LAVRANOS (2017), pp. 325 ss.

104 Achmea, §58; Parecer 1/17, §129.

poder judicial) quanto ao modo como devem ser resolvidos os conflitos normativos¹⁰⁵. Vem, contudo, esclarecer que, independentemente de um acordo internacional poder lesar o princípio da confiança mútua entre Estados-membros ou, por outras palavras, independentemente de esse acordo poder fragilizar a efetividade e uniformidade do direito da União, o Tribunal de Justiça não quer as decisões normativas da União escrutinadas por um tribunal internacional que não controla¹⁰⁶.

VI. Bibliografia

- ALVAREZ, Gloria. 2018. “Redefining the Relationship between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: From a normative conflict to policy to policy tension”. *ICSID Review* 33 (2): 560-81.
- ANKERSMIT, Laurens. 2020. “Regulatory autonomy and regulatory chill in Opinion 1/17”. *Europe and the World: A law review*, Special issue: Collection of Reflection Essays on Opinion 1/17, 4 (1). https://www.scienceopen.com/document_file/70262072-57d6-4cbf-8466-864ebc8a192a/ScienceOpen/EWLR-4-7.pdf.
- BASENER, N. 2017. *Investment Protection in the European Union. Considering EU law in investment arbitrations arising from intra-EU and extra-EU bilateral investment agreements*. Baden-Baden: Nomos.
- BONNITCHA, J., N. Poulsen e Michael Waibel. 2017. *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*. Oxford: Oxford University Press.
- BOTELHO, Catarina. 2020. “Comparative Constitutional Studies 2.0 – Lost in translations revisited”. Em *Constitucionalismos e (con)temporaneidade – Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Afonso Vaz*, Rita Lobo Xavier et al., 21-46. Porto: Universidade Católica Editora.
- BÜCHELER, G. 2015. *Proportionality in investor-state arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- BUGA, Irina. 2018. *Modification of Treaties by subsequent practice*. Oxford: Oxford University Press.

105 Neste sentido, com as devidas adaptações, as reflexões de MEDEIROS (2015), p. 341 (“Por outro lado, e atendendo a que a ponderação de interesses não é uma operação meramente técnica, a resolução dos conflitos sistémicos não está necessariamente condenada a ficar pura e simplesmente na disponibilidade dos tribunais, não estando excluído que o próprio legislador – por via constitucional, convencional ou ordinária – estabeleça a montante os critérios de solução dos conflitos. Pelo contrário, num Estado de Direito e democrático, a tarefa jurisdicional deve estar normativamente fundada [...]”).

106 VEZZANI (2016).

- BURGSTALLER, Markus. 2010. "European Law Challenges to investment arbitration". Em *The Backlash against investment arbitration: Perceptions and realities*, 455–82. London: Wolters Kluwer.
- CASSESE, Sabino. 2017. "The constitutional traditions common to the Member States of the European Union". *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4: 939-48.
- CONTARTESE, Cristina. 2017. "The autonomy of the EU legal order in the ECJ's external relations case law: from the 'essential' to the 'specific characteristics' of the Union and back again". *Common Market Law Review* 54: 1627-72.
- CONTARTESE, Cristina, e Mads Andenas. 2019. "EU autonomy and investor-state dispute settlement under inter se agreements between EU Member States: Achmea". *Common Market Law Review*, 56: 157-92.
- COUTINHO, Francisco Pereira, Lúcio Tomé Feteira e Ruth Santos. 2018. *OMC 2.0: O CETA como novo paradigma do Direito Internacional Económico?* Lisboa: CEDIS.
- CRAWFORD, James. 2012. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- CREMONA, Marise. 2020. "The Opinion procedure under Article 218(11) TFEU: Reflections in the light of Opinion 1/17". *Europe and the World: A law review*, Special issue: Collection of Reflection Essays on Opinion 1/17, 4 (1). <https://www.scienceopen.com/document?vid=08a7f1a9-ed57-4631-bbea-33dd-05d024c6>.
- CROOK, John. 2019. "Dual hats and arbitrator diversity: goals in tension (Symposium: a focus on ethics in international courts and tribunals)". *AJIL Unbound* 113: 284–89.
- CUTLER, Claire. 2016. "Transformations in statehood, the Investor-State Regime, and the New constitutionalism". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 23 (1): 95-125.
- D'ALTERIO, Elisa. 2016. "Judicial regulation in the global space". Em *Research Handbook on Global administrative law*, Sabino Cassese, 303-24. Cheltenham: Elgar.
- DE BAERE, Geert, Anne-Louise CHANÉ e Jan WOUTERS. 2016. "International courts as keepers of the rule of law: achievements, challenges, and opportunities". *New York University Journal of International Law & Politics*, 48 (3): 715-93.
- DIMITROPOULOS, Georgios. 2019. "The conditions for reform: a typology of 'Backlash' and lessons for reform in International Investment Law and Arbitration". *The Law and Practice of International Tribunals*, 18: 416-35.
- DODGE, William. 2006. "Investor-state dispute settlement between developed countries: Reflections on the australia-united states free trade agreement". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 39 (1): 1-38.

- DOUGLAS, Zachary. 2003. "The hybrid foundations of investment treaty arbitration". *The British Yearbook of International Law*, 74 (1): 151-289.
- DOYLE, Oran. 2016. "Constitutional cases, foreign law and theoretical authority". *Global Constitutionalism*, 5 (1): 85-108.
- DUARTE, Francisco de Abreu. 2020. "'But the Last Word Is Ours': The Monopoly of Jurisdiction of the Court of Justice of the European Union in Light of the Investment Court System". *The European Journal of International Law*, 30 (4): 1187-1220.
- ECKES, Christina. 2020. "The autonomy of the EU legal order". *Europe and the World: A law review* 4 (1). https://www.scienceopen.com/document_file/b91fd96b-aeac-4dab-b4fc-3270ecf4523c/ScienceOpen/EWLR-4-1.pdf.
- FABBRINI, Federico e András Sajó. 2019. "The dangers of constitutional identity". *European Law Journal*, 25: 457-73.
- FABBRINI, Federico e Miguel Poiares Maduro. 2016. "Supranational Constitutional Courts". Em *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL]*. Oxford: Oxford University Press. <http://oxcon.ouplaw.com>.
- FONTAINE CAMPOS, Manuel. 2011. "O controlo da concessão de ajudas públicas na União Europeia e na Organização Mundial do Comércio – Fundamentos, regimes e resolução de desconformidades". Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa para a obtenção do grau de doutor em Direito – Ciências Jurídico-Comunitárias.
- GAILLARD, Emmanuel. 2019. "Règlement des différends relatifs aux investissements. Arbitrage international. Traité sur la Charte de l'énergie. Investissement". *Journal du droit international*, n. 3: 845-53.
- GÁSPAR-SZILÁGYI, Szilárd. 2015. "The 'Primacy' and 'Direct Effect' of EU International Agreements". *European Public Law*, 21 (2): 343-70.
- GÁSPÁR-SZILÁGYI, Szilárd. 2019. "Let us not forget about the Role of domestic courts in settling investor-state disputes". *The Law and Practice of International Tribunals*, 18: 389-415.
- GIORGETTI, Chiara, e Jeffrey DUNOFF. 2019. "Ex pluribus unum? On the form and shape of a common code of ethics in international litigation (Symposium: a focus on ethics in international courts and tribunals)". *AJIL Unbound*, 153: 312-16.
- GIORGETTI, Chiara, Laura LÉTOURNEAU-TREMBLAY, Daniel BEHN e Malcolm LANGFORD. 2019. "Reforming International Investment Arbitration: an Introduction". *The Law and Practice of International Tribunals*, 18: 303-13.
- GRAY, Christine. 1987. *Judicial remedies in International Law*. Oxford: Oxford.
- HEPBURN, J. 2017. *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

- HINDELANG, Steffen. 2011. "Restitution and Compensation – Reconstructing the relationship in investment treaty law". WHI – Paper 02/11 Humboldt-Universität zu Berlin. <http://www.steffenhindelang.de/>.
- HINDELANG, Steffen. 2015. "Repellent forces: The CJEU and Investor-State Dispute Settlement". *Archiv des Völkerrechts*, 53: 68-89.
- HIX, J. 2013. "Indirect Effect of International Agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts". Jean Monnet Working Paper 03/13. www.Jean-MonnetProgram.org.
- HÖLKEN, C. 2017. *Systemische Integration von Investitionsschutzabkommen (Studien zum Internationalen Investitionsrecht)*. Baden-Baden: Nomos.
- KIDANE, Won. 2017. *The Culture of International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- KOUTRAKOS, Panos. 2019. "The Autonomy of EU Law and International Investment Arbitration". *Nordic Journal of International Law*, 41-64.
- KUIJPER, P. J. 2014. "Investor-State Dispute Settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements – Vol. 2". Directorate General for External Policies – European Parliament. <https://www.europarl.europa.eu/>.
- KULICK, Andreas. 2012. *Global Public Interest in International Investment law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KULICK, Andreas. 2014. "Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary". *The Journal of World Investment & Trade*, 15: 273-84.
- KULICK, Andreas. 2017. "Reassertion of control: an introduction". Em *Reassertion of control over the investment treaty regime*, 3-29. Cambridge: Cambridge University Press.
- LAVRANOS, Nikos. 2017. "How european Commission and the EU Member States are reasserting their control over their investment treaties and ISDS rules". Em *Reassertion of control over the Investment Treaty Regime*, Andreas Kulick, 309-32.
- LENK, Hannes. 2017. "Investment Arbitration under EU investment agreements: is there a role for an autonomous EU legal order?". *European Business Law Review*, 135-62.
- LENK, Hannes. 2019. *The EU Investment Court System – a viable reform alternative?* Juridiska institutionens skriftserie. School of Business, Economics and Law at University of Gothenburg.
- LOCK, Tobias. 2010. "Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Right". *Human Rights Law Review*, 529-45.

- MARCEDDU, Maria Laura, e Pietro Ortolani. 2020. "What is wrong with investment arbitration? Evidence from a set of behavioural Experiments". *The European Journal of International Law*, 31 (2): 405-28.
- MARTINICO, Giuseppe. 2009. "The 'dark' side of the constitutional dialogue". *European Legal Integration: The New Italian Scholarship*.
- MCLACHLAN, Campbell, Matthew WEINIGER e Laurence SHORE. 2017. *International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- MEDEIROS, Rui. 2015. *A Constituição Portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- METHYMAKI, Eleni, e Antonios Tzanakopoulos. 2017. "Master of puppets? Reassertion of control through Joint Investment Treaty Interpretation". Em *Reassertion of control over the investment treaty regime*, Andreas Kulick, 155-81. Cambridge: Cambridge University Press.
- MICHAELS, R., e J. Pauwelyn. 2011. "Conflict of norms or conflict of laws: different techniques in the fragmentation of public international law". *Duke Journal of Comparative & International Law*, 22: 349-76.
- MITCHELL, Andrew D. 2006. "Proportionality and remedies in WTO Disputes". *The European Journal of International Law*, 17 (5): 985-1008.
- MOURA RAMOS, Rui. 1991. *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*. Coimbra: Coimbra Editora.
- NEFRAMI, Eleftheria. 2019. "Article 216(1) TFEU and the Union's shared external competence in the light of mixity: Germany v. Council (OTIF)". *Common Market Law Review*, 56: 489-520.
- NOUVEL, Yves. 2018. "Traité bilatérale d'investissement – Droit de l'Union Européenne – Autonomie du droit de l'Union – Compatibilité des TBI intraeuropéens au droit de l'Union". *Journal du droit international*, 3: 903-24.
- PAPARINSKIS, Martin. 2013. "Investment Treaty Arbitration and the (new) law of State responsibility". *The European Journal of International Law*, 24 (2): 617-47.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. 2018. *Multilevel constitutionalism for multilevel of public goods. Methodology Problems in International Law*. Oxford: Hart Publishing.
- PIÇARRA, Nuno. 2013. "Nos 50 anos do acórdão Van Gend en Loos. A génese dos princípios do efeito direto e do primado do direito da União Europeia e o seu impacto constitucional nos Estados-membros". *Themis*, 13 (24-25): 101-21.
- PONTHOREAU, M. 2018. "Un regard disciplinaire sur les rapports entre droit de l'Union Européenne et droits constitutionnels des États membres". *Revue de l'Union Européenne*, n. 622: 563-569.

- PUIG, Sergio, e Gregory Shaffer. 2018. "Imperfect alternatives: institutional choice and the reform of Investment law". *The American Journal of International Law*, 112 (3): 361-409.
- REGAN, Donald. 2007. "The meaning of "necessary" in GATT article XX and GATS article XIV: the myth of cost-benefit balancing". *World Trade Review*, 6 (3): 347-69.
- ROBERTS, Anthea. 2013. "Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system". *American Journal of International Law*, 107: 45-94.
- ROBERTS, Anthea. 2014. "State-to-State Investment Treaty Arbitration: a hybrid theory of interdependent rights and shared interpretative authority". *Harvard International Law Journal*, 55: 1-70.
- ROBERTS, Anthea. 2018. "Incremental, systemic, and paradigmatic reform of investor-state arbitration". *The American Journal of International Law*, 112 (3): 410-32.
- SACERDOTI, Giorgio. 2016. "Investment Protection and sustainable development – key issues". Em *Shifting paradigms in International Investment Law*, Steffen Hindelang & Markus Krajewski, 19-40. Oxford: Oxford University Press.
- SCHILL, Stephan, e Geraldo Vidigal. 2019. "Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis". *Law & Practice of Int'l Courts & Tribunals*, 18: 311-41.
- SCHNEIDERMAN, David. 2018. "Against Constitutional Excess: Tocquevillian Reflections on International Investment Law". *University of Chicago Law Review*, 85: 585-608.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. 1994. "A typology of transjudicial communication". *University of Richmond Law Review*, 29: 99-137.
- STIFTER, Lukas, e August Reinisch. 2016. "Epropriation in the light of the UNC-TAD Investment Policy for sustainable development". Em *Shifting paradigms in International investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, Steffen Hindelang, Markus Krajewski, 81-96. Oxford: Oxford University Press.
- TAVARES DA SILVA, Suzana. 2014. *Os direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- UWERA, Gisèle. 2016. "Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in Future EU Investment-Related agreements: is the autonomy of the EU legal order an obstacle?" *The Law and Practice of International Tribunals*, 15: 102-51.
- VAN HARTEN, Gus. 2007. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- VEZZANI, Simone. 2016. "L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del Parere 2/13 della Corte di Giustizia". *Rivista di diritto internazionale*, 1: 69-116.

- VIÑUALES, J. 2012. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- VON PAPP, C. 2013. “Clash of “autonomous legal orders”: Can EU member state Courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? – A plea for Direct referral from investment tribunals to the ECJ”. *Common Market Law Review*, 50: 1039-82.
- WEERAMANTRY, J. Romesh. 2012. *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*. Oxford: Oxford.
- WITTE, Inge. 2018. “Interactions between International Investment Law and Constitutional Law: promoting the dialogue. A European perspective on Judicial Cooperation and Deference”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 21 (1): 467-574.

