

Efectividade das decisões arbitrais no âmbito dos “BIT internos à União” (*)

No contexto do tema geral da “efectividade e sentenças multinível”, cumpre-nos tratar do recente problema das decisões arbitrais adoptadas ao abrigo de tratados bilaterais de protecção dos investimentos (*BIT* no acrónimo anglo-saxónico) celebrados entre dois Estados-Membros da União Europeia. Para o efeito, optamos por uma abordagem pragmática, centrada em dois problemas: *i*) os fundamentos da Comissão Europeia no combate aos “BIT internos à União” e a instabilidade que esta situação gera em matéria de protecção dos investidores; e *ii*) os investimentos realizados ao abrigo do Tratado da Carta da Energia.

1. O problema dos “BIT internos à União”

O problema dos “BIT internos à União” é uma questão típica da *internormatividade*. Muitos Estados-Membros da União Europeia celebraram entre si, maioritariamente na década de 90, tratados bilaterais de protecção mútua dos investimentos – existem actualmente cerca de 100 BIT entre os Estados-Membros da União ⁽¹⁾ – cuja conformidade com o direito europeu e com os princípios jurídicos constitutivos do mercado interno começou a ser questionada nos últimos anos pela Comissão Europeia, por alguns Estados-Membros e por uma parte da doutrina ⁽²⁾.

(*) O texto corresponde ao registo escrito da intervenção oral e, por vontade expressa da autora, segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

⁽¹⁾ Portugal celebrou este tipo de acordos recíprocos de protecção de investimentos com os seguintes Estados-Membros: Alemanha (1982); Polónia (1994); República Checa (1994); Roménia (1994); Croácia (1997); Hungria (1997); Letónia (1997); Eslováquia (1999); Bulgária (2000); Eslovénia (2000); Lituânia (2003).

⁽²⁾ Para uma visão geral dos Autores que defendem teses a favor e contra a possibilidade de aplicação dos BIT a litígios de

Lembramos que os BIT são acordos internacionais celebrados entre Estados, que regulam, reciprocamente, o regime jurídico aplicável à promoção e protecção do investimento realizado por agentes económicos de um Estado no outro Estado. Em termos simplificados, diremos que este tipo de acordos contempla, em regra: *i*) o conceito de investimento (ou seja, a delimitação do objecto de promoção e protecção do respectivo regime jurídico); *ii*) as regras e os princípios jurídicos aplicáveis à protecção desses investimentos (os denominados *standards* de protecção do investimento estrangeiro); e *iii*) a possibilidade de os investidores demandarem directamente o Estado que acolhe os investimentos através da arbitragem internacional, sem necessidade de accionar previamente os meios de defesa previstos no âmbito do direito interno do referido Estado de acolhimento ⁽³⁾.

Assim, os investimentos protegidos por estes instrumentos de direito económico internacional acabam, em muitos casos, particularmente nas situações em que esses investimentos são afectados por modificações legislativas posteriores, por obter um *tratamento jurídico mais benéfico em relação a investimentos similares* que não estão protegidos por estes regimes jurídicos, sejam investimentos efectuados por nacionais, sejam investimentos de empresas de outros Estados-Membros que não beneficiam do regime do BIT.

investimento que emergem entre Estados-Membros da União Europeia, *v.* GIOVANNI ZARRA, “The arbitrability of disputes arising from intra-EU BIT’s”, in *American Review of International Arbitration*, vol. 25, n.ºs 3-4, 2014, pp. 573 e segs. (nota 2).

⁽³⁾ Para uma visão geral do *direito do investimento estrangeiro* em geral e dos *tratados bilaterais de investimento* em particular, *v.*, por todos, RUDOLF DOLZER, CHRISTOPH SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.

É precisamente esta segunda consequência que acaba por colocar problemas no plano da aplicação do *direito europeu*. Os problemas mais comuns são: *i*) a instituição de um *quadro normativo discriminatório* em matéria de investimento dentro do espaço da União, resultante do favorecimento das empresas dos Estados-Membros com quem o Estado-Membro de acolhimento celebrou um BIT, pois esse regime jurídico de protecção não é extensível às empresas dos restantes Estados-Membros; *ii*) a criação de um *sistema de resolução de litígios económicos* no espaço europeu, através das cláusulas de arbitragem, que é *paralelo ao do direito Europeu*, onde, em regra, a última palavra, nos termos do art. 19.º do Tratado da União Europeia (TUE), cabe ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em matéria de interpretação e aplicação do direito europeu; *iii*) a possibilidade de, em sede de arbitragem, um Estado-Membro ser condenado ao pagamento de uma indemnização à empresa investidora do outro Estado-Membro, e, posteriormente, as instituições europeias qualificarem essa indemnização como um auxílio de Estado proibido [como sucedeu no *caso Micula* ⁽⁴⁾].

⁽⁴⁾ O caso *Micula* reporta-se a uma situação de revogação de um regime de incentivos estaduais. Tudo começou com a aprovação pelo Governo da Roménia, em 1998, do Decreto n.º 24/1998 respeitante a um pacote de incentivos estaduais para o investimento em zonas mais desfavorecidas daquele país. Em 2000, a Roménia deu início às negociações para a adesão à União Europeia. Em 2001, na posição comum adoptada, a União Europeia considerou que, entre outros, o programa de ajuda instituído por este decreto de 1998 não respeitava o direito europeu em matéria de auxílios de Estado. Nesse seguimento, a Roménia revogou todos os incentivos ao investimento constantes do referido Decreto de 1998. Paralelamente, em 2003, a Roménia e a Suécia celebraram um BIT. Em Julho de 2005, os irmãos Micula demandaram a Roménia, ao abrigo do referido BIT, numa arbitragem de investimento no âmbito do ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes (Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos, também conhecido como Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos), alegando violação do *standard* de protecção da confiança legítima, pois no momento da realização dos investimentos previa-se que aqueles investimentos estivessem em vigor até 2009. A Comissão Europeia participou nessa arbitragem como *amicus curiae* e alertou para a circunstância de que qualquer indemnização concedida aos requerentes com fundamento na violação da protecção da confiança legítima em decorrência da perda dos benefícios outorgados ao abrigo daquele regime jurídico seria qualificada, pelo

A Comissão Europeia há muito que vem defendendo, nos sucessivos processos arbitrais em matéria de investimento em litígios que emergem entre Estados-Membros e empresas de outros Estados-Membros com os quais os primeiros tenham celebrado um BIT ⁽⁵⁾, a tese da *supremacia do direito europeu*, da violação do *princípio da aplicação uniforme do direito europeu* e da violação do *princípio da não discriminação com base na nacionalidade* no espaço da União, mas a complexidade é grande. Vejamos.

direito europeu, como uma *ajuda de Estado proibida*. A decisão arbitral conhecida em 2013 considerou que existia uma razão justificável para a Roménia ter revogado os benefícios, mas que essa razão não era suficiente para neutralizar a violação da protecção da confiança legítima dos investidores, e condenou a Roménia a pagar aos irmãos Micula uma indemnização de cerca de 82 milhões de euros (ICSID, Case n.º ARB/05/20). A Roménia solicitou, em 2014, a anulação da decisão arbitral junto de um comité *ad hoc*, constituído nos termos do sistema do ICSID e avisou a União Europeia do facto, que uma vez mais quis participar como *amicus curiae*. Entretanto, os irmãos Micula solicitaram a execução da decisão arbitral junto do Tribunal de Bucareste, que acabou por condenar o Ministério das Finanças a entregar o valor da indemnização aos requerentes. Na sequência daquela condenação, a Comissão Europeia abriu um expediente à Roménia por outorga de ajudas de Estado proibidas [Decisão (UE) 2015/1470 da Comissão, de 30 de Março de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38517 (2014/C)]. Em 2015, algumas das empresas detidas pelos irmãos Micula e que eram afectadas pela decisão da Comissão, interpuseram recurso para o Tribunal Geral da referida decisão da Comissão.

Entre os vários argumentos apresentados pela Comissão Europeia neste caso, destacamos o de que, por se tratar de um litígio entre uma empresa e um Estado e não entre dois Estados, não seria aplicável o disposto no art. 351.º do TFUE, segundo qual: “As disposições dos Tratados não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de janeiro de 1958 ou, em relação aos Estados que aderem à União, anteriormente à data da respectiva adesão, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros (...)”.

A novidade deste caso consistiu na invocação do regime jurídico europeu de ajudas de Estado proibidas para que a Comissão fizesse uma (mais uma) incursão jurídica no direito do investimento estrangeiro, procurando neutralizar os seus efeitos no contexto intra-europeu, o que tem sido muito criticado pela doutrina – *v.*, por todos, STRUCKMANN/FORWOOD/KADRI, “Investor-State Arbitrations na EU State Aid Rules: Conflict or co-existence?”, in *European State Aid Law Quarterly*, vol. 15, Issue 2, 2016, pp. 258-269.

⁽⁵⁾ No caso *Eastern Sugar v. Czech Republic*, SCC n.º 088/2004 http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_eastern_sugar.pdf, a Comissão Europeia enviou duas cartas, que constam dos autos, nas quais defende, entre outros argumentos, o seguinte: *i*) de acordo com a jurisprudência do TJUE (*v.* T-351/02, § 124), o art. 307.º do TCE não se aplica se as duas partes são Estados-Membros da União

No caso *Achmea B. V. v. The Slovak Republik*, mais concretamente na decisão de 2010 sobre competência, arbitrabilidade e suspensão ou não do processo ⁽⁶⁾, o tribunal arbitral debruçou-se sobre alguns dos argumentos recorrentes nesta matéria, que foram invocados pela União Europeia na sua participação, uma vez mais, sob o estatuto de *amicus curiae* ⁽⁷⁾. Na questão principal discutia-se se a Eslováquia teria ou não violado as normas do BIT Holanda-Eslováquia de 1991 pelo facto de ter aprovado em 2006 novas regras jurídicas em matéria de mercado de seguros de saúde, as quais consubstanciavam, no entender da demandante – a empresa *Achmea* (antes *Eureko*), com sede nos Países Baixos –, um retrocesso significativo e inesperado no quadro da legislação liberalizadora de 2004, que afectava de forma directa os investimentos realizados ao abrigo das regras legais anteriores, e que podia ser reconduzido a um caso de “expropriação indirecta” do investimento.

No que tange à nossa questão – *papel dos “BIT internos”* –, questionou-se, em primeiro lugar, se o BIT celebrado em 1991 entre os Países Baixos e a Eslová-

Europeia, pois neste caso o direito europeu prevalece sobre os acordos internacionais bilaterais; *ii*) o direito da União prevalece sobre disposições dos BIT que não estejam em conformidade com as suas disposições; *iii*) apesar do princípio da prevalência do direito europeu, cabe aos Estados-Membros pôr termo aos BIT; *iv*) em matéria de resolução de litígios, as disposições dos BIT sobre arbitragem não podem sobrepor-se às disposições do Tratado, onde se reconhece o monopólio do TJUE em matéria de interpretação do direito europeu.

⁽⁶⁾ *V. Achmea B. V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 – Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>.

⁽⁷⁾ Os autores entendem, porém, que a Comissão Europeia não preenche de forma adequada os requisitos da participação ao abrigo do estatuto de *amicus curiae*, pois a sua participação não é verdadeiramente comparável à das organizações não governamentais ou de grupos de cidadãos civis. Para além disso, a sua participação pode contribuir para a redução da fragmentariedade da ordem jurídica internacional, o que poderia justificar o reconhecimento à Comissão Europeia de um estatuto processual diferente para a participação nestas arbitragens, embora esse estatuto não seja possível no âmbito do ICSID, uma vez que esta convenção só está aberta à assinatura para os “Estados”. Sobre o tema, *v. FERNANDO DIAS SIMÕES, “A guardian and a friend? The European Commission’s participation in investment arbitration”*, in *Michigan State University Journal of International Law*, vol. 25, Issue 2, 2017, pp. 233 e segs.

quia deveria ou não ter-se por “extinto” com a adesão da Eslováquia à União Europeia, uma vez que, nos termos do art. 59.º da Convenção de Viena ⁽⁸⁾, aquela adesão à União corresponderia a uma decisão das partes em submeter a *regulação da mesma matéria* – “protecção do investimento” – a outras regras – substituindo, *in casu*, o regime do BIT pelas regras do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) ⁽⁹⁾. Na mesma linha, discutiu-se ainda se haveria lugar a uma “derrogação parcial”, nos termos do disposto no n.º 3 do art. 30.º da Convenção de Viena ⁽¹⁰⁾, do regime de protecção do BIT, na parte em que as soluções resultantes da aplicação daquele tratado consubstanciassem uma violação do direito europeu.

O tribunal arbitral considerou que uma tal interpretação à luz dos artigos da Convenção de Viena não era possível por: *i*) o art. 65.º da Convenção de Viena exigir um *procedimento específico para a “cessação da vigência”* dos tratados internacionais (excepto nos casos de violação de normas de *jus cogens*), o qual não tinha sido observado naquele caso; *ii*) o art. 59.º da Convenção de Viena exigir que o segundo acordo ou tratado *diga respeito à mesma questão e/ou que apresente um regime jurídico incompatível com o primeiro*, no sentido de ambos não poderem coexistir, o que não sucedia, uma vez que os *standards* de protecção do BIT centram-se na protecção dos investidores, enquanto a protecção

⁽⁸⁾ Segundo esta norma: “Considera-se que cessou a vigência de um tratado quando todas as Partes nesse tratado concluíram posteriormente um novo tratado sobre a mesma matéria e: *a*) Se resultar do tratado posterior ou se estiver, de outro modo, estabelecido que, segundo a intenção das Partes, a matéria deve ser regida pelo novo tratado; ou *b*) Se as disposições do novo tratado forem de tal modo incompatíveis com as do tratado anterior que seja impossível aplicar os dois tratados simultaneamente”.

⁽⁹⁾ Lembre-se que, para além das regras sobre a protecção do investimento no mercado interno, o TFUE prevê uma política comercial comum (art. 207.º), mas que o art. 351.º salvaguarda os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas pelos Estados-Membros antes da data da respectiva adesão à União.

⁽¹⁰⁾ Segundo esta norma: “Quando todas as Partes no tratado anterior são também Partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59.º, o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior”.

conferida pelas liberdades do Tratado tem exclusivamente em vista a construção e protecção do mercado interno, querendo isto dizer que os dois âmbitos de protecção não podem considerar-se substancialmente equivalentes ou sobrepostos; e *iii*) também não havia lugar à derrogação do regime do BIT, nos termos do art. 30.º, n.º 3, da Convenção de Viena, na parte em que o mesmo pudesse considerar-se contrário ao regime do TFUE, em particular na questão de admitir a arbitrabilidade do litígio, pois o direito de um investidor demandar o Estado de acolhimento do investimento em lugar neutro e segundo regras determinadas pela partes não podia considerar-se uma protecção do investidor equiparada à defesa perante tribunais nacionais segundo as regras do direito europeu, ou seja, o litígio arbitrado no âmbito do BIT não podia qualificar-se como uma “questão de direito europeu”, razão pela qual não seria aplicável o art. 344.º do TFUE (ex-art. 292.º TCE) ⁽¹¹⁾.

Em segundo lugar, o tribunal arbitral também não aceitou o argumento de que *o BIT não poderia ser aplicado no espaço de regulação europeia*, uma vez que aqueles investimentos teriam sempre de ser analisados à luz dos princípios e das regras do direito europeu (liberdade de circulação de capitais e liberdade de estabelecimento), pelo que o litígio teria de ser solucionado pelo direito europeu e, em última instância, pelo TJUE, que era o órgão judicial a quem se reconhecia, segundo os Tratados, o monopólio na aplicação do referido direito. O tribunal considerou que o direito europeu acabaria sempre por ser aplicado na resolução daquele caso concreto, uma vez que as partes haviam escolhido o direito alemão como *lex loci arbitri* e o direito europeu fazia parte do direito alemão, mas isso não afectava o poder de o tribunal arbitral julgar o litígio, desde logo porque a maior parte dos órgãos jurisdicionais que aplicam o direito europeu não

⁽¹¹⁾ Segundo esta norma: “Os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos”.

precisam – por efeito da “doutrina do acto claro” – de reenviar questões prejudiciais ao TJUE ⁽¹²⁾ ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ O Tribunal não chegou, porém, a discutir o problema de o tribunal arbitral não poder, caso o entendesse necessário, fazer um reenvio prejudicial para o TJUE. Lembre-se que o TJUE não aceita reenvios prejudiciais de tribunais de arbitragem voluntária. Segundo jurisprudência constante daquele tribunal, para apreciar se o organismo de reenvio tem a natureza de “órgão jurisdicional” para efeitos do art. 267.º do TFUE, questão que é unicamente do âmbito do direito da União, o Tribunal de Justiça tem em conta um conjunto de elementos, como a *origem legal do organismo*, a sua *permanência*, o *carácter vinculativo da sua jurisdição*, a *natureza contraditória do processo*, a *aplicação, pelo organismo, das regras de direito*, bem como a sua *independência* (acórdão *Belov*, proc. C-394/11, § 38 e jurisprudência aí referida). Além disso, os órgãos jurisdicionais nacionais só podem recorrer ao Tribunal de Justiça se perante eles se encontrar pendente um litígio e se forem chamados a pronunciar-se no âmbito de um processo que deva conduzir a uma *decisão de carácter jurisdicional* (acórdão *Belov*, § 39). Regras que foram reafirmadas no acórdão *Ascendi* (proc. C-377/13, § 23).

No caso de Portugal, são admitidos reenvios prejudiciais para o TJUE dos tribunais arbitrais tributários como ficou decidido no já mencionado acórdão *Ascendi* (proc. C-377/13, § 23), o que constitui mais um argumento a favor da nossa tese de que também no direito administrativo as arbitragens deveriam vincular-se a um centro de arbitragem e ser disciplinadas por um regime legal, para que daí pudesse resultar igualmente a possibilidade de reenvio prejudicial para o TJUE – *v.* o nosso “Alargamento da jurisdição dos tribunais arbitrais”, in *O anteprojecto de revisão do CPTA e do ETAF em debate*, AAFDL, 2014, pp. 401-420 (p. 410).

Actualmente, o que sucede é que os interessados – designadamente o Estado –, perante uma condenação em processo arbitral que determine o pagamento de uma indemnização, sobre a qual possa haver suspeitas de que consubstancie um auxílio de Estado proibido, terão de suscitar essa questão em sede de execução judicial da decisão arbitral, de onde será possível promover o reenvio prejudicial, pois mesmo a possibilidade de impugnação da decisão arbitral, pelos limitados fundamentos em que a mesma é admitida nos termos do art. 46.º da Lei da Arbitragem Voluntária (aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14/12), não parece ser uma via válida para “levar” a questão ao TJUE e assegurar o cumprimento dos princípios do direito europeu, *maxime* o princípio do primado.

⁽¹³⁾ Na sequência desta decisão arbitral, a Eslováquia ainda recorreu para o Supremo Tribunal Regional de Frankfurt (lembre-se que a questão seria julgada na arbitragem segundo a lei alemã), o qual considerou que a arbitrabilidade do litígio segundo as regras do BIT não consubstanciava uma violação do direito europeu e que a doutrina do acto claro neutralizava a obrigação de qualquer reenvio prejudicial para o TJUE. Desta decisão houve recurso para o Supremo Tribunal Federal alemão, que fez um reenvio prévio para o TJUE (proc. C-284/16), ainda não decidido, no qual suscitou as seguintes questões: «i) Deve considerar-se que o artigo 344.º do TFUE obsta à aplicação de um regime de um acordo bilateral de investimento entre Estados-Membros da União (designado por “BIT interno à

Em terceiro lugar, a Comissão Europeia tinha também invocado o *princípio da supremacia do direito europeu* para defender a suspensão do processo arbitral, de modo a evitar decisões contraditórias [interpretação que havia, de resto, sido adoptada no caso *Mox Plant* ⁽¹⁴⁾]. Mas o tribunal arbitral consi-

União”), que prevê que um investidor de um Estado contratante pode, em caso de diferendo acerca de investimentos efectuados no outro Estado contratante, instaurar um processo contra este último num tribunal arbitral, quando o referido acordo tenha sido celebrado antes da adesão de um dos Estados contratantes à União, mas o processo arbitral só é instaurado depois dessa data?; ii) Em caso de resposta negativa à primeira questão: deve considerar-se que o artigo 267.º TFUE obsta à aplicação do referido regime? iii) Em caso de resposta negativa às primeira e segunda questões: deve considerar-se que, nas condições descritas na primeira questão, o artigo 18.º, primeiro parágrafo, do TFUE obsta à aplicação do referido regime?». O Advogado-Geral Melchior Wathelet, nas conclusões que apresentou em 19 de Setembro de 2017, defende que “[O]s artigos 18.º, 267.º e 344.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem à aplicação de um mecanismo de resolução dos diferendos entre um investidor e um Estado instaurado através de acordo bilateral de investimento celebrado antes da adesão de um dos Estados contratantes à União Europeia e que prevê que um investidor de um Estado contratante pode, em caso de litígio relativo aos investimentos noutro Estado contratante, intentar uma acção contra este último Estado num tribunal arbitral”.

Importa sublinhar que o Supremo Tribunal Federal alemão tem sufragado um entendimento diferente daquele que a Comissão Europeia defende, pois considera que o art. 344.º do TFUE não é aplicável nestes casos, valendo apenas nos litígios entre os Estados-Membros e não naqueles em que os tratados produzem efeitos directos, bem como que o art. 267.º do TFUE não consubstancia um obstáculo à arbitragem baseada nos BIT, alegando para o efeito a posição do TJUE no caso *Eco Swiss* (proc. C-126/97), segundo a qual “um órgão jurisdicional nacional chamado a conhecer de um pedido de anulação de uma decisão arbitral deve deferir tal pedido quando entenda que essa decisão é efectivamente contrária ao artigo 81.º CE (ex-artigo 85.º), desde que deva, segundo as suas normas processuais internas, deferir um pedido de anulação baseado na violação de normas nacionais de ordem pública”.

⁽¹⁴⁾ No caso *Mox Plant* encontramos um *litígio original entre a Irlanda e o Reino Unido* a propósito da actividade desenvolvida em Sellafield (Reino Unido), junto à costa do Mar da Irlanda, pela fábrica Mox da sociedade British Nuclear Fuel, consistente na reciclagem de plutónio proveniente de combustíveis nucleares irradiados, operada através da mistura de dióxido de plutónio com dióxido de urânio empobrecido. Daí resultava um novo combustível, designado Mox, destinado a ser utilizado como fonte de energia nas centrais nucleares. A construção desta fábrica havia sido autorizada pelas autoridades do Reino Unido, com conhecimento das instituições europeias, mas a Irlanda por diversas vezes questionou a exactidão do relatório ambiental de 1993, bem como a decisão relativa à justificação económica dessa fábrica. Em 15 de Junho de 2001, a Irlanda transmitiu ao

derou que as consequências que a sua decisão poderia ter para o direito europeu teriam de ser analisadas em fase posterior à decisão, uma vez que a mera possibilidade de um conflito não era suficiente para justificar a suspensão do processo com base no *princípio do respeito mútuo entre jurisdições*, porquanto não estaria em causa a actuação de dois tribunais de dois Estados-Membros ⁽¹⁵⁾ e sim a de uma arbitragem que é constituída com base num acto de vontade das partes, no caso, no BIT.

Uma última nota para destacar também a divergência quanto à *violação ou não do princípio da igualdade de tratamento entre os investidores dentro do espaço europeu*. Nenhum Autor nega que os investimentos intra-europeus protegidos por BIT acabam por ter um tratamento mais favorável em relação aos investimentos que não beneficiam dessa protecção; onde a doutrina diverge é quanto à existência ou não de uma violação do princípio da igualdade.

Reino Unido um pedido de constituição de um tribunal arbitral, bem como uma petição inicial em aplicação do art. 32.º da Convenção para a Protecção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste, assinada em Paris em 22 de Setembro de 1992, mas nesse primeiro momento o tribunal arbitral constituído nos termos dessa convenção rejeitou o pedido da Irlanda.

Em 25 de Outubro de 2001, a Irlanda notificou o Reino Unido de que, nos termos do art. 287.º da mesma Convenção, instaurara um novo processo no tribunal arbitral previsto no anexo VII desta convenção, tendo em vista a resolução do “diferendo relativo à fábrica Mox, às transferências internacionais de substâncias radioactivas e à protecção do meio marinho do Mar da Irlanda”. O direito aplicável abrangeria disposições de outros instrumentos internacionais, incluindo as convenções internacionais e a legislação comunitária.

Apesar de num primeiro momento se ter declarado competente, o Tribunal Internacional do Direito do Mar, em despacho de 24 de Junho de 2003, decidiu suspender o processo para obter informações sobre as implicações do direito comunitário naquele conflito, pois considerou existir a possibilidade real de o Tribunal de Justiça ser chamado a apreciar o diferendo e a decidir que o mesmo era matéria de direito comunitário.

Entretanto, a Comissão Europeia propôs no TJUE uma acção por incumprimento contra a Irlanda e esta pediu ao tribunal arbitral que suspendesse as audiências até à decisão do Tribunal de Justiça.

O Tribunal de Justiça (proc. C-459/03) concluiu que ao instaurar um processo de resolução de conflitos contra o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte no quadro da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar no que se refere à fábrica Mox, a Irlanda não cumprira as obrigações que lhe incumbiam por força dos arts. 10.º CE, 292.º CE, 192.º EA e 193.º EA.

⁽¹⁵⁾ Como sucedida, por exemplo, no caso *Gasser v. Mitsat* (proc. C-116/02, § 23).

Uma parte dos Autores defende que a diferença de tratamento tem de ser analisada antes da realização do investimento e que por essa razão um investidor que realiza o seu investimento num Estado-Membro ao abrigo de um BIT tem uma expectativa legítima diferente daquele que realiza o mesmo investimento, mas apenas ao abrigo do regime jurídico nacional e europeu, o que significa que conhece a diversidade de protecção e aceita-a, e, por essa razão, a diferença de tratamento em momento posterior não pode entender-se como discriminatória. Já outros Autores limitam-se a considerar a questão à luz do direito europeu e defendem que o direito europeu institui um regime de protecção unitário neste espaço de integração político-económico, e que o princípio da igualdade de tratamento é um princípio fundamental do ordenamento jurídico europeu (art. 18.º do TFUE), pelo que as diferenças de tratamento que decorrem dos BIT devem ser sempre consideradas discriminatórias à luz deste ordenamento jurídico.

Em Abril de 2016, as delegações da Áustria, da Finlândia, da França, da Alemanha e dos Países Baixos apresentaram um “documento de discussão” (um “*non-paper*”) ao Comité especializado do Conselho em matéria de comércio internacional no qual propunham o *fim coordenado de todos os BIT internos* [o que permitiria ultrapassar o problema das ‘*sunset clauses*’ que existem em muitos destes BIT ⁽¹⁶⁾] e a *adopção de regras adequadas em matéria de protecção do investimento estrangeiro*. De acordo com as propostas fixadas neste documento, os Estados-Membros celebrariam um acordo multilateral de protecção dos investimentos (semelhante ao Tratado da Carta da Energia que analisaremos mais à frente), que se sobreporia aos diversos BIT, substituindo-os à luz do regime jurídico do já mencionado art. 59.º da Convenção de Viena.

Este tratado multilateral de protecção dos investimentos asseguraria um quadro substantivo e processual de protecção dos investimentos equivalente ao que hoje existe no contexto dos BIT, pois boa

⁽¹⁶⁾ As ‘*sunset clauses*’ são cláusulas que permitem aos investidores continuar a demandar os Estados por um determinado período de tempo após a extinção do acordo internacional.

parte dos *standards* de protecção [incluindo, em particular, o ‘*fair and equal treatment*’ ⁽¹⁷⁾ e o ‘*full protection and security or compensation in case of expropriation*’] não encontram codificação expressa nas normas dos Tratados (incluindo aqui também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), resultando antes de um intrincado mosaico normativo ao qual se têm de juntar a CEDH, as constituições dos Estados-Membros e a jurisprudência nacional e europeia. No plano processual os proponentes apresentam três propostas: *i*) a submissão dos litígios ao TJUE com base no art. 273.º do TFUE ⁽¹⁸⁾; *ii*) a criação de um sistema de resolução de litígios semelhante ao do Tribunal Unificado de Patentes; ou *iii*) a criação de um Tribunal Permanente de Arbitragem, equiparado ao que estava a ser previsto no TTIP ⁽¹⁹⁾, embora com regras diferentes em matéria, por exemplo, de nomeação de árbitros.

⁽¹⁷⁾ Para uma compreensão breve da diferença de conteúdo entre o princípio da protecção da confiança legítima do direito português e o ‘*fair and equal treatment*’ do direito do investimento estrangeiro, *v. ACOB e SCHILL, “Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method”, in M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, & A. Reinisch (Eds.), International Investment Law: a Handbook, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 700-763.*

⁽¹⁸⁾ O art. 273.º do TFUE prevê: “O Tribunal de Justiça é competente para decidir sobre qualquer diferendo entre os Estados-Membros, relacionado com o objecto dos Tratados, se esse diferendo lhe for submetido por compromisso”.

Os autores do documento destacam que o próprio TJUE já sufragou uma interpretação “abrangente” deste preceito quando se considerou competente para conhecer de litígios entre o Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE) e um dos seus membros ou entre membros do MEE, relacionados com a interpretação e aplicação do Tratado, designadamente os litígios relativos à compatibilidade das decisões adoptadas pelo MEE com o Tratado (*v. acórdão Pringle*, proc. C-370/12, § 170).

⁽¹⁹⁾ Importa, contudo, ter presente que existe uma enorme divisão entre os Estados-Membros em relação a estas propostas, e que o modelo de protecção dos investimentos, em especial a partir da criação de um sistema jurisdicional único no contexto de tratado de comércio internacional, como o CETA [Acordo Integral de Economia e Comércio ou Acordo Económico e Comercial Global (AECG), mais conhecido pelas suas siglas em inglês CETA – Comprehensive Economic and Trade Agreement] ou o TTIP [Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (APT), mais conhecido como TTIP (em inglês: Transatlantic Trade and Investment Partnership)] tem sido muito contestado. Veja-se: *i*) o caso da Walonia que ameaça utilizar a faculdade prevista no art. 218.º, n.º 11, do TFUE para questionar a compatibilidade do CETA com os Tratados Europeus; *ii*) a decisão do Tribunal Constitucional alemão, que, embora tendo rejeitado a “queixa constitucional” para impedir a assinatura do CETA pelos representantes germânicos no Conselho Europeu,

Apesar da discussão política e académica que tem continuado em torno deste tema, a Comissão Europeia decidiu avançar no plano judicial e notificou alguns Estados-Membros (Áustria, Países Baixos, Roménia, Eslováquia e Suécia), em Setembro de 2016, ao abrigo do art. 258.º do TFUE⁽²⁰⁾, para porem termo aos respectivos BIT internos. A expectativa é que se siga um processo judicial por incumprimento contra estes Estados e que o TJUE diga, de uma vez por todas, como é que interpreta a compatibilidade daqueles instrumentos de direito económico internacional com as normas dos Tratados, em particular com os arts. 19.º do TUE e 267.º, 344.º e 351.º do TFUE.

No essencial, identificamos neste intrincado argumentário jurídico que se vem estabelecendo entre a Comissão Europeia, os Estados-Membros e a jurisprudência dos tribunais e das arbitragens duas preocupações fundamentais: *i*) uma de natureza político-económica – os Estados não querem perder o poder de determinação do “interesse público” para modificar e resolver contratos celebrados com privados, controlando os efeitos dessas decisões de acordo com o seu direito interno e os limites decorrentes da sua diplomacia económica (de que os BIT são um poderoso instrumento); *ii*) outra de natureza jurídico-política – os Estados não estão ainda seguros do âmbito e dos efeitos da denominada teoria ou doutrina dos contra-limites⁽²¹⁾ que os “protege” nos

adiantou que um requisito da compatibilidade daquele Tratado com o direito alemão seria a inclusão de uma cláusula que permitisse a denúncia unilateral do mesmo por parte da Alemanha (2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvE 3/16; e *iii*) a acção pendente em França, a pedido de 60 deputados, no *Conseil Constitutionnel*, para avaliar da compatibilidade do CETA com a Constituição Francesa (*Saisine* 2017-749 DC).

⁽²⁰⁾ O art. 258.º do TFUE prevê: “Se a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações. Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia”.

⁽²¹⁾ Lembramos que a “doutrina dos contra-limites” tem origem na decisão do Tribunal Constitucional Italiano, de 25 de Dezembro de 1965 (n.º 84), relativa à criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, quando aquele órgão da justiça constitucional afirmou pela primeira vez que a ordem jurídica europeia não poderia afrontar princípios fundamentais da cons-

textos de integração político-económica, como é o caso da União Europeia ou de outros sistemas no âmbito do direito internacional.

Quanto ao primeiro ponto, como bem destaca STEPHAN SCHILL no recente editorial da revista *The Journal of World Investment & Trade*, os Estados (e não apenas a América de Trump) parecem preferir um regresso à *governance económica de base nacional* em vez da *governance económica* dos mega-acordos regionais de investimento – como o TTIP e o CETA – e para isso mobilizam também os respectivos tribunais constitucionais, o que constitui uma novidade interessante por se tratar de matéria económica, mas, como o Autor explica, tem uma razão clara de ser no domínio do investimento, pois é aí que surgem as naturais “fronteiras constitucionais ao direito internacional económico”⁽²²⁾.

tituição italiana (naquele caso discutia-se se a instituição de um tribunal para julgar os actos daquela entidade poderia ser compatível com o princípio do juiz natural que decorria do texto fundamental italiano. Seguiu-se o caso *Frontini*, de 18 de Dezembro de 1973 (n.º 183), em que o Tribunal Constitucional discutiu o problema da aplicação directa dos regulamentos europeus e dos limites que o artigo 11.º da Constituição alemã poderia representar para o primado do direito europeu. Também as sentenças *Granital* (1984) e *Fragd* (1989) continuaram a mesma linha argumentativa dos “contra-limites”, mas o desafio maior é aquele que actualmente existe no caso *Taricco*, uma vez que a interpretação normativa do TJUE (proc. C-105/14) foi considerada pelo Tribunal Constitucional Italiano como potencialmente “violadora dos princípios fundamentais da ordem constitucional italiana”, caso não permita aos Estados exercer uma margem de modulação na aplicação das regras do direito europeu (discutem-se disposições sobre o Regulamento do imposto sobre o valor acrescentado, mais concretamente sobre a prescrição) o que o levou a solicitar, em 26 de Janeiro de 2017, mediante novo reenvio prejudicial, uma clarificação daquela decisão, “ameaçando” que o Tribunal pode não acatá-la caso considere que a mesma viola a ordem constitucional italiana.

Sobre a doutrina dos contra-limites em Itália, *v.*, por todos, DIANA-URANIA GALETTA, “European Union Law in the Jurisprudence of Italian High Courts: Is the Counter-Limits Doctrine a Dog That Barks but Does Not Bite?”, in *European Public Law*, Issue 4, 2015, pp. 747-763; e ANTONELLO TANCREDI, “Of direct effect, primacy and constitutional identities: Rome and Luxembourg enmeshed in the Taricco case”, in *Questions of International Law*, Zoom-In n.º 37, 2017, pp. 1-3. Sobre a questão em geral, *v.* o nosso *Os direitos fundamentais na arena global*, 2.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

⁽²²⁾ Cf. STEPHAN SCHILL, “Editorial: The Constitutional Frontiers of International Economic Law”, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2017, 18(1), pp. 1-8.

Já no que respeita à segunda questão – o modo como opera a doutrina dos contra-limites –, o que a doutrina vem sublinhando é a necessidade de distinguir entre a teoria dos contra-limites e a teoria do efeito directo. No primeiro caso, reportamo-nos às situações em que os Estados têm, no contexto das suas inter-relações, o poder de invocar regras e princípios essenciais de direito interno para obstar à produção de efeitos de normas internacionais (*teoria dos contra-limites*)⁽²³⁾. Já o que sucede no direito do investimento estrangeiro é um problema distinto, relacionado com o denominado “efeito directo”, o que significa que as normas de protecção se destinam directamente aos investidores e não aos Estados da nacionalidade dos investidores, razão pela qual a mera extinção dos efeitos do BIT pelo Estado pode não ser suficiente para neutralizar o direito do investidor a reclamar essa protecção (*teoria do “efeito directo”*)⁽²⁴⁾.

(23) Esta é, porém, uma teoria dificilmente aplicável no âmbito da relação entre os BIT e o direito europeu, na medida em que, primeiro, o direito internacional (art. 19.º, alínea c, da Convenção de Viena) exige que as “reservas” à aplicação do direito internacional para a salvaguarda do direito interno sejam *caracterizáveis* (“*object and purpose test*”), ou seja, identificáveis de forma objectiva; e, segundo, o problema jurídico aqui subjacente também não é reconduzível a um caso de “internacionalização dos princípios jurídicos nacionais”, ou seja, não é possível elevar ao plano do direito internacional as excepções à protecção da confiança legítima alicerçadas na prossecução do interesse público nacional. O que alguns tribunais acabam por fazer é alegar uma situação de “*resistência razoável*” para afastar o princípio da supremacia do direito internacional, algo que a doutrina critica por considerar que conduz a uma fragmentação do direito internacional – *v.*, por todos, FULVIO PALOMBINO, “Compliance with international judgments: between supremacy of international law and national fundamental principles”, in *ZaōRV*, n.º 75, 2015, pp. 503-527.

(24) O problema do âmbito subjectivo da protecção tem também complexidade acrescida quando a protecção é reclamada por investidores que são empresas cujo capital é inteiramente detido pelo outro Estado-Membro – as denominadas *state-owned enterprises*. A regra do direito internacional costumeiro – que é seguida no sistema do ICSID – é a de que estas empresas apenas podem beneficiar da protecção do BIT se actuarem como *empresas comerciais* e já não se actuarem como entidades que possuem uma actividade governamental. Esta é uma questão que interessa em especial à China, atendendo ao tipo de investimento estrangeiro que realiza a partir de empresas que são detidas pelo Estado chinês, e a Portugal, que tem elevadas taxas de investimento chinês em certas áreas.

De acordo com o sistema do ICSID, a protecção dos investidores deve limitar-se ao investimento estrangeiro privado, excluindo o investimento público, razão pela qual não são admi-

Do mesmo modo, segundo os defensores desta segunda teoria, a mera adesão de um Estado à União Europeia e o dever de cumprir as obrigações resultantes dos Tratados não é oponível (não pode ser oponível) aos investidores dos Estados protegidos por um BIT. Isto significa, em última instância, que um Estado-Membro colocado nesta situação terá sempre de “violiar” uma das obrigações que assumiu no plano do direito internacional. Como vimos, o conflito entre os dois regimes jurídicos – protecção do investimento estrangeiro e o direito europeu – é real e não apenas potencial e não existem sequer, por ora, instrumentos ou mecanismos (por exemplo, admissão do reenvio prejudicial dos tribunais arbitrais para o TJUE) que possam solucionar o problema ou sequer minorar os seus efeitos prejudiciais para a protecção da confiança dos investidores.

2. Os investimentos realizados ao abrigo do Tratado da Carta da Energia

Ao contrário do que defendem alguns Autores, não nos parece que a “questão” do conflito entre o direito europeu e o direito do investimento resul-

tidas queixas de Estados contra outros Estados, nem mesmo em casos de sub-rogação. Embora esta seja uma questão por vezes controvertida em litígios concretos, a maioria da doutrina parece admitir a protecção das *state-owned enterprises*, exigindo apenas que as mesmas actuem como tal (segundo uma conduta comercial) e não como agentes do Estado (*i. e.*, sob a sua direcção ou controlo) ou como entidades que desenvolvem uma função estadual (*i. e.*, que dispõem de poderes de autoridade) – *v.* SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009. A opção pela limitação da arbitragem do investimento às relações entre Estados e investidores é perfeitamente compreensível, pois era este o domínio onde havia falta de protecção jurídica, uma vez que nas relações entre privados utilizava-se a arbitragem comercial e nas relações entre Estados o Tribunal Internacional de Justiça – *v.* MARK FELDMAN, “State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration”, in *ICSID Review*, vol. 31, n.º 1, 2016, pp. 24-35.

Em outros BIT e até em outros sistemas (por exemplo, no CETA) prevê-se expressamente a extensão da protecção aos investidores públicos. No BIT Portugal-China (Decreto n.º 17/2008, de 26/6) a questão também parece estar abrangida, pois o conceito de “investidor” no que respeita à República Popular da China abrange pessoa singular de nacionalidade chinesa ou uma entidade económica, incluindo sociedades comerciais, companhias, associações, parcerias e outras, incorporadas ou constituída nos termos da legislação daquele país, independentemente da sua natureza lucrativa ou da limitação da sua responsabilidade (art. 1.º).

tante da aplicação dos BIT fique solucionado com a tão aguardada decisão do TJUE ou sequer com a “extinção de efeitos em simultâneo de todos os BIT”, pois restará sempre o conflito potencial entre o direito da União e a protecção dos investimentos realizados ao abrigo do âmbito de protecção do Tratado da Carta da Energia ⁽²⁵⁾.

O TCE não cria apenas uma “desigualdade de tratamento” entre investidores no espaço europeu em função das áreas económicas do investimento, ele cria igualmente uma desigualdade entre investidores nacionais e investidores estrangeiro, como os casos *AES v. Hungria*, *Electrabel v. Hungary*, *Vattenfall v. Alemanha* e *Eiser v. Espanha* vêm demonstrar. Desigualdade que os tribunais constitucionais dos países também não conseguem “neutralizar”.

No caso *AES v. Hungria*, de 2012, discutia-se a reintrodução pelo legislador húngaro, em 2006 e 2007, de preços administrativos na venda de energia que haviam sido eliminados em 2004, após a entrada da Hungria para a União Europeia. A empresa AES

⁽²⁵⁾ O Tratado da Carta da Energia surgiu na sequência da Carta Europeia da Energia, documento (acordo informal) assinado em Haia, em Dezembro de 1991, por 51 países. A celebração deste Tratado consubstanciou um meio de conferir força jurídica, através da celebração de um instrumento de direito internacional de vinculação multilateral (tratado), a uma declaração informal de intenções políticas. “O Tratado da Carta da Energia criou um quadro de cooperação internacional entre os países da Europa e outros países industrializados, com o objectivo, nomeadamente, de desenvolver o potencial energético dos países da Europa Central e Oriental e garantir a segurança do abastecimento de energia da União Europeia. O Protocolo relativo à eficiência energética e aos aspectos ambientais associados destinava-se a promover as políticas de eficiência energética compatíveis com o desenvolvimento sustentável, uma utilização mais eficaz e mais sã da energia e o incentivo da cooperação no domínio da eficiência energética” – cf. Decisão 98/181/CE, CECA e Euratom do Conselho e da Comissão, de 23 de Setembro de 1997, relativa à conclusão pelas Comunidades Europeias do Tratado da Carta da Energia e do Protocolo da Carta da Energia respeitante à eficiência energética e aos aspectos ambientais associados. Portugal figura entre os países signatários do Tratado. A Comunidade Europeia, pela Decisão 2001/595/CE do Conselho, de 13 de Julho de 2001, relativa à conclusão pela Comunidade Europeia da alteração às disposições relacionadas com o comércio do Tratado da Carta da Energia, incorporou a alteração das disposições comerciais do Tratado da Carta da Energia, adoptado a título provisório em Julho de 1998. A alteração refere-se à introdução de disposições aplicáveis à Organização Mundial do Comércio, substituindo as do GATT [General Agreement on Tariffs and Trade (Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio)] de 1947, e à inserção nas disposições comerciais de uma lista de equipamentos ligados à energia.

do Reino Unido solicitou uma arbitragem internacional no ICSID (Caso n.º ARB/07/22), alegando a violação dos artigos 10 (1), 10 (7) e 13 do Tratado da Carta da Energia, tendo aquele tribunal decidido, em Setembro de 2010, que não tinha havido qualquer violação das normas do Tratado.

Durante a arbitragem, a Comissão Europeia foi ao processo alegar uma vez mais a superioridade do direito europeu. Mas o Tribunal decidiu que uma tal interpretação não era admissível ⁽²⁶⁾, pois o que temos neste caso é um tratado multilateral de protecção do investimento, que foi assinado pela União Europeia e pelos Estados, o que o torna também num “acordo misto” no qual participam os Estados-Membros e a União Europeia sem que do mesmo resulte qualquer *repartição de competências* [ou seja, sem que essa participação simultânea da União Europeia e dos Estados-Membros tivesse sido previamente harmonizada com uma referência às competências de cada um, como se fez no caso da UNCLOS – United Nations Convention on the Law of the Sea (Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar) ou da FAO – Food and Agriculture Organization (Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura)]. Tal circunstância determina, segundo a própria jurisprudência do TJUE, que ambos (União e Estados-Membros) sejam responsáveis pelo cumprimento das respectivas disposições ⁽²⁷⁾. Para alguma

⁽²⁶⁾ Como explica PIET EECKHOUT em parecer junto aos autos, não existe qualquer “cláusula de desconexão” no Tratado da Carta da Energia e por essa razão não é possível dizer que ele não se aplica a litígios que emergem entre Estados-Membros da União Europeia. Mais, segundo este Autor, o Tratado da Carta da Energia regula a sua relação com tratados posteriores sobre a mesma matéria, afirmando que se aplicarão as disposições mais favoráveis aos investidores e o art. 351.º do TFUE dispõe que as suas regras não prejudicam a aplicação de tratados anteriores a que os Estados-Membros se tenham vinculado. Para além disso, refuta os argumentos avançados pela Hungria de que o Tratado da Carta da Energia deveria ser interpretado segundo as regras e os princípios do direito europeu, algo que não tem qualquer acolhimento na Convenção de Viena. Por último, o Autor destaca que também não tem sustentação jurídica defender que o Tratado da Carta da Energia possa ser interpretado como um instrumento jurídico de direito europeu, atendendo ao papel da União Europeia na sua elaboração.

⁽²⁷⁾ Neste sentido, PIET EECKHOUT, em parecer junto aos autos, aponta a jurisprudência *Parlamento v. Conselho* (Caso C-316/91) e *Hermès v. FHT* (Caso C-53/96).

doutrina, no caso dos acordos mistos sem repartição de poderes deve mesmo entender-se que existe uma prevalência do direito internacional sobre o direito europeu ⁽²⁸⁾.

No caso *Electrabel v. Hungary*, de 2015, discutiam-se os prejuízos sofridos pela empresa belga Electrabel por ocasião da cessação, em 2004, dos contratos de aquisição de energia celebrados em 1995-1996 com uma empresa do sistema eléctrico húngaro e com a exigência, por parte do Estado (em cumprimento de uma obrigação imposta pela Comissão Europeia e considerada legítima pelo TJUE), da recuperação de parte dos pagamentos já realizados ao abrigo daqueles contratos, considerados ajudas de Estado proibidas (proc. C-357/14). Insatisfeita, a Electrabel demandou o Estado Húngaro na arbitragem do investimento segundo as regras do sistema do ICSID (caso n.º ARB/07/19), invocando também violação de disposições do Tratado da Carta da Energia. E uma vez mais a Comissão Europeia foi ao processo invocar que o resultado da cessação dos contratos e da exigência da devolução de parte dos pagamentos era uma decorrência da aplicação das regras do direito europeu, que, naquele particular, prevaleciam sobre as disposições do Tratado da Carta da Energia. Ora, neste caso o tribunal arbitral daria razão à Electrabel apenas numa parte relativa aos contratos de aquisição de energia, considerando que poderia ter havido violação do *standard 'fair and equal treatment'* quanto à amortização/pagamento dos *net stranded costs*, ou seja, na medida em que o novo regime jurídico impedia a recuperação de “custos encalhados”.

No caso *Vattenfall v. Alemanha* discutem-se os efeitos da 13.ª modificação à lei da energia nuclear alemã, mais concretamente o denominado calendário do *phase-out*. Recordando o “calendário” dos actos legislativos, diremos que a principal decisão em matéria de abandono (*phase-out*) da produção de energia eléctrica a partir do uso pacífico da energia nuclear tinha já sido tomada em 2002. Embora nessa ocasião não tivesse sido fixada uma data concreta para a cessação daquela forma de produção

⁽²⁸⁾ É neste sentido que concluiu Piet Eeckhout no já mencionado parecer.

de energia eléctrica. Após as eleições parlamentares de 2009, o novo governo federal tinha admitido que o uso da geração nuclear poderia ser prolongado como “tecnologia-ponte” para a transição energética, o que veio a ser acolhido pela 11.ª alteração à lei da energia nuclear, através da concessão de uma prorrogação média por 12 anos do direito de produção das centrais em laboração. Entretanto, motivado pelo acidente nuclear de Fukushima, o poder legislativo decidiu, através da já mencionada 13.ª alteração à lei da energia nuclear, revogar a prorrogação de 12 anos que havia sido concedida em 2009. Nessa sequência, três empresas de produção de energia nuclear resolveram apresentar uma queixa constitucional contra este último diploma, alegando violação do direito de propriedade (artigo 14./1 da Grundgesetz).

Na sua decisão de 6 de Dezembro de 2016 ⁽²⁹⁾, o Tribunal Constitucional alemão respondeu a diversas questões: *i)* considerou que a queixosa, embora tivesse capital de outro Estado, mantinha o direito a reclamar a protecção de direitos fundamentais, sendo esta uma forma de compatibilizar a Constituição Alemã com a liberdade de estabelecimento do direito europeu e com as exigências do TEDH em matéria de garantia da tutela jurisdicional efectiva; *ii)* considerou também que as normas da lei que aprovou a 13.ª alteração à lei da produção de energia eléctrica nuclear podiam ser objecto de controlo neste processo, na medida em que delas resultava de forma directa a alegada violação dos direitos fundamentais (em especial o direito de propriedade); *iii)* entendeu, porém, que a factualidade em apreço não se podia reconduzir a uma violação do direito de propriedade, na medida em que não privava as empresas dos seus bens; *iv)* considerou também que a revogação sem direito a compensação da prorrogação do tempo de funcionamento da central não podia consubstanciar uma medida violadora do princípio da protecção da confiança legítima, na medida em que desde 2002 aqueles produtores tinham (não podiam deixar de ter) a noção de que esta forma de produção iria ser proibida no país, pelo que as suas expectativas já estariam limitadas

⁽²⁹⁾ Cf. 1 BvR 2821/11; 1 BvR 321/12; 1BvR 1456/12.

por esta situação e também pelo impacto, público e notório, dos efeitos de Fukushima; e *v*) apenas qualificou como desrazoável a forma como estas medidas afectavam a capacidade de duas das empresas queixosas poderem dar uso ao volume de electricidade residual “constituído” em 2002.

É importante destacar que, entretanto, em 2012, a Vattenfall já tinha dado início a uma arbitragem de investimento junto do ICSID contra o Estado alemão, processo onde, uma vez mais, se vai discutir o problema da aplicação do TCE e a sua possível colisão com as disposições e os princípios do direito da União.

Por último, importa ainda referir o caso *Eiser v. Espanha* (caso n.º ARB/13/36), que é apenas um dos muitos que a Espanha enfrenta nas arbitragens internacionais do investimento em resultado das medidas que adoptou com a finalidade de controlar o elevadíssimo *déficit* tarifário e limitar as remunerações concedidas à produção de energia eléctrica a partir de fontes renováveis, em particular as remunerações à produção solar e fotovoltaica⁽³⁰⁾. As remunerações que são questionadas neste litígio remontam à *Ley 54/1997 del Sector Eléctrico*, onde, à semelhança do que se fez em Portugal, foram adoptadas *tarifas de remuneração garantida* para os Mw/h produzidos a partir de fontes renováveis⁽³¹⁾, o que foi especialmente determinado no *Real Decreto 436/2004*, e, depois, no seu sucessor, o *Real Decreto 661/2007*, ao regularem o regime económico da produção em regime especial, ou seja, a remuneração da produção a partir de fontes renováveis. Os investidores, detentores da empresa Eiser, de nacionalidade britânica e luxemburguesa, decidiram investir na tecnologia emergente de produção termosolar de concentração, cujas primeiras centrais só come-

⁽³⁰⁾ No caso *Charanne* (caso n.º 62/2012), cuja decisão foi proferida em 21 de Janeiro de 2016, todos os pedidos formulados pelos investidores foram recusados.

⁽³¹⁾ No caso espanhol o sistema era de *feed-in-premium*, ou seja, esta produção não estava afastada do mercado, ao passo que o modelo português era de *feed-in-tariff*, o que significa que toda a produção era despachada e paga ao preço fixo, sem necessidade de ser oferecida em mercado – para compreender melhor as diferenças, *v.* o nosso “A electricidade verde, a remuneração razoável e a harmonização de sistemas tarifários: quem tem medo da regulação económica?”, in *RevCEDOUA*, 2/2011, n.º 28, pp. 39-47.

çaram a produzir em 2012. Quase todos os investimentos realizados em Espanha foram patrocinados por fundos de investimento, pois o que mais atraía no regime jurídico espanhol eram as altas taxas de rendimento proporcionadas pelas tarifas oferecidas e não tanto os aspectos endógenos relacionados com as condições de geração.

Ora, na sequência da crise financeira de 2008 e perante o avolumar vertiginoso do *déficit* e da dívida tarifária eléctrica em Espanha (que chegou a atingir, em 2014, os € 30 000 milhões)⁽³²⁾, o Governo começou a adoptar medidas para travar os efeitos daquele regime jurídico e assim controlar o problema financeiro e económico. Entre elas incluiu-se a aprovação do *Real Decreto Ley 6/2009*, que impôs um regime de registo dos produtores para limitar o número daqueles que teriam acesso às tarifas bonificadas.

Contudo, aquela era uma medida insuficiente para responder ao problema, por isso foi necessário aprovar outras respostas legislativas e as que deram origem ao litígio foram: *i*) a *Ley 15/2012*, que instituiu um imposto de 7% sobre o valor total da energia entregue à Rede Eléctrica Espanhola pelos produtores e eliminou as bonificações para a electricidade produzida a partir de gás natural⁽³³⁾; *ii*) o *Real Decreto Ley 2/2013*, que eliminou as tarifas bonificadas, dando aos produtores a opção por venda em mercado ou por tarifas fixas, assim como eliminou a actualização automática das tarifas extramercado com base no índice de preços ao consumidor, substituindo essa actualização por um outro índice de menor valor; *iii*) o *Real Decreto Ley 9/2013*, que modificou a *ley del sector eléctrico*, revogou o *Real Decreto 661/2007* e eliminou o regime bonificado na sua totalidade, substituindo-o por uma *retribuição especial* baseada em custos tipo por unidade de potência instalada acrescida de valores *standard* por custo operativo; *iv*) a nova *ley del sector*

⁽³²⁾ Para uma contextualização dos problemas e das medidas *v.* o nosso, “O princípio da sustentabilidade económica e financeira do sistema eléctrico liberalizado sob regulação especial”, in *Actas del XI Colóquio Hispano-Portugués de Direito Administrativo*, 2015, pp. 93-112.

⁽³³⁾ Para a Eiser, esta modificação legislativa representou uma redução de 30% da remuneração bruta esperada.

eléctrico, Ley 24/2013, que pôs fim à distinção entre produção em regime ordinário e produção em regime especial; e v) o *Real Decreto 413/2014*, que veio estabelecer a forma de cálculo de uma remuneração razoável para as centrais em regime especial, baseada num princípio de gestão eficiente daquelas infra-estruturas.

A Eiser acusou o Governo Espanhol de destruição total do valor dos investimentos, demonstrando que o custo de capital que tinham assumido era 40% superior àquele que o novo regime jurídico assumia como “eficiente” e só esse factor já consubstanciava uma perda incapaz de ser sustentável à luz do novo regime jurídico. Nas acções que foram julgadas pelo Supremo Tribunal de Espanha e pelo Tribunal Constitucional daquele país considerou-se que havia de facto uma *aplicação retrospectiva do novo regime remuneratório*, mas que o mesmo não podia qualificar-se como violador do princípio da protecção da confiança legítima na medida em que assentava no princípio da salvaguarda da remuneração razoável apta a amortizar o valor investido, a que acrescia também uma margem de lucro adequada. As decisões acrescentavam ainda que as normas anteriores, sobre as quais os investidores alegavam ter formado as suas expectativas legítimas, estipulavam margens de lucro que eram objectivamente muito avultadas, razão pela qual não podiam ter-se como base para a formação de expectativas legítimas.

A decisão do tribunal arbitral neste caso não foi nesse sentido e não só considerou que o direito europeu não impedia a aplicação do direito do investimento à luz do TCE para resolução do litígio, como condenou a Espanha a pagar uma indemnização de 128 milhões de euros por violação do *standard ‘fair and equal treatment’*. Nesta decisão não chegou a conhecer-se da questão do carácter expropriativo do imposto, pois isso exigiria, nos termos do art. 21.º, n.º 5, b/i, do Tratado da Carta da Energia que a questão tivesse sido primeiramente analisada pelas autoridades tributárias do Estado-parte, o que não se verificou⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Se quisermos fazer um paralelo com o caso português e a possibilidade de as empresas detidas pelo Estado Chinês que ad-

No fundo, não deixa de ser desconcertante que a União Europeia tenha imposto aos Estados-Membros metas quantitativas obrigatórias em matéria de quotas de produção de energias renováveis e tenha recomendado a adopção de medidas de subsidiação como as adoptadas em Portugal e Espanha (*feed-in-tariff*), medidas que depois se revelaram financeiramente desastrosas para estes países e os colocaram no âmbito da “armadilha” do Tratado da Carta da Energia. Com efeito, quando em 2013 a União Europeia procura emendar a mão e recomendar a adopção de outras formas de subsidiação, estes países vêem-se duplamente limitados: i) primeiro, pela protecção que os investidores obtêm à luz do Tratado da Carta da Energia e que impede a revisão das tarifas de forma abrupta; e ii) em segundo lugar, pela necessidade de cumprir as exigências europeias em matéria de auxílios de Estado proibidos (que os impede de transferir dinheiro de outras fontes para o sector eléctrico) e de garantir tarifas razoáveis e esquemas financeiros de apoio à pobreza energética.

Em jeito de conclusão

Em suma, o que podemos depreender dos exemplos anteriores é que estamos perante uma questão que, sendo aparentemente muito sedutora para os juristas que agora trilham os caminhos da internormatividade, é afinal uma questão puramente política, pois só uma intervenção concertada a nível europeu pode pôr termo ao contexto de incerteza jurídica dos investimentos.

O mesmo é igualmente válido para as matérias específicas da energia, onde a União Europeia vem manietando as opções políticas dos Estados através da aprovação de sucessivos pacotes legislativos sobre clima-ambiente-energia, que impõem metas quantitativas obrigatórias, algumas irrealizáveis sem avultados investimentos de risco (risco financeiro e risco tecnológico), e que depois os Estados

quisiram a REN – Redes Energéticas Nacionais e a EDP – Energias de Portugal demandarem o Estado português ao abrigo do BIT, por causa da instituição da contribuição extraordinária sobre o sector energético, este será também um requisito a cumprir.

não conseguem gerir sem afectar os custos da sua economia e o acesso à energia por parte dos seus consumidores. Por isso, não é de estranhar que continuemos a assistir a novas decisões da arbitragem do investimento, “desligadas” do contexto político normativo europeu e dos seus erros de

cálculo, e que evidenciam as fragilidades não só de políticas estaduais imprudentes, mas igualmente dos riscos inerentes à participação em espaços de integração económica, onde a protecção jurídica dos investimentos estrangeiros consegue encontrar sempre um nível de protecção mais elevado!

SUZANA TAVARES DA SILVA