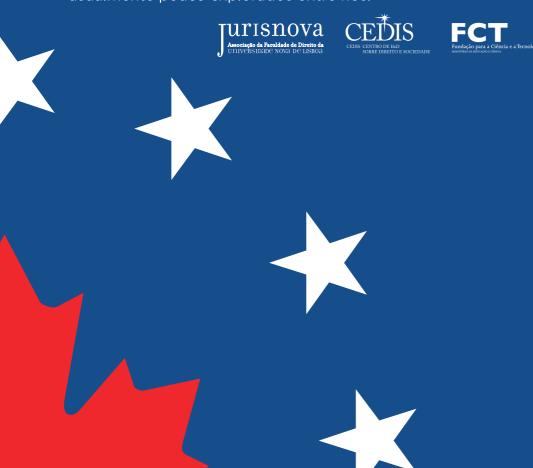
A presente obra reúne a maioria dos textos que serviram de base às comunicações apresentadas no workshop "Os desafios do TTIP à luz do CETA", o qual teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (FDUNL) a 10 de novembro de 2016. Tratou-se de uma iniciativa duplamente pioneira (pelo tema e pelo evento) do grupo de investigação do CEDIS sobre os novos desafios do Direito Internacional Económico, da qual resultou uma abordagem multifacetada e interdisciplinar do CETA que, pela sua inovação e abrangência, julgamos poder constituir um ponto de partida para o diálogo académico sobre temas de indiscutível relevância mas usualmente pouco explorados entre nós.



OMC 2.0: O CETA COMO NOVO PARADIGMA DO DIREITO INTERNACIONAL ECONÓMICO?

COORDENAÇÃO

NOVO PARADIGMA DO DIREITO L ECONÓMICO?

Francisco Pereira Coutinho Lúcio Tomé Feteira Ruth Santos



OMC 2.0: O CETA como Novo Paradigma do Direito Internacional Económico?

OMC 2.0: O CETA como Novo Paradigma do Direito Internacional Económico?

2018

Coordenação Francisco Pereira Coutinho Lúcio Tomé Feteira Ruth Santos



OMC 2.0: O CETA COMO NOVO PARADIGMA DO DIREITO INTERNACIONAL ECONÓMICO?

COORDENAÇÃO Francisco Pereira Coutinho Lúcio Tomé Feteira Ruth Santos

EDIÇÃO

Universidade Nova de Lisboa. Faculdade de Direito. CEDIS, Centro de I & D sobre Direito e Sociedade Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

SUPORTE: IMPRESSO Impressão: 300 exemplares

Setembro, 2018

ISBN: 978-972-99399-6-9

Nota Prévia

O CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*), o acordo comercial abrangente negociado e assinado com o Canadá e que entrou provisoriamente em vigor em setembro de 2017, é um marco fundamental para a Política Comercial Comum da União Europeia, para as empresas portuguesas e para a economia nacional.

Este acordo surge no exato momento em que a Organização Mundial de Comércio (OMC) não tem conseguido responder aos esforços reiterados da União Europeia e dos seus Estados-membros na busca de um compromisso multilateral reforçado. Como consequência, as regras multilaterais de comércio vão-se progressivamente afastando da dinâmica do comércio internacional, ora por ausência de cobertura de novos temas (comércio eletrónico, facilitação de investimento, economia digital, participação de PME), ora por redefinição e aprofundamento dessas regras (bens ambientais ou serviços), ora por dificuldade de resposta adequada a questões estruturais (sobrecapacidade do aço, subsídios e level playing field global) ou ainda pelo desfasamento entre as regras existentes e a resposta às necessidades das empresas que produzem e exportam, à defesa dos consumidores e da sociedade civil (respeito por normas sociais ou ambientais). Todos reconhecemos a extrema importância da OMC, da existência das regras multilaterais e de um órgão de resolução de litígios eficaz. Contudo, torna-se imprescindível que a OMC acompanhe a evolução que tiveram o comércio e o investimento internacionais na última década, e que a organização se adapte ao Século XXI.

Adicionalmente, vivemos tempos em que crescem os nacionalismos, os populismos, os protecionismos; num quadro de economia global, de maior participação de empresas no comércio internacional (em Portugal, calcula-se que haja mais de 30.000 empresas exportadoras), de fluxos de comércio

e de investimento transnacionais, de intensificação da servicificação, de cadeias de valor à escala mundial ou regional e de maior integração das economias, assistimos a um recrudescimento de medidas protecionistas e a um possível cenário de guerra comercial.

A relevância do CETA destaca-se exatamente nestas duas dimensões. Por um lado, procura, ao nível bilateral, estabelecer um conjunto abrangente e completo de regras adaptadas à realidade económica do século XXI entre dois importantes parceiros comerciais, com valores idênticos, aproximando as suas economias, as suas empresas e os seus consumidores; por outro, constitui uma reafirmação, neste momento particular, da importância da globalização regulada e do comércio com regras, bem como da abertura comercial ao comércio de bens, serviços e de investimento como fator de progresso civilizacional e económico.

A Direção-Geral das Atividades Económicas (DGAE) e o Ministério da Economia sempre defenderam as vantagens da celebração de um acordo comercial com o Canadá para as empresas portuguesas, tanto ao longo do processo negocial como na fase da sua entrada em vigor provisória. Tradicionalmente, a União Europeia tem constituído o mercado fundamental das nossas exportações e importações; não obstante, assistimos a uma diversificação crescente dos nossos destinos de exportação a qual poderá ser potenciada pela existência de uma política comercial ambiciosa por parte da União Europeia. Com efeito, acreditamos que a entrada em vigor de um significativo número de acordos de comércio livre de "nova geração" entre a União Europeia e regiões ou países terceiros, como o Mercosul, Japão, Austrália, Nova Zelândia, México, Chile, etc. poderá criar muitas oportunidades para produtores e exportadores nacionais. No caso do Canadá, por exemplo, as exportações de Portugal têm vindo a crescer de forma sustentada entre 2013 e 2017 e calculamos que o impacto da entrada em vigor do CETA nos seja muito favorável. É muito expectável que a liberalização pautal prevista no CETA contribua para o aumento das exportações nacionais, em especial nos setores que atualmente estão sujeitos a direitos aduaneiros mais elevados - é o caso de alguns dos setores tradicionais das exportações portuguesas, como os têxteis-lar, calçado, cutelaria, produtos cerâmicos ou mobiliário. Para além dos bens e dos direitos aduaneiros, o CETA reduz custos de contexto que afetam as nossas exportações, abre o mercado canadiano de serviços e de contratos públicos, protege as indicações geográficas nacionais, enquadra o reconhecimento mútuo de

qualificações e incentiva o investimento bilateral. Foi a constatação destes benefícios que tem levado a DGAE-Ministério da Economia a associar-se a um conjunto de iniciativas de promoção do CETA, desde a publicitação do acordo a empresas e associações à participação em diversos eventos que promovem o debate, o reconhecimento das vantagens associadas e o seu impacto sobre a economia nacional.

A política comercial, do presente e do futuro, é uma resposta a uma globalização e uma política pública de regulação dessa globalização. É uma defesa dos nossos valores, económicos sociais ou ambientais, junto de parceiros comerciais através da criação de regras comuns. Pelos efeitos que a economia, a globalização e o comércio provocam sobre as sociedades nos seus múltiplos aspetos, a política comercial e os que têm a responsabilidade de a definir, de avaliar os interesses ofensivos e defensivos em jogo e de a executar têm necessariamente que se relacionar e ouvir todas as partes interessadas. Foi, assim, com enorme prazer que lemos e acolhemos a reflexão independente, crítica e aprofundada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa sobre o acordo comercial com o Canadá. Uma sociedade evoluída e madura é aquela que percebe que o seu desenvolvimento económico está também dependente de uma reflexão cuidada, de uma análise imparcial e de um debate plural sobre temas que nos afetam e afetarão cada vez mais, a todos, no dia-a-dia. Longe vão os tempos em que a política comercial, interna ou externamente, era somente um assunto plácido e desinteressante.

FERNANDA FERREIRA DIAS Diretora-Geral da Direção-Geral das Atividades Económicas

Nota de apresentação

O Acordo Económico e Comercial Global, mais conhecido pela sigla inglesa CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*), assinado entre a União Europeia e o Canadá a 30 de outubro de 2016, é um acordo de comércio livre de "nova geração"; isto é, um acordo que contém, "além das disposições tradicionais relativas à redução dos direitos aduaneiros e dos obstáculos não pautais que afetam o comércio de mercadorias e serviços", disposições que refletem novos aspetos do direito internacional económico contemporâneo, "tais como a proteção da propriedade intelectual, o investimento, os contratos públicos, a concorrência e o desenvolvimento sustentável".

A adoção do CETA – e, principalmente, do TTIP (*Transatlantic Free-Trade Agreement*), um outro acordo de comércio que está a ser negociado pela União Europeia com os Estados Unidos da América – tem sido contestada por movimentos antiglobalização, que consideram que este tipo de acordos promove uma diluição dos padrões de proteção social, ambiental e de saúde pública na União (o chamado *run to the bottom*) e pode funcionar como uma espécie de salvo-conduto para multinacionais (principalmente norte-americanas) escaparem à jurisdição dos tribunais dos Estados-Membros. Não surpreende, por isso, que, em final de abril de 2018, apenas nove – incluindo Portugal² – dos vinte e oito Estados-Membros tenham ratificado o CETA³.

¹ Parecer 2/15, de 16 de maio de 2017, *Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura*, ECLI:EU:C:2017:376, para. 17.

² Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 249/2017, de 10 de novembro, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 155-A/2017, de 21 de dezembro.

³ Informação retirada da base de dados de tratados e acordos da União Europeia, disponível em http://www.consilium.europa.eu/pt/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016017 (acedido a 30 de abril de 2018).

Em todo o caso, as delongas nos processos de ratificação nacionais não prejudicam a implementação do essencial do CETA, uma vez que a grande maioria das suas disposições aplica-se provisoriamente desde 21 de setembro de 2017⁴.

Esta publicação reúne as comunicações apresentadas no workshop "Os desafios do TTIP à luz do CETA", realizado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa a 10 de novembro de 2016⁵. Tratou-se da primeira iniciativa do grupo de investigação "Os Novos Desafios do Direito Internacional Económico" criado em 2016 no CEDIS (Centro de I & D sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa). O grupo integra atualmente dez investigadores (três doutorados), sendo coordenado pelos Professores Doutores Francisco Pereira Coutinho e Lúcio Tomé Feteira e pela Mestre Ruth Santos.

A obra inicia-se com a discussão da natureza jurídica do CETA (Francisco Pereira Coutinho). Segue-se a aferição do impacto dos acordos de comércio de "nova geração" no direito internacional económico (Ruth Santos), na liberalização do comércio no domínio dos serviços financeiros (Lúcio Tomé Feteira), no meio ambiente (Tiago Cartaxo) e na governação democrática dos Estados (Matheus Passos). Termina com a análise do polémico mecanismo de arbitragem de investimento previsto no CETA (João Francisco Diogo, Lucila Vilhena e Rita Guerreiro Teixeira).

São devidos agradecimentos à Ruth Santos pela organização logística do workshop, bem como à Caroline Bernardo e à Daniela Pereira da Silva, bolseiras do CEDIS, pelo auxílio prestado na revisão desta obra, bem como a todos os que participaram no workshop, não só por terem aceitado o desafio que lhes foi lançado, mas especialmente pela forma empenhada com que o fizeram, que se reflete no assinalável nível científico dos textos aqui publicados.

Espera-se, por fim, que esta seja a primeira de várias iniciativas do grupo de investigação "Os Novos Desafios do Direito Internacional Económico"

⁴ Aviso sobre a aplicação provisória do Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro. *JO* L 238, de 16.9.2017, p. 9.

⁵ O programa do workshop pode ser consultado aqui: http://ttip.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2016/12/Portf%C3%B3lio-Workshop-Os-desafios-do-TTIP-%C3%A0-luz-do-CETA-Abstracts.pdf (acedido a 30 de abril de 2018).

tendo por enfoque os desenvolvimentos do direito internacional económico e as suas implicações noutros ramos do direito que com o mesmo diretamente confinam.

Lisboa, 30 de abril de 2018

Francisco Pereira Coutinho Lúcio Tomé Feteira Professores da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Índice

Nota prévia CETA	5
Nota de apresentação	9
A Natureza Jurídica do Acordo Económico e Comercial Global (CETA) Francisco Pereira Coutinho	15
CETA E TTIP: A Nova Configuração do Comércio Internacional e o Futuro da Organização Mundial do Comércio Ruth M. P. Santos	57
A Exceção Prudencial e a Liberalização dos Serviços Financeiros no GATS e no CETA: Haverá Exceção Sem Regra? <i>Lúcio Tomé Feteira</i>	79
O Impacto do CETA no Futuro das Políticas Climáticas Europeias Tiago de Melo Cartaxo	103
A (Falta de) Legitimidade Democrática dos Acordos Comerciais CETA e TTIP Matheus Passos Silva	133
Resolução de Litígios de Investimento Internacional no CETA: uma Resposta aos Críticos? João Francisco Diogo	159

Um Novo Modelo para a Arbitragem Internacional em Matéria de Investimento a Partir do CETA <i>Lucila Vilhena</i>	187
Arbitragem de Investimento, Soberania dos Estados e Interesse Público: Críticas e Respostas no CETA	
Rita Guerreiro Teixeira	203

A Natureza Jurídica do Acordo Económico e Comercial Global (CETA)

Francisco Pereira Coutinho*

Resumo: O Acordo Económico e Comercial Global (CETA) é um acordo de comércio bilateral de "última geração" que foi assinado a 30 de outubro de 2016 entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os Estados-Membros, por outro. A Comissão Europeia cedeu à pressão dos Estados-Membros ao qualificar o CETA como um "acordo misto" e não como um "acordo exclusivamente europeu". A "guardiã dos Tratados" não possui qualquer margem de discricionariedade na escolha da forma de aprovação do CETA, uma vez que esta é uma questão constitucional relativa à repartição de competências entre a União e os Estados-Membros. O recente parecer do Tribunal de Justiça sobre o acordo de comércio negociado entre a União Europeia e Singapura (Parecer 2/15) tornou claro que o CETA tem de ser aprovado como um "acordo misto" em virtude de incluir matérias abrangidas pela competência partilhada entre a União e os Estados-Membros. Os "acordos mistos" seguem um método de aprovação interno que implica, na melhor das hipóteses, um atraso substancial na sua entrada em vigor, e, na pior, o veto à sua aprovação que coloca em causa a imagem externa da União.

Palavras-chave: Acordos Mistos; CETA; Política Comercial Comum; União Europeia.

Abstract: The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) is a "new generation" bilateral free trade agreement that was signed on 30 October 2016 between Canada, of one part, and the European Union and the Member States, of the other part. The European Commission bowed to the pressure of the Member States and decided to qualify CETA as a "mix agreement" instead of an "EU-only agreement". The "guardian of the Treaties" does not have any political leeway on the choice of the form of approval of CETA. This is a constitutional question related to the delimitation of competences between the European

^{*} Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Membro do Cedis – Centro de I & D sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Este texto desenvolve palestra apresentada no *workshop:* "Os desafios do TTIP à luz do CETA", realizado na Nova Direito, a 10 de novembro de 2016.

Union and the Member States. After the decision of the Court of Justice on the free trade agreement negotiated between the European Union and Singapore (Opinion 2/15), it became clear that CETA has to be approved as a "mix agreement", as it includes matters that fall under shared competences between the European Union and the Member States. "Mix agreements" follow an internal approval method that determines, in the best case scenario, a substantial delay on their entry into force, and, in the worst, a veto to their approval that damages the external image of the European Union.

Keywords: Mix agreements; CETA; Common Commercial Policy; European Union.

1. A caminho de uma vetocracia?

I. Poucos discordarão que negociar e adotar acordos de comércio constitui uma das *raisons d'être* da União Europeia (UE). Tal como o Reino Unido presumivelmente descobrirá depois de consumado o "Brexit", o poder negocial de um Estado-Membro, mesmo que integrando o G8, é inferior ao da maior economia mundial, que é também a que mais importa, exporta, envia e recebe investimento estrangeiro direto¹. Desde que o Tratado de Roma (1957) atribuiu *ius tractandi* à então Comunidade Económica Europeia (art. 113.º), foram concluídos dezenas de acordos de comércio², os quais têm uma importância crucial para a economia europeia: cerca de 31 milhões de empregos na União (1/7 do total) dependem, direta ou indiretamente, do comércio externo³.

O último grande aprofundamento convencional do processo de integração europeia, o Tratado de Lisboa, alargou a capacidade jurídica da

¹ Comissão Europeia, *Trade: a key source of growth and jobs for the EU. Commission contribution to the European Council of 7-8 February 2013*, 2012. Disponível em: http://eu2013.ie/media/eupresidency/content/documents/130207-Commission-Contribution-on-Trade-to-EC.pdf, (acedido a 14/8/2017).

² A lista completa pode ser consultada em: http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/agreements/#_other-countries-, (acedido a 14/8/2017).

³ RUEDA-CANTUCHE, José M. e SOUSA, Nuno. "EU Exports to the World: Overview of Effects on Employment and Income", Trade *Chief Economist Note*, Issue 1, de fevereiro de 2016, p. 1. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154244. pdf>, (acedido a 1/2/2017).

União para celebrar acordos de comércio livre de "nova geração⁴"; isto é, acordos de comércio que "contêm, além das disposições tradicionais relativas à redução dos direitos aduaneiros e dos obstáculos não pautais que afetam o comércio de mercadorias e serviços", disposições que refletem novos aspetos do direito internacional contemporâneo, "tais como a proteção da propriedade intelectual, o investimento, os contratos públicos, a concorrência e o desenvolvimento sustentável⁵".

O Acordo Económico e Comercial Global, mais conhecido pela sigla inglesa CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*), assinado entre a União e o Canadá a 30 de outubro de 2016⁶, é um desses acordos, que se estima venha a aumentar o comércio bilateral em mais de 23% e permitir um ganho anual para o PIB da União de 12 mil milhões de euros⁷.

Ao contrário de outros acordos de comércio celebrados sem despertar particular atenção mediática⁸, a adoção do CETA – e, principalmente, do TTIP (*Transatlantic Free-Trade Agreement*), um outro acordo de comércio que está a ser negociado com os Estados Unidos da América – tem sido fortemente contestada por movimentos antiglobalização⁹, que defen-

⁴ Sobre o tema, v. Cremona, Marise. "A Quiet Revolution: The Common Commercial Policy Six Years after the Treaty of Lisbon", *SIEPS*, 2, 2017. Disponível em: http://www.sieps.se/sites/default/files/Sieps%202017_2%20web.pdf, (acedido a 5/2/2017).

⁵ Parecer 2/15, de 16 de maio de 2017, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, ECLI:EU:C:2017:376, para. 17.

⁶ "Assinado acordo entre a UE e o Canadá. Faltam os parlamentos", *Jornal de Negócios*, 30/10/2016. Disponível em: http://www.jornaldenegocios.pt/economia/europa/uniao-europeia/detalhe/ja-ha-acordo-entre-a-eu-e-o-canada-faltam-os-parlamentos, (acedido a 14/8/2017).

⁷ Comissão Europeia, "EU-Canada agree deal to boost trade and investment", Memo, 26/9/2014. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-542_en.htm, (acedido a 15/8/2017).

⁸ V. g. o acordo de comércio livre entre a UE e os seus Estados-Membros, por um lado, e a República da Coreia, por outro, assinado a 6 de outubro de 2010, e aprovado pelo Conselho a 1 de outubro de 2015 [Comunicado de Imprensa do Conselho n.º 691/15, de 1 de outubro de 2015. Disponível em: http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2015/10/01-korea-free-trade/, (acedido a 20/8/2017)].

⁹ O final da Guerra-Fria e a consequente implementação transversal do modelo económico capitalista, associado ao desenvolvimento tecnológico, deram início a uma nova era de globalização que tem como um dos seus principais catalisadores – e ao mesmo tempo um dos seus principais sintomas – a expansão e integração de uma economia mundial baseada na

dem que o acordo promove uma diluição dos padrões de proteção social, ambiental e de saúde pública na União e funciona como uma espécie de salvo-conduto para as multinacionais escaparem à jurisdição dos tribunais nacionais¹⁰.

II. O processo de negociação e aprovação do CETA transformou-se numa saga sem precedentes na Política Comum Comercial (PCC) da União que tem como um dos seus pontos focais a divergência sobre a natureza deste acordo internacional.

A Comissão Europeia considera que o CETA é um "acordo exclusivamente europeu"; ou seja, um acordo que, por estar integralmente suportado em bases jurídicas que atribuem competência exclusiva à União, tem de ser concluído apenas por esta com o Canadá e não conjuntamente com os Estados-Membros¹¹. Por esta razão, a 28 de junho de 2017, o presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, informou os Chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros de que iria propor na semana seguinte a aprovação do CETA pelo Conselho como um acordo a celebrar exclusivamente pela UE¹².

A proposta do presidente da Comissão teria como efeito confinar os parlamentos nacionais a um simples controlo político da intervenção dos respetivos executivos no Conselho durante a fase de assinatura e conclusão do CETA. Perante a forte contestação social à adoção deste acordo, vinte e um representantes de comissões parlamentares nacionais (incluindo o Presidente da Comissão de Assuntos Europeus da Assembleia da República) vieram, no âmbito do mecanismo de diálogo político com as instituições, declarar que o CETA e o TTIP "contêm disposições que dizem respeito

globalização da produção, na proteção do investimento estrangeiro direto e na liberalização do comércio internacional e dos respetivos fluxos financeiros através de acordos de comércio livre bilaterais e multilaterais (v. MÉGRET, Frédéric. "Globalization". *Max Planck Encyclopedia of Public International Law.* Oxford: Oxford University Press, 2009, para. 10).

¹⁰ V., por exemplo, o sítio da plataforma "Não ao Tratado Transatlântico". Disponível em: https://www.nao-ao-ttip.pt/, (acedido a 14/8/2017).

¹¹ Comissão Europeia, "CETA Explained". Disponível em: http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-explained/, (acedido a 15/8/2017).

¹² VICENTI, Daniela. "EU leaders on collision course with Commission over CETA", *Euroactiv.com*, 29/6/2017. Disponível em: https://www.euractiv.com/section/trade-society/news/eu-leaders-on-collision-course-with-commission-over-ceta/, (acedido a 11/8/2017).

a domínios que se enquadram nas competências dos Estados-Membros". Por conseguinte, devem tomar a forma de "acordos mistos" e ser adotados conjuntamente pela União e pelos Estados-Membros¹³. À mesma conclusão chegaram os ministros do comércio dos Estados-Membros em reunião do Conselho ocorrida a 13 de maio de 2016¹⁴.

Ao contrário do que tinha sido sugerido pelo seu presidente, a Comissão anunciaria a 5 de julho de 2017 que o CETA seria afinal apresentado como um "acordo misto", considerando ser este o único caminho capaz de garantir a sua célere assinatura e aplicação provisória¹⁵, no que constitui uma forma eufemística de afirmar que a alternativa originalmente pensada levaria à rejeição do acordo pelo Conselho.

III. Um "acordo misto" é um acordo internacional que, por razões jurídicas ou políticas, é celebrado conjuntamente pela União e por todos ou por alguns dos seus Estados-Membros com um ou mais Estados terceiros e/ou organizações internacionais¹6. Trata-se de uma "criatura

^{13 &}quot;Letter to Mr De Gucht – Role of national Parliaments in free trade agreements", 26/6/2014. Disponível em: http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/COM20140153/huors. do>, (acedido a 15/8/2017). No mesmo sentido pronunciaram-se, entre outros, o *Bundestag* alemão [Conclusão 9, Drucksache 18/8072, de 12 de abril de 2016, "Die transatlantischen Beziehungen zukunftsfest weiterentwickeln". Disponível em: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/080/1808072.pdf, (acedido a 15/8/2017)], a Assembleia Nacional francesa [Ponto 1 da "Résolution Européenne sur le projet d'accord économique et commercial entre l'Union européenne et le Canada", Texto n.º 428 ("Petite Loi"), Sessão Ordinária 2014/2015, de 23 de novembro de 2014. Disponível em: http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0428.asp, (acedido a 15/8/2017)] e o parlamento regional belga da Valónia [Ponto 1 da "Résolution sur l'Accord économique et commercial global (AECG)", de 25 de abril de 2016, 212 (2014-2015), n.º 4. Disponível em: http://nautilus.parlement-wallon.be/Archives/2015_2016/RES/212_4.pdf, (acedido a 15/8/2017)].

¹⁴ Conselho dos Negócios Estrangeiros (Comércio), 8737/16, Reunião n.º 3463, de 13 de maio de 2016. Disponível em: http://www.consilium.europa.eu/pt/meetings/fac/2016/05/12-13/, (acedido a 15/8/2017).

¹⁵ Ponto 2 da proposta de decisão do Conselho relativa à assinatura, em nome da União Europeia, do Acordo Económico e Comercial Global entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro [COM(2016) 444 final].

¹⁶ Esta é uma definição substantiva de "acordos mistos" que, de acordo com SCHERMERS, Henry G. "A Typology of Mixed Agreements", in: O'KEEFFE, D. e SCHERMERS, H. (eds.). Mixed Agreements. Deventer: Kluwer, 1983, p. 25, não inclui acordos internacionais celebrados de forma independente pela União e pelos Estados-Membros com Estados terceiros

pragmática¹⁷" que, para além de evitar litígios sobre a repartição vertical de competências prevista nos Tratados¹⁸, garante aos Estados-Membros maior visibilidade nas relações internacionais¹⁹, ao mesmo tempo que impede o "congelamento" das competências da União²⁰. A implementação de um "acordo misto" pode, no entanto, vir a revelar-se problemática se não forem claramente determinados os direitos e obrigações da União e dos Estados-Membros, designadamente no que diz respeito ao exercício do direito de voto nos órgãos criados pelo acordo ou a quem pode ser imputada responsabilidade pelo seu incumprimento²¹.

e/ou organizações internacionais, em que tanto a União como cada Estado-Membro assumem individualmente a plenitude dos direitos e obrigações emergentes da aplicação da convenção. Estes acordos são frequentemente designados de "acordos mistos" paralelos por oposição a "acordos mistos" partilhados. Sobre esta distinção, v. MÖLDNER, Mirka. "European Community and Union, Mixed Agreements", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, paras. 7-9.

¹⁷ C-240/09, conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston, de 15 de julho de 2010, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, ECLI:EU:C:2010:436, para. 56.

¹⁸ MARESCEAU, Marc. "A Typology of Mixed Bilateral Agreements", in: HILLION, Christophe e KOUTRAKOS, Panos (eds.). *Mixed Agreements in EU Law Revisited – The EU and its Member States in the World.* Oxford: Hart, 2010, pp. 12 e 13; EECKHOUT, Piet. EU External Relations. 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 221, ou MÖLDNER, Mirka. "European Community and Union, Mixed Agreements", cit., para. 5.

¹⁹ Rosas, Allan. "The European Union and Mixed Agreements", in: Dashwood, Alan e Hillion, Christophe (eds.). *The General Law of EC External Relations*. London: Sweet & Maxwell, 2000, p. 201; Schütze, Robert. "European Community and Union, Party to International Agreements", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, para. 17.

²⁰ DE BAERE, Geert. "EU external action", in: BARNARD, Catherine e PEERS, Steve (eds.). European Union Law. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 738, que argumenta que uma repartição precisa das competências entre a União e os Estados-Membros pode ter um efeito inibidor sobre o desenvolvimento constitucional da ordem jurídica da União. A natureza dinâmica da competência externa da União levou o Tribunal de Justiça a considerar não ser necessário definir e determinar a divisão de competências entre a União e os Estados-Membros no que diz respeito à conclusão de "acordos mistos" (v. Parecer 1/78, de 14 de novembro de 1978, Projeto de convenção da Agência Internacional da Energia Atómica sobre a proteção dos materiais, instalações e transportes nucleares, ECLI:EU:C:1978:202, para. 35).

²¹ Rosas, Allan. "The European Union and Mixed Agreements", cit., pp. 211-216, ou Wouters, Jan; Copens, Dominic e De Meester, Bart. "The European Union's External Relations after the Lisbon Treaty", in: Griller, Stephan e Ziller, Jacques (coord.). *The*

A escolha da forma de aprovação de um acordo internacional não é neutra. O recurso a um "acordo misto" significa a escolha de uma via de aprovação que implica, na melhor das hipóteses, um atraso substancial na entrada em vigor do acordo²², e, na pior, um veto à sua aprovação que coloca em causa a imagem externa da União. Enquanto um "acordo exclusivamente europeu" é ratificado, em poucos meses²³, depois de ser aprovado pelo Parlamento Europeu²⁴ e pelo Conselho, que decide, em regra, por maioria qualificada²⁵, a entrada em vigor de um "acordo misto" também

Lisbon Treaty – EU Constitutionalism without a Treaty?. New York: Springer, 2008, pp. 180 e 181; EECKOUT, Piet. EU External Relations, cit., pp. 260-264.

²² A título de exemplo, o processo de ratificação do acordo misto celebrado com a Coreia do Sul demorou mais de quatro anos (Conselho da União Europeia, Comunicado de Imprensa n.º 691/15, "Celebrado o acordo de comércio livre UE-Coreia do Sul". Disponível em: <www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2015/10/01-korea-free-trade/>, (acedido a 15/8/2017). Em junho de 2017, o CETA apenas tinha sido ratificado pela Letónia (de 23 fevereiro de 2017) e pela Dinamarca (de 1 de junho de 2017) [HARTE, Roderick. "CETA ratification process: Recent developments", *European Parliamentary Research Service*, de junho de 2017. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/607266/EPRS_ATA(2017)607266_EN.pdf, (acedido a 15/8/2017)].

²³ KLEIMANN, David e KÜBEK, Gesa. "The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU. The Case of CETA and Opinion 2/15", EUI Working Papers, n.º 28, 2016, p. 12.

²⁴ Arts. 207.º, n.º 3, e art. 218.º, n.º 6, TFUE, que atribuem assim à instituição que representa os cidadãos europeus um direito de veto – e legitimidade democrática direta – sobre a adoção de acordos de comércio de "nova geração" (art. 14.º, n.º 2, TUE). Este poder de bloqueio atribui ao Parlamento Europeu a capacidade para influenciar decisivamente a negociação de acordos internacionais que envolvam a UE. No caso do CETA, como explica SILVA PEREIRA, Pedro. "Acordo CETA: o Parlamento Europeu fez a diferença", *Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus*, vol. 2, n.º 3, 2017, pp. 188-193. Disponível em: http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/silva_pereira_pedro_2017.pdf, (acedido a 2/2/2017), a pressão do Parlamento Europeu esteve na origem da escolha de um inovador mecanismo de resolução de litígios entre os investidores e os Estados.

²⁵ Art. 218.º, n.º 8, 1.º para., TFUE. A unanimidade é necessária: *i*) quando o acordo incida num domínio em que seja exigida a unanimidade para a adoção de um ato da União (art. 218.º, n.º 8, 2.º para., TFUE); *ii*) nos acordos de associação (arts. 217.º e 218.º, n.º 8, 2.º para., TFUE); *iii*) nos acordos que estabelecem uma cooperação económica, financeira e técnica com os Estados candidatos à adesão (arts. 212.º e 218.º, n.º 8, 2.º para., TFUE); *iv*) no acordo de adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos (art. 6.º, n.º 2, TUE e art. 218.º, n.º 8, 2.º para., TFUE); *v*) nos acordos nos domínios do comércio de serviços e dos aspetos comerciais da propriedade intelectual, bem como do investimento direto estrangeiro,

dependente da conclusão do processo de ratificação nos Estados-Membros²⁶. Estima-se que o CETA tenha de ser aprovado por 38 parlamentos nacionais e regionais²⁷. Em alguns Estados-Membros, a aprovação parlamentar não prejudicará a hipótese de realização de uma consulta popular referendária²⁸. Dois exemplos recentes revelam ser real o espectro de a União se estar a transformar numa vetocracia no que diz respeito à aprovação de "acordos mistos": o primeiro envolveu a rejeição, em referendo consultivo realizado na Holanda, do acordo (misto) de associação entre a UE e a

sempre que estes acordos incluam disposições em relação às quais seja exigida a unanimidade para a adoção de normas internas (art. 207.º, n.º 4, 2.º para., TFUE); vi) em acordos no domínio do comércio de serviços culturais e audiovisuais, sempre que esses acordos sejam suscetíveis de prejudicar a diversidade cultural e linguística da União (art. 207.º, n.º 4, 3.º para., al. a), TFUE); vii) em acordos no domínio do comércio de serviços sociais, educativos e de saúde, sempre que esses acordos sejam suscetíveis de causar graves perturbações na organização desses serviços ao nível nacional e de prejudicar a responsabilidade dos Estados-Membros de prestarem esses serviços (art. 207.º, n.º 4, 3.º para., al. b), TFUE).

²⁶ A qualificação do CETA como um "acordo misto" implica, na prática, a necessidade da sua aprovação por unanimidade por via da conclusão do processo de ratificação nos Estados-Membros, mas não deixa de ser significativo que o Conselho tenha aprovado a assinatura deste acordo ao abrigo de disposição que exige maioria qualificada (art. 207.º, n.º 4, 1.º para. do TFUE). Contra, Kempen, Bernhard. *Legal Opinion on the majority requirements in the Council of the European Union for the vote on CETA*, de 4 de outubro de 2016, p. 11. Disponível em: https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2016-10-14_Kempen_Legal_Opinion_CETA. pdf>, (acedido a 4/2/2017), que considera que o CETA tem de ser aprovado pelo Conselho por unanimidade em virtude de "constituir um retrocesso no direito da União em relação à liberalização dos movimentos de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes" (art. 64.º, n.º 3, TFUE) e discriminar negativamente cidadãos da União.

²⁷ KLEIMANN, David e KÜBEK, Gesa. "The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU. The Case of CETA and Opinion 2/15", *EUI Working Papers*, n.º 28, 2016, p. 1, ou SILVA PEREIRA, Pedro. "Acordo CETA: o Parlamento Europeu fez a diferença", cit, p. 187, nota 8.

²⁸ Petições populares para a realização de referendos sobre a ratificação do CETA estão a ser preparadas na Áustria [VYTISKA, Herbert. "Austrian petition calls for Vienna to hold referendum on EU trade deals", *Euroactiv.com*, 1/2/2017. Disponível em: https://www.euractiv.com/section/trade-society/news/austrian-petition-calls-for-vienna-to-hold-referendum-on-eu-trade-deals/, (acedido a 15/8/2017)] e na Holanda [GOTEV, Georgi. "Dutch referendum petition launched to oppose CETA ratification", *Euroactiv.com*, 4/11/2017. Disponível em: https://www.euractiv.com/section/trade-society/news/dutch-referendum-petition-launched-to-oppose-ceta-ratification/, (acedido a 15/8/2017)].

Ucrânia²⁹; o segundo respeitou à ameaça de bloqueio do CETA, num primeiro momento, pela Bulgária e a Roménia³⁰, e, mais tarde, pelo parlamento regional da Valónia (Bélgica)³¹.

IV. A Comissão Europeia optou pela forma mista de aprovação do CETA por razões políticas. De acordo com a Comissária para o Comércio da União, Cecilia Malmström:

²⁹ Em referendo consultivo realizado a 6 de abril de 2016, 61,1% dos eleitores votaram contra o acordo. Apesar de a participação eleitoral de 32% ser superior à participação requerida para que os resultados fossem considerados válidos (30%), o parlamento holandês ratificou o acordo depois de o governo holandês ter obtido esclarecimentos dos restantes Estados-Membros sobre a sua interpretação. Sobre este tema, v. VAN DER LOO, Guillaume. "The Dutch Referendum on the EU-Ukraine Association Agreement: What's Next?", Netherlands Yearbook of International Law 2016, 47, 2017, pp. 337-350.

³⁰ Por motivo alheio ao CETA relacionado com a não isenção de vistos de entrada no Canadá aos respetivos cidadãos [Gotev, Georgi. "Bulgaria and Romania maintain reservations on CETA", *Euroactiv.com*, 19/10/2017. Disponível em: https://www.euractiv.com/section/trade-society/news/bulgaria-and-romania-maintain-reservations-on-ceta/, (acedido a 1/3/2017), que foi ultrapassado depois de o governo do Canadá garantir essa isenção a partir de dezembro de 2017 ["Canada Officially Confirms Visa Waiver for Bulgaria, Romania as of Dec 2017", *novinite.com*, 1/11/2016. Disponível em: http://www.novinite.com/articles/177134/Canada+Officially+Confirms+Visa+Waiver+for+Bulgaria%2C+Romania+as+of+Dec+2017, (acedido a 15/8/2017)].

³¹ No bizantino sistema constitucional belga, o governo federal necessita do consentimento de cinco parlamentos regionais para decidir sobre a aprovação do CETA no Conselho [("Tears over the colapse of the EU-Canada trade deal", The Economist, 21/10/2016, pp. 1-2. Disponível em: https://www.economist.com/news/europe/21709145-grumpy-insular-mood- -european-union>, (acedido a 14/8/2017)]. A 14 de outubro de 2016, o parlamento da Valónia aprovou uma moção em que rejeitava a autorização ao governo federal para a assinatura do CETA ("Projet de motion déposé en conclusion du débat sur les projets de Traité CETA et de Déclaration interprétative du traité, en application de l'article 70 du Règlement", par Mmes Zrihen, Simonet et Ryckmans (Doc. 605 (2016-2017) n.º 1), C.R.A. n.° 3 (2016-2017), de 14 de outubro de 2016. Disponível em: http://nautilus.parlement-wallon.be/Archives/2016_2017/ CRA/cra3.pdf>, (acedido a 15/8/2017)]. Esta posição seria revertida pela aprovação de outra moção duas semanas depois, que foi adotada apenas após ter sido obtida a garantia por parte do governo federal belga de que remeteria para o Tribunal de Justiça um pedido de apreciação da compatibilidade com os Tratados do sistema de resolução de litígios entre investidores e Estados previsto no CETA ["Motion déposée en conclusion du débat sur l'Accord économique et commercial global (AECG-CETA)", 633 (2016-2017), n.º 3, de 28 de outubro de 2017. Disponível em: http://www.dirittounioneeuropea.eu/images/Mozione_Parlamento_Vallone. pdf>, (acedido a 15/8/2017)].

"do ponto de vista estritamente jurídico, a Comissão entende que (o CETA) é da competência exclusiva da UE. No entanto, a situação política no Conselho é evidente, pelo que entendemos a necessidade de propor o CETA como acordo misto, a fim de permitir a sua rápida assinatura³²".

Neste artigo procuro demonstrar que a Comissão não tinha qualquer margem de discricionariedade na escolha da forma de aprovação do CETA, uma vez que estamos perante uma questão constitucional relativa à repartição de competências entre a União e os Estados-Membros. Depois de descrever a natureza e o alcance do *ius tractandi* da União (2.), concluo, à luz do recente parecer do Tribunal de Justiça sobre o acordo de comércio livre negociado entre a União e Singapura, que o CETA tem de ser aprovado como um "acordo misto" em virtude de incluir matérias abrangidas pela competência partilhada entre a União e os Estados-Membros (3.). Termino com a análise das consequências e a descrição das soluções que podem ser encontradas para ultrapassar a recusa de ratificação do CETA por um Estado-Membro (4.).

2. O ius tractandi da União Europeia

2.1. Aspetos gerais

Enquanto sujeito de direito internacional a quem é expressamente reconhecida personalidade jurídica (art. 47.º do TUE), a UE intervém nas relações internacionais através da celebração de acordos com Estados terceiros e organizações internacionais³³. O princípio da especialidade de atribuições (art. 5.º, n.º 1 e 2, TUE) restringe a sua capacidade jurídica à celebração

³² Comissão Europeia – Comunicado de Imprensa, "Comissão Europeia propõe assinatura e celebração do acordo comercial UE-Canadá", Estrasburgo, 5/7/2016. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_pt.htm, (acedido a 14/8/2017).

³³ A expressão "acordo internacional" deve ser entendida no seu "sentido geral, designando qualquer compromisso adotado por sujeitos de direito internacional, dotado de força obrigatória, independentemente da sua qualificação formal" (Parecer 1/75, de 11 de novembro de 1979, *Acordo OCDE relativo a uma norma para as despesas locais*, ECLI:EU:C:1975:145, p. 459).

de acordos internacionais que abranjam o âmbito das competências "que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos" (art. 5.º, n.º 2, TUE). Nos termos do art. 216.º, n.º 1, TFUE, a celebração de um acordo internacional pela União pode basear-se em quatro fundamentos: i) "quando os Tratados o prevejam"; ii) quando a celebração do acordo "seja necessária para alcançar, no âmbito das políticas da União, um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados"; iii) "quando esteja prevista num ato juridicamente vinculativo da União"; iv) ou quando "seja suscetível de afetar normas comuns ou alterar o seu alcance".

Uma vez que os Estados-Membros mantêm intacto o seu ius tractandi relativamente a competências que não atribuíram à União (art. 4.º, n.º 1, TUE), os instrumentos convencionais adotados pelos Estados-Membros e/ou pela União com Estados terceiros e outros sujeitos internacionais podem assumir uma tipologia tripla: i) "acordos exclusivamente europeus", quando concluídos apenas pela União; ii) "acordos exclusivamente nacionais", quando adotados apenas pelos Estados-Membros; iii) "acordos mistos", quando celebrados conjuntamente pela União e pelos Estados Membros. Saber se a UE dispõe sozinha da competência para celebrar um acordo ou se tal competência tem de ser exercida em conjunto com os Estados-Membros constitui uma questão constitucional relativa à natureza dessa competência (2.2.) e ao alcance das disposições dos Tratados que podem servir como base jurídica para a adoção do acordo internacional (2.3.).

2.2. A competência externa da União

2.2.1. Competência exclusiva

I. Se à União é atribuída uma competência exclusiva, isso significa que os Estados-Membros estão, no plano interno, impedidos de legislar e adotar atos juridicamente vinculativos e, no plano externo, não podem adotar acordos internacionais sem a autorização da União (art. 2.º, n.º 1, TFUE).

O art. 3.º, n.º 1, TFUE contém uma lista exaustiva dos domínios de competência exclusiva da União, entre os quais se inclui, na al. e), a PCC. Esta constitui uma rara competência puramente externa³⁴, que está codificada nos arts. 206.º e 207.º TFUE, e que tem como objetivo atribuir à União ferramentas para desenvolver uma política de comércio internacional que responda aos desafios da globalização da economia mundial³⁵.

A exclusividade das competências externas atribuídas à União pode resultar da sua explicitação no art. 3.º, n.º 1, TFUE (competências exclusivas a priori) ou do preenchimento de um dos três fundamentos previstos no art. 3.º, n.º 2, TFUE, que prevê que a União possui competência exclusiva (implícita) para celebrar acordos internacionais: i) "quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União"; ii) quando essa celebração "seja necessária para (dar à União) a possibilidade de exercer a sua competência interna"; iii) e na medida em que tal celebração "seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas".

Da articulação entre os pressupostos previstos nos arts. 3.º e 216.º TFUE, pode concluir-se que a União tem competência exclusiva para celebrar acordos internacionais em quatro circunstâncias: *i*) quando os Tratados explicitamente assim o prevejam (primeira situação prevista no art. 216.º, n.º 1, TFUE conjugada com o art. 3.º, n.º 1, TFUE); *ii*) quando, por via do princípio da complementaridade, a celebração do acordo internacional for "necessária para alcançar, no âmbito das políticas da (União), um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados" (segunda situação prevista no art. 216.º, n.º 1, TFUE) num dos domínios de competência exclusiva da União previstos no art. 3.º, n.º 1, TFUE, ou caso uma competência interna da União não possa ser exercida na prática sem que exista também uma componente externa (segunda situação prevista no art. 3.º, n.º 2, TFUE)³⁶; *iii*) quando

³⁴ Parecer 2/15, conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston, de 21 de dezembro de 2016, *Acordo de comércio livre entre a União Europeia e Singapura*, ECLI:EU:C:2016:992, para. 63.

³⁵ Cremona, Marise. "A Quiet Revolution: The Common Commercial Policy Six Years after the Treaty of Lisbon", cit., pp. 30-39.

³⁶ No parecer 1/76, de 26 de abril de 1977, *Acordo que institui um Fundo Europeu de Imobilização da Navegação Interior*, ECLI:EU:C:1977:63, em que estava em causa um acordo que tinha como objetivo sanear a situação económica da indústria de transportes fluviais numa região geográfica onde os transportes por via navegável interior revestiam uma importância particular no conjunto das redes de transportes internacionais, o Tribunal de Justiça concluiu que o estabelecimento de regras comuns "não permit(ia) realizar inteiramente o objetivo pretendido (pelo acordo devido à) participação tradicional de embarcações dependentes de um Estado não membro, a Suíça, sujeitas ao regime da liberdade de navegação estabelecida por instrumentos

o ius tractandi da União esteja previsto num ato juridicamente vinculativo (terceira situação prevista no art. 216.º, n.º 1, TFUE) que revista natureza legislativa (primeira situação prevista no art. 3.º, n.º 2, TFUE)³⁷; e *iv*) quando a celebração de um acordo internacional possa afetar normas comuns ou alterar o seu alcance (quarta situação prevista no art. 216.º TFUE e terceira situação prevista no art. 3.º, n.º 2, TFUE).

II. A exclusividade do ius tractandi da União resulta frequentemente de forma implícita do exercício interno de uma competência partilhada. De acordo com o art. 4.º, n.º 1, TFUE, a União dispõe de competência partilhada com os Estados-Membros quando os Tratados lhe atribuam competência em domínios não sujeitos a competência exclusiva (art. 3.º TFUE) ou de acompanhamento (art. 6.º TFUE). A natureza partilhada da competência significa que a mesma pode ser exercida pela União ou pelos Estados-Membros mas, por força do princípio da preempção, caso a União decida exercê-la, os Estados-Membros deixam de o poder fazer (art. 2.º, n.º 2, TFUE). Por outras palavras, a União passa a partir desse momento a dispor de facto de uma competência exclusiva, que contudo inclui apenas "os elementos regidos pelo ato da (União) em causa e, por conseguinte, não abrange o domínio na sua totalidade³⁸". A preempção é sempre reversível, pois se a União deixar de atuar relativamente a uma parte específica de determinada competência partilhada, essa competência é recuperada pelos Estados-Membros (art. 2.º, n.º 2, TFUE).

O reconhecimento de competência exclusiva implícita para celebrar acordos internacionais decorre diretamente do princípio do primado e da cooperação leal, pois uma ação externa independente dos Estados-Membros poderia afetar a aplicação de regras comuns adotadas internamente pela União. Para evitar este efeito, o Tribunal de Justiça desenvolveu a chamada

internacionais de data antiga" (para. 2). Ainda que não tenha declarado expressamente que a competência da União daí decorrente era exclusiva, o Tribunal de Justiça interpretou o parecer 1/76 nesse sentido em jurisprudência posterior (v. g. Parecer 2/92, de 24 de março de 1995, Terceira decisão revista do Conselho da OCDE relativa ao tratamento nacional, EU:C:1995:83, para. 32.

³⁷ Um "ato legislativo" é, nos termos do art. 289.º, n.º 3, TFUE, um ato jurídico adotado através do processo legislativo.

³⁸ Protocolo n.º 25, anexo ao Tratado de Lisboa, relativo ao exercício das competências partilhadas (JO, 115, de 9 de maio de 2008, p. 307).

"doutrina *ERTA*", baseada no princípio do paralelismo de competências (*in foro interno*, *in foro externo*) que determina que o exercício pela União de uma competência interna prevista nos Tratados determina a atribuição de uma competência externa exclusiva nesse domínio³⁹. O "efeito *ERTA*" produz-se quando ocorra o risco de os compromissos assumidos internacionalmente se enquadrarem no âmbito de aplicação de regras de direito derivado da União⁴⁰. A constatação desse risco não exige uma coincidência total entre o domínio abrangido pelos compromissos internacionais e o domínio abrangido pela regulamentação da União, bastando para o efeito que tais compromissos se integrem num domínio já em grande parte coberto por regras da União⁴¹. Esta análise deve basear-se no alcance das regras em causa, na sua natureza e no seu conteúdo, bem como levar em conta, não apenas o estado atual do direito da União no domínio em causa, mas também as suas perspetivas de evolução, quando estas forem previsíveis no momento dessa análise⁴².

2.2.2. Competência partilhada

Para além de competências partilhadas sujeitas a preempção (strico sensu), o TFUE contempla outro tipo de competências partilhadas (latu sensu): i) as competências previstas nos art. 4.º, n.º 3 e 4, TFUE, também designadas de paralelas⁴³ ou partilhadas irregulares⁴⁴, que abrangem os

³⁹ C-22/70, acórdão de 31 de março de 1971, *AETR*, ECLI:EU:C:1971:32, paras. 12 a 19.

⁴⁰ C-114/12, acórdão de 4 de setembro de 2014, *Comissão c. Conselho*, EU:C:2014:2151, para. 68; Parecer 1/13, de 14 de outubro de 2014, *Adesão de Estados terceiros à Convenção de Haia*, EU:C:2014:2303, para. 71; ou Parecer 3/15, de 14 de fevereiro de 2017, *Tratado de Marraquexe sobre o acesso às obras publicadas*, EU:C:2017:114, para. 105.

⁴¹ Parecer 2/91, de 19 de março de 1993, Convenção n.º 170 da Organização Internacional do Trabalho, ECLI:EU:C:1993:106, paras. 25-26; Parecer 1/03, de 7 de fevereiro de 2006, Nova Convenção de Lugano, EU:C:2006:81, para. 126; C-114/12, Comissão/Conselho, cit., paras. 69 e 70; Parecer 1/13, Adesão de Estados terceiros à Convenção de Haia, cit., paras. 72 e 73; ou Parecer 3/15, Tratado de Marraquexe sobre o acesso às obras publicadas, cit., paras. 106 e 107.

⁴² Parecer 2/91, Convenção n.º 170 da Organização Internacional do Trabalho, cit., para. 25; Parecer 1/13, Adesão de Estados terceiros à Convenção de Haia, cit., para. 126.

⁴³ DE BAERE, Geert. "EU external action", cit., p. 722.

⁴⁴ Klamert, Marcus. *The Principle of Loyalty in EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 161.

domínios da investigação, do desenvolvimento tecnológico e do espaço, da cooperação e da ajuda humanitária, em que a União não dispõe do direito de preempção; ii) competências de acompanhamento, previstas do art. 6.º TFUE, que cataloga sete domínios em que a União pode desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-Membros, as quais podem tomar a forma de atos juridicamente vinculativos desde que não afetem a competência dos Estados-Membros e não impliquem qualquer forma de harmonização legislativa e regulamentar (art. 2.º, n.º 5, TFUE); iii) a competência para definir e executar uma política externa e de segurança comum, inclusive para definir gradualmente uma política comum de defesa (art. 2.º, n.º 4, TFUE), a qual não inclui a adoção de atos legislativos (art. 24.º, n.º 1, 2.º para., TUE) e não prejudica as competências de cada Estado-Membro para determinar e conduzir a sua própria política externa45.

A natureza partilhada de uma competência sujeita a preempção (stricto sensu) que não foi ainda exercida internamente pela União nos termos do art. 3.º, n.º 2, TFUE, não pode servir de fundamento para a adoção de um "acordo exclusivamente europeu⁴⁶". Em contrapartida, o mesmo não sucede com competências externas partilhadas não sujeitas a preempção, em que nada impede a União e os Estados-Membros de exercerem paralelamente o respetivo ius tractandi, desde que respeitem obrigações resultantes do princípio da cooperação leal⁴⁷.

O exercício da competência externa partilhada da União pode basear-se: i) em disposições dos Tratados que prevejam tal competência (primeira situação prevista no art. 216.º, n.º 1, TFUE)⁴⁸, ii) ser necessário "para alcançar,

 $^{^{45}\,}$ As Declarações n. 9s 13 e 14 sobre a política externa e de segurança comum, anexas ao Tratado de Lisboa, referem, a este propósito, que as disposições que regem a política externa e de segurança comum "não afetam as responsabilidades dos Estados-Membros, tal como presentemente consagradas, para a formulação e condução das respetivas políticas de negócios estrangeiros, nem as suas representações em países terceiros ou em organizações internacionais" e "não prejudicam o carácter específico da política de segurança e defesa dos Estados-Membros".

⁴⁶ Para mais desenvolvimento, v. *infra* secção 3.1.3.

⁴⁷ Klamert, Marcus. *The Principle of Loyalty in EU Law.* Oxford: Oxford University Press, pp. 163-171.

⁴⁸ Por exemplo, no âmbito da: *i*) política externa e de segurança comum (art. 37.º TUE); ii) da cooperação com países terceiros e com as organizações internacionais competentes em

no âmbito das políticas da (União), um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados" em domínios de competência partilhada (segunda situação prevista no art. 216.º, n.º 1, TFUE), ou ainda *iii*) resultar de previsão em ato juridicamente vinculativo de natureza não legislativa (terceira situação prevista no art. 216.º, n.º 1, TFUE) ou de ato legislativo que preveja a celebração de acordos internacionais nos domínios de competência paralela (investigação, desenvolvimento tecnológico e do espaço, cooperação para o desenvolvimento e ajuda humanitária) (terceira situação prevista no art. 216.º, n.º 1, TFUE, e no art. 4.º, n.º 3 e 4 TFUE)⁴⁹.

2.3. A seleção das base(s) jurídica(s) para a aprovação de acordos internacionais

Uma vez que apenas dispõe de competências de atribuição, a União tem a obrigação constitucional de indicar a disposição ou disposições do tratado que a habilita(m) a adotar um determinado acordo internacional⁵⁰. Tal abre a porta a "interpretações estratégicas" de bases jurídicas que lhe reconheçam competência para adotar "acordos exclusivamente europeus". A determinação do alcance da(s) base(s) jurídica(s) utilizada(s) pela União assume, por isso, importância crucial, na medida em que constitui condição prévia para determinar se dispõe da competência para celebrar sozinha um acordo internacional ou se essa competência é partilhada com os Estados-Membros⁵¹.

Face ao silêncio dos Tratados, o Tribunal de Justiça estabeleceu que a escolha da base jurídica de um acordo internacional celebrado pela União

matéria de "educação e desporto, especialmente com o Conselho da Europa" (art. 165.º, n.º 3, TFUE), da "formação profissional" (art. 166.º, n.º 3), da "cultura, em especial com o Conselho da Europa" (art. 167.º, n.º 3, TFUE) e da "saúde pública" (art. 168.º, n.º 3, TFUE); *iii*) da investigação, do desenvolvimento tecnológico e do espaço (art. 186.º TFUE), da cooperação (art. 209.º, n.º 2, e 212.º, n.º 3, TFUE) e da ajuda humanitária (art. 214.º, nº 4, TFUE).

⁴⁹ Parecer 2/15, conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston, *Acordo de comércio livre entre a União Europeia e Singapura*, cit., nota 24.

⁵⁰ Parecer 2/00, de 6 de dezembro de 2001, *Protocolo de Cartagena*, EU:C:2001:664, para. 22.

⁵¹ Parecer 1/08, de 30 de novembro de 2009, *Acordos que alteram compromissos específicos assumidos ao abrigo do GATS*, EU:C:2009:739, para. 112.

deve ser baseada em elementos objetivos, suscetíveis de fiscalização jurisdicional, que incluam a finalidade e o conteúdo do ato⁵².

Para resolver dificuldades de determinação da base jurídica de um acordo que inclui matérias que se podem subsumir a diferentes disposições dos Tratados, o tribunal do Luxemburgo aplica a teoria do "centro de gravidade": se da análise do acordo resultar a conclusão de que o acordo prossegue mais do que uma finalidade ou inclui duas ou mais componentes, das quais uma é identificável como principal ou preponderante, enquanto a(s) outra(s) é (são) apenas acessória(s) ou de âmbito extremamente limitado, a celebração do acordo pela UE deve assentar apenas numa base jurídica, que será a exigida pela finalidade ou componente principal ou preponderante⁵³. Caso se conclua que o acordo internacional prossegue simultaneamente várias finalidades ou tem diferentes componentes que estão indissociavelmente ligadas, sem que uma seja acessória da outra, de modo que diferentes disposições do Tratado são aplicáveis, o ato da União Europeia relativo à celebração do acordo deve assentar nas diferentes bases jurídicas correspondentes⁵⁴.

⁵² C-137/12, acórdão de 22 de outubro de 2013, *Comissão c. Conselho*, EU:C:2013:675, para. 52; C-263/14, acórdão de 14 de junho de 2016, *Parlamento c. Conselho*, ECLI:EU:C:2016:435, para. 43.

⁵³ C-137/12, Comissão c. Conselho, cit., para. 53. Neste processo, o Tribunal de Justiça declarou que a decisão de aprovação da convenção europeia sobre a proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional "prossegue principalmente um objetivo que apresenta uma ligação específica com a política comercial comum, que impõe, para efeitos da sua aprovação, o recurso à base jurídica constituída pelo art. 207.º, n.º 4, TFUE, conjugado com o art. 218.º, n.º 5, TFUE, e significa, além disso, que a assinatura da convenção em nome da União é, em aplicação do art. 3.º, n.º 1, alínea e), TFUE, da competência exclusiva da União. Em contrapartida, a melhoria das condições de funcionamento do mercado interno afigura-se um objetivo acessório da referida decisão, que não justifica que esta assente no art.114.º TFUE" (idem, para. 76).

⁵⁴ C-94/03, acórdão de 10 de janeiro de 2006, *Comissão c, Conselho*, EU:C:2006:2, para. 51; C-263/14, *Parlamento c. Conselho*, cit., para. 44.

3. A competência da União Europeia para aprovar o acordo CETA

3.1. A Política Comercial Comum

I. A PCC é uma competência exclusiva da União (art. 3.º, n.º 1, al. e), do TFUE) que se baseia "na celebração de acordos pautais e comerciais sobre comércio de mercadorias e serviços" (art. 207.º, n.º 1, TFUE). Uma vez que se insere na ação externa da União, os acordos aprovados no seu âmbito abrangem as trocas comerciais com Estados terceiros e não as trocas no mercado interno⁵⁵.

O Tratado de Lisboa alargou o âmbito material da PCC através da inclusão, no art. 207.º, n.º 1, TFUE, de referências à proteção do investimento estrangeiro direto e aos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio e os serviços. Os efeitos desta alteração não demoraram a ter reflexos na jurisprudência do Tribunal de Justiça: se antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o tribunal do Luxemburgo considerou que a Comunidade Europeia não possuía competência exclusiva para adotar o TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property*) como um "acordo exclusivamente europeu⁵⁶"; após a entrada em vigor daquele tratado, declarou que o acordo TRIPS se enquadrava na PCC⁵⁷.

II. Pode o art. 207.º, n.º 1, TFUE constituir a única básica jurídica para a aprovação do CETA? Em caso negativo, pode ainda assim o CETA ser aprovado como um "acordo exclusivamente europeu" baseando-se também em competências exclusivas implícitas da União?

Uma vez que o CETA "tem objetivos idênticos e essencialmente as mesmas matérias que o Acordo de Comércio Livre celebrado com Singapura (ACLUES)" e, por conseguinte, "a competência da União é igual em ambos os casos⁵⁸", a resposta a estas duas questões pode ser encontrada no parecer

⁵⁵ C-414/11, acórdão de 18 de julho de 2013, *Daiichi*, ECLI:EU:C:2013:520, para. 50.

⁵⁶ Parecer 1/94, de 15 de Novembro de 1994, *Competência da comunidade para concluir acordos internacionais em matéria de serviços e de proteção da propriedade intelectual*, ECLI:EU:C:1994:384, paras. 98 e 105.

⁵⁷ C-414/11, *Daiichi*, cit., para. 61.

⁵⁸ Ponto 2 da proposta de Decisão do Conselho relativa à assinatura, em nome da União Europeia, do Acordo Económico e Comercial Global entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro [COM(2016) 444 final].

do Tribunal de Justiça que se pronunciou sobre a repartição de competências entre a União e os Estados-Membros no acordo de comércio livre negociado com Singapura⁵⁹. Apesar de não ter recorrido à teoria do "centro de gravidade" (3.1.1.), o tribunal do Luxemburgo considerou que a quase totalidade do ACLUES releva da competência exclusiva da União (3.1.2.). Na competência partilhada com os Estados-Membros incluem-se apenas as disposições que abrangem os investimentos em carteira ou de portfólio e criam o mecanismo de resolução de litígios entre investidores e Estados (3.1.3.). A competência exclusiva da União inclui também o direito de revogação de acordos de investimento bilaterais celebrados por Estados--Membros com Singapura (3.1.4.).

3.1.1. A teoria do "centro de gravidade"

Sem surpresa, até porque a própria Comissão reconheceu que as disposições relativas aos serviços de transporte internacional e as relativas a investimentos estrangeiros diferentes de investimentos diretos não se incluíam na PCC60, o Tribunal de Justiça não aplicou a teoria do "centro de gravidade", assumindo que o ACLUES é um acordo abrangente que prossegue diferentes finalidades e tem várias componentes, não existindo uma finalidade ou componente que possa ser qualificada como principal ou preponderante e as restantes como acessórias ou de âmbito extremamente limitado.

O tribunal do Luxemburgo reconheceu como partes autónomas que, consequentemente, requerem a indicação das correspondes bases jurídicas para permitir a aprovação do ACLUES: i) as disposições abrangidas pela PCC; ii) as disposições que liberalizam os serviços de transporte entre a UE e Singapura, as quais seriam abrangidas pelo âmbito da política de transportes; iii) e as disposições que regulam os tipos de investimento diferentes do investimento estrangeiro direto, que estão sujeitas às regras relativas à livre circulação de capitais.

⁵⁹ Parecer 2/15, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., para. 305.

⁶⁰ *Idem*, paras. 14 e 16.

3.1.2. Competência exclusiva da União Europeia

I. A principal conclusão a retirar do Parecer 2/15 é a de que a União tem competência para negociar e aprovar como "acordos exclusivamente europeus" acordos de comércio de "nova geração".

O Tribunal de Justiça considerou que a quase totalidade das disposições do ACLUES está abrangida pela PCC e, portanto, inclui-se na competência externa exclusiva da União, nos termos do art. 3.º, n.º 1, TFUE, e do primeiro fundamento previsto no art. 216.º, n.º 1 TFUE. Este é o resultado das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa no art. 207.º, n.º 1, TFUE e de uma aplicação ampla do entendimento jurisprudencial, segundo o qual uma disposição de um acordo internacional se insere na PCC quando verse especificamente sobre trocas comerciais, "na medida em que se destine essencialmente a promovê-las, a facilitá-las e tenha efeitos diretos e imediatos nelas", não bastando a mera circunstância de o acordo "poder ter implicações" nas mesmas⁶¹.

Uma conexão específica com o comércio internacional foi encontrada com as disposições de capítulos do ACLUES que tratam: *i*) do acesso de mercadorias ao mercado (capítulos 3 a 6)⁶²; *ii*) do acesso ao mercado no setor da produção de energia a partir de fontes não fósseis sustentáveis (capítulo 7)⁶³; *iii*) do comércio de serviços (capítulo 8), com exceção das disposições relativas à prestação de serviços no domínio dos transportes, as quais estão excluídas da PCC pelo art. 207.º, n.º 5, TFUE⁶⁴; *iv*) da proteção do investimento estrangeiro direto (secção A do capítulo 9)⁶⁵; *v*) da

⁶¹ C-414/11, Daiichi, cit., para. 51; C-137/12, Comissão c. Conselho, cit., para. 57; Parecer 3/15, Tratado de Marraquexe sobre o acesso às obras publicadas, cit., para. 61.

⁶² Parecer 2/15, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, op. cit., paras. 40-48.

⁶³ Idem, paras. 72-74.

⁶⁴ *Idem*, paras. 53 e 57. Foi assim reiterada a jurisprudência constante segundo a qual se inserem na PCC as disposições que abarcam os quatro modos de prestação de serviços que obedecem à classificação utilizada pela Organização Mundial do Comércio (OMC) (Parecer 1/08, de 30 de novembro de 2009, *Acordos que alteram as listas de compromissos específicos ao abrigo do GATS*, EU:C:2009:739, paras. 4, 118 e 119).

⁶⁵ Parecer 2/15, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., paras. 78 a 110. O tribunal interpretou declarativamente o art. 207.º, n.º 1, TFUE, considerando que a utilização, pelos autores do TFUE, dos termos "investimento estrangeiro direto"

contratação pública (capítulo 10)⁶⁶; *vi*) da propriedade intelectual (capítulo 11)⁶⁷; *vii*) da concorrência (capítulo 12)⁶⁸; *viii*) do desenvolvimento sustentável (capítulo 13)⁶⁹, desta forma confirmando que a PCC não se limita à prossecução de objetivos de cariz económico relacionados com a gradual liberalização do comércio⁷⁰.

II. A "doutrina ERTA" (quarta situação prevista no art. 216.º TFUE e terceira situação prevista no art. 3.º, n.º 2, TFUE) foi invocada para incluir disposições do ACLUES em matéria de serviços no domínio dos transportes (capítulos 8 e 10) no âmbito de competência externa exclusiva implícita

[&]quot;exprime sem ambiguidade a sua vontade de não incluir outros investimentos estrangeiros na política comercial comum" (*idem*, para. 83), e rejeitou a interpretação restritiva do conceito de "investimento estrangeiro direito" proposta pelo Conselho e por alguns Estados-Membros, segundo a qual a PPC incluiria a admissão mas não a proteção deste tipo de investimento (*idem*, paras. 85-87). Declarou ainda que o acordo UE/Singapura não contém nenhum compromisso relativo ao regime da propriedade nos Estados-Membros, a qual constitui uma competência exclusiva estadual nos termos do art. 345.º TFUE, esclarecendo que o art. 9.6 do acordo "visa apenas enquadrar eventuais decisões de nacionalização ou de expropriação, através de limites destinados a garantir aos investidores que essa decisão ocorrerá em condições equitativas e no respeito dos princípios gerais e dos direitos fundamentais, nomeadamente do princípio da não discriminação" (*idem*, para. 107).

⁶⁶ *Idem*, paras. 75-77. Excluídos da PPC, mas sujeitos à competência externa exclusiva implícita da União, estão os compromissos em matéria de contratos públicos no domínio dos transportes (*idem*, paras. 219-224).

⁶⁷ Idem, para. 111-130.

⁶⁸ *Idem*, paras. 131-138.

⁶⁹ Idem, paras. 139-167. De acordo com o Tribunal de Justiça, as disposições relativas ao desenvolvimento sustentável "visam regular o comércio entre a União e a República de Singapura, subordinando a sua liberalização à condição de as Partes respeitarem as suas obrigações internacionais em matéria de proteção social dos trabalhadores e de proteção do ambiente" (para. 166). Esta conclusão foi fundada na obrigação de condução da PCC de acordo com os princípios e objetivos da ação externa da União (arts. 21.º, n.º 3, TUE, 205.º e art. 207.º, n.º 1, TFUE), entre os quais se inclui o desenvolvimento sustentável associado à preservação e à melhoria da qualidade do ambiente e à gestão sustentável dos recursos naturais mundiais (art. 21.º, n.º 1, al. f), TUE) (para. 147). A possibilidade de o art. 21.º TUE alargar o âmbito material da PCC foi rejeitada nas conclusões da advogada-geral Sharpston (cit., para. 495) com o argumento de que aquela disposição serve o único propósito de impor à União que contribua para determinados objetivos nas suas políticas e ações.

⁷⁰ VAN DER LOO, Guillaume. "The Court's Opinion on the EU-Singapore FTA: throwing off the schackles on mixity?", *CEPS*, 2017/17, p. 4.

da União. Ainda que a celebração de acordos internacionais no setor dos transportes esteja sujeita à política comum de transportes (art. 207.º, n.º 5, TFUE), a qual constitui um domínio de competência partilhada (art. 4.º, n.º 2, g), TFUE), o tribunal considerou que os compromissos assumidos no ACLUES relativos ao setor dos transportes eram suscetíveis de afetar, ou até mesmo de alterar, regras comuns previstas no direito derivado da União aplicáveis à prestação de serviços neste domínio⁷¹.

III. No âmbito da competência externa exclusiva da União foram, por último, incluídas: *i*) disposições institucionais, designadamente as relativas ao intercâmbio de informações, notificação, cooperação, mediação, poder de decisão e transparência (capítulos 14, 16 e 17), as quais têm carácter auxiliar, pelo que se inserem na mesma competência das disposições substantiva que acompanham⁷²; *ii*) e as disposições que criam um mecanismo arbitral de resolução de litígios entre as partes sobre a interpretação e a aplicação dos capítulos 2 a 12 do ACLUES (capítulo 15), na medida em que a competência da União para celebrar acordos internacionais comporta necessariamente a faculdade de se submeter às decisões de um órgão materialmente jurisdicional semelhante ao órgão de resolução de litígios da OMC⁷³.

3.1.3. Competência partilhada

I. O único domínio substantivo previsto no ACLUES que o Tribunal de Justiça considerou não estar incluído na competência exclusiva da União foi o relativo ao investimento diferente do investimento estrangeiro direto (capítulo 9, secção A), designadamente o investimento de portfólio, que é

⁷¹ Parecer 2/15, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., paras. 193 (serviços de transporte marítimo internacional), 202 (serviços de transporte ferroviário), 211 (serviços de transporte rodoviário) e 224 (contratos públicos no domínio dos transportes). O tribunal considerou que as disposições relativas ao transporte por vias interiores navegáveis estaria associado no ACLUES, quanto muito, a compromissos de alcance extremamente limitado, os quais não teriam qualquer relevância para a determinação da natureza da competência (*idem*, paras. 216 e 217).

⁷² *Idem*, paras. 275 e 282.

⁷³ *Idem*, para. 299.

aquele que é feito sem a intenção de influenciar ou assumir uma posição de controlo numa empresa.

A Comissão Europeia argumentou que as disposições do ACLUES relativas ao investimento de portfólio estariam abrangidas pela competência exclusiva da União por via da "doutrina ERTA" (quarta situação prevista no art. 216.º TFUE e a terceira situação prevista no art. 3.º, n.º 2, TFUE), uma vez que "afetam" as disposições do TFUE sobre a livre circulação de capitais (art. 63.º TFUE).

A ideia de que as "regras comuns" a que se refere o art. 3.º, n.º 2, TFUE, incluem também o direito primário foi rejeitada pelo Tribunal de Justiça nos seguintes termos:

"(...) tendo em conta a primazia dos Tratados (...) sobre os atos adotados com base neles, (...) os acordos celebrados pela União com Estados terceiros (...) encontram legitimidade nos referidos Tratados e não podem, em contrapartida, influenciar o sentido ou o alcance das disposições destes últimos. Os referidos acordos não são, por conseguinte, suscetíveis de 'afetar' regras de direito primário da União ou de 'alterar o alcance' das mesmas, na aceção do artigo 3.º, n.º 2, TFUE74".

Esta conclusão não impede que a União alcance uma sobreposição integral entre a política comercial e a política de investimento na sua ação externa. Segundo o tribunal do Luxemburgo, as disposições que abrangem os investimentos de portfólio incluem-se na competência partilhada, na medida em que um acordo internacional relativo a tais investimentos pode revelar-se necessário "para alcançar, no âmbito das políticas da União, uma dos objetivos estabelecidos pelos Tratados" (segunda situação prevista no art. 216.º, n.º 1, TFUE). Com efeito, a livre circulação de capitais e de pagamentos entre os Estados-Membros e Estados terceiros, prevista no art. 63.º TFUE, não é formalmente oponível aos Estados terceiros, pelo que a celebração do ACLUES é necessária para realizar plenamente essa liberdade de circulação, a qual constituiu um dos objetivos definidos no título IV do TFUE ("A livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais"),

⁷⁴ *Idem*, para. 235.

que se insere na competência partilhada relativa ao mercado interno (art. $4.^{\circ}$, $n.^{\circ}$ 2, al. a), TFUE)⁷⁵.

II. Igualmente abrangido pela competência partilhada entre a União e os Estados-Membros está o polémico mecanismo arbitral de resolução de litígios entre investidor e Estado (ISDS – *Investor-State Dispute Settlement mechanism*) (capítulo 9, secção B).

O recurso ao ISDS constitui uma prerrogativa discricionária de um investidor, que está, todavia, condicionada à retirada por este de qualquer pedido semelhante que tenha pendente perante um órgão jurisdicional nacional (art. 9.17, al. f), ACLUES). Uma vez que os Estados-Membros não podem bloquear o início do processo arbitral (art. 9.16 ACLUES), o ISDS determina necessariamente a subtração de litígios da competência dos tribunais nacionais, pelo que não pode ser instituído sem o consentimento dos Estados-Membros⁷⁶.

3.1.4. Em especial: a competência para revogar acordos de investimento bilaterais

I. A inclusão do investimento estrangeiro direto no art. 207.º, n.º 1, TFUE pelo Tratado de Lisboa determinou a atribuição à União de competência exclusiva num domínio que se encontra regido por inúmeras convenções bilaterais de investimento – frequentemente designadas pela sigla BIT (*Bilateral Investment Treaty*) – celebradas entre Estados-Membros e Estados terceiros. O destino dos BITs celebrados com Singapura é, nos termos do art. 9.10 ACLUES, o seguinte:

⁷⁵ *Idem*, paras. 239-241.

⁷⁶ *Idem*, paras. 288-293. Na sequência das muitas críticas feitas ao ISDS, o CETA criou um inovador sistema arbitral institucionalizado através da constituição de um tribunal permanente de resolução de litígios de investimento, designado por *Investment Court System* (ICS), que mantém como requisito processual a desistência "do pedido ou da instância em curso num tribunal ou órgão jurisdicional ao abrigo do direito nacional ou internacional, que se refira a uma medida que alegadamente constitua uma infração que seja objeto do (...) pedido" [art. 8.22, n.º 1, al. f)]. Sobre o mecanismo arbitral criado pelo CETA, v. D10GO, João Francisco. "Resolução de Litígios de Investimento no CETA: uma resposta aos críticos?", publicado nesta obra.

"Aquando da entrada em vigor do presente Acordo, os acordos (bilaterais de investimento) entre Estados-Membros da União e Singapura (...), incluindo os direitos e obrigações decorrentes, deixam de produzir efeitos e devem ser substituídos ou revogados pelo presente Acordo".

O Conselho e vários Estados-Membros consideraram que a União não pode acordar sozinha com um Estado terceiro a revogação e substituição de acordos internacionais celebrados entre esse Estado e os Estados-Membros nos quais a própria União Europeia não é parte. Este é um poder que se insere no âmbito da competência exclusiva dos Estados-Membros⁷⁷.

Entendimento oposto teve a Comissão, para quem, quando celebra um acordo internacional num domínio abrangido pela sua competência externa exclusiva, a União Europeia sucede aos Estados-Membros no que diz respeito aos acordos bilaterais que estes celebram com Estados terceiros, pelo que pode agir em nome dos Estados-Membros, inclusivamente revogando esses acordos bilaterais⁷⁸.

O Tribunal de Justiça concordou com a Comissão, considerando que "quando a União negoceia e celebra com um Estado terceiro um acordo num domínio em que adquiriu competência exclusiva, substitui-se a esses mesmos Estados". Por conseguinte, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a União tem competência para aprovar sozinha um acordo com um Estado terceiro que revoga e substitui disposições de BITs que digam respeito ao investimento estrangeiro direto⁷⁹. Em contrapartida, no que diz respeito às disposições de BITs que abranjam o investimento de portfólio, um domínio de competência partilhada, a respetiva revogação e substituição só pode ser feita conjuntamente pela União e pelo Estado-Membro em causa através de um "acordo misto" com o Estado terceiro⁸⁰.

II. A advogada-geral Eleanor Sharpston considerou que a revogação de BITs constitui uma competência exclusiva dos Estados-Membros por via da aplicação do regime jurídico aplicável a convenções internacionais

⁷⁷ Parecer 2/15, conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston, *Acordo de Comércio Livre* entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., para. 373.

⁷⁸ *Idem*, para. 374.

⁷⁹ Parecer 2/15, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., paras. 248 e 249.

⁸⁰ Idem, paras. 243 e 256.

celebradas por Estados-Membros em momento anterior à sua adesão à União⁸¹.

O primeiro para. do art. 351.º TFUE refere que "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 respetiva adesão, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro". No entanto, caso se verifique que tais convenções não são compatíveis com os Tratados, o Estado ou os Estados-Membros em causa devem recorrer a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades verificadas (art. 351.º, 2.º para., TFUE). Daqui decorre que, sempre que se verifique não existir qualquer incompatibilidade entre uma convenção celebrada em momento anterior à adesão e os Tratados, não existe nenhuma obrigação de adoção de medidas corretivas para os Estados-Membros. A esta mesma conclusão chegou o Tribunal de Justiça no processo Comissão c. Portugal, em que reconheceu que a aplicação do TFUE não afetava "o compromisso do Estado-Membro interessado de respeitar os direitos de países terceiros emergentes duma convenção anterior e de observar as suas obrigações correspondentes82".

Para a advogada-geral, por identidade de razão, quando os Tratados transfiram a competência num determinado domínio integralmente para a União, os Estados-Membros devem também continuar a cumprir as suas obrigações decorrentes de acordos internacionais celebrados com Estados terceiros em momento posterior à adesão. Os princípios do primado do direito da União e da cooperação leal (art. 4.º, n.º 3, TUE) obrigam-nos, todavia, a cumprir as obrigações decorrentes desses acordos em conformidade com o direito da União e com o exercício pela União das suas competências exclusivas. Quando não for possível fazê-lo sem infringir o direito da União, os Estados-Membros devem adotar as medidas necessárias para assegurar a conformidade desses acordos com o direito da União, entre as quais se pode incluir, em última instância, a obrigação de promover a cessação da respetiva vigência⁸³.

⁸¹ Parecer 2/15, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., para. 381-389.

⁸² C-84/98, Comissão c. Portugal, acórdão de 4 de julho de 2000, EU:C:2000:359, para. 53.

⁸³ Parecer 2/15, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., para. 381 e 382.

O Tribunal de Justiça recusou aplicar o regime jurídico previsto no art. 351.º TFUE. Da interpretação teleológica deste preceito resulta que a sua intenção é a de impedir que a aplicação dos Tratados faça incorrer os Estados-Membros em responsabilidade internacional por violação de direitos que convenções internacionais anteriores à sua adesão à União conferem a Estados terceiros. Ora, no caso em apreço, tal situação não ocorria, uma vez que foi o Estado terceiro (Singapura) que manifestou a intenção de fazer cessar os acordos internacionais que mantinha com os Estados-Membros⁸⁴.

Para a advogada-geral, contudo, a ausência de consentimento expresso dos Estados-Membros não pode nunca ser suprida pela União:

"(...) não encontro nenhum fundamento de direito internacional (no seu estado atual) para concluir que a UE pode suceder automaticamente aos Estados-Membros num acordo internacional celebrado por eles, no qual não seja parte, e em seguida pôr termo a esse acordo. Esta regra constituiria uma exceção à regra fundamental do consentimento na produção de direito internacional. Admitir a posição da Comissão significaria que, em caso de modificações do direito da União e do eventual exercício pela União Europeia das suas competências externas, um Estado-Membro poderia deixar de ser parte num acordo internacional ainda que tivesse consentido em ficar vinculado por esse acordo e que esse acordo estivesse em vigor relativamente a ele. Os direitos e as obrigações do Estado-Membro nos termos desse acordo extinguir-se-iam e, se a União Europeia decidisse exercer as suas novas competências, seriam substituídos pelos direitos e as obrigações assumidos pela União Europeia com o Estado terceiro, sem que o Estado-Membro tivesse manifestado o seu consentimento em relação a essas modificações (fundamentais)⁸⁵".

Para além de se tratar de uma questão de direito internacional que não tem implicações na questão constitucional relativa à repartição de competências entre a União e os Estados-Membros, a advogada-geral parece ignorar o facto de a alteração convencional que deu origem à atribuição

⁸⁴ Parecer 2/15, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., paras. 254 e 255.

⁸⁵ Parecer 2/15, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., para. 396.

de competência exclusiva à União para revogar BITs não ser possível sem o consentimento unânime dos Estados-Membros (art. 49.º TUE)86. Não parece assim haver razões para seguir uma tese restritiva do alcance da sucessão funcional dos Estados-Membros pela União em acordos internacionais que digam respeito a matérias da competência exclusiva da União, da qual resultaria que esta se limitaria a substituir os Estados-Membros no exercício de direitos e no cumprimento das obrigações emergentes da aplicação da convenção mas não teria capacidade para fazer cessar esses mesmos direitos e obrigações87.

III. Por último, os Estados-Membros não podem basear a sua competência exclusiva para revogar BITs no regulamento que os autoriza a manter em vigor, e mesmo a celebrar, tais acordos com Estados terceiros⁸⁸. O regulamento não prejudica "a repartição de competências entre a União e os seus Estados-Membros de acordo com o TFUE" (considerando 3) e não prevê a possibilidade de a UE, em conjunto com o Estado terceiro vinculado pelo acordo bilateral, pôr termo a BITs celebrados por Estados--Membros; no entanto, estabelece como limite para o exercício do ius tractandi dos Estados-Membros a entrada em vigor de um acordo bilateral de investimento entre a União e o país terceiro⁸⁹. A partir desse momento,

⁸⁶ O Tribunal de Justiça declarou, a este propósito, que "a União pode suceder aos Estados-Membros nos seus compromissos internacionais, quando os Estados-Membros tenham transferido para a União, através de um dos Tratados fundadores, as suas competências relativas a esses compromissos e esta última exerça essas competências" [Idem, op. cit., para. 248 (itálico nosso), em que remete para os processos apensos 21/72 a 24/72, acórdão de 12 de setembro de 1972, International Fruit Company, EU:C:1972:115, paras. 10-18].

⁸⁷ Parecer 2/15, conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., paras. 379 e 380.

⁸⁸ Arts. 3.º e 7.º do Regulamento (UE) n. ° 1219/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, que estabelece disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento entre os Estados-Membros e os países terceiros. Sobre o âmbito de aplicação deste regulamento, que considera inválido por se debruçar sobre matérias da competência exclusiva dos Estados-Membros, v. PALMA, Maria João. "A Nova Política Europeia de Investimento decorrente do Tratado de Lisboa - o Regulamento Grandfathering e a articulação entre a competência da União Europeia e as competências remanescentes dos Estados-Membros", Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano VIII, 2015, pp. 83-110.

⁸⁹ Nos termos do art. 3.º do Regulamento (UE) n.º 1219/2012, "os acordos bilaterais de investimento (...) podem ser mantidos em vigor, ou entrar em vigor, de acordo com o TFUE

os Estados-Membros perdem a possibilidade de determinar "o destino dos compromissos na matéria contidos nos acordos bilaterais que celebraram anteriormente com mesmo Estado terceiro90".

3.2. A tipologia do CETA

I. Os "acordos mistos" bilaterais celebrados pela União conjuntamente com os Estados-Membros com um Estado terceiro podem ser: i) obrigatórios, quanto contêm matérias que se incluem tanto no âmbito da competência exclusiva da União como de competências próprias dos Estados-Membros; ii) facultativos, quando incluem matérias que se integram no âmbito da competência exclusiva da União e da competência partilhada com os Estados-Membros, ou apenas da competência partilhada; iii) falsos, se apenas incluírem matérias da competência exclusiva dos Estados-Membros ou da União⁹¹; iv) incompletos, imperfeitos ou parciais, quando são celebrados pela União conjuntamente com apenas alguns dos seus Estados-Membros⁹².

e com o presente regulamento, até que entre em vigor um acordo bilateral de investimento entre a União e o país terceiro em causa".

⁹⁰ Parecer 2/15, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., para. 251.

⁹¹ O art. 2.º, n.º 1, TFUE, refere que os Estados-Membros, quando devidamente habilitados, podem adotar atos juridicamente vinculativos em domínios de competência exclusiva da União. Daqui decorre que a União pode autorizar os Estados-Membros a adotar conjuntamente acordos internacionais em domínios da sua competência exclusiva (De BAERE, Geert. "EU external action", cit., p. 720), o que significa, como bem nota Rosas, Allan. "Exclusive, Shared and National Competence in the Context of EU External Relations: do such distinctions matter?", in: GOVAERE, Inge et al. (eds.). The European Union in the World – Essays in Honour of Marc Maresceau. Leiden: Martinus Nijhoff, 2013, p. 33, que, na prática, uma competência exclusiva da União não é muitas vezes exercida como tal.

⁹² Sobre as diferentes tipologias de "acordos mistos", v. Schermers, Henry G. "A Typology of Mixed Agreements", cit., pp. 23-33; Rosas, Allan. "Mixed Union-Mixed Agreements", in: Koskenniemi, M. (ed.). International Law Aspects of the European Union. The Hague: Kluwer, 1998, pp. 129-132, e "The European Union and Mixed Agreements", cit., pp. 203–206; MARESCEAU, Marc. "A Typology of Mixed Bilateral Agreements", cit., pp. 16-27; MÖLDNER, Mirka. "European Community and Union, Mixed Agreements", paras. 7-15, KLAMERT, Marcus. The Principle of Loyalty in EU Law, cit., pp. 183-185.

No parecer 2/15, o Tribunal de Justiça procedeu à repartição de competências entre a União e os Estados-Membros, concluindo que o acordo com Singapura se incluía no âmbito da competência exclusiva da União, com exceção das disposições relativas aos investimentos de portfólio e do ISDS, as quais relevam da competência partilhada com os Estados-Membros. Na medida em que nenhuma disposição do ACLUES foi considerada como estando integrada na competência exclusiva dos Estados-Membros, poderia o CETA ser aprovado como um "acordo exclusivamente europeu"? Ou será que a circunstância de conter disposições incluídas no âmbito da competência partilhada obriga à sua aprovação como um "acordo misto"? Segundo a advogada-geral Juliane Kokott:

"(...) determinados aspetos parciais de um acordo, para os quais a (União) carece de competência a nível interno, são suficientes para 'infetar' o acordo no seu todo e torná-lo dependente, na sua totalidade, do comum acordo dos Estados-Membros. A imagem criada pela própria Comissão noutro contexto é igualmente verdadeira no âmbito do (atual art. 207.º TFUE): tal como uma pequena gota de pastis pode tornar turvo um copo de água, determinadas disposições, ainda que tenham carácter acessório, contidas num acordo internacional baseado no (atual art. 207.º TFUE) podem desencadear igualmente a obrigação de celebrar um acordo misto⁹³".

A metáfora do pastis nunca foi utilizada pelo Tribunal de Justiça mas é impressiva no sentido em que demonstra ser irrelevante proceder a uma análise quantitativa de um acordo internacional, bastando a presença de uma disposição não meramente instrumental ou acessória que se inclua na competência dos Estados-Membros para que o acordo tenha de ser aprovado como misto.

A possibilidade de a União celebrar como "exclusivamente europeus" acordos internacionais que incluem matérias abrangidas por domínios de competência partilhada foi recentemente defendida pelos advogados-gerais Whal e Sharpston⁹⁴. Em causa está o reconhecimento da existência

⁹³ C-13/07, conclusões da advogada-geral Juliane Kokott, de 26 de março de 2009, *Comissão c. Conselho*, , ECLI:EU:C:2009:190, para. 121.

⁹⁴ Parecer 3/15, conclusões do advogado-geral Nils Whal, *Tratado de Marraquexe sobre o acesso às obras publicadas*, cit., paras. 119 e 120, e parecer 2/15, conclusões da advogada-geral Eleanor

de "acordos mistos facultativos" ou de "acordos exclusivamente europeus facultativos". Estes seriam "acordos mistos" em que, dado incluírem matérias abrangidas pela competência exclusiva da União e pela competência partilhada, ou apenas pela competência partilhada, a decisão sobre a sua forma de aprovação assume natureza política, cabendo às instituições e, em última instância, ao Conselho⁹⁵. As disposições integradas na competência partilhada do ACLUES ou do CETA seriam assim uma variedade de "pastis" (competência) que não tornaria a água (o acordo internacional) necessariamente turva (misto)⁹⁶.

II. No parecer 2/2015, o Tribunal de Justiça veio rejeitar a possibilidade de o ACLUES tomar a forma de "acordo exclusivamente europeu", ao declarar que não podia ser aprovado apenas pela União, uma vez que

Sharpston, *Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura*, cit., paras. 73-75. No mesmo sentido, v. Klamert, Marcus *The Principle of Loyalty in EU Law*, cit., p. 184.

⁹⁵ Rosas, Allan. "Mixed Union-Mixed Agreements", cit., p. 132, nota 36.

⁹⁶ Exemplo de "acordo exclusivamente europeu facultativo" é, segundo alguma doutrina (VAN DER LOO, Guillaume e WESSEL, Ramses A. "The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions", cit., p. 738), o "Acordo de Estabilização e de Associação entre a União Europeia e o Kosovo". De acordo com o considerando 5 da Decisão (UE) 2015/1988 do Conselho, de 22 de outubro de 2015, relativa à sua assinatura, trata-se de um acordo a celebrar exclusivamente pela União, em que os compromissos e a cooperação a assumir pela União "dizem apenas respeito aos domínios abrangidos pelo acervo da UE ou pelas políticas existentes da União". Ao contrário de todos os anteriores acordos de associação (v. Maresceau, Marc. "A Typology of Mixed Bilateral Agreements", cit., pp. 17-20), o acordo de associação EU/Kosovo não tem uma natureza mista, não obstante ter como uma das suas bases jurídicas o art. 37.º TUE, relativa aos acordos celebrados no âmbito da política externa e de segurança comum, e de um relatório de uma comissão parlamentar britânica ter considerado tratar-se de um caso único de "acordo exclusivamente europeu" que incluía matérias de competência partilhada [European Scrutiny Committie da House of Commons, "27 The EU and Kosovo: Stabilisation and Association Agreement (SAA)", 21/07/2015, para. 27.9. Disponível em: <www.publications.parliament.uk/pa/cm201516/cmselect/cmeuleg/342-i/34230.htm>, (acedido a 20/8/2017)]. Esta foi uma opção marcadamente política das instituições europeias destinada a evitar que, através da respetiva ratificação, alguns Estados-Membros (Chipre, Espanha, Eslováquia, a Grécia e a Roménia) fossem forçados a reconhecer de facto o Kosovo (v. Duić, Dunja. "What is the Future of Stabilization and Association Agreement with Kosovo (risk of incoherence in the EU law)?". Review of European Law, vol. 17, n.º 2-3, 2015, p. 17, ou VAN DER LOO, Guillaume e WESSEL, Ramses A. "The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions", Common Market Law Review, vol. 54, issue 3, 2017, p. 738.

incluía matérias que se inseriam no âmbito da competência partilhada com os Estados-Membros⁹⁷. A competência externa partilhada stricto sensu (sujeita a preempção) foi assim na prática equiparada à competência externa exclusiva dos Estados-Membros: ambas são "gotas de pastis", cuja presença num acordo de comércio implica a sua qualificação como um "acordo misto98". A figura dos "acordos mistos facultativos" está assim, quanto muito, circunscrita aos domínios de competência partilhada latu sensu (não sujeita preempção; i. e. competências paralelas, de acompanhamento e os acordos internacionais no âmbito da política externa e de segurança comum).

À luz do parecer 2/15, a decisão do Conselho que aprovasse o CETA como um "acordo exclusivamente europeu" seria inválida, pelo que se revelou particularmente presciente a decisão do presidente da Comissão Europeia de propor a aprovação deste acordo como um "acordo misto".

4. Consequências e soluções para a recusa de ratificação do CETA por um Estado-Membro

I. As partes no CETA são, de um lado, o Canadá, e, do outro, a União e os seus Estados-Membros. Trata-se, portanto, de um "acordo misto" bilateral, em que tanto a União como os Estados-Membros são partes contratantes que integram conjuntamente um dos lados da relação jurídica convencional⁹⁹. A entrada em vigor do CETA ocorre "no primeiro dia do segundo mês seguinte à data em que as partes se tiverem notificado por escrito de

⁹⁷ Parecer 2/15, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., paras. 243, 244 e 292.

⁹⁸ Antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, este constituía o regime aplicável, por força do art. 133.º, n.º 6, 2.º para., do Tratado da Comunidade Europeia, em alguns domínios de competência partilhada (comércio de serviços culturais e audiovisuais, de serviços de educação, serviços sociais e de saúde humana), em que se requeria que a negociação do acordo internacional fosse feita com "o comum acordos dos Estados-Membros" e a sua celebração fosse feita "conjuntamente pela Comunidade e pelos Estados-Membros".

⁹⁹ Como explica Maresceau, Marc. "A Typology of Mixed Bilateral Agreements", cit., p. 12, nos "acordos mistos" bilaterais, a União e os Estados-Membros expressam, num único instrumento jurídico, a sua vontade em ficar vinculados perante um terceiro, ao mesmo tempo que este aceita a União e os Estados-Membros como partes contratantes.

que foram cumpridos os respetivos requisitos e procedimentos internos" (art. 30.7, n.º 2). Significa isto que a vigência definitiva do acordo depende da conclusão do processo de ratificação em trinta ordens jurídicas¹00. Em contrapartida, a recusa de ratificação por um único Estado-Membro impede a entrada em vigor definitiva do CETA, sendo irrelevante a circunstância de este acordo ter já sido ratificado pelo Canadá, pela União e pelos restantes Estados-Membros¹01.

II. Os Tratados que regem a UE (TUE e TFUE) são omissos quanto ao procedimento de conclusão de "acordos mistos". O mesmo não se passa com o Tratado Euratom (1957) que estipula que "os acordos ou convenções

¹⁰⁰ O mesmo não acontece em relação à aplicação provisória do CETA (art. 218 (5) TFUE e art. 30.7, n.º 3, CETA). A Decisão 2017/38 do Conselho, de 28 de outubro de 2016, limitou a aplicação provisória às partes do CETA abrangidas pela esfera de competência da União "enquanto se aguarda a conclusão das formalidades necessárias à sua celebração" (considerando 4). Em declaração anexa à ata da reunião, o Conselho esclareceu que "se a ratificação do CETA falhar permanente e definitivamente devido a uma decisão de um tribunal constitucional ou na sequência da conclusão de outros processos constitucionais e da notificação formal do governo do Estado em causa, a aplicação provisória terá de cessar, e cessará" (Declaração n.º 20, OJ, 2017, L11/9). A limitação material e temporal da aplicação provisória do CETA terá sido influenciada pela decisão do Tribunal Constitucional Alemão, de 13 de outubro de 2016 (2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvE 3/16), com origem numa queixa constitucional (Verfassungsbeschwerde) apresentada por 193.086 cidadãos, que concluiu que a Alemanha tinha o direito de fazer cessar a aplicação provisória do CETA no seu território relativamente a disposições que se enquadrem na esfera de competências dos Estados-Membros através da notificação escrita a que se refere o art. 30.7, n.º 3, al. c), do CETA. A 28 de abril de 2016, o parlamento holandês tinha já aprovado uma moção em que exigia ser consultado pelo governo holandês caso a Comissão decidisse avançar com uma proposta para a aplicação provisória do CETA [VICENTI, Daniela. "CETA runs into trouble with Dutch, Walloon parliaments", Euroactiv.com, 29/4/2016. Disponível em: https://www.euractiv.com/ section/trade-society/news/ceta-runs-into-trouble-with-dutch-walloon-parliaments/>, (acedido a 17/8/2017)]. Sobre esta polémica, v. PALMA, Maria João. "A Política Comercial Comum à Prova no Pós-Lisboa – A competência para a celebração de acordos internacionais de comércio da União Europeia", Análise Europeia, vol. 2, n.º 3, 2017, pp. 170-173. Disponível em: http:// www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/palma_maria_jo%C3%A3o_2017.pdf>, (acedido a 1/3/2017).

¹⁰¹ Kleimann, David e Kübek, Gesa. "The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU. The Case of CETA and Opinion 2/15", cit., p. 23, e Van Der Loo, Guillaume e Wessel, Ramses A. "The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions", cit., p. 743.

concluídos com um Estado terceiro, uma organização internacional ou um nacional de um Estado terceiro, em que sejam partes, além da Comunidade, um ou mais Estados-Membros, só podem entrar em vigor depois de notificada a Comissão por todos os Estados-Membros interessados de que esses acordos ou convenções se tornaram aplicáveis em conformidade com as disposições do respetivo direito interno" (art. 102.º). Esta tem sido também a prática seguida na conclusão de "acordos mistos": em regra a União vincula-se através de uma decisão do Conselho (art. 218, n.º 6, TFUE) apenas após os Estados-Membros terem depositado os respetivos instrumentos de ratificação¹⁰².

Daqui resulta que uma eventual recusa de ratificação do CETA por um Estado-Membro bloqueará de facto a adoção deste acordo pela União. Uma eventual repetição do episódio do "veto valão" significaria, segundo Kleimann e Kübek, uma violação do princípio da cooperação leal [(art. 4.º (3) TUE)]. Os Estados-Membros estão, por isso, obrigados a assinar e a ratificar as partes de um acordo misto que estejam abrangidas pela competência exclusiva da União; caso decidam não se vincular a outras disposições, devem formular uma reserva em que especifiquem que as mesmas não são aplicáveis no seu território¹⁰³.

Para além de sugerir a formulação de uma reserva que teria como efeito desvincular uma parte de qualquer obrigação emergente da aplicação de um acordo bilateral¹⁰⁴, esta proposta doutrinal retiraria qualquer efeito útil

¹⁰² Rosas, Allan. "The European Union and Mixed Agreements", cit., p. 208, EECKHOUT, Piet. EU External Relations, cit., p. 260, Klamert, Marcus. The Principle of Loyalty in EU Law, cit., p. 202, e De Baere, Geert. "EU external action", cit., p. 739. Van Der Loo, Guillaume e Wessel, Ramses A. "The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions", cit., p. 746, nota 58, elencam como única exceção o "Acordo entre a União Europeia e os seus Estados-Membros e a Islândia relativo à participação da Islândia no cumprimento conjunto dos compromissos da União Europeia, dos seus Estados-Membros e da Islândia no segundo período de compromisso do Protocolo de Quioto da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas" [Decisão (UE) 2015/1340 do Conselho, de 13 de julho de 2015].

¹⁰³ Kleimann, David e Kübek, Gesa. "The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU. The Case of CETA and Opinion 2/15", cit., p. 24.

¹⁰⁴ De acordo com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDTE) (1969) – a qual, apesar de não ter sido concluída por todos os Estados-Membros, pode ser aqui aplicada em virtude de se considerar que codifica direito internacional costumeiro –, é proibida a

ao poder de ratificação de "acordos mistos" pelos Estados-Membros. Uma vez que estes não participam nestes acordos "como mero(s) apêndice(s) da União Europeia 105", retêm o poder soberano discricionário de recusar a ratificação do CETA¹⁰⁶. Da exigência de unidade na representação internacional da União e do princípio da cooperação leal¹⁰⁷, resulta apenas uma "obrigação de meios" consubstanciada no dever de iniciarem sem delongas injustificadas o processo de ratificação interno¹⁰⁸, não sendo admissível atrasar ou suspender o processo de ratificação do CETA com o propósito de extrair algum benefício comercial do Canadá¹⁰⁹.

formulação de reservas que coloquem em causa o fim e o objeto de um tratado [art. 19.º, al. c), CVDTE]. Ainda que admissível, a reserva não é oponível às partes que formulem uma objeção (art. 21.º, nº 3, CVDTE), podendo estas inclusivamente impedir que a convenção entre em vigor com o Estado que formulou a reserva [art. 20.º, n.º 4, al. b), CVDTE]. Acresce a circunstância de, em convenções bilaterais, uma eventual discordância entre as partes dever ser discutida na fase negocial e ficar refletida no respetivo articulado (BACELAR GOUVEIA, Jorge. Direito Internacional Público. Coimbra: Almedina, 2017, p. 247). Por esta razão, o art. 20.º, n.º 2, CVDTE determina que "quando resulte do número restrito dos Estados que tenham participado na negociação, assim como do objeto e do fim de um tratado, que a sua aplicação na íntegra entre todas as Partes é uma condição essencial para o consentimento de cada uma em vincular-se pelo tratado, uma reserva exige a aceitação de todas as Partes".

- ¹⁰⁵ Parecer 2/15, conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston, Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., para. 77, que acrescenta ser para este efeito irrelevante o facto de a União ter desempenhado o papel principal na negociação do acordo.
- 106 Os Estados-Membros são também livres para votar no Conselho contra a adoção do CETA, ainda que em momento prévio tenham votado favoravelmente a respetiva assinatura. Na eventualidade de o Conselho decidir ratificar o CETA antes de concluído o processo de ratificação nos Estados-Membros, tal significará, caso se venha a entender que a decisão de aprovação do CETA tem de ser adotada por unanimidade (art. 218 (8) TFUE), que um único Estado-Membro pode vetar a adoção do acordo pela União.
- ¹⁰⁷ Parecer 1/94, Competência da comunidade para concluir acordos internacionais em matéria de serviços e de proteção da propriedade intelectual, cit., para. 108; C-246/07, acórdão de 20 abril de 2010, Comissão c. Suécia, ECLI:EU:C:2010:203, para. 73.
- 108 VAN DER LOO, Guillaume e WESSEL, Ramses A. "The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions", cit., p. 762, que derivam esta obrigação do art. 18.º, al. a), CVDTE, que estabelece que "um Estado deve abster-se de atos que privem um tratado do seu objeto ou do seu fim quando assinou o tratado ou trocou os instrumentos constitutivos do tratado sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não manifestar a sua intenção de não se tornar Parte no tratado".
- 109 EECKHOUT, Piet. EU External Relations, cit., p. 260, e Klamert, Marcus. The Principle of Loyalty in EU Law, cit., pp. 202 e 203. Rosas, Allan. "The Future of Mixity", in: HILLION,

A ratificação de "acordos mistos" pelos Estados-Membros tem, em todo o caso, de respeitar a repartição constitucional de competências entre a União e os Estados-Membros. Apesar de os parlamentos nacionais pronunciarem-se globalmente sobre o CETA¹¹⁰, na ausência de qualquer delegação de competências por parte da União, a sua competência está circunscrita às disposições abrangidas pela competência partilhada, o que significa que não podem recusar a ratificação do acordo por motivos relacionados com disposições integradas na competência exclusiva da União¹¹¹.

III. Uma eventual ameaça de bloqueio à ratificação do CETA pode ser ultrapassada de várias formas. Uma será a de repetir a solução encontrada para resolver a "crise do veto valão": a adoção pelas partes de um instrumento interpretativo do CETA. Este é um documento que, na aceção do art. 31.º, n.º 2, al. b), da CVDTE¹¹², tem natureza vinculativa para efeitos de interpretação de várias disposições do acordo com o Canadá, designadamente as relativas à proteção do investimento e à resolução de litígios, ao desenvolvimento sustentável, aos direitos laborais e à proteção ambiental¹¹³.

Outra alternativa seria a de recorrer à solução encontrada para evitar uma recusa de ratificação neerlandesa resultante da rejeição popular do acordo de cooperação UE/Ucrânia. À margem de uma reunião do Conselho Europeu,

Christophe e Koutraakos, Panos (eds). Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World. Oxford: Hart, 2010, pp. 368 e 369, dá como exemplo as iniciativas da Itália e da Grécia que condicionarem a entrada em vigor provisória e a ratificação do acordo UE/África do Sul à proteção da denominação de origem das bebidas "grappa" e "ouzo".

¹¹⁰ V., no caso português, a proposta de resolução n.º 49/XIII/2, que "Aprova o Acordo Económico e Comercial Global entre o Canadá, por um lado e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro, assinado em Bruxelas, em 30 de outubro de 2016". Disponível em: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa. aspx?BID=41344>, (acedido a 17/8/2017).

¹¹¹ Parecer 2/15, conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston, *Acordo de Comércio Livre* entre a União Europeia e a República de Singapura, cit., para. 568.

¹¹² Que dispõe que "para efeitos de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, preâmbulo e anexos incluídos, qualquer instrumento estabelecido por uma ou mais Partes quando da conclusão do tratado e aceite pelas outras Partes como instrumento relativo ao tratado".

¹¹³ V. al. e) do preâmbulo do "Instrumento Comum Interpretativo sobre o Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá e a União Europeia e os seus Estados-Membros" (JO, 2017, L 11/3).

os Chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros, utilizando os seus "chapéus intergovernamentais", adotaram uma decisão que incluía uma série de considerações que refletiam o seu "entendimento comum" sobre a interpretação daquele acordo¹¹⁴. A decisão consubstancia um acordo em forma simplificada entre os Estados-Membros que não produz qualquer efeito em relação às restantes partes no acordo (a Ucrânia e a União)115. Segundo os serviços jurídicos do Conselho, limita-se a:

"excluir, entre os Estados-Membros da UE, determinadas interpretações que poderiam ser feitas dos termos do acordo e determinados modos de atuação que poderiam ser considerados com base nele. Caso o Tribunal de Justiça da UE tivesse, no futuro, de interpretar as disposições do acordo de associação, o projeto de decisão também poderia ser utilizado na sua argumentação para avaliar as intenções dos Estados-Membros da UE quanto ao alcance dos compromissos assumidos quando se tornaram partes¹¹⁶".

Na eventualidade de a recusa de ratificação do CETA por um Estado-Membro se revelar inultrapassável, poder-se-á ainda assim avançar com a conclusão do acordo através: i) da aprovação do CETA pelo Conselho como

^{114 &}quot;Decisão dos Chefes de Estado ou de Governo dos 28 Estados-Membros da União Europeia, reunidos no Conselho Europeu, sobre o Acordo de Associação entre a União Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atómica e os seus Estados-Membros, por um lado, e a Ucrânia, por outro", publicada em anexo às conclusões do Conselho Europeu sobre Migração, Chipre, Ucrânia, de 15 de dezembro de 2016, Comunicado de Imprensa, 781/16, 15/12/2016. Disponível em: http://www.consilium.europa.eu/press-releases-pdf/2016/12/47244652436 pt.pdf>, (acedido a 1/3/2017).

O Conselho Europeu sobre migração, Chipre e Ucrânia, de 15 de dezembro de 2016, SN 97/16, declarou que "a Decisão constante do anexo é juridicamente vinculativa para os 28 Estados-Membros da União Europeia e só pode ser alterada ou revogada de comum acordo pelos seus Chefes de Estado ou de Governo. A Decisão produzirá efeitos quando o Acordo tiver sido ratificado pelo Reino dos Países Baixos e celebrado pela União. Se tal não acontecer, a Decisão deixará de existir" (para. 24).

¹¹⁶ Parecer do Serviço Jurídico do Conselho, "Projeto de decisão dos Chefes de Estado ou de Governo, reunidos no Conselho Europeu, relativa à celebração, em nome da União Europeia, do Acordo de Associação entre a União Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atómica e os seus Estados-Membros, por um lado, e a Ucrânia, por outro - Forma, natureza jurídica, efeitos jurídicos e conformidade com o acordo de associação", EUCO 37/12, 12 de dezembro de 2016, para. 7.

um "acordo exclusivamente europeu", depois de obtida a concordância do Canadá e expurgadas as disposições não suportadas por bases jurídicas que atribuem competência exclusiva à União; ou ii) da transformação do CETA num "acordo misto incompleto", através da assinatura de um novo acordo apenas pela União, o Canadá e os restantes Estados-Membros, o que implicaria que, com exceção das disposições relativas ao investimento de portfólio e ao ICS, as restantes seriam aplicáveis no território do Estado-Membro que recusou ratificar o CETA¹¹⁷.

Considerações finais

A ação externa da União insere-se num complexo sistema de tipo federal multinível de que fazem parte Estados soberanos dotados de ius tractandi¹¹⁸. O parecer 2/15 do Tribunal de Justiça veio introduzir alguma ordem na "selva" das competências externas da União e dos Estados-Membros¹¹⁹ através de uma interpretação jurisprudencial ampla da competência da União no âmbito da PCC que torna exequível a adoção de acordos de comércio de "nova geração" como "acordos exclusivamente europeus". Assim se poderão vir a evitar situações de bloqueio que comprometam a eficácia da ação externa da União.

Não é, todavia, previsível que tal venha a acontecer em acordos tão polémicos como o CETA ou o TTIP. Enquanto subsistir consenso político sobre a necessidade de proceder à ratificação nacional deste tipo de acordos de comércio, bastará aos Estados-Membros solicitar à Comissão a introdução de disposições que se incluam na sua competência exclusiva ou na competência partilhada para tornarem obrigatória a sua aprovação

¹¹⁷ MAYER, Franz C. "European Vetocracy? How to Overcome the Wallonian CETA Problem". Verfassungsblog, de 24 de outubro de 2016. Disponível em: http://verfassungsblog. de/european-vetocracy-how-to-overcome-the-wallonian-ceta-problem/>, (acedido a 3/2/2017). Kleimann, David e Kübek, Gesa. "The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU. The Case of CETA and Opinion 2/15", op. cit., p. 24; VAN DER LOO, Guillaume e WESSEL, Ramses A. "The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions", cit., pp. 746-749.

¹¹⁸ DE BAERE, Geert. "EU external action", cit., p. 749.

¹¹⁹ Klamert, Marcus. The Principle of Loyalty in EU Law, cit., p. 186.

como "acordos mistos¹²⁰", ou, em alternativa, simplesmente aprová-los como "acordos mistos falsos". Tal possibilidade, na medida em que envolve alterar uma proposta da Comissão, exige unanimidade no Conselho¹²¹, e pode dar origem a um conflito institucional com a Comissão, que pode responder utilizando a "bomba atómica" que consiste na retirada da proposta de adoção do acordo¹²², o que originaria o bloqueio da respetiva aprovação com os consequentes custos reputacionais perante terceiros.

O CETA constitui um indicador avançado do grau de risco de a União se estar a transformar numa vetocracia no que diz respeito à conclusão de acordos de comércio de "última geração". Caso este acordo não seja ratificado, é bem provável que se concretize a profecia da Comissária Cecilia Malmström: "se não somos capazes de celebrar um acordo com o Canadá, não tenho a certeza de que o consigamos fazer com o Reino Unido123"; ou, acrescente-se, com os Estados Unidos da América ou qualquer outro Estado ou organização internacional relevante.

No caso do CETA, o mandato concedido pelo Conselho à Comissão em abril de 2009 não alude especificamente à natureza deste acordo, mas implicitamente assume o seu caráter misto, ao autorizar a Comissão a "negociar, em nome da Comunidade e dos seus Estados-Membros, um Acordo de Integração Económica com o Canadá" (Conselho da União Europeia, 9036/09, de 24 de abril de 2009, "Recommendation from the Commission to the Council in order to authorize the Commission to open negotiations for an Economic Integration Agreement with Canada". Disponível em: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9036- 2009-EXT-2/en/pdf>, (acedido a 15/8/2017), itálico nosso]. Nos termos do art. 218.º, n.º 4, o Conselho pode endereçar diretrizes à Comissão, a quem compete por regra a negociação de acordos internacionais (CAMISÃO, Isabel e PEREIRA COUTINHO, Francisco. "A ação externa", in: SILVEIRA, Alessandra Silveira; CANOTILHO, Mariana e FROUFE, Pedro Madeira. Direito da União Europeia - Elementos de Direito e Política da União. Coimbra: Almedina, 2016, p. 1226).

¹²¹ Art. 293.º, n.º 1, TFUE. Este procedimento foi seguido, por exemplo, nos acordos de comércio livre celebrados com o Perú e a Colômbia, que foram propostos pela Comissão como "acordos exclusivamente europeus" e aprovados pelo Conselho como "acordos mistos" (Comissão Europeia, 16/10/2016, C(2014) 7557 final, p. 2. Disponível em: http://ec.europa. eu/transparency/regdoc/rep/3/2014/EN/3-2014-7557-EN-F1-1.pdf>, (acedido a 1/3/2017).

¹²² Sobre o poder de retirada de propostas, v. acórdão C-409/13, de 14 de abril de 2015, Comissão c. Conselho, ECLI:EU:C:2015:217. A Comissão tem também, por maioria de razão, o poder de retirar a recomendação para a abertura de negociações de um acordo internacional (art. 218.º, n.º 3, TFUE), caso não pretenda seguir as diretrizes adotadas pelo Conselho que determinem uma mudança da natureza do acordo.

^{123 &}quot;Wallonia is adamantly blocking the EU's trade deal with Canada", The Economist, 22/10/2016, p. 3.

Referências bibliográficas

- BACELAR GOUVEIA, Jorge. Direito Internacional Público. Coimbra: Almedina, 2017.
- CAMISÃO, Isabel e PEREIRA COUTINHO, Francisco. "A ação externa", in: SILVEIRA, Alessandra Silveira; CANOTILHO, Mariana e Froufe, Pedro Madeira. Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Política da União. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 1187-1235;
- CREMONA, Marise. "A Quiet Revolution: The Common Commercial Policy Six Years after the Treaty of Lisbon", SIEPS, n.º 2, 2017. Disponível em: http:// www.sieps.se/sites/default/files/Sieps%202017 2%20web.pdf>, (acedido a 5/2/2017).
- DE BAERE, Geert. "EU external action", in: BARNARD, Catherine e PEERS, Steve (eds.). European Union Law. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 704-750;
- Duić, Dunja. "What is the Future of Stabilization and Association Agreement with Kosovo (risk of incoherence in the EU law)?". Review of European Law, vol. 17, n.º 2-3, 2015, pp. 5-23;
- EECKHOUT, Piet. EU External Relations. 2.4 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Kempen, Bernhard. Legal Opinion on the majority requirements in the Council of the *European Union for the vote on CETA*, de 4 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2016-10-14 Kempen Legal Opinion CETA.pdf>, (acedido a 4/2/2017).
- KLAMERT, Marcus. The Principle of Loyalty in EU Law. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- KLEIMANN, David e KÜBEK, Gesa. "The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU. The Case of CETA and Opinion 2/15", EUI Working Papers, n.º 28, 2016.
- MARESCEAU, Marc. "A Typology of Mixed Bilateral Agreements", in: HILLION, Christophe e Koutrakos, Panos (eds.). Mixed Agreements in EU Law Revisited - The EU and its Member States in the World. Oxford: Hart, 2010, 11-29;
- MAYER, Franz C. "European Vetocracy? How to Overcome the Wallonian CETA Problem", Verfassungsblog, de 24 de outubro de 2016. Disponível em: http:// verfassungsblog.de/european-vetocracy-how-to-overcome-the-wallonian-ceta--problem/>, (acedido a 3/2/2017).
- MÉGRET, Frédéric. "Globalization". Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Oxford: Oxford University Press, 2009.

- MÖLDNER, Mirka. "European Community and Union, Mixed Agreements", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- PALMA, Maria João. "A Nova Política Europeia de Investimento decorrente do Tratado de Lisboa - o Regulamento Grandfathering e a articulação entre a competência da União Europeia e as competências remanescentes dos Estados-Membros", Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano VIII, 2015, 83-110;
- ___. "A Política Comercial Comum à Prova no Pós-Lisboa A competência para a celebração de acordos internacionais de comércio da União Europeia", Análise Europeia – Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus, vol. 2, n.º 3, 2017. Disponível em: http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/ palma_maria_jo%C3%A3o_2017.pdf>, (acedido a 1/3/2017).
- Rosas, Allan. "Mixed Union-Mixed Agreements", in: Koskenniemi, M. (ed.). International Law Aspects of the European Union. The Hague: Kluwer, 1998, 125-148:
- ____. "The European Union and Mixed Agreements", in: DASHWOOD, Alan e HILLION, Christophe (eds.). The General Law of EC External Relations. London: Sweet & Maxwell, 2000, pp. 200-220;
- ____. "The Future of Mixity", in: HILLION, Christophe e KOUTRAKOS, Panos (eds). Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World. Oxford: Hart, 2010, 367-374;
- Relations: do such distinctions matter?", in: Govaere, Inge et al. (eds.). The European Union in the World – Essays in Honour of Marc Maresceau. Leiden: Martinus Nijhoff, 2013, pp. 17-43;
- RUEDA-CANTUCHE, José M. e Sousa, Nuno. "EU Exports to the World: Overview of Effects on Employment and Income", Trade Chief Economist Note, issue 1, de fevereiro de 2016. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/ february/tradoc_154244.pdf>, (acedido 1/2/2017).
- SCHÜTZE, Robert. "European Community and Union, Party to International Agreements", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2011.
- SCHERMERS, Henry G. "A Typology of Mixed Agreements", in: O'KEEFFE, D. e Schermers, H. (eds.). Mixed Agreements. Deventer: Kluwer, 1983, pp. 23-33;
- SILVA PEREIRA, Pedro. "Acordo CETA: o Parlamento Europeu fez a diferença", *Análise Europeia*, vol. 2, n.º 3, 2017. Disponível em: http://www.apeeuropeus.

- com/uploads/6/6/3/7/66379879/silva_pereira_pedro_2017.pdf>, (acedido a 2/2/2017).
- WOUTERS, Jan; COPENS, Dominic e DE MEESTER Bart. "The European Union's External Relations after the Lisbon Treaty", in: GRILLER, Stephan e ZILLER, Jacques (coord.). *The Lisbon Treaty EU Constitutionalism without a Treaty?*. New York: Springer, 2008, pp. 144-198;
- VAN DER LOO, Guillaume. "The Court's Opinion on the EU-Singapore FTA: throwing off the schackles on mixity?", *CEPS*, 2017/17.
- ____. "The Dutch Referendum on the EU-Ukraine Association Agreement: What's Next?", Netherlands Yearbook of International Law 2016, 47, 2017, pp. 337-350.
- ____ e Wessel, Ramses A. "The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions", *Common Market Law Review*, vol. 54, issue 3, 2017, pp. 735-770;

CETA E TTIP:

A Nova Configuração do Comércio Internacional e o Futuro da Organização Mundial do Comércio

RUTH M. P. SANTOS*

Resumo: A estrutura do comércio internacional é alterada com o surgimento dos acordos megarregionais, como o CETA e o TTIP, e debate-se a sua relação com a OMC. Assim, busca-se verificar em que medida a coerência regulatória nos dois acordos pode ser um mecanismo de harmonização para um direito internacional económico que se encontra fragmentado. Para tanto, tratou-se da relação estabelecida entre os sistemas regional e multilateral; posteriormente, da fundamentação jurídica para os acordos. Por fim, tratou-se da coerência regulatória como mecanismo de harmonização do direito internacional económico, concluindo-se que, muito embora tais acordos sejam importantes, é necessária uma regulação global por parte da OMC.

Palavras-Chave: Multilateralismo; Regionalismo; Acordos Megarregionais; CETA; TTIP

Abstract: The emergence of mega-regional agreements, such as CETA and TTIP, changed the structure of international trade and sparked a discussion on the nature of the relation between the latter and WTO. In this article propose to debate whether regulatory coherence between the two agreements can provide a harmonization mechanism for an international economic law that is currently fragmented. To this end, I will address the relationship between regional and multilateral systems, followed by a discussion of the legal nature of these agreements. Finally, I will deal with regulatory coherence as a mechanism for harmonizing international economic law before concluding that, notwithstanding the importance of mega-regional agreements, global trade regulation under the WTO remains necessary.

Keywords: Multilateralism; Regionalism; Mega-regional Agreements; CETA; TTIP

^{*} Doutoranda em Ciências Jurídico-Internacional e Europeia na Faculdade de Direito, da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito das Relações Internacionais. Pesquisadora Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e Pesquisadora Voluntária do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS), Integrante do Grupo de Pesquisa "Novos Desafios do Direito Internacional Económico, do CEDIS. Currículo Disponível em: http://lattes.cnpq.br/8345339280956483.

Introdução

O surgimento de novos instrumentos no comércio internacional, como o Acordo Económico e Comercial Global, estabelecido entre a União Europeia e o Canadá, mais conhecido como CETA, e o Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento, entre a União Europeia e os Estados Unidos (TTIP) levantam problemáticas em diferentes perspetivas e preocupações acerca do futuro do comércio internacional, sobretudo, na perspetiva do seu impacto na Organização Mundial do Comércio (OMC).

É preciso entender que o Direito Internacional é marcado por um processo evolutivo dinâmico em que o direito internacional, regional e nacional está integrado numa ordem global na qual há a expansão das barreiras fronteiriças, e em que os ordenamentos jurídicos nacionais não conseguem resolver as questões transnacionais. Isso também se reflete diretamente no comércio internacional, pois percebe-se um direcionamento focado na regulação global a partir dos acordos megarregionais com os mecanismos de cooperação regulatória.

Nesse sentido, o objeto de pesquisa do presente artigo é verificar se a coerência regulatória contida no CETA e no TTIP, como instrumento de regulação global, poderá ser um mecanismo de harmonização para um direito internacional económico que se encontra fragmentado.

Para tanto, na primeira parte do artigo, apresenta-se a relação de interação entre o sistema regional e multilateral, que em tempos de crise institucional do multilateralismo, se questiona a compatibilidade entre esses dois sistemas. No entanto, entende-se que ambos partem de uma mesma vertente histórico-económica, não sendo contraditórios ou contrapostos, mas sim complementares. Com efeito, desenvolvem-se dentro de um contexto político-económico, que se altera conforme a dinâmica do comércio internacional e, apesar de existirem conflitos aparentes entre os dois, não se pode dizer que um anule ou prejudique o desenvolvimento do outro.

Na segunda parte do trabalho demonstra-se a flexibilização dos princípios multilaterais, como a Cláusula da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional, para abranger a base normativa dos acordos regionais no sistema multilateral. Isto para justificar que tanto o CETA, como o TTIP, entendidos como acordos megarregionais com fundamento no art. XXIV, GATT e art. V, GATS, portanto são classificados como Acordos Comerciais Regionais, não sendo contrários à OMC ou ao comércio internacional.

No entanto, é preciso compreender que estes acordos megarregionais trazem uma nova configuração ao comércio internacional, a qual é objeto de análise na terceira parte deste trabalho. Isto porque se questiona o papel da OMC, sobretudo num um momento em que as negociações multilaterais se encontram estagnadas, dando espaço para a proliferação das negociações em caráter regional. Em todo o caso, subsiste uma dificuldade do sistema multilateral em reconhecer a sistema regional em virtude das próprias normas da OMC.

Além disso, percebe-se os acordos megarregionais como uma consequência direta das alterações do direito internacional, que tem apontado para um direito global, pautado na regulação global a partir da convergência e/ou coerência regulatória, que tem por objetivo a harmonização das regras de comércio internacional a fim de eliminar-se barreiras tarifárias e não-tarifárias. Nesse contexto, há um alargamento dos atores de direito internacional, pois, além dos Estados, que não são mais os únicos responsáveis pela produção normativa, incluem-se também as empresas privadas e organizações não-governamentais.

Por fim, entende-se que a OMC tem um papel fundamental, pois é um órgão regulatório com vocação global, e pode utilizar isto ao seu favor, pois a organização tem poder para impor modificações no comércio internacional, a fim de harmonizar as normas multilaterais e regionais. Muito embora haja uma proliferação de acordos regionais, o desenho institucional destes acordos, sobretudo, o sistema de solução de litígios, é frágil, diferentemente da OMC. O momento é propício e constitui uma oportunidade para a OMC rever as suas regras de modo a propor uma padronização e harmonização por meio de regulação global em que a própria organização seja o ator principal.

2. A Estrutura tradicional do comércio internacional: sistema multilateral e sistema regional

A estrutura do comércio internacional está dividida entre sistema multilateral e sistema regional. Esta divisão ficou mais evidente a partir dos anos quarenta com o pós-guerra, momento em que foram constituídos novos parâmetros para reestabelecer a ordem econômica e social que se encontrava debilitada. Este foi um período em que se definiram as bases da economia mundial a partir da Conferência de Bretton Woods (1944), como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BM) e a Organização Internacional de Comércio (OIC) – que veio resultar mais tarde na Organização Mundial de Comércio (OMC) –, com a aplicação provisória do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), tendo em conta que a OIC jamais chegou a existir.

Traçar essa trajetória é interessante para notar as alterações ocorridas no comércio internacional, provocadas, sobretudo, pelo fenómeno da internacionalização do Direito que trouxe consigo os megablocos. Demonstra-se, portanto, que a configuração proposta em Bretton Woods, e idealizada em 1995, com o advento da OMC já não é mais suficiente para atender a dimensão que se tem hoje em relação aos acordos regionais, e é preciso remodelar ou rearranjar a formatação do comércio internacional para abarcar todas as peculiaridades que surgem desse novo contexto.

Nesse sentido, entende-se, e parte-se da premissa de que os sistemas regional e multilateral não são opostos ou divergentes. Fazem parte de um mesmo sistema jurídico- qual seja o comércio internacional –, pois partem de uma mesma vertente histórica-económica. Ambos têm como objetivo o desenvolvimento económico dos países, devido às crises econômicas e da reconstrução dos países com o fim da guerra.

Se por um lado a Convenção de Bretton Woods lançou a base da OMC por meio da aplicação provisória do GATT no ano de 1947, a partir da Carta de Havana, por outro lado, e concomitantemente, as principais negociações regionais ocorriam, com os Estados Unidos, na América Latina, de forma muito embrionária, e na Europa percebia-se um movimento mais evoluído e constante a partir do Benelux.

Muito embora o GATT tenha sido proposto, inicialmente, para a redução das barreiras tarifárias, ao longo do tempo passou a funcionar como um foro de negociações para o comércio multilateral, bem como para a resolução de conflitos, ainda que com falhas, em virtude da regra do consenso positivo que era imposto. Nesse sentido, o acordo permaneceu como única convenção de alcance geral em matéria comercial. Outro fator que motivou a aplicação do GATT foi a vontade dos países em impor concessões tarifárias para evitar crises no mercado económico, bem como as oposições políticas em desfavor do acordo¹.

¹ JACKSON, J. The Jurisprudence of the GATT and the WTO. New York: Cambridge, 2002, p. 24.

Ressalta-se que não se adentrará às peculiaridades do sistema da União Europeia. No entanto é interessante perceber que o desenvolvimento da União Europeia é determinante para o comércio internacional, seja nas negociações multilaterais, por defender os interesses do mercado único, seja para entender a lógica dos acordos megarregionais. Nesse sentido, a integração europeia tem seu marco com a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), consolidada pelo Tratado de Paris, que unificou a Europa a partir da produção conjunta do carvão, minério de ferro e aço², criando também instituições supranacionais.

A partir desse modelo supranacional instituído pela CECA, e seguido mais tarde na EURATOM e CEE (que foram criadas com a assinatura do Tratado de Roma), foi possível a livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais³. Em 1993constitui-se a União Europeia com o Tratado de Maastrich, que representa uma etapa inovadora no processo de integração da União baseada em três pilares: a integração das Comunidades Europeias, a política externa e a segurança comum e cooperação policial e judiciária em matéria penal.

O surgimento das CEE deu início a uma tendência de formação de acordos regionais, sobretudo na América Latina, com o objetivo de precipitar o processo de industrialização dos países da região por meio da criação de zonas de preferências tarifárias que não eram aceites pelo GATT de modo a forçar uma maior participação dos países em desenvolvimento no GATT⁴. Nesse sentido, destaca-se o Mercado Comum Centro-Americano (MCCA), a Associação Latino Americana de Livre Comércio (ALALC), Associação Latino Americana de Integração (ALADI), o Pacto Andino, alterado posteriormente para Comunidade Andina das Nações, o Acordo Comercial Ásia e Pacífico (APTA), o acordo bilateral entre Austrália e Nova Guiné (Pactra), e Mercado Comum do Caribe (Caricom), o North American

² POELMANS, Eline. "The Emergence of the 'Coastal Steelworks' in the European Coal and Steel Community (ECSC)", SSRN Electronic Journal, 2009. Disponível em: http://ssrn. com/abstract=1393722> (acedido a 2/2/2017). pp. 2-3.

³ Neuwirth, Rostam J. "The European Union and the Ambivalence Towards the Process of European Integration", National University of Juridical Sciences (NUJS) Law Review, vol. 1, n.º 1, 2008, p. 38.

⁴ Almeida, Paulo Roberto de, e Chaloult, Yves. "Avanços da regionalização nas Américas: cronologia analítica", Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 42, n.º 2, Jul/ Dez. 1999, pp. 145-160.

Free Trade Agreement (NAFTA), o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), dentre outros.

Em paralelo, no GATT seguiram-se diversas rodadas de negociação, em que se discutia a redução das tarifas, a regulação das barreiras tarifárias e técnicas, o licenciamento para importação de compras governamentais, subsídios, direitos compensatórios e *antidumping* e adoção da cláusula de habilitação. Destaca-se, entretanto, a Rodada de Tóquio, ocorrida em 1979, a qual permitiu conceder tratamentos individualizados e favoráveis aos países em desenvolvimento em relação ao sistema geral de preferências, sobre medidas não tarifárias negociadas com base no GATT e referente aos acordos regionais para reduzir ou eliminar tarifas⁵.

Nesta altura, de um lado encontravam-se os países desenvolvidos que exigiam a liberalização comercial dos países em desenvolvimento. Por outro, os países em desenvolvimento buscavam maior liberalização comércio e adoção do princípio do tratamento diferenciado e mais favorável (mais tempo para a implementação das obrigações, flexibilidades nas obrigações e assistência técnica).

Ao longo da história do comércio internacional percebe-se que os sistemas regional e multilateral não nasceram com vertentes diversas, mas com o mesmo intuito de promover o desenvolvimento económico dos países e formar bases sólidas para o comércio internacional. Sendo assim, percebe-se que o regionalismo e o multilateralismo estão calcados em uma mesma base histórica e que possuem semelhanças no seu processo evolutivo, passando a existir um conflito mais evidente no final dos anos noventa e início do ano 2000, pois houve uma proliferação de acordos preferenciais com base na Cláusula de Habilitação (explicada mais adiante). Atualmente, a temática entre o conflito regional e multilateral é retomada com o surgimento dos acordos regionais entre a UE e o Canadá e a UE e EUA, pois estes representam uma "nova" modalidade de acordos preferenciais, mas que encontram seu fundamento no art. XXIV, do GATT, como outros acordos regionais.

⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Trato de los Paises en Desarrollo*. Genebra, 2013, p. 209-211. Disponível em: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/enabling_s.pdf (acedido a 5/2/2017).

3. A previsão normativa dos acordos regionais no sistema multilateral: fundamento de formação dos acordos megarregionais

Inicialmente os acordos comerciais regionais encontraram a sua base normativa no art. XXIV, do GATT. Posteriormente com a Rodada Kennedy, que teve o seu fim em 1979 com a Cláusula de Habilitação, permitiu-se dar um tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento por meio do Sistema Geral de Preferências (SGP), que será explicado adiante, e da criação de acordos regionais. Por fim, o art. V, do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), da OMC trouxe mais uma possibilidade de formação dos acordos de integração económica. São estas evoluções que serão analisadas a seguir.

Destaca-se, primeiramente, o princípio da Cláusula da Nação Mais Favorecida (CNMF) e o do Tratamento Nacional (TN) que são basilares do comércio internacional, sobretudo do sistema multilateral composto pela OMC, e que redundam no critério de reciprocidade e não discriminação. A ideia construída a partir do princípio da não discriminação foi excluir qualquer tipo de preferências, sendo a igualdade de tratamento um ponto fundamental para a liberalização e expansão do comércio.

No entanto, o art. XXIV, que dá fundamento aos acordos regionais e megarregionais, traz uma exceção à aplicação da CNMF. Importa lembrar que, quando o permissivo legal foi concebido o contexto de formação dos ACR's era diferente, não se imaginava a amplitude que tais acordos tomariam no comércio internacional e a sua influência no sistema multilateral, tampouco o surgimento dos acordos megarregionais. Nesse sentido, o surgimento dos ACR's foi tímido e se desenvolveu ao longo dos anos. Portanto, o GATT permitiu que países se unissem por meio de processos de integração, áreas de livre comércio e uniões aduaneiras.

No que se refere à limitação da CNMF em favor dos ACR's, destacam-se os paras. 4º e 8º, do art. XXIV. No primeiro, nota-se que o GATT/OMC reconhece a necessidade de aumentar o livre comércio e o estabelecimento de uma união aduaneira ou zona de livre comércio, facilitando o comércio entre os territórios, sem criar obstáculos a terceiros que não integram esse território. Portanto, verifica-se, inicialmente, que não há nenhum impedimento para a criação de acordos regionais, desde que tal não afete direito de outros países.

O parágrafo 8º apresenta a forma que as zonas de livre comércio e as uniões aduaneiras devem ter para serem admitidas, pois os dois formatos representam duas fases de integração diferente⁶. Enquanto as zonas de livre comércio são formadas devido a retirada das barreiras aduaneiras, com a livre circulação de bens produzidos intrazona, as uniões aduaneiras são consideradas mais avançadas no processo de integração, porque preveem a eliminação das tarifas aduaneiras e estabelecem uma alíquota única de imposto de comércio exterior, para importação e exportação⁷.

Ainda no art. XXIV, o para. 5º destaca que não impede o estabelecimento das zonas de livre comércio, uniões aduaneiras ou acordo provisório, como acordos bilaterais, mas impõe algumas condições. Nas alíneas "a" e "b" determina-se que os direitos tarifários decorrentes da união aduaneira, das zonas de livre comércio e de acordos provisionais não causem uma incidência geral mais elevada, nem mais rigorosa que os direitos e regulamentações vigentes nos territórios constitutivos.

Por fim, na alínea "c", no caso de acordos bilaterais, institui um plano ou um programa para o estabelecimento com um prazo razoável, para a constituir a união aduaneira ou a zona de livre comércio, "que deveria ser de 10 anos, salvo em circunstâncias excepcionais⁸". Paralelamente, o para. 7º dispõe da notificação das partes contratantes do GATT/OMC sobre o interesse em formar um acordo comercial, de modo a submeter todas as informações, e facilitando as recomendações pertinentes.

O art. XXIV GATT não foi suficiente para sustentar os interesses dos países em desenvolvimento, uma vez que havia o interesse em instituir um regime mais igualitário no comércio internacional com a relativização do princípio da reciprocidade e da não discriminação (Cláusula da Nação Mais Favorecida). Como consequência, foi implementado o SGP a partir

⁶ Por fim, apenas a título de explicação o processo de integração regional se dá de diversas formas de integração econômica regional, que é, na verdade, a consolidação do regionalismo. São formas de integração regional: zona de preferência tarifária, zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e monetária.

⁷ SILVA, Alice Rocha da. A Cláusula da Nação Mais Favorecida da OMC e a Proliferação dos Acordos Comerciais Bilaterais. Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2006, p. 131.

⁸ SILVA, Alice Rocha da. A Cláusula da Nação Mais Favorecida da OMC e a Proliferação dos Acordos Comerciais Bilaterais, cit., p. 133.

da Rodada Kennedy, em 1968, permitindo a concessão tarifária em favor dos países em desenvolvimento.

Importa notar que o Sistema Geral de Preferências não se trata de uma obrigação decorrente de um tratado, mas de uma preferência tarifária temporária que poderia ser concedida ou não, dependendo de decisão pelo Estado. Contudo, com o advento da Cláusula de Habilitação, no ano de 1979, passou a ter concessões permanentes a partir da inclusão da Parte IV do GATT que trata sobre Comércio e Desenvolvimento. A partir de então um novo conceito de princípio da reciprocidade foi instituído no comércio internacional sob o ponto de vista do tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento9.

A Cláusula de Habilitação, que oficialmente se chama "Decisão sobre o tratamento diferenciado e mais favorável, reciprocidade e maior participação dos países em desenvolvimento", permitiu aos membros desenvolvidos outorgar um tratamento especial e diferenciado para os países em desenvolvimento. Além de ser o fundamento para o SGP, a cláusula de habilitação, na alínea "c", motiva os acordos regionais entre os países em desenvolvimento com o intuito de reduzir ou eliminar mutuamente as tarifas alfandegárias¹⁰.

A referida cláusula concedeu um tratamento preferencial aos países em desenvolvimento, com a exclusão do princípio da reciprocidade, o que possibilitou a criação de zonas de preferências tarifárias, por meio de acordos regionais, a fim de reduzir e eliminar os direitos aduaneiros ou qualquer outro obstáculo ao comércio dos países em desenvolvimento¹¹. A norma representa um desvio permanente do princípio da Cláusula da Nação Mais Favorecida¹², com vista a reduzir as barreiras tarifárias sem

⁹ HOEKMAN, Bernard e Ozden, Caglar. "Trade Preferences and Differential Treatment of Developing Countries: A Selective Survey", Washington: World Bank Policy Research, 2005, p. 6. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=712123, (acedido a 3/2/2017).

¹⁰ "A los acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan fijar las PARTES CONTRATANTES, las medidas no arancelarias, aplicables a los productos importados en el marco de su comercio mutuo".

¹¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Trato de los Paises en Desarrollo*, cit., pp. 209-211.

¹² JONES, Vivian C. Generalized System of Preferences: Background and Renewal Debate. Congressional Research Service: Washington, 2006. Disponível em: http://www.dtic.mil/ cgi-bin/GetTRDoc?Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf&AD=ADA487719>, p. 9. (acedido a 5/2/2017).

quaisquer restrições ao comércio¹³. Dessa maneira os países em desenvolvimento puderam estabelecer regimes de preferências tarifárias regionais ou globais a fim de promover e facilitar o comércio internacional¹⁴.

Entende-se, portanto, que a Cláusula de Habilitação trouxe uma flexibilização maior ao sistema multilateral com a limitação da aplicação da CNMF, pois estava além do previsto no art. XXIV, do GATT, foi possível conceder um tratamento especial e diferenciando, por meio do SGP, referente às barreiras não-tarifárias, facilitando a conclusão de acordos regionais para os países em desenvolvimentoe, com isso a proliferação destes no âmbito do comércio internacional¹⁵.

Nessa mesma linha, a última fundamentação é o art. V, do GATS, que segue aproximadamente o que já fora estabelecido no art. XXIV, GATT. Neste dispositivo, há a permissão de realização de acordos regionais na área de serviços, atentando para as condições de cobertura setorial¹6 e para o afastamento ou eliminação substancial das violações de tratamento nacional entre as partes em relação aos setores envolvidos, desde a celebração do acordo até a implementação da união aduaneira ou zona de livre comércio. Além disso, há a flexibilização dos requisitos observando o grau de desenvolvimento do país, não se devendo criar entraves ao comércio de serviço a qualquer país que não faça parte do acordo¹7.

Aplicando a lógica normativa dos acordos regionais aos megarregionais, primeiramente em relação ao CETA, destaca-se a seção B, nos arts. 1.4¹⁸

¹³ Bhagwati, Jagdish. "Reshaping the WTO", Far Eastern Economic Review, vol. 168, n.º 2, 2005, pp. 25-30.

¹⁴ Leal-Arcas, Rafael. "Proliferation of Regional Trade Agreements: Complementing or Supplanting Multilateralism?", *Chicago Journal of International Law*, vol. 11, n.⁹ 2, 2011, pp. 597-629.

¹⁵ LEAL-ARCAS, Rafael. "Proliferation of Regional Trade Agreements: Complementing or Supplanting Multilateralism?", cit., p. 12.

¹⁶ A qual é entendida em termos de número de setores, o volume do mercado afetado, e os módulos de prestação.

¹⁷ UNCTAD. *Curso sobre Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio. Módulo 3.13. – GATS 1994*. Nova York: Nações Unidas, 2003, p. 21. Disponível em: http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add31_pt.pdf, (acedido a 2/2/2017).

 $^{^{18}}$ "Establishment of a free trade area: The Parties hereby establish a free trade area in conformity with Article XXIV of GATT 1994 and Article V of the GATS".

e 1.519, que trata do estabelecimento da área e da relação do acordo com a OMC e outros acordos. O primeiro dispositivo encontra-se o fundamento no art. XXIV, do GATT e no art. V, do GATS para a formação da zona de livre comércio, bem como as partes afirmam os seus direitos e obrigações uns com os outros no âmbito da OMC.

Além disso, é interessante ressaltar o art. 2.320 que se refere ao Tratamento Nacional, uma vez que o acordo incorpora o princípio multilateral ao acordo regional, determinando que os membros devem conceder o "tratamento nacional às mercadorias da outra Parte nos termos do art. III, do GATT". Isto significa que não haverá um tratamento não menos favorável do que o concedido na esfera da OMC²¹.

Quanto ao TTIP destaca-se a seção A²², que trata do âmbito e da cobertura, conforme o art. XXIV, do GATT: as partes devem liberalizar progressiva e de forma recíproca o comércio de mercadorias durante um período de

National Treatment: Each Party shall accord national treatment to the goods of the other Party in accordance with Article III of the GATT 1994, including its notes and Supplementary Provisions. To this end, the obligations contained in Article III of the GATT 1994, including its notes and Supplementary Provisions, are incorporated into and made part of this Agreement, mutatis mutandis.

 $^{^{19}}$ "Relation to the WTO Agreement and other agreements: The Parties affirm their rights and obligations with respect to each other under the WTO Agreement and other agreements to which they are party".

²⁰ 1) Each Party shall accord national treatment to the goods of the other Party in accordance with Article III of the GATT 1994. To this end Article III of the GATT 1994 is incorporated into and made part of this Agreement. 2) Paragraph 1 means, with respect to a government in Canada other than at the federal level, or a government of or in a Member State of the European Union, treatment no less favourable than that accorded by that government to like, directly competitive or substitutable goods of Canada or the Member State, respectively. 3) This Article does not apply to a measure, including a measure's continuation, prompt renewal or amendment, in respect of Canadian excise duties on absolute alcohol, as listed under tariff item 2207.10.90 in Canada's Schedule of Concessions (Schedule V) annexed to the Marrakesh Protocol to the General Agreement on Tariffs and Trade, done on 15 April 1994 (the "Marrakesh Protocol"), used in manufacturing under provisions of the Excise Act, 2001, S.C. 2002, c. 22.

²¹ COMISSÃO EUROPEIA. Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). Disponível em: <a href="mailto:/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf">http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf, (acedido a 5/2/2017).

²² Objective: The Parties shall progressively and reciprocally liberalise trade in goods over a transitional period starting from the entry into force of this Agreement in accordance with the provisions of this Agreement and in conformity with Article XXIV of the GATT 1994.

transição, a contar da assinatura do acordo. Ademais, refere-se ao Tratamento Nacional, afirmando que as partes concederão um tratamento não menos favorável à outra Parte, conforme o art. III, do GATT, – devendo este último ser incorporado ao TTIP²³.

Nesse sentido, tanto o CETA quanto o TTIP tem seu fundamento no art. XXIV GATT e no art. V GATS. Além disso, verifica-se que esses acordos harmonizam as regras e os princípios multilaterais, de modo a incorporar o texto multilateral ao regional. Isso quer dizer que muitas vezes os acordos regionais replicam os textos da OMC, sobretudo na questão de serviços e no contexto da contratação pública em que os acordos regionais mais recentes devem respeitar e incorporar as disposições do Acordo Plurilateral de Compras Públicas (ACP)²⁴. No entanto, percebe-se que há uma nova configuração do comércio internacional pautado na regulação global proposta pelos próprios acordos regionais, a partir da harmonização das normas multilaterais, bem como a partir da cooperação regulatória, como se verá adiante.

4. Nova configuração do comércio internacional: caminho para harmonização de regras e procedimentos por meio dos acordos megarregionais

A evolução do Direito Internacional motivada, sobretudo, pela globalização que altera a lógica mundial, por multiplicar os vários ramos do direito, torna a ótica internacional mais dinâmica e mais jurídica a partir da proliferação de normas e de instâncias de solução de conflito, seja em caráter internacional ou regional. Desse modo, temas que outrora eram somente tratados em âmbito nacional passaram a integrar a esfera internacional,

²³ COMISSÃO EUROPEIA. *National treatment and market access for goods in TTIP*. 2016. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/march/tradoc_154369.pdf, (acedido a 3/2/2017), p. 1.

²⁴ O ACP é um acordo plurilateral sobre compras públicas que está inserido no âmbito da OMC. Contudo os países não são obrigados a aderir ao acordo, não seguindo a lógica sendo do princípio do single undertaking, bem como, não estão obrigados a seguir o disposto no art. I e art. III, do GATT, que se referem aos compromissos decorrentes do princípio da não-discriminação, como o tratamento nacional e a nação mais favorecida.

bem como as normas internacionais motivaram a modificação das normas nacionais. Nesse contexto, os acordos regionais desempenham um papel importante porque as zonas preferenciais não se restringem a regiões próximas, elevam as necessidades de uma certa região para uma escala global, possibilitam a esses países pertencentes ao bloco económico terem mais força para negociar na esfera multilateral e defenderem os interesses comuns, como ocorre na União Europeia.

De outro lado, o sistema multilateral, no que se refere à OMC, tem funcionado muito bem ao longo do tempo, sobretudo relativamente à solução de conflitos, pois o seu sistema é um marco para o comércio internacional por ser mais evoluído, seguro e efetivo. Em contrapartida, as negociações multilaterais, principalmente a Rodada de Doha, seguem em ritmo lento, o que serve de pano de fundo para a proliferação de negociações regionais e plurilaterais, que por vezes buscam avançar nas questões que não foram acobertadas pela rodada, como a Parceria Transpacífico (TPP), ou ainda "melhorar o acordo de livre comércio", como é a proposta do Acordo de Comércio de Serviços (TISA)²⁵. No entanto, não se pode afirmar que os acordos regionais levem ao fim da OMC, pois as dificuldades que a Rodada de Doha enfrenta hoje não significam que as normas globais serão estabelecidas unicamente pelos acordos regionais e megarregionais²⁶.

Os acordos preferenciais, seja em maior ou menor proporção, são reflexos da ordem global fragmentada, e estes acordos podem se adequar mais facilmente às realidades econômicas, que se modificam rapidamente; ao contrário das negociações multilaterais que demoram mais tempo para se negociar. Isto não quer dizer que as inúmeras negociações regionais contestem as regras e os princípios da OMC; na verdade, praticamente todas elas se baseiam, de alguma forma, nas normas da OMC27, como demonstrando anteriormente.

²⁵ Wolfe, Robert. "Canadian Trade Policy in a G-Zero World: Preferential Negotiations as a Natural Experiment", in: VAN ASSCHE, Ari; TAPP, Stephen e Wolfe, Robert (eds.). Redesigning Canadian Trade Policies for New Global Realities. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 2016, p. 3.

²⁶ Wolfe, Robert. "Canadian Trade Policy in a G-Zero World: Preferential Negotiations as a Natural Experiment", cit., p. 5.

²⁷ *Idem*, pp. 2-3.

É preciso compreender que os acordos regionais fazem parte do comércio internacional e não devem ser vistos como prejudiciais à ordem econômica, pois a sua proliferação é decorrente do direito internacional contemporâneo. Este direito internacional contemporâneo é mais complexo devido à construção normativa que alterou a lógica do direito internacional clássico, a partir do processo de internacionalização do direito, em que se criou valores/direitos comuns surgidos com base na hominização do direito, a fim de contrabalançar os direitos económicos que, por vezes, são a causa do domínio hegemônico das grandes potências

Como consequência houve a proliferação de diferentes ramos do direito em nível nacional, regional e internacional, a fim de atender as novas demandas internacionais e a inter-relação entre os diferentes níveis. Isto deu nova configuração ao direito internacional, motivada, sobretudo, pela diversidade de assuntos tratados, a proliferação de normas e instâncias de solução de conflito, com equivalência de capacidades e competências.

Tal situação revela no contexto internacional uma fragmentação do direito, o que significa dizer que há o surgimento de normas, conjuntos de normas, instituições jurídicas ou esferas de prática jurídicas igualmente especializadas e relativamente autônomas que não seguiram um modelo paralelo com os conhecimentos e práticas gerais do direito internacional, motivando conflito entre normas ou sistemas de normas. Por conseguinte, há a diminuição da segurança jurídica²⁸ em virtude da multiplicidade, descentralização e ausência de coordenação do direito internacional.

Paralelamente, o ordenamento jurídico interno também é alterado uma vez que as normas internacionais passam a integrá-lo, posto que a visão monista do direito perde sua força e a soberania do Estado se restringe em prol dos avanços políticos decorrentes destas alterações. De igual modo, há o alargamento dos fatores e atores públicos ou privados, nacionais ou internacionais, que também contribuem para a produção normativa internacional, passando a formar critérios ou valores globais que comporão o direito nacional.

A internacionalização do direito reflete o diálogo entre o direito internacional e o direito interno por meio de uma confluência normativa, valorativa

²⁸ VARELLA, M. D., OLIVEIRA, V. E. T. "Da unidade à fragmentação do direito internacional: o caso mox plant". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n.º 54, jan./jun. 2009, p. 127.

e principiológica, que não se restringe aos limites do Estado, mas tampouco equivale à ideia tradicional do Direito Internacional Público, pois há uma prevalência da lógica comunitária baseada em valores, que de alguma forma foram compartilhados, dando legitimidade normativa para que os países atuem conjuntamente de forma coordenada²⁹.

Percebe-se a descentralização do poder soberano do Estado na produção de normas, tendo em conta que a ordem normativa tradicional está envolvida de ordens jurídicas paralelas que envolvem atores privados, de diversas naturezas. Portanto, as normas deixam de ser fundamentalmente públicas e passam a ser também privadas, criadas por instituições que estabelecem padrões internacionais que serão seguidos por uma grande parte de países³⁰.

Percebe-se, assim, a proliferação de normas jurídicas estatais e não--estatais sem hierarquização. Há uma complexidade do direito devido a pluralidade das fontes normativas e a origem dessas fontes, que são repassadas às instituições privadas ou organizações internacionais que tem funções administrativas, por vezes com os mesmos procedimentos e até mesmo funcionários dos governos locais, encontrando-se numa interface entre as autoridades nacionais e internacionais³¹.

Nesse ponto destaca-se a cooperação ou coerência regulatória proposta no CETA e no TTIP, que em certa medida buscam harmonizar essa ordem fragmentada em virtude da "desierarquização" da ordem jurídica, bem como a ausência de instrumentos de harmonização no direito internacional. Isto porque os acordos megarregionais trazem uma integração positiva no que se refere à eliminação de barreiras tarifárias e não-tarifárias ao comércio, bem como a diminuição das barreiras regulatórias nacionais³².

²⁹ VARELLA, M. D. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: Uniceub, 2012, p. 106.

³⁰ VARELLA, M. D. *Direito Internacional Público*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30.

³¹ Auby, Jean-Bernard. La théorie du droit administratif global: Brève présentation critique. In.: Science Po: Troisième session du Séminaire - "Droit Administratif Comparé, Européen et Global". 2007. Disponível em http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chair fr.chaire-madp/files/jba.pdf>, (acedido a 6/7/2015), p. 4-6.

³² WILLEMYNS, Ines. "Regulatory Cooperation in the WTO and at the Regional Level: What Is Being Achieved by CETA and TPP?", Accepted PEPA-SIEL Conference, Luxembourg, 14-15 April 2016. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2768058 (acedido a 6/72015)

Isso possibilita que os países se beneficiem da existência de cadeias de valor global de serviços e para tanto é preciso disciplinar adequadamente a fim de remover as barreiras regulatórias que cada país impõe. Afirma-se que há uma incoerência regulatória, que o atual sistema não tem sido capaz de se harmonizar³³, seja do ponto de vista normativo ou jurisdicional, e que é preciso regular, de alguma forma, o comércio internacional, caso contrário a OMC ficará para trás das negociações comerciais e terá seu funcionamento enfraquecido34, em virtude da demora das negociações e sobretudo por não reconhecer os acordos regionais como normas integrantes do comércio internacional.

Por essa razão defende-se que cooperação e/ou coerência regulatória, muito embora seja um ponto controvertido no texto dos acordos, é pertinente para tratar da questão da fragmentação do direito, pois percebe-se esse mecanismo como um instrumento positivo, ao criar a padronização de regras e procedimentos a partir das boas práticas regulatórias no processo de planeamento, elaboração, emissão, implementação e revisão das medidas reguladoras³⁵. O objetivo da medida é facilitar o alcance dos objetivos de política interna, eliminando as barreiras não-tarifárias decorrentes dos próprios instrumentos nacionais. Com isso espera-se um ganho de quase 80% (oitenta por cento) de ganhos económicos a partir da cooperação transatlântica regulatória³⁶.

A proposta de criar uma coerência regulatória decorre da regulação global, uma vez que os mecanismos de entidades globais começam articular-se com os nacionais. As instituições internacionais exercem funções administrativas que decidem questões econômicas, ambientais, financeiras de forma semelhante aos procedimentos nacionais. Isso permite maior interação entre os diferentes sistemas evitando os conflitos normativos e

³³ *Idem*, p. 4

³⁴ Hufbauer, Gary Clyde e Cimino-Isaacs, Cathleen. "How will TPP and TTIP Change the WTO System?", Journal of International Economic Law, Volume 18, Issue 3, 1 September 2015, p. 18.

³⁵ WILLEMYNS, Ines. "Regulatory Cooperation in the WTO and at the Regional Level: What Is Being Achieved by CETA and TPP?", cit., p. 6.

³⁶ PARKER, Richard W. "Four Challenges for TTIP Regulatory Cooperation", Columbia Journal of European Law, vol. 22, n.º 1, 2016, p. 3.

jurisdicionais, além de se tornarem responsáveis, permitem o aumento do nível de accountability perante a sociedade³⁷.

A partir disso inicia-se, também, um processo de padronização de procedimentos e instrumentos jurídicos para a realização dos objetivos administrativos com a crescente interseção em nível mundial. Com a criação de padrões comuns é possível a aproximação dos problemas comuns em diferentes países para uma solução harmónica, criando-se redes de cooperação, e passando a ser um sistema mais sofisticado de relações administrativas, culminando no surgimento do espaço jurídico-político global reunidos em organismos governamentais, em rede e conexões com entidades privadas ou público-privadas38.

Nesse sentido, a cooperação regulamentar cria mecanismos de harmonização pautados em redes de cooperação, permitindo maior intercâmbio entre os distintos sistemas, desde o ponto de vista económico, político, jurídico e social. Inicia-se um processo de padronização de procedimentos e instrumentos para a realização dos objetivos comuns que decorrem da integração entre atores domésticos, regionais e internacionais. Além disso, leva-se em consideração que os direitos nacionais não conseguem encontrar respostas suficientes às questões transfronteiriças surgidas no contexto da internacionalização do Direito³⁹.

A proposta contida, sobretudo, no CETA e no TTIP, é a de trazer uma harmonização e padronização a partir de um conjunto de princípios e regras jurídicas com o objetivo de regular as questões transnacionais que são compostas por pessoas públicas e privadas. Isso permite maior interação entre as esferas públicas nacional e global, haja vista que são tratados diferentes ramos do direito que estão inseridos no texto do acordo, que podem ser resolvidos de forma conjunta, como por exemplo a questão da fabricação de produtos, a fim de que não se tenham normas contraditórias, e de modo a que tanto as normas europeias, como as canadenses ou americanas, permitam o

³⁷ Auby, Jean-Bernard. «La théorie du droit administratif global: Brève présentation critique», cit., p. 6.

³⁸ Heilmann, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o Novo Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 173.

³⁹ SILVA, Alice Rocha da e SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. "As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global". Revista de Direito Internacional, Brasília, vol. 13, n.º 3, 2016, pp. 355-377.

acesso ao mercado, sem criar distinções ou barreiras não-tarifárias; além de evitar a duplicação de procedimentos de avaliação que ensejaria em custos e análises entre os reguladores e entidades reguladas⁴⁰).

A coerência regulatória pode ser positiva inclusive para a questão dos sistemas de solução de controvérsias. Isto porque tem-se uma ordem global sem hierarquia, denominada por Robert Wolfe como desafio do G-Zero: todas as negociações multilaterais parecem infrutíferas, enquanto os acordos regionais parecem ser a solução para as provocações institucionais de um mundo sem hierarquia⁴¹. No caso dos mecanismos de resolução de litígio a ausência de hierarquia denomina competência concorrente entre os sistemas regional e multilateral, podendo haver conflitos jurisdicionais.

Como exemplo, destaca-se a questão do sistema de solução de litígios. O art. 29.3⁴², do CETA, estabelece uma harmonização com o mecanismo da OMC. Este artigo refere-se à cláusula de eleição de foro, que reconhece a

⁴⁰ PARKER, Richard W. "Four Challenges for TTIP Regulatory Cooperation", cit., p. 2.

⁴¹ Wolfe, Robert. "Canadian Trade Policy in a G-Zero World: Preferential Negotiations as a Natural Experiment", cit., pp. 23-24.

⁴² Choice of forum:

¹⁾ Recourse to the dispute settlement provisions of this Chapter is without prejudice to recourse to dispute settlement under the WTO Agreement or under any other agreement to which the Parties are party. 2) Notwithstanding paragraph 1, if an obligation is equivalent in substance under this Agreement and under the WTO Agreement, or under any other agreement to which the Parties are party, a Party may not seek redress for the breach of such an obligation in the two fora. In such case, once a dispute settlement proceeding has been initiated under one agreement, the Party shall not bring a claim seeking redress for the breach of the substantially equivalent obligation under the other agreement, unless the forum selected fails, for procedural or jurisdictional reasons, other than termination under paragraph 20 of Annex 29-A, to make findings on that claim. 3) For the purposes of paragraph 2: (a) dispute settlement proceedings under the WTO Agreement are deemed to be initiated by a Party's request for the establishment of a panel under Article 6 of the DSU; (b) dispute settlement proceedings under this Chapter are deemed to be initiated by a Party's request for the establishment of an arbitration panel under Article 29.6; and (c) dispute settlement proceedings under any other agreement are deemed to be initiated by a Party's request for the establishment of a dispute settlement panel or tribunal in accordance with the provisions of that agreement. 4) Nothing in this Agreement shall preclude a Party from implementing the suspension of obligations authorised by the WTO Dispute Settlement Body. A Party may not invoke the WTO Agreement to preclude the other Party from suspending obligations pursuant to this Chapter.

jurisdição da OMC e de outros tribunais, de modo que a partir do momento em que uma das partes requerer as consultas, é vedado recorrer a outro sistema, seja o da OMC ou qualquer outro. A diferença que o CETA estabelece é o impeditivo de abertura de duas consultas e/ou painéis em virtude da mesma controvérsia, reconhecendo a jurisdição de outros tribunais sem determinar a exclusividade da sua própria jurisdição.

Portanto, conclui-se que o momento é propício para rever a posição da OMC em relação aos acordos regionais. Pois, se de um lado há o reconhecimento dos princípios e das normas multilaterais nas zonas de livre comércio, se faz necessário também reconhecer a existência do conteúdo desses acordos. A OMC possui uma posição privilegiada. Por ser um órgão regulatório global poderia realizar a governança global a partir da harmonização dos sistemas, de modo a estabelecer uma cooperação entre os diferentes países a fim de manter a eficácia e segurança da própria instituição.

Conclusão

Na primeira parte do trabalho justificou-se a relação complementar entre os sistemas regional e multilateral, de modo a defender que estes mecanismos não são contraditórios, na medida em que têm um objetivo comum: a liberalização do comércio. Em todo o caso, podem existir conflitos aparentes, que decorrem do momento político-económico que a ordem global esteja passando. Posteriormente, na segunda parte, apresentou-se a fundamentação multilateral para a formação dos acordos megarregionais, que se pautam no art. XXIV, do GATT e no art. V, do GATS. Concluímos que os acordos regionais integram os princípios e normas da OMC.

A terceira parte desincumbiu-se de tentar responder à problemática: de saber se a coerência regulatória, contida no CETA e no TTIP, como instrumento de regulação global, poderá ser um mecanismo de harmonização para um direito internacional económico que se encontra fragmentado. Defendeu-se que os acordos megarregionais são consequência lógica de uma ordem jurídica internacional fragmentada e sem hierarquia.

Assim, conclui-se que os acordos megarregionais, por harmonizarem as suas normas com o direito da OMC, desempenham um papel fundamental, na medida em que, há um reconhecimento mútuo dos atores, públicos e privados, podendo criar uma cooperação internacional a partir do reconhecimento dos padrões estabelecidos nesses acordos. Por fim, tanto o CETA, quanto o TTIP não vão contra o comércio internacional, tampouco violam os direitos nacionais. Ao inverso, as disposições constantes nos acordos megablocos estão a conduzir para uma padronização, por meio de um conjunto coerente de regras; contudo, não tratam de todos os aspetos comerciais. Ademais, a estrutura institucional da OMC, principalmente em virtude do sistema de solução de controvérsias, vai além e denota mais segurança e eficiência que o desenho institucional dos acordos preferenciais.

Nesse sentido, a cooperação regulatória é necessária, não somente para o direito internacional, mas, sobretudo, para o direito nacional, que não é capaz de dar respostas às questões transfronteiriças. Sendo assim, a OMC, enquanto um órgão regulatório de caráter global, tem a possibilidade de criar padrões normativos, a fim de coordenar e harmonizar os direitos nacionais com o direito regional e internacional. No entanto se faz necessário, primeiro, o reconhecimento das alterações no comércio internacional, bem como a inserção dos acordos regionais e megarregionais como parte integrante do comércio internacional.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Paulo Roberto de, e CHALOULT, Yves. "Avanços da regionalização nas Américas: cronologia analítica", Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 42, n.º 2, Jul/Dez. 1999, pp. 145-160.
- AUBY, Jean-Bernard. La théorie du droit administratif global: Brève présentation critique. In.: Science Po: Troisième session du Séminaire – "Droit Administratif Comparé, Européen et Global". 2007. Disponível em http://www.sciencespo. fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/jba.pdf>, (acedido a 6/7/2015).
- BHAGWATI, Jagdish. "Reshaping the WTO", Far Eastern Economic Review, vol. 168, n. ^o 2, 2005, pp. 25-30.
- COMISSÃO EUROPEIA. Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). Disponível em: , (acedido a 5/2/2017).
- COMISSÃO EUROPEIA. National treatment and market access for goods in TTIP. 2016. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/march/ tradoc_154369.pdf>, (acedido a 3/2/2017), p. 1.

- HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o Novo Direito Administrativo. Curitiba: Juruá, 2010.
- HOEKMAN, Bernard e Ozden, Caglar. "Trade Preferences and Differential Treatment of Developing Countries: A Selective Survey", Washington: World Bank Policy Research, 2005, pp. 1-45. Disponível em: , (acedido a 3/2/2017).
- HUFBAUER, Gary Clyde e CIMINO-ISAACS, Cathleen. "How will TPP and TTIP Change the WTO System?" Journal of International Economic Law, Volume 18, Issue 3, 1 September 2015, pp. 679-696
- JACKSON, J. The Jurisprudence of the GATT and the WTO. New York: Cambridge, 2002.
- JONES, Vivian C. Generalized System of Preferences: Background and Renewal Debate. Congressional Research Service: Washington, 2006. Disponível em: http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?Location=U2&doc=GetTRDoc. pdf&AD=ADA487719> (acedido a 5/2/2017).
- LEAL-ARCAS, Rafael. "Proliferation of Regional Trade Agreements: Complementing or Supplanting Multilateralism?", Chicago Journal of International Law, vol. 11, n.º 2, 2011, pp. 597-629.
- NEUWIRTH, Rostam J. "The European Union and the Ambivalence Towards the Process of European Integration", National University of Juridical Sciences (NUJS) *Law Review*, vol. 1, n.º 1, 2008.
- PARKER, Richard W. "Four Challenges for TTIP Regulatory Cooperation", Columbia Journal of European Law, vol. 22, n.º 1, 2016, pp. 1-14
- POELMANS, Eline. "The Emergence of the 'Coastal Steelworks' in the European Coal and Steel Community (ECSC)", SSRN Electronic Journal, 2009, pp. 1-28. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1393722 (acedido a 2/2/2017).
- SILVA, Alice Rocha da e Santos, Ruth Maria Pereira dos. "As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global", Revista de Direito *Internacional*, Brasília, vol. 13, n.º 3, 2016, pp. 355-377.
- SILVA, Alice Rocha da. A Cláusula da Nação Mais Favorecida da OMC e a Proliferação dos Acordos Comerciais Bilaterais. Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2006. Disponível em...acedido a...
- UNCTAD. Curso sobre Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio. Módulo 3.13. – GATS 1994. Nova York: Nações Unidas, 2003, pp. 1-48. Disponível em: <http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add31_pt.pdf>, (acedido a 2/2/2017).

- VARELLA, M. D. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: Uniceub, 2012.
- VARELLA, M. D. Direito Internacional Público. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VARELLA, M. D., OLIVEIRA, V. E. T. "Da unidade à fragmentação do direito internacional: o caso mox plant", Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n.º 54, jan./jun. 2009, pp. 119-140
- WILLEMYNS, Ines. "Regulatory Cooperation in the WTO and at the Regional Level: What Is Being Achieved by CETA and TPP?", Accepted PEPA-SIEL Conference, Luxembourg, 14-15 April 2016. Disponível em: http://ssrn.com/ abstract=2768058> (acedido a 05/6/2015)
- WOLFE, Robert. "Canadian Trade Policy in a G-Zero World: Preferential Negotiations as a Natural Experiment", in: VAN ASSCHE, Ari; TAPP, Stephen e Wolfe, Robert (eds.). Redesigning Canadian Trade Policies for New Global Realities. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 2016.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. Trato de los Paises en Desarrollo. Genebra, 2013, p. 209-211. Disponível em: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/ enabling_s.pdf> (acedido a 5/2/2017).

A Exceção Prudencial e a Liberalização dos Serviços Financeiros no GATS e no CETA: Haverá Exceção Sem Regra?

Lúcio Tomé Feteira*

Resumo: Entre as matérias incluídas no *Compreehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) assinado entre o Canadá e a União Europeia encontram-se os serviços financeiros, objeto do capítulo Décimo Terceiro (artigos 13.1 a 13.21) do CETA. No que toca à liberalização da prestação de serviços, o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS) permanece o ponto de referência no âmbito multilateral ainda que este, no respeitante aos serviços financeiros, apresente algumas diferenças face ao CETA. Entre os pontos comuns partilhados entre o GATS e o CETA encontramos a chamada exceção prudencial (prudential carve-out), ao abrigo da qual as partes podem introduzir ou manter medidas incompatíveis com as obrigações assumidas em sede de liberalização do comércio de serviços, desde que as mesmas sejam justificadas por razões prudenciais. Tratando-se de uma matéria particularmente sensível e que, em especial no âmbito da União Europeia, foi objeto de profundas alterações na sequência da crise financeira de 2009, compreende-se o alcance e a importância da inclusão do *prudential carve-out* no âmbito do CETA. Ao mesmo tempo, as preocupações que esta cláusula procura salvaguardar não deixam de constituir entraves significativos – porventura, os mais significativos – à liberalização do comércio de serviços financeiros, sobretudo face à ausência de harmonização regulatória no plano internacional.

Palavras-chave: CETA; estabilidade financeira; GATS; liberalização; serviços financeiros; supervisão prudencial.

Abstract: Amidst the subjects covered by the *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) signed by Canada and the European Union, one finds a reference to financial services in chapter 13 (articles 13.1 through 13.21). Although the General Agreement on Trade in

^{*} Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Coordenador do Mestrado em Direito Público. Membro do CEDIS – Centro de I&D sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. O presente texto corresponde a uma versão desenvolvida da intervenção feita no âmbito do workshop "Os desafios do TTIP à luz do CETA", a qual teve lugar na FDUNL, em 10 de novembro de 2016.

Services (GATS) remains the starting point for the liberalization of financial services, one can find in this regard a number of differences between the latter and CETA. However, both GATS and CETA share the exception encapsulated in the so-called *prudential carveout*, which allows States to introduce or maintain measures that run contrary to previous commitments provided they are justified for *prudential* reasons. The topic of prudential supervision is a highly sensitive one that has undergone a thorough revision (particularly in the EU) as a result of the last financial crisis, so *there* is little wonder that CETA also includes a *prudential carve-out*. Somewhat ironically, the concerns that the latter purports to cover are, at the same time, one of the most significant obstacles for the progression of liberalization in the field of financial services and one that can be hardly solved without closer coordination of financial regulation at the international level.

Keywords: CETA; financial stability, GATS; liberalization; financial services; prudential supervision.

I. Introdução

A fragmentação do Direito Internacional Económico (DIE), i.e. a coexistência do sistema multilateral da OMC com numerosos acordos bilaterais, regionais e plurilaterais de comércio, constitui uma tendência aparentemente irreversível das relações económicas internacionais e uma das questões mais candentes do moderno direito internacional económico¹. Por entre a multiplicidade de acordos comerciais que se entrelaçam no plano internacional, os acordos comerciais de âmbito mega-regional (mega-regional trade agreements)² correspondem, pela amplitude do seu objeto, a uma nova geração de acordos preferenciais de comércio de alcance geográfico e substantivo muitíssimo apreciável.

O acordo comercial celebrado entre o Canadá e a União Europeia usualmente designado pela abreviatura CETA (Compreehensive Economic and

¹ Sobre esta problemática e os desafios que coloca ao sistema multilateral ver, entre outros, Baldwin, Richard. "Preferential Trade Agreements", *in*: Narlikar, Amrita *et alii* (ed.), *The Oxford Handbook on The World Trade Organization*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 632-654; e Trebilcock, Michael J. *Advanced Introduction to International Trade Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 44-52.

² Sobre o tema ver, em geral, Griller, Stefan *et alii*. "Mega-Regional Trade Agreements: New Orientations for EU External Relations?", *in:* Griller, Stefan *et alii* (ed.). *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP and TiSA*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 3-16.

Trade Agreement)³ constitui o mais recente exemplo de um acordo comercial de âmbito mega-regional, abrangendo um conjunto vasto de matérias que se estende muito para além do âmbito 'clássico' dos acordos comerciais4. Entre tais matérias encontramos, precisamente, a dos serviços financeiros, objeto do respetivo capítulo décimo terceiro (artigos 13.1 a 13.21 do CETA). O inevitável ponto de partida – concetual e normativo – para o enquadramento regulatório da matéria é a definição de serviço financeiro incluída no artigo 13.1 do CETA ("a service of a financial nature, including insurance and insurance related services, banking and other financial services (excluding insurance), and services incidental or auxiliary to a service of a financial nature"). A mesma disposição avança depois com uma lista exemplificativa de serviços financeiros, a qual se decompõe em duas grandes categorias: por um lado, a atividade seguradora e atividades com esta conexas (insurance-related services)5; por outro, a atividade bancária e os serviços financeiros não compreendidos na categoria anterior⁶.

³ O CETA foi negociado entre o Canadá e a União Europeia, tendo o respetivo texto final sido ratificado pelo Parlamento Europeu em votação ocorrida a 15 de fevereiro de 2017. Todavia, em virtude de ter sido qualificado como um acordo comercial misto (em razão das matérias abrangidas, algumas das quais sujeitas à competência exclusiva da União – tal como sucede com a política comercial comum, inscrita no artigo 3.º/1/e) do TFUE-, ao passo que outras se inscrevem no plano das competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros; neste sentido, ver as conclusões da Advogada-Geral Sharpston no Parecer 2/15 referente ao Acordo de comércio livre entre a União Europeia e Singapura, ECLI:EU:C:2016:992), a plena vigência só ocorrerá uma vez concluído o processo de dupla ratificação na vertente nacional (uma vez que o processo no plano da União se conclui com a referida votação do Parlamento Europeu). Até lá, o CETA aplica-se provisoriamente no plano da União, o que significa que determinadas matérias se encontram excluídas deste período inicial de vigência. Para a análise ex professo da natureza jurídica do CETA e das consequências da mesma decorrentes no que toca ao respetivo processo de ratificação, ver o capítulo da autoria de Francisco Pereira Coutinho na presente publicação.

⁴ Com efeito, matérias como os serviços financeiros e o investimento (para referir apenas dois exemplos que serão objeto de referência neste artigo) não integravam o objeto dos acordos comerciais clássicos, em regra mais preocupados com a redução de barreiras alfandegárias à circulação de mercadorias.

⁵ A qual inclui, por exemplo, os seguros dos ramos vida e não-vida, o resseguro, a retrocessão e a mediação de seguros.

⁶ Sendo a enumeração bastante mais extensa, refiram-se como exemplos o recebimento de depósitos e de outros fundos reembolsáveis, a concessão de crédito, o leasing, os serviços de pagamento e de transmissão de fundos, transações sobre instrumentos do mercado monetário

A inclusão dos serviços financeiros entre as matérias objeto de acordos comerciais não constitui uma inovação do CETA, como de resto também não constitui uma originalidade deste o teor da generalidade das disposições que versam sobre a matéria. Com efeito, já no articulado do GATS (ponto 5 do Anexo sobre Serviços Financeiros do GATS) encontrávamos uma noção semelhante de serviço financeiro, sendo que a mesma noção viria a ser incluída no texto da proposta avançada pela União Europeia tendo em vista a inclusão dos serviços financeiros nas negociações do TTIP (artigo 5-30/2 da proposta da UE sobre serviços, investimento e *e-commerce*)8.

Tendo o CETA por objeto a liberalização – i.e. a redução das barreiras alfandegárias e, sobretudo, *não* alfandegárias ao comércio transnacional de mercadorias e serviços –, não constitui surpresa que o mesmo, de resto à semelhança do GATS e de múltiplos acordos de comércio de caráter bilateral e regional, aborde o setor financeiro a partir da perspetiva da sua prestação e respetivas modalidades. Com efeito, a problemática da liberalização das trocas comerciais aplicada ao sistema financeiro remete-nos para a liberdade de prestar e contratar serviços financeiros em diferentes modalidades, razão pela qual o ponto de partida concetual e normativo é, justamente, o conceito de serviço financeiro já referido.

Como é sabido, o sistema financeiro integra um conjunto de elementos e desempenha um conjunto de funções que são imprescindíveis ao funcionamento eficiente da economia. Sendo certo que os serviços financeiros

e cambial, instrumentos financeiros a prazo, opções e operações sobre divisas, taxas de juro, mercadorias e valores mobiliários, etc.

⁷ Sobre a matéria ver, em geral, Cunha, Luís Pedro. "GATT, GATS e serviços financeiros: o caminho percorrido", *Boletim de Ciências Económicas*, 2016, vol. 59, pp. 433-464.

⁸ O texto foi submetido a discussão entre 12-17 de julho de 2015 e encontra-se disponível em http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf, tendo sido posteriormente complementado por nova proposta apresentada entre 11-15 de julho de 2016 (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/july/tradoc_154794.pdf). A proposta de inclusão dos serviços financeiros no texto do TTIP suscitou consideráveis reticências do lado dos EUA devido ao receio de que a reserva de soberania regulatória assegurada pela exceção prudencial (*prudential carve-out*) se revelasse insuficiente para conter riscos financeiros associados à liberalização, ainda que parcial, do setor; sobre este ponto ver, em maior detalhe, BARBEE, Inu e LESTER, Simon. "Financial Services in the TTIP: Making the Prudential Exception Work", *Georgetown Journal of International Law*, 2014, vol. 45, pp. 953-970.

constituem uma parte significativa do sistema financeiro e partilham as funções e importância económica deste, facilmente se intui que a liberalização dos serviços financeiros se revista de particular sensibilidade. Estas caraterísticas têm justificado, no plano nacional e no da UE, um quadro regulatório do sistema financeiro particularmente denso e complexo, que o distingue claramente de outros setores económicos igualmente sujeitos a regulação, desde logo pelo papel reconhecido às entidades reguladoras e à importância da dimensão de supervisão (comportamental, micro- e macroprudencial) da sua atuação9. Ora, pese embora liberalização não se confundir com desregulação – porquanto a abertura de um setor económico ao livre funcionamento do mercado e à concorrência (liberalização) não é necessariamente sinónimo de aligeiramento do correspondente quadro regulatório (desregulação)¹⁰ – na prática, a primeira acaba em alguma medida por implicar a segunda como pré-condição para o seu funcionamento eficiente, desde logo como incentivo à entrada e participação de (novos) agentes económicos. Transpondo estas considerações introdutórias para a prestação de serviços financeiros, afigura-se inevitável a tensão entre os benefícios (ganhos de eficiência) associados à liberalização dos serviços financeiros e os custos da mesma em sede de erosão do quadro regulatório vigente. Dito de outra forma, a liberalização dos serviços financeiros traz para o plano internacional a tensão entre eficiência (associada à progressiva liberalização dos serviços financeiros) e estabilidade (eventualmente posta em causa por via de uma progressiva erosão do quadro regulatório), tensão

⁹ Sobre as especificidades da regulação (e supervisão) do sistema financeiro ver, por todos, Morais, Luís Silva. "Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira", Revista de Concorrência & Regulação, Ano V, n.º 17 (Jan/Mar 2014), pp. 99-137.

¹⁰ Neste sentido – e de modo insuspeito, dir-se-ia –, com especial referência ao sistema financeiro, ver Williamson, John. "The Washington Consensus as a Policy Prescription for Development", lecture delivered at the World Bank on January 13, 2004. Disponível em: https://piie.com/publications/papers/williamson0204.pdf, acedido a 30.04.2018, pp. 6-7 e 10-11. De resto, no plano interno, o fenómeno de liberalização não conduziu à eliminação da regulação, mas antes a uma reconformação da atividade reguladora que tem sido designada por re-regulação; sobre a temática ver, numa perspetiva comparada EUA/UE, MASING, Johannes. "Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts", Archiv des öffentlichen Rechts vol. 128, 2003, pp. 558-607.

essa que explica em larga medida os parcos progressos alcançados nesta matéria¹¹.

Não obstante as visíveis – e, até certo ponto, compreensíveis – reticências com que os Estados encaram a inclusão da liberalização dos serviços financeiros numa agenda mais abrangente de liberalização comercial, os esforços de liberalização empreendidos na matéria têm invariavelmente incluído a consagração uma reserva de soberania regulatória sob a forma da chamada *prudential carve-out* (PCO), a qual traduz uma *exceção*¹² prudencial invocável pelos Estados quando esteja em causa a necessidade de adotar medidas prudenciais que conflituem com compromissos de liberalização previamente assumidos. Encontramos exemplos de PCOs quer no ponto 2 do Anexo sobre Serviços Financeiros do GATS, quer no artigo 13.16 do CETA e em ambos os casos a PCO funciona como um mecanismo de salvaguarda face a um conjunto de compromissos assumidos pelos Estados no que respeita à liberalização dos serviços financeiros.

O presente artigo propõe-se analisar a função e âmbito da PCO no contexto do processo de liberalização dos serviços financeiros, tomando por referência o quadro regulatório definido no CETA e no GATS. Para tal, proponho ao leitor o seguinte *iter* analítico: após a presente introdução (I), importa contextualizar os serviços financeiros na realidade mais ampla do sistema financeiro, do seu funcionamento e do seu enquadramento regulatório, para de seguida analisar as dificuldades e os desafios associados à liberalização dos serviços financeiros (II); feito este enquadramento geral, passarei de seguida a analisar comparativamente a abordagem adotada pelo GATS e pelo CETA no que toca à liberalização dos serviços financeiros

¹¹ Sobre a temática da tensão entre *eficiência* e *estabilidade* no domínio da liberalização da atividade bancária – considerações que podem ser transpostas, *mutatis mutandis*, para os serviços financeiros em geral –, ver DE MEESTER, Bart. *Liberalization of Trade in Banking Services: An International and European Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 36-52.

¹² Pese embora a expressão carve-out possa inculcar a ideia de que se trata de uma verdadeira isenção das medidas adotadas por razões prudenciais do âmbito do GATS, na verdade, e como veremos, trata-se antes de uma exceção ao cumprimento das obrigações decorrentes do tratado cuja invocação lícita está sujeita ao cumprimento de um conjunto de requisitos. Sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos ver, neste sentido, DE MEESTER, Bart. Liberalization of Trade in Banking Services: An International and European Perspective, cit., pp. 102-104. Por estas razões traduzirei doravante prudential carve-out por exceção prudencial.

(III), para de seguida versar sobre o âmbito e função da exceção prudencial quer no CETA, quer no GATS (IV). A última parte será dedicada a algumas observações conclusivas sobre a matéria (V).

II. Os serviços financeiros no contexto do sistema financeiro

O sistema financeiro é usualmente representado de forma gráfica através um conjunto estilizado de fluxos (recursos) oriundos de agentes que os podem disponibilizar (por serem excedentários) para um conjunto de agentes económicos que dos mesmos carecem (por serem deficitários). O diagrama infra reproduz estes mesmos fluxos¹³:

Function of Financial Markets

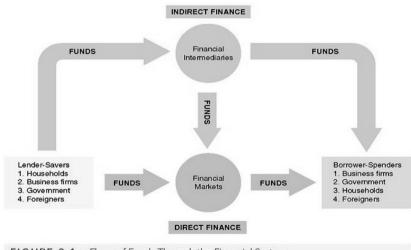


FIGURE 2.1 Flows of Funds Through the Financial System

¹³ Diagrama retirado de MISHKIN, F.S e EAKINS, S. G. Financial Markets and Institutions, 8.ª edição, Pearson, 2016, p. 58.

Tais recursos podem ser canalizados para os seus destinatários *diretamente* por via dos mercados financeiros ou *indiretamente* por via de intermediários financeiros¹⁴, incluindo estes últimos os bancos (intermediários financeiros bancários), mas também as companhias seguradoras e os fundos de pensões (intermediários financeiros não bancários)¹⁵. Quando nos referimos a serviços financeiros estamos, em última análise, a referirmo-nos aos serviços prestados por estes intermediários financeiros o que explica, de resto, que a noção de serviço financeiro seja indissociável da de prestador de serviços financeiros (ponto 5/(b) do Anexo sobre Serviços Financeiros e artigo 13.1 do CETA) e assente na dicotomia (i) seguros e atividades conexas e (ii) atividade bancária e outros serviços financeiros.

A principal função dos intermediários no sistema financeiro é a de reduzir assimetria informativas¹6 entre agentes económicos excedentários e deficitários em recursos cuja persistência entravaria, ou pelo menos dificultaria grandemente, o fluxo de recursos entre ambos os polos do sistema financeiro. Sucede porém, que o problema da assimetria informativa não é eliminado pela interposição dos referidos intermediários, antes transformado e transferido para um outro nível – o da relação entre depositantes/investidores e os intermediários financeiros – envolvendo a

¹⁴ A preponderância de um destes modos de financiamento leva a que se fale em sistemas financeiros assentes nos bancos (bank-based/bank-driven financial systems) por contraposição aos que assentam nos mercados financeiros (market-based/capital market driven financial systems). A dicotomia tem sobretudo interesse analítico uma vez que na prática os sistemas financeiros não deixam de, em maior ou menor medida, assentar em ambas as componentes. Sobre a matéria ver, entre outros, HAAN, Jakob de et alii. Financial Markets and Institutions: A European Perspective, 3.ª edição, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 16-33.

¹⁵ Para uma configuração sucinta do sistema financeiro ver, entre outros, Abreu, Margarida *et alii. Economia Monetária e Financeira*, 3.ª edição, Lisboa, Escolar Editora, 2018, pp. 3-28; e também Armour, John *et alii. Principles of Financial Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 22-50.

¹⁶ A assimetria de informação constitui uma *falha de mercado* que assume, no contexto do sistema financeiro, uma relevância particular que justifica, por exemplo, a importância de obrigações de informações impostas aos regulados, seja face ao regulador, seja face ao mercado em geral, seja ainda – e naturalmente – face aos clientes. Sobre o tema ver, por exemplo, Enriques, Luca e Gilotta, Sergio. "Disclosure and Financial Market Regulation", *in:* Moloney, Niamh *et alii* (eds.). *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 511-536.

possibilidade de comportamentos oportunistas por parte destes últimos que os depositantes/investidores dificilmente conseguirão detetar ou, pelo menos, detetar em tempo útil¹⁷. Ao lado das assimetrias de informação, outras falhas de mercado existem caraterísticas do sistema financeiro: a incidência de externalidades negativas associadas aos efeitos negativos sobre terceiros dos comportamentos e omissões das instituições financeiras e que, no limite, podem pôr em causa o próprio sistema financeiro (risco sistémico); a caraterização da estabilidade financeira como um bem público, gerador de externalidades positivas, mas cujo 'fornecimento' não pode ficar dependente da vontade dos elementos do sistema financeiro; a propensão para estruturas de mercado que divergem acentuadamente do modelo da concorrência perfeita (concorrência imperfeita); e a ocorrência frequente de comportamentos que divergem do que seria expectável à luz da teoria da escolha racional¹⁸. Ademais, como os eventos de 2007 nos vieram relembrar, as crises financeiras raramente fazem jus à sua designação, querendo com isto dizer que - em razão da importância e do papel desempenhado pelo sistema financeiro - dificilmente ficam confinadas ao setor financeiro¹⁹. Com efeito, o risco excessivo pode não só comprometer a liquidez e solvabilidade de uma instituição financeira - e, no limite, conduzi-la à insolvência -, mas também a de outras instituições financeiras àquela ligadas (risco sistémico). Atenta a importância do sistema financeiro para o financiamento e funcionamento da economia 'real', os efeitos de uma crise no sistema financeiro podem ainda comunicar-se à economia sob a

¹⁷ Está em causa a particular natureza dos produtos e serviços financeiros como experience goods/credence goods; sobre esta caraterização dos produtos e serviços financeiros e a sua relevância no contexto da regulação da assimetria de informação, ver Armour, John. Principles of Financial cit., pp. 56-57.

¹⁸ Este último ponto tem constituído terreno fértil para as incursões da economia comportamental. Sobre a matéria ver, por exemplo, STATMAN, Meir. Finance for Normal People: How Investors and Markets Behave, Oxford, Oxford University Press, 2017.

¹⁹ Pese embora a constituição e funcionamento do sistema financeiro e, em particular, a circunstância de o financiamento da economia assentar esmagadoramente no sistema bancário ou repartir-se entre este e os mercados financeiros, ter prováveis consequências na dimensão do efeito de contágio à economia 'real'. Como ilustração desta asserção, comparem-se os eventos que se sucederam à crise do crédito hipotecário de alto risco (sub-prime mortgages) nos EUA com a crise económica que se sucedeu à crise financeira em alguns Estados-Membros da União Europeia.

forma de redução do crédito, decréscimo do consumo e do investimento e diminuição do nível de rendimento das famílias e empresas²⁰.

A concorrência de falhas de mercado com efeitos potencialmente catastróficos para o sistema financeiro e para a economia explica a circunstância de o sistema financeiro estar sujeito à regulação e supervisão de autoridades especializadas²¹, a qual tem assentado em dois grandes pilares: o da supervisão *comportamental*, dirigida à fiscalização e acompanhamento da conduta das instituições financeiras e a supervisão *prudencial*, a qual se subdivide em *micro* e *macroprudencial* conforme tenha por objetivo, respetivamente, assegurar a liquidez e solvabilidade das instituições financeiras ou a estabilidade do sistema financeiro como um todo. Ora, uma das principais lições a retirar da última crise financeira é a de que a salvaguarda da estabilidade do sistema financeiro é suficientemente importante para, por um lado, justificar a autonomização da supervisão macroprudencial e, por outro, exigir a concorrência e coadjuvação da supervisão comportamental e da supervisão microprudencial²².

Por esta breve introdução se vê que, pese embora a sua natureza de serviços, os de natureza financeira apresentam um conjunto de especificidades que impõem uma particular atenção também ao nível da respetiva *liberalização*. Neste contexto, sendo certo que a liberalização do setor financeiro no plano internacional é portadora de benefícios – dentre os quais cumpre destacar o aumento da *eficiência* associado a uma melhor alocação de recursos financeiros –, não deixa a mesma de encerrar um conjunto de preocupações, das quais gostaria de destacar duas atenta a sua ligação mais

²⁰ Para uma introdução a estas questões e a sua distinção de outros tipos de crises, ver HAAN, Jakob. *Financial Markets*, cit., pp. 39-78.

²¹ O grau de intervenção regulatória é que tem variado ao longo do tempo, tendendo o mesmo a apresentar um caráter *pró*-cíclico, ou seja, mais intenso em períodos de crise e mais ligeiro em períodos de *boom*. Porventura a tentativa mais acabada de deixar o funcionamento do sistema financeiro exclusivamente entregue ao mercado assentou na hipótese do mercado eficiente (*efficient market hypothesis*), segundo a qual num mercado que funcione de forma eficiente o preço dos instrumentos financeiros tende a refletir a totalidade da informação disponível sobre os mesmos. Sobre o conceito ver MISHKIN, F. *Financial Markets*, cit., pp. 158-174.

²² Sobre o ponto ver Bradley, Caroline. "Changing Perceptions of Systemic Risk in Financial Regulation", in: Iglesias-Rodríguez, Pablo et alii (ed.). After the Financial Crisis: Shifting Legal, Economic and Political Pardigms, Palgrave Macmillan, 2016, pp. 75-106.

próxima com o tema em discussão²³: por um lado, a *instabilidade financeira* e, por outro, os desafios colocados à supervisão prudencial. Ora, é neste quadro de procura de equilíbrio entre eficiência e estabilidade que tem operado e progredido – tant bien que mal – a liberalização dos serviços financeiros no plano internacional, sendo certo que os fatores que geram maior eficiência são igualmente portadores de maior instabilidade.

Intimamente ligada a esta tensão entre eficiência e estabilidade encontramos uma outra cuja perceção, de resto, se mostrou fundamental para a aceleração do processo de integração europeia do setor financeiro e constitui a causa última do processo de União Bancária. Refiro-me à tensão entre o caráter fundamentalmente integrado e transnacional do sistema financeiro, seja na dimensão setorial (banca, bolsa e seguros), seja na dimensão geográfica (globalização dos serviços financeiros), e a fragmentação nacional do quadro normativo aplicável ao setor, ou seja, a circunstância de as atividades de regulação e supervisão (regulação lato sensu)24, essenciais ao bom funcionamento do sistema financeiro, permanecerem largamente ancoradas em autoridades nacionais de regulação e supervisão²⁵. Este estado de coisas revela-se, a vários títulos, problemático. Desde logo, a dissociação entre a natureza integrada e transnacional do sistema financeiro e o caráter nacional e fragmentário da regulação impede uma visão global do sistema

²³ Para uma abordagem mais ampla dos custos e benefícios da internacionalização financeira, mormente bancária, ver DE MEESTER, Bart. Liberalization of Trade, cit., pp. 43-51.

²⁴ Em bom rigor, a regulação corresponde à atividade de criação de normas de enquadramento de determinada atividade económica e a supervisão ao acompanhamento dessa mesma atividade, sendo que o peso de cada uma é variável em função do setor económico em causa. No âmbito do setor financeiro e devido às particularidades do mesmo, a atividade de supervisão tende a ganhar preponderância face à de regulação. Sobre o ponto, ver MORAIS, Luís Silva. "Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras", cit., pp. 111-113.

²⁵ A criação da União Bancária visou, entre outros objetivos, contrariar esta tendência, mas a matéria não pode ser desenvolvida nesta sede por manifesta falta de espaço; em todo o caso, pode ver-se sobre este tema a obra coletiva de Busch, Danny e Ferrarini, Guido (eds.). European Banking Union, Oxford, Oxford University Press, 2015. Da mesma forma e pela mesma razão, também não cabe desenvolver nesta sede a problemática da configuração institucional das autoridades nacionais de regulação e da sua adequação ao exercício das funções de regulação e supervisão que lhe estão atribuídas. Sobre o tema, ver o estudo de MORAIS, Luís S. Modelos de supervisão financeira em Portugal e no contexto da União Europeia, Lisboa, Banco de Portugal, 2016. Disponível em: https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf- -boletim/estudomodelosupervisao2016.pdf>, acedido a 30.04.2018

financeiro (comensurável com o caráter global da estabilidade financeira) e convida os regulados a tirarem partido das diferenças entre diferentes quadros normativos, sujeitando-se àqueles que mais lhes convêm e evitando os demais (*arbitragem regulatória*). Outra consequência, porventura ainda mais gravosa, é a de que este estado de coisas remete para segundo plano a natureza global da estabilidade financeira, enquanto bem público²⁶.

Embora suscetível de ser instrumentalizado para a prossecução de objetivos protecionistas, a verdade é que a PCO também garante uma reserva de soberania regulatória que se afigura compreensível se tivermos presente que a globalização, rectius, a transnacionalização dos serviços financeiros não foi acompanhada da criação de um regulador/supervisor financeiro global, por exemplo, de uma organização internacional equivalente à OMC mas com competências na área da regulação e supervisão financeiras²⁷, ou sequer de um quadro regulatório harmonizado. É certo que existem diversas instâncias que prosseguem, direta ou indiretamente, a coordenação regulatória internacional, mas cuja atuação não é, em última análise vinculativa ou, talvez de forma mais precisa, assenta numa vinculatividade fática por depender, em última análise, do acatamento por parte dos destinatários. Entram nesta categoria os standards e guidelines fixados internacionalmente em sede do Comité de Basileia de Supervisão Bancária, da IOSCO (International Organization of Securities Commissions) e da IAIS (International Association of Insurance Supervisors)²⁸ os quais, não obstante traduzirem um entendimento comum e especialmente qualificado sobre

²⁶ Sobre estes aspetos no contexto de uma análise da necessidade de coordenação regulatória internacional, ver Armour, John. *Principles of Financial*, cit., pp. 616-643.

²⁷ Para uma reflexão breve sobre esta questão, sobretudo em contraste com a opção de promover a convergência regulatória, ver Armour, John. *Principles of Financial*, cit., pp. 635-642. Para uma proposta no sentido enunciado no texto principal, ver Eichengreen, Barry. "Not a New Bretton Woods but a New Bretton Woods Process", in: Eichengreen, Barry e Richard Baldwin, Richard (eds.). What G20 Leaders Must Do to Stabilise Our Economy and Fix the Financial System, Londres, Center for Economic Policy Research (CEPR), 2008, pp. 24-25.

²⁸ Para um entendimento mais alargado das entidades que integram estas instâncias regulatórias internacionais, partindo da tripartição em *international financial institutions* (FMI e Banco Mundial), *international agenda setters* (G20 e o Comité de Estabilidade Financeira) e *international financial standard setters* (os quais, além dos mencionados no texto principal, também incluiriam o *International Accounting Standards Board* (IASB) e o *Committee on Payment and Market Infrastructures* (CPMI)), ver Armour, John. *Principles of Financial*, cit., pp. 619-622.

o que devem constituir exigências mínimas no que respeita à supervisão do sistema financeiro, não deixam de ter a natureza de soft law. E ainda que assim não fosse, sempre permaneceria por resolver o problema da ausência de uma instância de supervisão à escala global.

III. Breve comparação da liberalização dos serviços financeiros no contexto do GATS e do CETA

Feito um breve enquadramento das funções e complexidade do sistema financeiro, importa agora analisar os esforços empreendidos no sentido da liberalização dos serviços financeiros, mormente em sede do GATS e do CETA, dando particular atenção ao papel da PCO neste processo. Começarei pelo GATS²⁹ uma vez que, como se verá, as disposições do CETA sobre a mesma matéria são, em boa medida, tributárias do tratamento dos serviços financeiros em sede de GATS30.

Como é sabido, o GATS ocupa-se das medidas adotadas pelos membros da OMC que afetam o comércio de serviços³¹, pelo que é neste contexto - ou seja, enquanto serviço financeiro - que a matéria é tratada no "Anexo sobre Serviços Financeiros"32, o qual constitui uma parte integrante do GATS e, como tal, goza de idêntica força vinculativa³³. A circunstância de os serviços financeiros serem objeto de um Anexo, ao invés de incluídos no texto do GATS, é já de si reveladora da especificidade e complexidade

²⁹ Sobre a introdução da matéria em sede de GATS, ver o comentário ao Anexo sobre os Serviços Financeiros por Von Bogdandy, Armin e Windson, Joseph. WTO - Trade in Services, Max-Planck Commentaries on World Trade Law, vol. 6, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp 622-629.

³⁰ Para uma comparação geral do tratamento dos serviços financeiros no âmbito do GATS, CETA, TTIP e TiSA, ver OHLER, Christoph. "CETA, TTIP, TiSA and Financial Services", in: GRILLER, Steffan et alii (ed.). Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP and TiSA, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 187-201.

³¹ Ver artigo I do GATS.

³² Existe ainda um Segundo Anexo sobre Serviços Financeiros do qual não tratarei, atenta a sua pouca relevância para o tema do presente artigo.

³³ Artigo XXIX do GATS. Sobre esta disposição ver o comentário de Feinäugle, Clemens, in: Wolfrum, Rüdiger et alii. WTO - Trade in Services, Max-Planck Commentaries on World Trade Law, vol. 6, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 565-568.

da matéria, outrossim da indisponibilidade das partes contratantes para a submeterem em bloco às regras gerais do GATS³⁴. A técnica regulatória adotada pelo GATS assenta numa noção muito ampla de serviço financeiro que inclui "any service of a financial nature offered by a financial service supplier of a Member"35 e que é reconduzido a duas grandes categorias: (i) a atividade seguradora e dos serviços financeiros relacionados com seguros (insurance and insurance-related services) e (ii) e a atividade bancária e dos outros serviços financeiros (com exclusão dos seguros). Cada uma destas categorias é depois desenvolvida através de uma lista exemplificativa³⁶ de atividades que se reconduzem a uma das referidas categorias e que, na prática, servem de ponto de referência para os compromissos adotados pelos Estados no contexto da liberalização do setor. O propósito do Anexo sobre Serviços Financeiros é adaptar as regras do GATS à liberalização dos serviços financeiros, visando as medidas que afetem o fornecimento destes serviços (parágrafo 1(a) do Anexo sobre Serviços Financeiros) em qualquer das modalidades previstas no parágrafo 2 do artigo I do GATS37.

Embora o Anexo sobre Serviços Financeiros alargue o âmbito dos serviços abrangidos pelo GATS, é neste que encontramos as traves-mestras do processo de liberalização dos serviços (incluindo os financeiros), as quais assentam na distinção entre (i) obrigações de natureza geral, as

³⁴ Neste sentido e aduzindo também razões práticas no sentido de não sobrecarregar o texto do GATS com matérias excessivamente específicas ver Feinäugle, C. *WTO – Trade in Services*, cit., pp 566-567. Em todo o caso, o GATS inclui igualmente anexos sobre outras matérias 'sensíveis' (embora por razões diversas) para os Estados, como as telecomunicações, o transporte aéreo ou o transporte marítimo.

 $^{^{35}}$ Anexo sobre Serviços Financeiros, parágrafo $5(a)/1.^{a}$ frase. Em todo o caso, os serviços financeiros que envolvam o exercício de *autoridade pública* são excluídos do âmbito do referido Anexo; ver parágrafo 1/(b) do Anexo sobre Serviços Financeiros.

³⁶ A natureza *exemplificativa* da lista parece decorrer quer da letra do referido ponto 5 (desde logo a referência a "*outros serviços financeiros*"), quer da sua função no contexto do Anexo sobre Serviços Financeiros. Neste sentido, ver também WTO, Council for Trade in Services, Committee on Trade in Financial Services, "Background Note by the Secretariat", S/C/W/312S/FIN/W/73, 3 de fevereiro de 2010, p. 6, § 23.

³⁷ Na prática, como refere Ohler, Christoph. "CETA, TTIP, TiSA and Financial Services", cit., p. 190, importarão neste contexto sobretudo a prestação de serviços com caráter transfronteiriço e a prestação de serviços no âmbito do exercício da liberdade de estabelecimento (respetivamente als. a) e c) do parágrafo 2 do artigo I do GATS).

quais vinculam diretamente os Estados (como o princípio da nação mais favorecida consagrado no artigo II do GATS ou as exigências de transparência decorrentes do artigo III do GATS); (ii) compromissos específicos, os quais só vinculam os Estados que os subscrevem e na medida em que o façam (casos do acesso ao mercado e do princípio do tratamento nacional, referidos nos artigos XVI e XVII do GATS)38; e (iii) obrigações gerais com caráter condicional, cuja força vinculativa está dependente (como pressuposto prévio) da adoção de compromissos específicos por parte dos Estados (a exemplo da obrigação de aplicar de forma razoável, objetiva e imparcial a regulação interna referente a serviços abrangidos por compromissos específicos; artigo VI do GATS). O quadro geral do GATS é complementado pelo Acordo sobre Compromissos nos Serviços Financeiros, o qual fornece aos Membros uma listagem de compromissos de adoção voluntária tendo por fito aprofundar a liberalização dos serviços financeiros.

O CETA adota em boa parte a técnica regulatória do GATS, desde logo no que toca ao âmbito de aplicação do capítulo sobre serviços financeiros. Assim, a noção de serviço financeiro (artigo 13.1) é largamente tributária da que se encontra consagrada no Anexo sobre Serviços Financeiros - incluindo a dicotomia (i) atividade seguradora e serviços financeiros relacionados com seguros (insurance and insurance-related services) e (ii) atividade bancária e outros serviços financeiros (com exclusão dos seguros) -, embora a mesma assente numa noção mais restritiva de prestador de serviços financeiros na medida em que, diferentemente do que sucede no GATS, pressupõe que a entidade em causa já se encontre a desenvolver atividade³⁹. Tal como o GATS, também o CETA exclui do âmbito de

³⁸ Como refere Ohler, Christoph. "CETA, TTIP, TiSA and Financial Services", cit., p. 192: "The structure of the GATS grants Members a high degree of flexibility when undertaking specific commitments. They can assume different legal obligations depending on the various service sectors and subsectors and the four modes of supply. The flexibility is furthered by the right to make specific commitments subject to terms, limitations and conditions [...] As a consequence, the specific commitments vary considerably between different sectors, modes of supply, and, of course, Members. The practical result is a strong fragmentation of international legal obligations in these areas or, to put it otherwise, a very complex and uneven matrix of liberalization approaches."

³⁹ Compare-se o parágrafo 5(b) do Anexo sobre Serviços Financeiros com o artigo 13.1 do CETA.

liberalização os serviços financeiros que envolvam o exercício de autoridade pública⁴⁰. Um ponto no qual o CETA diverge da solução adotada no GATS é na aproximação do tratamento dos serviços financeiros às disposições sobre investimento (capítulo 8 do CETA)⁴¹, estendendo a aplicação de um conjunto de normas do capítulo 8 aos serviços financeiros por força do disposto no artigo 13.2/2 a 4 do CETA. Esta dupla qualificação dos serviços financeiros – como *prestação* de serviços financeiros e como *investimento* em serviços financeiros⁴² – implica que a violação de uma obrigação decorrente do capítulo 13, ainda que desprovida de efeito direto no que toca ao prestador de serviços afetado por força do artigo 30.6/1 do CETA, possa ser invocada por um investidor em sede de litígios de investimento⁴³. No entanto, e como veremos, a PCO atenua em boa medida os efeitos desta dupla qualificação na medida em que 'filtra' a litigância que tenha por base medidas fundadas em considerações de ordem prudencial (artigo 13.21 do CETA).

As obrigações substantivas decorrentes do CETA no que toca aos serviços financeiros afiguram-se, em diversos pontos, mais ambiciosas do que as decorrentes do GATS no que toca aos serviços financeiros prestados a partir de um estabelecimento. Assim, é de destacar que os princípios da nação mais favorecida (artigo 13.3 do CETA) e do tratamento nacional (artigo 13.4 do CETA), assim como as obrigações de acesso ao mercado (artigo 13.6 do CETA), revestem a natureza de obrigações *gerais* e de aplicação transversal a todos os serviços financeiros ⁴⁴. Já no domínio dos serviços financeiros transfronteiriços, o princípio do tratamento nacional e as obrigações de acesso ao mercado apenas se aplicam aos compromissos inscritos pelas partes nas respetivas tabelas (artigo 13.7 do CETA).

⁴⁰ Ver artigos 13.1 e 13.17 do CETA.

⁴¹ A solução adotada no CETA aproxima-se da que foi incorporada no capítulo 14 do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio, mais conhecido pela sigla NAFTA (*North-American Free Trade Agreement*).

⁴² Ver artigo 13.2/2/(a) e (b) do CETA.

 $^{^{43}}$ Sobre este ponto, ver Ohler, Christoph. "CETA, TTIP, TiSA and Financial Services", cit., p. 193.

⁴⁴ Em todo o caso, importa ressaltar que o artigo 13.10 do CETA prevê um conjunto amplo de exceções e reservas que permitem às partes manter, prosseguir ou renovar medidas desconformes às obrigações decorrentes do capítulo 13 do CETA.

IV. A PCO no contexto da liberalização dos serviços financeiros

Num estudo publicado em 1997 sobre o papel do GATS na liberalização do setor dos serviços financeiros⁴⁵, a OMC identificou duas áreas de intervenção dos Estados com especial impacto no setor dos serviços financeiros e que permaneceriam ao abrigo do esforço liberalizador do sistema GATS. A primeira destas áreas era a condução da política macroeconómica⁴⁶; e a segunda era, precisamente, a adoção de medidas prudenciais tendo em vista a proteção do sistema financeiro e, em última análise, a estabilidade da economia e o bem-estar dos consumidores. No que respeita às medidas prudenciais, o referido estudo remetia para o parágrafo 2/(a) do Anexo sobre Serviços Financeiros, disposição que consagra a PCO nos seguintes termos:

«(a) Notwithstanding any other provisions of the Agreement, a Member shall not be prevented from taking measures for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system. Where such measures do not conform with the provisions of the Agreement, they shall not be used as a means of avoiding the Member's commitments or obligations under the Agreement.»

A frase inicial ("Notwithstanding any other provisions of the Agreement...") confirma a ideia, já referida, de que a norma em causa não isenta as medidas prudenciais em bloco da aplicação do GATS, antes as exceciona⁴⁷ se e na medida em que as mesmas efetivamente prossigam objetivos prudenciais,

⁴⁵ WTO, "Opening Markets in Financial Services and the Role of the GATS", WTO Special Studies (1997). Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/ special_study_1_e.pdf>, acedido a 30.04.2018.

⁴⁶ Nesta medida, tanto o GATS como o CETA excluem do âmbito de liberalização dos serviços financeiros aqueles que envolvam o exercício de autoridade pública, como sucede tipicamente com os bancos centrais, peças-chave na condução da política macroeconómica.

⁴⁷ Na ausência de precedentes jurisprudenciais na matéria, o entendimento maioritário da Doutrina tem ido no sentido de qualificar a PCO como uma exceção. Para um entendimento diverso que vê na PCO uma isenção, ver CANTORE, Carlo Maria. "'Shelter from the Storm': Exploring the Scope of Application and Legal Function of the GATS Prudential Carve-Out", Journal of World Trade 48, no. 6, 2014, pp. 1223-1246.

complementando assim as exceções já previstas no GATS⁴⁸. Para o efeito a mesma disposição avança com uma lista exemplificativa do que se considera serem medidas que prosseguem objetivos prudenciais, a qual inclui (i) a proteção dos investidores, depositantes, segurados e os beneficiários de obrigações fiduciárias (*persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier*), bem como (ii) a proteção da integridade e estabilidade do sistema financeiro.

Não obstante a manifesta latitude que a PCO deixa aos Estados, a mesma não deixa de estar sujeita a dois tipos de limites. O primeiro respeita à exigência de uma justificação prudencial para as medidas abrangidas pela PCO. Embora o GATS não esclareça o que se deva entender por justificações prudenciais, a densificação do conceito é usualmente feita através da remissão para exemplos de medidas adotadas por razões prudenciais e que incluem, entre outras, requisitos de adequação de capital, deveres de informação, limites impostos à concentração de riscos, requisitos para o exercício de determinada atividade no setor financeiro, etc.⁴⁹. Procurando alargar o conceito para além de referências casuísticas encontraremos nas recomendações e orientações de entidades como o Comité de Basileia sobre Supervisão Bancária, a IOSCO e a IAIS um fundo comum sobre as razões de ordem prudencial que podem estar subjacentes às medidas adotadas ao abrigo da PCO50. Subjacente à intervenção prudencial está, em última análise, a salvaguarda da estabilidade financeira, embora a prossecução deste objetivo possa configurar-se seja como objetivo mediato a prosseguir mediante a salvaguarda da liquidez e solvabilidades das instituições financeiras (nível microprudencial), seja como o objetivo imediato (nível macroprudencial), usualmente associado à prossecução de políticas macroeconómicas.

⁴⁸ Por exemplo, nos artigos XII ("Restrições para a salvaguarda da balança de pagamentos") e XIV ("Exceções gerais") do GATS.

⁴⁹ Neste sentido, embora com um tom crítico que se estende à excessiva indefinição do que sejam justificações prudenciais, ver DE MEESTER, Bart. *Liberalization of Trade*, cit., pp. 208-211. Sobre o conceito de regulação prudencial no contexto da PCO ver também YOKOI-HARAI, Mamiko. "GATS? Prudential Carve-Out in Financial Services and its Relation With Prudential Regulation", *International and Comparative Law Quaterly* vol. 57, julho 2008, pp 613-648, *maxime* pp. 631-638.

⁵⁰ Neste sentido, ver Von Bogdandy, Armin e Windsor, Joseph. *WTO – Trade in Services*, cit., pp 634-636.

O segundo limite decorre da parte final do parágrafo 2/(a) do Anexo sobre Serviços Financeiros, quando no mesmo se refere que as medidas adotadas com base em justificações de ordem prudencial não deverão ser utilizadas como um expediente para os Estados se esquivarem às obrigações impostas, ou aos compromissos assumidos, no âmbito do GATS. O propósito da norma é o de introduzir um teste de razoabilidade o qual, sem chegar ao ponto de exigir que as medidas adotadas sejam necessárias para a prossecução dos objetivos prudenciais⁵¹, impõe ainda assim que a prossecução de tais objetivos seja genuína e que a adoção de medidas não vise, em última análise, a prossecução de políticas protecionistas⁵².

Esta reserva de soberania no domínio da regulação financeira foi também introduzida no texto do CETA, mais especificamente no artigo 13.16. A primeira parte da norma apresenta grandes semelhanças com a norma equivalente incluída no parágrafo 2/(a) do Anexo sobre Serviços Financeiros do GATS, conjugando-a com elementos retirados da redação da PCO incluída em diversos acordos preferenciais de comércio⁵³. Dispõe a norma o seguinte:

"Article 13.16 Prudential carve-out

1. This Agreement does not prevent a Party from adopting or maintaining reasonable measures for prudential reasons, including: (a) the protection of investors, depositors, policy-holders, or persons to whom a financial institution, cross-border financial service supplier, or financial service supplier owes a fiduciary duty; (b) the maintenance of the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of a financial institution, cross-border financial service supplier, or financial service supplier; or (c) ensuring the integrity and stability of a Party's financial system.

⁵¹ Como sucede com as exceções gerais previstas no artigo XIV do GATS.

⁵² Sobre este ponto, ver Von Bogdandy, Armin e Windson, Joseph WTO - Trade in Services, cit., pp 634-636; e também De Meester, Bart. Liberalization of Trade, cit., pp. 211-215.

⁵³ Neste sentido ver EUROPEAN PARLIAMENT – DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, "Financial Services in EU Trade Agreements" (2014), pp. 17-18. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/536300/ IPOL_STU(2014)536300_EN.pdf]>, acedido a 30.04.2018.

- 2. Without prejudice to other means of prudential regulation of cross-border trade in financial services, a Party may require the registration of cross-border financial service suppliers of the other Party and of financial instruments.
- 3. Subject to Articles 13.3 and 13.4, a Party may, for prudential reasons, prohibit a particular financial service or activity. Such a prohibition shall not apply to all financial services or to a complete financial services sub-sector, such as banking."

Decompondo a norma nas suas partes constituintes, constatamos que o n.º 1 avança três justificações alternativas para a adoção ou manutenção em vigor de medidas *razoáveis* justificadas por razões prudenciais, a saber:

- a) a proteção de investidores, depositantes, tomadores dos seguros (policy-holders) ou pessoas beneficiárias de uma relação fiduciária;
- b) a manutenção da segurança, solidez, integridade ou responsabilidade financeira de uma instituição financeira, de um prestador de serviços financeiros transfronteiriços ou de um prestador de serviços financeiros; ou
- c) a salvaguarda da integridade e estabilidade do sistema financeiro de uma parte.

O n.º 2 da mesma norma reconhece a possibilidade de, sem prejuízo de outros instrumentos prudenciais, uma parte exigir o registo de prestadores de serviços financeiros transfronteiriços da outra parte ou de instrumentos financeiros. Por fim, o n.º 3 prevê a possibilidade de uma parte proibir, por razões prudenciais, a prestação de determinando serviço financeiro ou atividade desde que (i) sejam respeitados os princípios do tratamento nacional (artigo 13.3) e da nação mais favorecida (artigo 13.4) e (ii) o âmbito da proibição não abranja *todos* os serviços financeiros, nem se estenda aos serviços financeiros de *todo* um subsetor financeiro (por exemplo o *bancário*).

Quando comparada com a PCO integrada no GATS, a redação adotada pelo CETA apresenta-se mais pormenorizada, o que naturalmente confere maior segurança no âmbito de uma exceção com contornos tão fluídos como a PCO. Acresce que o CETA prevê, no Anexo 13-B, um conjunto de princípios gerais (high-level principles) que visam auxiliar a interpretação e aplicação do conteúdo da PCO. Em todo o caso, e como já sucede noutros

casos, importa ter presente que a PCO apenas exige que as medidas em causa sejam justificadas por razões prudenciais, mas nada se diz quanto à natureza das medidas (as quais podem ser de natureza prudencial ou não). Acresce que as medidas adotadas devem mostrar-se *razoáveis* (artigo 13.16/1 do CETA), qualificação que nos remete não só para a efetiva prossecução de objetivos prudenciais, mas também para a sua prossecução dentro de limites de razoabilidade.

Por fim, e atento o particular enquadramento dos serviços financeiros à luz das disposições sobre investimento (artigo 13.2 do CETA), a resolução de litígios de investimento que envolvam serviços financeiros inclui um mecanismo de 'filtragem' que permite subtrair ao âmbito da resolução de litígios matérias que envolvam a aplicação de medidas abrangidas pela PCO (artigo 13.21 do CETA)⁵⁴.

V. Conclusão

Tratando-se de uma matéria particularmente sensível e que foi objeto de uma profunda reforma na sequência da crise financeira de 2008, compreende-se o alcance e a importância da inclusão da PCO no âmbito do CETA ou, pela mesma ordem de razões, em acordos preferenciais de comércio que incluam no seu âmbito os serviços financeiros. Ao mesmo tempo, as preocupações que a PCO procura salvaguardar não deixam de constituir, em si mesmas, entraves significativos à liberalização do comércio de serviços financeiros. De resto, o papel absolutamente central que é reconhecido à PCO no âmbito do Anexo sobre Serviços Financeiros do GATS⁵⁵, o qual é replicado na arquitetura do capítulo 13 do CETA, afigura-se bem demonstrativo da dimensão e da importância da *exceção* no âmbito dos esforços de liberalização empreendidos. Tal significa que, como de resto

⁵⁴ Sobre este ponto ver EUROPEAN PARLIAMENT – DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, "Financial Services in EU Trade Agreements", cit., pp 19-21. E também EUROPEAN PARLIAMENT – RESEARCH SERVICE, "TTIP and regulation of financial markets", 2015, pp 10-12. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/559494/EPRS_IDA(2015)559494_EN.pdf, acedido a 30.04.2018.

⁵⁵ Neste sentido ver, por exemplo, ver Von Bogdandy, Armin e Windsor, Joseph. *WTO – Trade in Services*, cit., pp 634-636.

tem sido reconhecido por diversos Autores⁵⁶, que dificilmente se avançará na liberalização dos serviços financeiros sem uma prévia coordenação de esforços no domínio regulatório. Neste sentido o artigo VII do GATS⁵⁷ e, de forma mais específica, o artigo 13.5 do CETA, abrem a possibilidade de os Estados reconhecerem medidas prudenciais adotadas por países terceiros, na medida em que se prevê que seja dada à parte a possibilidade de demonstrar a existência de medida prudencial equivalente. Resta saber qual a eficácia desta possibilidade no âmbito do CETA uma vez que, no contexto do GATS, a mesma não tem sido aplicada no âmbito dos serviços financeiros. Perante as limitações decorrentes quer do GATS, quer do CETA, a esperança de que um esforço de coordenação regulatória se venha a materializar parecem deslocar-se para o plano das entidades que têm conduzido esforços de coordenação nas diversas áreas financeiras: o Comité de Basileia, a IOSCO e a IAIS⁵⁸. Esperemos que, para tal, não seja necessário aguardar pela próxima crise financeira...

Referências Bibliográficas

Abreu, Margarida et alii. Economia Monetária e Financeira, 3.ª edição, Lisboa, Escolar Editora, 2018

Armour, John et alii. Principles of Financial Regulation, Oxford, Oxford University Press, 2016

⁵⁶ Neste sentido ver OHLER, Christoph. "CETA, TTIP, TiSA and Financial Services", cit., pp. 199-201.

⁵⁷ O artigo VII do GATS não se refere especificamente aos serviços financeiros; com efeito, dispõe o respetivo n.º 1: "1. For the purposes of the fulfilment, in whole or in part, of its standards or criteria for the authorization, licensing or certification of services suppliers, and subject to the requirements of paragraph 3, a Member may recognize the education or experience obtained, requirements met, or licenses or certifications granted in a particular country. Such recognition, which may be achieved through harmonization or otherwise, may be based upon an agreement or arrangement with the country concerned or may be accorded autonomously."

⁵⁸ Defendendo esta perspetiva, ver OHLER, Christoph. "CETA, TTIP, TiSA and Financial Services", cit., pp. 199-201.

- BALDWIN, Richard. "Preferential Trade Agreements", in: NARLIKAR, Amrita et alii (ed.), The Oxford Handbook on The World Trade Organization, Oxford, Oxford University Press, 2012
- BARBEE, Inu e LESTER, Simon. "Financial Services in the TTIP: Making the Prudential Exception Work", Georgetown Journal of International Law, 2014, vol. 45, pp. 953-970
- BRADLEY, Caroline. "Changing Perceptions of Systemic Risk in Financial Regulation", in: IGLESIAS-RODRÍGUEZ, Pablo et alii (ed.). After the Financial Crisis: Shifting Legal, Economic and Political Pardigms, Palgrave Macmillan, 2016
- Busch, Danny e Ferrarini, Guido (eds.). European Banking Union, Oxford, Oxford University Press, 2015
- CANTORE, Carlo Maria. "Shelter from the Storm': Exploring the Scope of Application and Legal Function of the GATS Prudential Carve-Out", Journal of World Trade 48, no. 6, 2014, pp. 1223-1246
- Cunha, Luís Pedro. "GATT, GATS e serviços financeiros: o caminho percorrido", Boletim de Ciências Económicas, 2016, vol. 59, pp. 433-464
- EICHENGREEN, Barry. "Not a New Bretton Woods but a New Bretton Woods Process", in: Eichengreen, Barry e Richard Baldwin, Richard (eds.). What G20 Leaders Must Do to Stabilise Our Economy and Fix the Financial System, Londres, Center for Economic Policy Research (CEPR), 2008
- ENRIQUES, Luca e GILOTTA, Sergio. "Disclosure and Financial Market Regulation", in: Moloney, Niamh et alii (eds.). The Oxford Handbook of Financial Regulation, Oxford, Oxford University Press, 2015
- EUROPEAN PARLIAMENT DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, "Financial Services in EU Trade Agreements" (2014). Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/536300/ IPOL_STU(2014)536300_EN.pdf]>, acedido a 30.04.2018.
- EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE, "TTIP and regulation of financial markets", 2015, pp 10-12. Disponível em: http://www.europarl.europa. eu/RegData/etudes/IDAN/2015/559494/EPRS_IDA(2015)559494_EN.pdf>, acedido a 30.04.2018.
- GRILLER, Stefan et alii. "Mega-Regional Trade Agreements: New Orientations for EU External Relations?", in: GRILLER, Stefan et alii (ed.). Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP and TiSA, Oxford, Oxford University Press, 2017
- HAAN, Jakob de et alii. Financial Markets and Institutions: A European Perspective, 3.ª edição, Cambridge, Cambridge University Press, 2016

- MASING, Johannes. "Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts", Archiv des öffentlichen Rechts vol. 128, 2003, pp. 558-607
- DE MEESTER, Bart. Liberalization of Trade in Banking Services: An International and European Perspective, Cambridge, Cambridge University Press, 2014
- MISHKIN, F.S e EAKINS, S. G. Financial Markets and Institutions, 8.ª edição, Pearson, 2016
- Morais, Luís Silva. "Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira", Revista de Concorrência & Regulação, Ano V, n.º 17 (Jan/Mar 2014), pp. 99-137.
- Morais, Luís S. Modelos de supervisão financeira em Portugal e no contexto da União Europeia, Lisboa, Banco de Portugal, 2016. Disponível em: https://www.bpor-portugal, 2016. Disponível em: https://www.bpor tugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/estudomodelosupervisao2016. pdf>, acedido a 30.04.2018
- OHLER, Christoph. "CETA, TTIP, TiSA and Financial Services", in: GRILLER, Steffan et alii (ed.). Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP and TiSA, Oxford, Oxford University Press, 2017
- Statman, Meir. Finance for Normal People: How Investors and Markets Behave, Oxford, Oxford University Press, 2017
- TREBILCOCK, Michael J. Advanced Introduction to International Trade Law, Cheltenham, Edward Elgar, 2012
- WILLIAMSON, John. "The Washington Consensus as a Policy Prescription for Development", lecture delivered at the World Bank on January 13, 2004. Disponível em: https://piie.com/publications/papers/williamson0204.pdf, acedido a 30.04.2018
- WOLFRUM, Rüdiger et alii. WTO Trade in Services, Max-Planck Commentaries on World Trade Law, vol. 6, Leiden/Bonston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008
- WTO, "Opening Markets in Financial Services and the Role of the GATS", WTO Special Studies (1997). Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/ booksp_e/special_study_1_e.pdf>, acedido a 30.04.2018
- WTO, Council for Trade in Services, Committee on Trade in Financial Services, "Background Note by the Secretariat", S/C/W/312S/FIN/W/73, 3 de fevereiro de 2010

O Impacto do CETA no Futuro das Políticas Climáticas Europeias

Tiago de Melo Cartaxo*

Resumo: O meio ambiente surge tratado no CETA com o elenco da legislação ambiental, identificada como leis, disposições legislativas ou regulamentares, ou outras medidas juridicamente vinculativas que tenham por objetivo a proteção do ambiente, incluindo a prevenção dos riscos para a saúde ou a vida das pessoas decorrentes de impactes ambientais. Este documento de trabalho pretende analisar os efeitos que os compromissos assumidos pela UE, no âmbito do acordo, podem representar nas opções ambientais e climáticas futuras, bem como a articulação que deverá ser efetuada entre as diretrizes do Acordo de Paris e as disposições do CETA respeitantes ao comércio e ambiente.

Palavras-chave: CETA, comércio, ambiente, alterações climáticas

Abstract: The environment is presented by the CETA through a list of environmental legislation, identified as laws, legislative or regulatory provisions, or other legally binding measures that aim to protect the environment, including the prevention of risks to the health or life of people arising from environmental impacts. This working paper intends to analyze the effects that EU commitments under the mentioned agreement may result for future environmental and climate change options, as well as the possible connections between the guidelines foreseen in the Paris Agreement and the CETA provisions regarding trade and environmental issues.

Palavras-chave: CETA, trade, environment, climate change

^{*} Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; Bolseiro de Doutoramento da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia; Investigador no CEDIS – Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, nas áreas de Direito, Política e Participação; Investigador visitante na *University of Surrey, School of Law.* E-mail: tiagocartaxo@fd.unl.pt

1. Enquadramento

O processo de elaboração e aprovação do acordo económico e comercial abrangente entre o Canadá e a União Europeia (UE), denominado Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)¹, tem vindo a assumir cada vez mais, no âmbito do debate político-institucional entre as partes do acordo (designadamente nos parlamentos nacionais e regionais),² não apenas uma componente económica, mas também um caráter de preocupação com matérias habitualmente desconsideradas neste género de acordos comerciais, de que são exemplos a saúde humana e animal, o ambiente e as próprias relações laborais.

A temática ambiental surge, portanto, especificamente densificada no capítulo 24 do CETA que, sob a epígrafe "comércio e ambiente", estabelece um regime que se densifica, desde a definição do que é considerado, à luz do acordo, legislação ambiental, passando pelo contexto e objetivos, pelas características e os níveis de proteção ou os procedimentos de cooperação, até à resolução de eventuais litígios. A legislação ambiental é, portanto, identificada como leis, disposições legislativas ou regulamentares, ou outras medidas juridicamente vinculativas de uma parte do Acordo que tenham por objetivo a proteção do ambiente, incluindo a prevenção dos riscos para a saúde ou a vida das pessoas decorrentes de impactes ambientais.

Em apreço encontram-se disposições relativas à prevenção, redução ou controlo da libertação, descarga ou emissão de poluentes e contaminantes ambientais, à gestão dos produtos químicos e dos resíduos e à divulgação de informações relativas aos mesmos, a par das normas respeitantes à conservação e proteção da flora e fauna selvagens, incluindo as espécies em vias de extinção e os respetivos habitats, bem com as áreas protegidas.

¹ Todas as referências ao mencionado acordo são baseadas na mais recente versão que foi submetida ao procedimento de aprovação por parte das instituições europeias e votada favoravelmente pelo Parlamento Europeu, no dia 15 de fevereiro de 2017.

² Cfr. Webb, Dominic. "CETA: the EU-Canada free trade agreement", in *Briefing Paper*, House of Commons Library, Number 7492, 3 February 2017, p. 5. Disponível em: http:// researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7492/CBP-7492.pdf>, (acedido a 30.05.2018); e Van Der Loo, Guillaume; Pelkmans, Jacques. "Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?", CEPS Commentary: Thinking Ahead for Europe, Centre for European Policy Studies, 20 October 2016, pp. 1-5.

Ficam, no entanto, excluídas da caracterização como legislação ambiental as medidas determinadas pelas partes do acordo, que sejam relacionadas exclusivamente com a saúde e a segurança de trabalhadores, ou as medidas que tenham por objetivo a gestão da utilização dos recursos naturais para fins de subsistência ou pela população autóctone.

Em todo o caso, através do CETA, as partes, nomeadamente o Canadá, a União Europeia (UE) e os seus Estados-Membros, assumem, de forma expressa, o ambiente como um pilar fundamental do desenvolvimento sustentável e reconhecem o contributo do comércio para tal desidrato.

Simultaneamente, cumpre enfatizar que, num período de implementação do recente Acordo de Paris sobre o Clima, que estabelece a necessidade de uma substancial redução das emissões de gases com efeito de estufa, em especial pelos países mais desenvolvidos, o CETA pode representar, enquanto acordo iminentemente económico e comercial, eventuais dificuldades para a concretização de tais objetivos pelas respetivas partes, designadamente no que concerne às políticas de adaptação às alterações climáticas.

Perante a conclusão do processo de celebração do acordo e a subsequente entrada em vigor do mesmo, tais disposições coexistirão com as já vigentes no acervo europeu e na legislação dos Estados-Membros da UE, em matéria ambiental e climática, bem como com as ulteriores normas e princípios decorrentes da assinatura de outros compromissos de caráter internacional, como é o caso do recente Acordo de Paris sobre o Clima.

O presente texto pretende analisar os efeitos que os compromissos assumidos pela UE e pelos respetivos Estados-Membros, no âmbito do CETA, podem representar nas opções de políticas ambientais e climáticas futuras, bem como a necessária articulação que deverá ser efetuada entre as diretrizes do Acordo de Paris e as disposições do CETA respeitantes ao comércio e ambiente.

Neste sentido, procura-se aqui fazer uma referência às políticas da União Europeia em matéria de clima, bem como os efeitos pós-Acordo de Paris e o específico caso de Portugal. Em seguida, propõe-se uma análise à forma como a temática do meio ambiente se encontra tratada pelo texto do CETA, bem como a respetiva articulação com a realidade europeia e, em especial, a portuguesa.

Acresce que, além da relevância que o CETA (e o debate sobre a forma como o mesmo trata as matérias ambientais e respeitante às alterações climáticas) pode representar na política comercial e no direito económico transatlânticos, este acordo apresenta-se como um primeiro exemplo e/ou referência do que poderia vir a ser, num futuro mais ou menos próximo (dependendo em grande parte das opções da administração norte-americana), o projeto de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento, mais conhecido pela sigla inglesa TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership).3 Ainda que as abordagens europeia e canadiana em matéria ambiental tenham vindo, ao longo dos tempos, a demonstrar ser mais semelhantes entre si do que as opções norte-americanas, sempre mais baseadas na negociação com os particulares e menos na imposição por parte dos organismos públicos de determinados comportamentos.

Cumpre, portanto, identificar, em primeiro lugar, o caminho que a UE e, consequentemente, Portugal têm traçado em matéria de resposta ao fenómeno das alterações climáticas.

2. Políticas climáticas na União Europeia, o efeito pós-Paris e o caso de Portugal

a) Ação climática na União Europeia

Em matéria de políticas de combate, mitigação e adaptação ao fenómeno das alterações climáticas dentro das fronteiras da UE, importa desde logo esclarecer que, para além das opções governativas nacionais, a política climática⁴ apresenta-se como uma área política europeia que, inspirada pelas normas e princípios estabelecidos no art. 191.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), visa evitar o aumento de temperatura por efeito das alterações climáticas e, concomitantemente, reduzir os efeitos negativos desse mesmo aquecimento global.

³ Sobre o tema, cfr. a página da internet da Comissão Europeia dedicada ao TTIP, em: http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/.

⁴ Esta matéria conta aliás, desde 2010, com uma direção-geral (DG Clima) no seio da Comissão Europeia, que coordena e articula as ações daquela instituição europeia no desenvolvimento do combate às alterações climáticas a nível da UE e a nível internacional. Mais informação sobre a atividade desenvolvida pela DG Clima encontra-se disponível em: https:// ec.europa.eu/clima/about-us/mission_pt.

De facto, o mencionado art. 191.º TFUE estabelece, no quarto parágrafo n.º 1, como objetivo da política da UE no domínio do ambiente "a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente, e designadamente a combater as alterações climáticas." Ainda no n.º 4 do mesmo artigo, prevê-se que "[a] União e os Estados-Membros cooperarão, no âmbito das respetivas atribuições, com os países terceiros e as organizações internacionais competentes. As formas de cooperação da União podem ser objeto de acordos entre esta e as partes terceiras interessadas", admitindo-se ainda "a capacidade dos Estados-Membros para negociar nas instâncias internacionais e celebrar acordos internacionais."

Neste sentido, mas numa perspetiva interna da UE, foi estabelecido um roteiro de transição para uma economia "hipocarbónica" competitiva (na mais conhecida expressão em língua inglesa low carbon economy) até ao horizonte de 2050.6 Com efeito, assume-se como ponto de partida da política climática da UE o intitulado Programa Europeu das Alterações Climáticas (European Climate Change Programme), estabelecido em 2000, de molde a permitir a realização dos objetivos do Protocolo de Quioto e contendo como principal medida deste programa o denominado Regime Comunitário de Licenças de Emissão da União Europeia, ou seja, um instrumento de mercado intracomunitário de regulação das emissões de Gases com Efeito de Estufa (GEE) na UE, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2005.7

⁵ Cumprirá outrossim enfatizar a presença das matérias ambientais na alínea e) do n.º 2 do art. 4.º TFUE, no que concerne à competência partilhada entre a UE e os Estados-membros, bem como a referência no Tratado da União Europeia (TUE) ao empenho da UE "no desenvolvimento sustentável da Europa" e "e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente" (art. 3.º, n.º 3 TUE), a par da definição e prossecução de políticas de apoio ao "desenvolvimento sustentável nos planos económico, social e ambiental dos países em desenvolvimento" e de preservação e melhoria da "qualidade do ambiente e [d]a gestão sustentável dos recursos naturais à escala mundial" (art. 21.º, n.º 2, alíneas d) e f) TUE).

⁶ Ver, a este título, o Roteiro de Transição para uma Economia Hipocarbónica Competitiva em 2050, COM(2011) 112 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico a Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 8 de março de 2011 (disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011DC0112).

Obre as alterações climáticas e a regulação de emissões no território europeu, cfr. Bell, Stuart; McGillivray, Donald; Pedersen, Ole W. Environmental Law, 8th edition, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 547-558.

No âmbito da referida temática, a UE aprovara a Diretiva 2003/87/ /CE, de 13 de outubro, que criou o mecanismo de Comércio Europeu de Licenças de Emissão (CELE), e que se encontra atualmente transposta para a ordem jurídica interna pelos Decretos-Leis n. os 38/2013, de 15 de março e 93/2010, de 27 de julho. O primeiro período de aplicação do regime CELE decorreu, por conseguinte, entre 2005 e 2007, tendo sido considerado pela Comissão Europeia como experimental e essencialmente de aprendizagem para a fase subsequente, entre 2008-2012, e que coincidiu já com o período de cumprimento do Protocolo de Quioto.8 A publicação da nova Diretiva CELE, a Diretiva 2009/29/CE, incluída no Pacote Clima Energia, procurou marcar uma mudança considerável das regras para o período entre 2013 e 2020, verificando-se um alargamento do âmbito com a introdução de novos gases e novos sectores, a quantidade total de licenças de emissão determinada a nível comunitário e a atribuição de licenças de emissão com recurso a leilão, mantendo-se marginalmente a atribuição gratuita, feita com recurso a benchmarks definidos a nível europeu.9

A redução dos GEE é, portanto, um caminho que a UE tem vindo a desenvolver de forma crescente. Resta apenas saber quais poderão ser os impactos do processo de saída do Reino Unido da UE (o chamado Brexit), atendendo à histórica influência substancial daquele Estado-Membro na

⁸ Valerá a pena assinalar que a Diretiva CELE sofreu uma alteração relevante pela Diretiva 2008/101/CE, relativa à inclusão do sector Aviação no CELE e que, pela primeira vez, procura abranger um sector de atividade dos transportes, não incluído no Protocolo de Quioto, alargando a aplicação também a operadores de aeronave de países terceiros, ou seja, externos à UE. Em Portugal, a mencionada Diretiva foi transposta pelo já referido Decreto-Lei n.º 93/2010, de 27 de julho, cumprindo enfatizar que o CELE aplicado à aviação começou a vigorar em 1 de janeiro de 2010, não tendo os operadores de proceder à devolução de licenças de emissão nos primeiros dois anos, considerados de "treino". A aplicação efetiva do regime ao sector aviação teve o seu início a 1 de janeiro de 2012. Para uma análise mais aprofundada da referida alteração ao regime, sugere-se uma leitura do Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21 de dezembro de 2011 (pedido de decisão prejudicial do High Court of Justice Queen's Bench Division – Administrative Court do Reino Unido) – The Air Transport Association of America, American Airlines, Inc., Continental Airlines, Inc., United Airlines, Inc./The Secretary of State for Energy and Climate Change, proferida no âmbito do processo C-366/10.

⁹ O organismo público responsável pela coordenação geral do processo CELE em Portugal é, nos termos do disposto na referida legislação vigente, a Agência Portuguesa do Ambiente, I.P. (APA). Para mais informações sobre a matéria, sugere-se a consulta da respetiva página da internet em: https://www.apambiente.pt/>.

definição das normas e das políticas ambientais da UE, em particular no que concerne às matérias de alterações climáticas. 10

b) Efeitos do Acordo de Paris

i) Resultados da 21.ª Conferência das Partes

Mais recentemente, entre os dias 30 de novembro e 11 de dezembro de 2015, realizou-se, na cidade de Paris, a 21.ª Conferência das Partes (COP 21) no âmbito da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas (UNFCCC),¹¹ e 11.^a Conferência das Partes servindo como Reunião das Partes ao abrigo do Protocolo de Quioto (CMP 11), com o objetivo principal de alcançar um acordo climático global que permitisse limitar o aumento da temperatura média global até um máximo de 2º C, comparado com o período pré-industrial, até ao final do século. Este acordo, que ficou conhecido como Acordo de Paris, teve como intenção abranger todas as partes da UNFCCC e assumir-se como ambicioso, duradouro e legalmente vinculativo.

Para tal foi necessária uma mudança de paradigma no âmbito da UNFCCC e, em particular, face ao Protocolo de Quioto, onde se encontra inscrita uma distinção bastante vincada entre os compromissos assumidos pelos países desenvolvidos e os países em desenvolvimento. O Acordo de Paris, que acabou por ser assinado em 22 de abril de 2016, acomodou a evolução das circunstâncias nacionais das partes, numa perspetiva de progressão do nível de compromisso de cada país. Passou, deste modo, a assumir natureza diferente do próprio Protocolo de Quioto, estabelecendo uma arquitetura de mais longo prazo, onde todas as partes se sentissem integradas e confortáveis em participar.

¹⁰ Ver, a este título, ROCK, Nicholas; HEDLEY, Adam e WILMANN, Claire. "Brexit: Implications for Environmental Law", Mondaq Business Briefing (October 11, 2016). Disponível em: http://www.mondaq.com/uk/x/534396/Climate+Change/Brexit+Implications+For+E nvironmental+Law> (acedido a 30.05.2018)

¹¹ Opta-se, no presente texto, por adotar a sigla em língua inglesa, referente à United Nations Framework Convention on Climate Change.

A principal prioridade para a UE e para Portugal foi, contudo, assegurar o dinamismo e ambição do Acordo de Paris, mediante um mecanismo de aumento de ambição das obrigações que possibilitasse a atualização, por parte de todos os países, dos seus compromissos de mitigação para períodos de acordo futuros. Assim, é um processo que deverá ocorrer em ciclos de 5 anos para todas as partes, independentemente da duração do compromisso que assumam¹², sem retrocesso (individual e coletivo) no nível de ambição já inscrito no Acordo de Paris.

ii) Um novo compromisso internacional

Por conseguinte, o Acordo de Paris procura proporcionar confiança no compromisso de todas as partes num futuro de baixo carbono que melhore a resiliência e reduza a vulnerabilidade das sociedades às alterações climáticas.

Sobre o conteúdo jurídico do Acordo de Paris, cumpre enfatizar o entendimento de Tiago Antunes, que considera que:

"[n]ão se trata de um compromisso estritamente político, nem de um gentlemen's agreement, nem de uma mera proclamação de intenções ou de um exemplo de soft law. Trata-se, sim, de um instrumento jurídico devidamente formalizado e gerador de obrigações internacionais, mediante um processo que se iniciará em 22 de abril de 2016, em Nova Iorque, com a abertura do Acordo de Paris a assinatura, seguindo-se as formalidades constitucionais necessárias à vinculação a cada Estado (que, em muitos casos, implicarão um processo de ratificação), com vista à respectiva entrada em vigor (que ocorrerá após a vinculação de 55 Estados que representem pelo menos 55% das emissões mundiais de gases com efeito de estufa) e produção de efeitos jurídicos a partir de 2020."13

Neste sentido, verificou-se um nível de empenho e de envolvimento político sem precedentes. Um total de 197 partes, responsáveis por mais

¹² Por exemplo o compromisso assumido pela UE e por Portugal tem o horizonte de 2030.

¹³ Antunes, Tiago. "We'll always have Paris... Breve análise do acordo climático negociado na COP 21 (Acordo de Paris)", in: MIRANDA, Jorge e AMADO GOMES, Carla (coord.). Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, Vol. 6, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2016, pp. 3-18.

de 97% das emissões globais, submeteram o seu compromisso nacional ou contribuição nacionalmente determinada – a chamada INDC (*Intended Nationally Determined Contribution*) – às Nações Unidas (ONU). Estes compromissos formam um ponto de partida de extrema importância para a redução global de emissões de GEE, apesar do seu valor agregado não se assumir ainda como suficiente para alcançar o objetivo estabelecido de 2º C.

O Acordo de Paris visa, portanto, alcançar a descarbonização das economias mundiais e estabelecer o objetivo de limitar o aumento da temperatura média global a níveis bem abaixo dos 2º C acima dos níveis pré-industriais e prosseguir esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5º C, reconhecendo que tal caminho reduzirá significativamente os riscos e impactos das alterações climáticas no presente e no futuro do planeta, das espécies e das diferentes gerações humanas que nele habitam e habitarão.

Ficou, neste sentido, definido que o Acordo de Paris entraria em vigor 30 dias depois da data em que pelo menos 55 países representando pelo menos 55% das emissões de Gases com Efeito de Estufa (GEE) depositassem os respetivos instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão.

A 21 de setembro de 2016, já 60 países haviam ratificado o Acordo de Paris, superando assim a primeira parte do critério estabelecido e, no dia 5 de outubro de 2016, menos de um ano depois da adoção do Acordo de Paris, a ratificação da UE e alguns dos seus Estados-membros, incluindo Portugal, permitiu alcançar o limiar estabelecido para a entrada em vigor do Acordo de Paris com a superação da segunda parte do critério. 15

Com a entrada em vigor do Acordo de Paris no dia 4 de novembro de 2016, a primeira sessão da Conferência das Partes servindo de Reunião das Partes ao abrigo do Acordo de Paris (CMA 1) teve lugar em Marraquexe, em conjunto com a COP 22 e a CMP 12. A CMA 1 passou a ser o órgão ao abrigo do qual são tomadas as decisões relativas à implementação do Acordo de Paris e Portugal integra o conjunto de países que são, desde a primeira hora, Partes de plenos direitos (e deveres) no âmbito do Acordo de Paris.

¹⁴ Mais informação sobre as INDC encontra-se disponível na página da internet da UNFCCC, em: http://unfccc.int/focus/ndc_registry/items/9433.php.

Atualmente, 133 partes ratificaram ou aderiram ao Acordo de Paris, incluindo estados como a China, os Estados Unidos da América (ambos a 3 de setembro de 2016) e a Índia (2 de outubro de 2016), que representam cerca de 42% do valor total de GEE emitido pelos estados signatários.

O Acordo de Paris representa uma mudança de paradigma na implementação da Convenção Quadro para as Alterações Climáticas, com o reconhecimento explícito de que apenas com o contributo de todos é possível vencer o desafio das alterações climáticas. Este acordo renova a esperança no multilateralismo e aponta para a necessidade de uma profunda descarbonização profunda da economia mundial. Ao estabelecer uma nova arquitetura para o combate às alterações climáticas, o Acordo de Paris, que procurou assumir-se como verdadeiramente global, equilibrado, justo, ambicioso e duradouro, dá confiança e previsibilidade para uma trajetória global de baixo carbono que melhore a resiliência e reduza a vulnerabilidade das sociedades às alterações climáticas.

iii) As Seguintes Conferências das Partes

Na sequência da entrada em vigor do Acordo de Paris, teve lugar em Marraquexe, Marrocos, a 22.ª Conferência das Partes da Convenção Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas (COP 22). Esperava-se que a COP 22 ficasse particularmente marcada pelo forte momentum político que continua a existir em torno do Acordo de Paris, já que a sua rápida ratificação por um grande número de partes e entrada em vigor a 4 de novembro determinaram que a 1.ª Reunião das Partes do Acordo de Paris (CMA 1) se realizasse já em 2016, menos de um ano depois da adoção do acordo na COP 21.

A referida COP contou ainda com um vasto programa de trabalhos em que se prosseguiram as negociações das regras, procedimentos e orientações para a implementação do Acordo de Paris. Eram expectáveis alguns progressos substantivos, embora não ainda relevantes decisões finais. O financiamento para o combate às alterações climáticas e um programa de iniciativas ligadas à ação climática pré-2020 seriam outros tópicos de grande destaque durante os trabalhos da COP 22, que terminou sob um ambiente político agitado, assolada pelos resultados das eleições presidenciais norte--americanas, que culminaram com a eleição de Donald J. Trump como novo presidente dos Estados Unidos para um mandato, pelo menos, até 2021. 16

¹⁶ Donald J. Trump, por diversas vezes, demonstrou publicamente o seu descontentamento com a política climática do anterior presidente Barack Obama, tendo chegado a admitir nas

Em todo o caso, as partes adotaram um número total de 35 decisões que, na sua maioria, foram relacionadas com a aplicação do Acordo de Paris, fixando o limite de 2018 como o prazo para o desenvolvimento de um rulebook para a implementação do mencionado acordo, com base em princípios de transparência e responsabilidade. As partes decidiram ainda colocar o Fundo de Adaptação, criado em 2001, à disposição para servir os objetivos e ações previstos no acordo, tendo sido ainda adotado um plano de trabalho de cinco anos para o Mecanismo Internacional de Varsóvia para Perdas e Danos.

Ainda na COP 22, foi aprovada pelas partes a denominada Proclamação de Ação de Marraquexe, que reafirma o empenho de todos na aplicação do Acordo de Paris, tendo sido também estabelecida a Parceria de Marraquexe para a Ação Global sobre o Clima, que se concretiza numa plataforma que procurará facilitar o envolvimento de atores não estaduais na ação climática pré-2020, por meio de um roadmap estabelecido entre as partes.¹⁷

Paralelamente às negociações formais, o Climate Vulnerable Forum, constituído por um grupo de 48 países em desenvolvimento, declarou sua intenção de implementar nos seus territórios soluções energéticas de origem em fontes 100% renováveis, entre 2030 e 2050. Por fim, o Canadá, 18 a

redes sociais, através de um tweet, que o conceito de "aquecimento global" teria sido uma criação externa para tornar a indústria norte-americana menos competitiva. Cfr. na rede social Twitter: https://twitter.com/realDonaldTrump/status/265895292191248385. Mais recentemente, em junho de 2017, o presidente norte-americano proferiu declarações públicas, assumindo que os Estados Unidos se preparam para abandonar o Acordo de Paris. Cfr. na página oficial da Casa Branca: https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/06/01/ statement-president-trump-paris-climate-accord>.

Disponível em: https://unfccc.int/climate-action/marrakech-partnership-for-global- -climate-action>, acedido a (30.05.2018).

¹⁸ Importa, neste caso particular, a referência ao Canadá. A respetiva apresentação de uma estratégia de descarbonização demonstra, efetivamente, uma especial preocupação com a matéria ambiental e climática por parte deste estado e, como tal, é suscetível de permitir eventuais conclusões de que, também no âmbito do CETA, procurará o Canadá seguir um caminho semelhante de promover a proteção do ambiente, em conjunto com a UE que, com base em todo o acervo já aprovado em matéria ambiental e climática, tem promovido um importante desenvolvimento do direito ambiental europeu e das próprias legislações dos Estados-membros, ainda que subsista sempre muito por fazer. Contudo, estes são já alguns passos que demonstram uma preocupação, mesmo que, em alguns casos, de cariz meramente programático e com insuficiente efetividade.

Alemanha, o México e os Estados Unidos da América (ainda sob a administração Obama) apresentaram estratégias para descarbonizar a suas economias em 2050, tendo diversos outros países manifestado procurar seguir as referidas intenções. 19

Esperava-se que a conferência seguinte pudesse vir a assumir especial relevância, particularmente no que respeitava ao cumprimento e implementação do Acordo de Paris e da própria UNFCCC, bem como à forma através da qual a comunidade internacional iria lidar com a mais recente posição dos Estados Unidos. No entanto, das chamadas COP 23, CMP 13 e CMA 1-2, que se realizaram em Bona, no mês de novembro de 2017, resultou não mais do que a conclusão de elaborar um documento especificando algumas normas para a implementação do Acordo de Paris e que apenas virá a ser aprovado na próxima Cimeira do Clima (COP24), entre 3 e 14 de dezembro de 2018, na cidade de Katowice, na Polónia. Tal documento representa, portanto, um mero esboço para as opções de redução de emissões, transferência de tecnologia e meios financeiros para os estados em desenvolvimento, assim como para padrões globais de contabilização das emissões, e manter-se-á em discussão até ao próximo encontro oficial das partes.²⁰

c) Ação climática em Portugal

No que diz respeito à posição portuguesa, e enquadrando, desde logo, a consagração no n.º 1 do art. 66.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) do direito dos cidadãos "a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado",21 importará enfatizar que, após a conclusão

¹⁹ Mais informação sobre os trabalhos, resultados e conclusões da Conferência de Marraquexe encontra-se disponível na página da internet da UNFCCC, em: http://unfccc. int/meetings/marrakech_nov_2016/meeting/9567.php>, acedido a (30.05.2018).

²⁰ Toda a informação relativa à Conferência de Bona, respetivas sessões prévias e posteriores, encontra-se disponível na página da internet da UNFCCC, em: http://newsroom. unfccc.int/cop-23-bonn/>, acedido a (30.05.2018).

²¹ Com relevância para a matéria em apreço, cumpre recordar que o n.º 2 do art. 66.º da CRP estabelece ainda que, para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, o estado está obrigado a, "por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:

a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;

com sucesso do primeiro período de cumprimento do Protocolo de Quioto, ao limitar o aumento de emissões no período 2008-2012 a 20% face a aos valores de 1990, superando assim o desempenho a que estava vinculado, uma vez que o Protocolo de Quioto permitia o aumento das emissões até um máximo de 27%, Portugal tem vindo a trabalhar em diversas frentes no que diz respeito a desafios futuros.

Em primeiro lugar, ratificou a emenda do Protocolo de Quioto para o período 2013-2020 e encontra-se em linha para o cumprimento das metas estabelecidas para 2020 no âmbito da UE e do 2.º período de cumprimento do mencionado Protocolo de Quioto para 2013-2020.

No que concerne à contribuição nacional de INDC, Portugal apresentou, no âmbito submissão conjunta da UE, através da Letónia, a respetiva contribuição, procurando cumprir atempadamente as disposições de implementação da UNFCCC e do Acordo de Paris. Assim, de acordo com o instrumento de submissão apresentado em 6 de março de 2015, a UE comprometeu-se a proceder a uma redução de, pelo menos, 40% dos valores domésticos de emissões de GEE (comparados com os valores de 1990), no período entre 1 de janeiro de 2012 e 31 de dezembro de 2030.²²

b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correta localização das atividades, um equilibrado desenvolvimento socioeconómico e a valorização da paisagem;

c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;

d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;

e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitetónico e da proteção das zonas históricas;

f) Promover a integração de objetivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial;

g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; e

h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com proteção do ambiente e qualidade de vida."

²² A este título, sugere-se a consulta aos instrumentos de submissão das partes, disponíveis na plataforma de submissão INDC, em: http://www4.unfccc.int/Submissions/INDC/ Submission%20Pages/submissions.aspx>. Ainda no que concerne aos valores de INDC, mas

Relativamente aos valores de emissões nacionais, cumpre ainda salientar que, em maio de 2015, Portugal iniciou o seu percurso de alinhamento com os objetivos europeus e internacionais, estabelecendo metas de redução de emissões nacionais para 2030 (reduções totais de 30-40% face a 2005) e um Quadro Estratégico de Política Climática no horizonte 2020-2030 (QEPiC), integrando o Programa Nacional para as Alterações Climáticas 2020/2030 (PNAC 2020/2030) e a nova Estratégia Nacional de Adaptação às Alterações Climáticas 2020 (ENAAC 2020), aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 56/2015, de 30 de julho.²³ Foi ainda restruturado o Sistema Nacional de Inventário de Emissões por Fontes e Remoções por Sumidouros de Poluentes Atmosféricos (SNIERPA), através da Resolução de Conselho de Ministros n.º 20/2015, de 14 de abril, e já em 2016 foi também criado o Sistema Nacional para Políticas e Medidas (SPeM), pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2016, de 26 de agosto.

Portugal tem vindo ainda a desenvolver, desde 2010, diversos programas de cooperação com países Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), especialmente centrados nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP) e Timor-Leste, sobretudo para projetos de capacitação com incidência quer para mitigação quer para adaptação às alterações climáticas, tendo até ao momento comprometido cerca de 17,5 milhões de euros, e tem, simultaneamente, procurado promover a dinamização do papel da CPLP na temática alterações climáticas, através de um Memorando de Entendimento que prevê uma contribuição para o Fundo Especial da CPLP com o objetivo de reforçar a capacitação institucional nos PALOP e Timor-Leste.

Mais acresce que outro relevante passo dado por Portugal em matéria climática prende-se com a contribuição, mediante acordo celebrado em 2015, de 2 milhões de euros para o Fundo Verde do Clima (Green Climate Fund), que foi constituído durante a COP-16, realizada no México em 2010, e que se assume como o mecanismo financeiro por excelência, no âmbito da UNFCCC (e também agora do Acordo de Paris), para a promoção e

agora relativamente aos dados submetidos pelo Canadá, em 15 de maio de 2015, a respetiva previsão é a de redução dos mesmos, até 2030, em 30% relativamente aos valores de 2005.

²³ Sobre a ENAAC, enquanto programa de ação conformador da política de ambiente, ver Gomes, Carla Amado. Introdução ao Direito do Ambiente, 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 102-105.

implementação de práticas de adaptação, mitigação e combate às alterações climáticas.²⁴

3. Comércio e ambiente no âmbito do CETA

a) O CETA e o Desenvolvimento Sustentável

Antes de uma análise sobre as matérias ambientais e relacionadas com o tema das alterações climáticas, cumpre efetuar uma breve apreciação do capítulo 22 do CETA que, dedicando-se à temática do "Comércio e Desenvolvimento Sustentável", 25 vem reconhecer a importância dos princípios assumidos, ao longo das últimas décadas, nos diversos instrumentos internacionais, como a Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento de 1992, a Agenda 21 sobre Ambiente e Desenvolvimento de 1992, a Declaração de Joanesburgo sobre o Desenvolvimento Sustentável de 2002 e o Plano de Implementação da Cimeira Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável de 2002. Simultaneamente, as partes reconhecem uma relação de interdependência e reforço mútuo entre os elementos de desenvolvimento económico e social e proteção ambiental como componentes do desenvolvimento sustentável, reafirmando um compromisso com o bem-estar das gerações presentes e futuras (n.º 1 do art. 22.1 CETA).

Ainda em matéria de desenvolvimento sustentável, o CETA procura, nos n.ºs 2 e 3 do art. 22.1, reiterar a ênfase atribuída à relação entre os capítulos 23 e 24, dedicados respetivamente aos temas "Comércio e Trabalho" e "Comércio e Ambiente". Cumpre também, nesta sede, referir preocupação demonstrada no acordo com a necessidade de garantir que os

O acordo encontra-se disponível na página da internet do Fundo Verde do Clima, em: https://www.greenclimate.fund/documents/20182/40672/2015_-_Portugal.pdf/3a09ef76-791d-41f1-b977-cdbd902129b7.

²⁵ A propósito do mencionado conceito de desenvolvimento sustentável, importa recordar a definição que decorre do relatório da Comissão Brundtland – *World Commission on Environment and Development* (WCED), de 1987, intitulado *Our Common Future*, que esclarece que: "desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem [às] suas próprias necessidades." Em língua portuguesa, ver Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso Futuro Comum*, 2.ª edição, Editora da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, 1991, p. 46.

processos são transparentes, enquanto elementos capazes de favorecer a participação pública e a informação dos cidadãos, nos termos do art. 22.2 – "Transparência" –, do próprio capítulo 27 (com a mesma epígrafe), mas também dos arts. 23.6 e 24.7 (ambos com a epígrafe "Participação e Consciencialização Públicas").

Além de ficar assumido no acordo um compromisso de cooperação entre as partes para a promoção de um comércio que assegure e garanta o desenvolvimento sustentável (art. 22.3), deverá ser outrossim enfatizada a previsão de mecanismos institucionais, designadamente através da criação de um Comité do Comércio e Desenvolvimento Sustentável, composta por altos representantes das partes, no âmbito dos comités especializados e nos termos do disposto nos arts. 22.4 e 26.2.1, alínea (g). Mais acresce que se encontra prevista no art. 22.5 a criação de um Fórum da Sociedade Civil, composto por representantes de organizações da sociedade civil estabelecidos nos territórios das partes, de molde a permitir um diálogo alargado no âmbito do CETA sobre as matérias relacionadas com o desenvolvimento sustentável.

b) O CETA, o Ambiente e as Alterações Climáticas

As disposições do capítulo 24 do acordo são dedicadas à área do ambiente e começam por reconhecer aquilo em que consiste a legislação ambiental, que é identificada como leis, disposições legislativas ou regulamentares, ou outras medidas juridicamente vinculativas de uma parte do acordo que tenham por objetivo a proteção do ambiente, incluindo a prevenção dos riscos para a saúde ou a vida das pessoas decorrentes de impactes ambientais (art. 24.1).

Em apreço encontram-se disposições relativas à prevenção, redução ou controlo da libertação, descarga ou emissão de poluentes e contaminantes ambientais, à gestão dos produtos químicos e dos resíduos e à divulgação de informações relativas aos mesmos, a par das normas respeitantes à conservação e proteção da flora e fauna selvagens, incluindo as espécies em vias de extinção e os respetivos habitats, bem com as áreas protegidas.

Ficam, no entanto, excluídas da caracterização como legislação ambiental as medidas determinadas pelas partes do CETA que sejam relacionadas exclusivamente com a saúde e a segurança de trabalhadores, ou as medidas que tenham por objetivo a gestão da utilização dos recursos naturais para fins de subsistência ou pela população autóctone.

No art. 24.2, as partes reconhecem o ambiente como pilar fundamental do desenvolvimento sustentável, tal como o contributo que o comércio pode garantir à promoção desse mesmo desenvolvimento sustentável, que surge como objetivo essencial da cooperação entre as partes, a par do reforço da governação ambiental, do cumprimento dos acordos internacionais sobre o ambiente de que são partes e de um trabalho de desenvolvimento complementar dos objetivos do próprio CETA.

As partes do acordo reconhecem ainda o direito de definir as respetivas prioridades ambientais, estabelecer os seus níveis de proteção ambiental e adotar ou modificar as suas leis e políticas em conformidade e de forma consistente com os acordos ambientais multilaterais de que são partes e também com o CETA (art. 24.3). Cada parte procurará também, de tal modo, assegurar que essas leis e políticas prevejam e incentivem níveis elevados de proteção ambiental, esforçando-se por continuar a melhorar tais leis e políticas e os referidos níveis subjacentes de proteção.

No âmbito do art. 24.4, é atribuído um relevante valor à governação e aos acordos internacionais em matéria de ambiente como resposta da comunidade internacional às problemáticas, enfatizando-se a necessidade de reforçar uma interdependência entre as políticas, as regras e as medidas relativas ao comércio e ao ambiente. Contudo, as partes comprometem-se a implementar, de forma efetiva, a legislação e as políticas que cumpram os acordos internacionais ambientais de que sejam parte, o que acaba por se concretizar, através da letra do acordo (n.º 2 do art. 24.4), no sobejamente conhecido e generalizadamente aceite princípio internacional pacta sunt servanda.

De acordo com o disposto no n.º 4 do mesmo art. 24.4, podem as partes, em todo o caso, recorrer às exceções gerais previstas no art. 28.3 em relação a medidas ambientais, incluindo as identificadas em acordos internacionais ambientais, designadamente quando esteja em causa a necessidade de proteger a vida humana, animal ou vegetal ou a saúde.

Ainda assim, uma assunção que se consubstancia de extrema importância no CETA, em matéria de ambiente, vem a ser o reconhecimento da manutenção dos níveis de proteção, i.e. nos termos do disposto no n.º 1 do art. 24.5, as partes consideram inadequado encorajar o comércio ou o investimento através da redução dos níveis de proteção previstos na

legislação ambiental em vigor no território de cada parte do acordo. Em rigor, o que se encontra em apreço nesta previsão é a proibição do chamado "retrocesso ambiental" na legislação e nas políticas públicas das partes.²⁶ Ou seja, o impedimento de que as partes do CETA sejam, de alguma maneira, forçadas pelo acordo ou pelas obrigações decorrentes do mesmo a reduzir o acervo e a força das normas e medidas de proteção ambiental em vigor nos seus territórios.

Existem, entretanto, outras disposições do acordo que importará referir, designadamente o compromisso das partes em assegurar o acesso a recursos e garantias processuais em matéria ambiental (art. 24.6), a par da disponibilização de informação e sensibilização do público (art. 24.7), tal como a utilização de informação científica e técnica na fundamentação dos procedimentos decisórios (art. 24.8), seguindo aliás todas estas normas os pressupostos da conhecida Convenção de Aarhus.²⁷

Nos termos do art. 24.9, as partes do CETA reiteram envidar os necessários esforços para facilitar e promover o comércio e o investimento em bens e serviços ambientais, designadamente através da redução das barreiras não pautais relacionadas com esses bens e serviços (n.º 1), bem como prestar especial atenção à facilitação da eliminação dos obstáculos ao comércio ou ao investimento em bens e serviços de particular importância para a mitigação das alterações climáticas e, em particular, o comércio ou o investimento em bens de energia renovável e serviços conexos (n.º 2). É exatamente neste mesmo espírito que o acordo procura tratar o comércio

 $^{^{26}\,}$ Sobre os fundamentos da proibição do retrocesso ambiental, ver Aragão, Alexandra. "Desenvolvimento sustentável em tempo de crise e em maré de simplificação. Fundamento e limites da proibição de retrocesso ambiental", in: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonatas e Loureiro, João Carlos (org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. IV, Stvdia Ivridica 105, Ad Honorem - 6, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 43-90.

²⁷ Convenção da Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas (CEE/ONU) sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, adotada em 25 de junho de 1998, na cidade dinamarquesa de Aarhus, durante a 4.ª Conferência Ministerial "Ambiente para a Europa", e que entrou em vigor em 30 de outubro de 2001, concluído o processo de ratificação por 16 países membros da CEE/ONU e pela União Europeia, conforme previsto no art. 20.º. A Convenção estabelece como seus objetivos (i) o acesso à informação, (ii) a participação do público em processos de decisão e (iii) o acesso à justiça.

de produtos florestais (art. 24.10), o comércio de produtos de pesca e de aquicultura (art. 24.11), encorajando os métodos de cultura sustentável e os mecanismos de monitorização e adotando uma conduta de combate ao comércio ilegal (*IUU – illegal, unreported and unregulated*) daqueles produtos.

A cooperação entre as partes em matéria ambiental relacionada com o comércio, prevista no art. 24.12, representa uma das pedras de toque do capítulo 24, atendendo a que as mesmas se comprometem aprestar uma atenção especial e desenvolver uma estreita colaboração nas mais diversas áreas e procedimentos, desde o acompanhamento do impacto potencial do CETA no ambiente e as formas de o reforçar, prevenir ou atenuar, tendo em conta procedimentos de avaliação de impacte ambiental (AIA) levados a cabo pelas partes (a), à promoção da gestão do ciclo de vida dos bens, incluindo a contabilização do carbono e a gestão em fim de vida, alargamento da responsabilidade do produtor, reciclagem e redução de resíduos e outras boas práticas (h), passando por aspetos relacionados com o comércio nos regimes internacionais de alterações climáticas, bem como políticas e programas climáticos nacionais relacionados com a mitigação e adaptação, incluindo questões relacionadas com os mercados de carbono, formas de abordar os efeitos adversos do comércio sobre o clima, tal como promover a eficiência energética e o desenvolvimento e implantação de tecnologias com baixo teor de carbono e outras (e).28

Ênfase deverá ser ainda atribuída à previsão de mecanismos institucionais, no art. 24.13, que incluem a atribuição a um organismo público (como "ponto de contacto") das competências relacionadas com programas e atividades de cooperação, de acordo com o art. 24.12, a receção de requerimentos e comunicações do público, nos termos do art. 24.7.3, e as informações a prestar às outras partes, ao painel de peritos previsto no art. 24.15 e ao próprio público.

Encontra-se ainda previsto, no art. 24.14, a possibilidade das partes do CETA solicitarem a realização de consultas a outras partes relativamente a qualquer questão decorrente do capítulo 24, enviando um pedido por escrito ao ponto de contacto da outra parte e devendo a mesma apresentar

²⁸ A propósito da implantação das mencionadas tecnologias, recorde-se o já referido fenómeno da "descarbonização", que surge definido como objetivo comum, tanto no âmbito da legislação geral europeia como a nacional dos próprios Estados-membros.

claramente o assunto no pedido, identificar as questões em apreço e fornecer um breve resumo de quaisquer reivindicações sob o referido capítulo (n.º 1).

As partes têm ainda, nos termos do disposto no art. 24.15, o direito de solicitar, para qualquer questão que não seja abordada de forma satisfatória através de consultas ao abrigo do art. 24.14, que um Painel de Peritos, composto por três membros, seja convocado para examinar a matéria, através de pedido escrito ao ponto de contacto da outra parte, sendo que apenas poderá efetuar tal pedido num prazo de 90 dias após a receção da resposta ao pedido de consulta nos termos do art. 24.14.1.

O capítulo do CETA dedicado à matéria ambiental termina com disposições respeitantes à resolução de litígios (art. 24.16), que estabelece que, no caso de qualquer controvérsia surgida ao abrigo do mencionado capítulo, as partes apenas podem recorrer às regras e procedimentos previstos no mesmo (n.º 1), devendo as partes esforçar-se por chegar a uma resolução mutuamente satisfatória e podendo, a qualquer momento, recorrer a bons ofícios, conciliação ou mediação para resolver o litígio (n.º 2).

Verifica-se, portanto, que, embora se tenha procurado densificar bastante um regime ambiental ao abrigo do CETA, a verdade é que, da análise das diversas disposições acima apresentadas, o caráter de enforcement relacionado com as matérias de ambiente e alterações climáticas fica substancialmente aquém do aguardado, para um instrumento que - até por ser celebrado entre a UE e o Canadá (e não os Estados Unidos) - se esperava mais inovador, para preparar o direito interno e a governação das partes para aquela que terá, necessariamente, de ser a era do desenvolvimento sustentável.²⁹

4. Articulação do CETA com as políticas europeias e nacionais

Cumprirá, a este ponto, notar que na perspetiva da Comissão Europeia, o CETA apresenta como vantagens as seguintes: (i) ajuda a gerar crescimento e postos de trabalho com melhor remuneração; (ii) cria condições de concorrência equitativas para as pequenas e grandes empresas europeias; (iii) reduz os preços e alarga a oferta dos consumidores europeus; (iv) reduz os direitos aduaneiros para os exportadores e os importadores;

²⁹ Sobre esta temática, ver SACHS, Jeffrey D. The Age of Sustainable Development, New York, Columbia University Press, 2015, pp. 481-511.

(v) reduz os custos para as empresas da UE – sem comprometer as normas; (vi) permite às empresas da UE vender serviços no Canadá; (vii) permite que as empresas da UE concorram aos contratos públicos no Canadá; (viii) ajuda as comunidades rurais da Europa a comercializar bebidas e produtos alimentares tipicamente europeus; (xix) protege os inovadores e os artistas europeus; (x) estabelece o reconhecimento mútuo das qualificações profissionais; (xi) encoraja as empresas canadianas a investir mais na Europa; e (xii) protege os direitos das pessoas no trabalho e o meio ambiente.30

Porém, diversas são as críticas que podem surgir em matéria ambiental aquando da elaboração e celebração de um acordo internacional de pendor económico. Na verdade, a célebre e histórica discussão do desenvolvimento sustentável³¹ sobre se deve a economia prevalecer sobre os valores naturais e a qualidade de vida das populações (de hoje e de amanhã) é uma temática que sempre estará presente ao longo dos procedimentos de aprovação de acordos com estas características.

A dúvida que se coloca, em tais momentos, é exatamente a de compreender em que medida deve ser efetuada a ponderação entre a proteção ambiental e a promoção do aproveitamento dos recursos a favor das populações e do desenvolvimento económico. Em rigor, estarão em causa dois momentos a ponderar: a garantia de um ambiente fruível e de qualidade para as gerações futuras ou o bem-estar e a subsistência (por vezes, a sobrevivência) das gerações presentes – um conflito que acaba por redundar no próprio conceito de sustentabilidade.32

Deste modo, questões como a dicotomia entre comércio e ambiente, a possibilidade de permitir que as empresas desafiem as normas e princípios de proteção ambiental, a eventual promoção de legislação ambiental moldada pelas empresas (e em especial as grandes multinacionais), o possível encorajamento de uma agricultura com emissões de alto teor de carbono ou a contingência de um volte-face na redução do recurso a combustíveis

³⁰ Cfr. Comissão Europeia, O Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre a União Europeia e o Canadá: Vantagens do CETA, União Europeia, 2016.

³¹ Ainda em tema de sustentabilidade, sugere-se a leitura de Canotilho, José Joaquim Gomes. "O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional", Revista de Estudos Politécnicos, vol. VIII, 13, 2010, pp. 7-18.

³² Sobre este conceito, ver Bosselmann, Klaus. The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance, 2nd Ed., Routledge, London, 2016, pp. 54-101.

fósseis são sempre temas que ocupam a ordem do dia nos debates sobre acordos económicos internacionais, na perspetiva daqueles que trabalham ativamente pela promoção do desenvolvimento sustentável.

Contudo, como foi anteriormente expendido, o Acordo de Paris e as subsequentes reuniões de acompanhamento e implementação dos respetivos objetivos assumem um papel de especial relevância na questão em apreço, uma vez que também as partes do CETA assumiram responsabilidades naquela sede e no âmbito das obrigações da própria UNFCCC. E perante o texto apresentado do CETA, em especial no que se refere aos capítulos dedicados ao desenvolvimento sustentável e às matérias ambientais, é possível verificar que o mesmo procura promover um ambiente de cooperação entre todas as partes do CETA, no sentido de garantir que o comércio encorajado pelo regime estipulado no acordo provoca impactes ambientais de reduzida dimensão ou, pelo menos, menor dimensão que aquela que se esperaria num acordo de comércio transatlântico e que tem como principais intenções reduzir as barreiras nas relações económicas entre as partes.

Em rigor, o capítulo dedicado ao ambiente inclui definições razoavelmente sólidas relacionadas com as áreas ambientais e disponibiliza um processo de resolução de litígios baseado numa abordagem de consulta e cooperação, que procura abranger a generalidade das obrigações dentro do próprio capítulo. Contudo, as disposições ambientais são, na sua grande parte, bastante programáticas, verificando-se alguma dificuldade em encontrar mecanismos de execução eficazes.³³

Em todo o caso, nos termos do relatório de avaliação de impacto de sustentabilidade do projeto de CETA solicitado pela Comissão Europeia, acaba por concluir-se que o mesmo "conduzirá a ganhos globais em termos de bem-estar, PIB real, exportações totais e salários reais, tanto no Canadá como na UE a longo prazo", sendo que os respetivos impactes ambientais não se apresentam como significativos, especialmente devido aos regimes jurídicos e medidas políticas atualmente em vigor nos territórios das partes.³⁴

³³ Neste sentido, SINCLAIR, Scott; TREW, Stuart e MERTINS-KIRKWOOD, Hadrian (eds.), Making Sense of the CETA: An Analysis of the Final Text of the Canada-European Comprehensive Economic and Trade Agreement, 1st edition, Canadian Centre for Policy Alternatives, September 2014, p. 107.

³⁴ Kirkpatrick, Colin (coord.). A Trade SIA Relating to the Negotiation of a Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between the EU and Canada, Trade 10/B3/B06, Final

O acordo demonstra, na realidade, ao longo das várias disposições enunciadas nos capítulos dedicados à articulação entre as matérias de comércio, desenvolvimento sustentável e ambiente, uma clara opção das partes no fortalecimento da cooperação, não apenas no caminho de uma redução de barreiras alfandegárias, mas também de um sistema de comércio sustentável, fundado em métodos de produção – agrícola, florestal, pesqueira ou aquicultura – que respeitem os níveis de proteção ambiental já existentes nos territórios das partes, procurando cumprir os princípios da proibição do retrocesso ambiental.

Neste sentido, a articulação entre as disposições do CETA e as normas e os princípios ambientais e, mais precisamente, relativos ao combate e mitigação das alterações climáticas não sofrerá, à partida, quaisquer contradições, uma vez que o caminho de proteção ambiental e climática que tanto o Canadá como os Estados-Membros da UE têm vindo a seguir, ao longo dos últimos anos, demonstram uma manifesta aproximação, que poderá aliás ser comprovada pela assunção dos respetivos compromissos no âmbito do próprio Acordo de Paris e que, em larga medida, se prende com o objetivo comum, há muito reclamado, da redução das emissões de GEE.35 Portugal não foge à regra das demais partes do CETA na delimitação deste caminho, uma vez que, não apenas se encontra obrigado aos compromissos da UE, enquanto Estado-Membro, por força dos tratados e do acervo legislativo europeu, mas também tem vindo, ao longo das ultimas décadas – e ainda antes de encetar o processo de integração europeia –, a demonstrar, por meio do respetivo direito constitucional, administrativo e ambiental, uma forte dinâmica legislativa nas temáticas em apreço, como ficou aliás descrito anteriormente, sobre as matérias referentes à ação climática nacional.36

Report, June 2011, p. 442. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/march/ tradoc_147755.pdf> (acedido a 30-05.2018).

³⁵ Sobre a necessidade de redução de emissões, Posner, Eric A. e Eisbach, David. Climate Change Justice, Princeton University Press, Princeton e Oxford, 2010, pp. 169-188.

³⁶ A própria Constituição de 1976 é reconhecida como uma das pioneiras globais no reconhecimento de um direito a um ambiente saudável, tendo assumido, juntamente com a constituição espanhola (1978) um papel liderante nesta matéria, que acabou por influenciar os direitos constitucionais sul-americanos. Mais acresce que, a par do direito constitucional, também os níveis de abrangência da tutela administrativa e judicial em matéria de ambiente são considerados como os mais elevados da UE. A este propósito, ver BOYD, David R. The

5. Conclusões e perspetivas futuras

Importa, nesta sede, esclarecer que, embora o acordo tenha sido já aprovado pelo Parlamento Europeu, em 15 de fevereiro de 2017, o mesmo deverá ainda ser, em virtude de ter sido concluído como um acordo misto³⁷, submetido a parlamentos nacionais e regionais das respetivas partes, pelo que a entrada em vigor depende da vontade dos representantes eleitos pelos cidadãos. Porém, face ao acima expendido, poder-se-á concluir que, em certa medida, o CETA representa uma oportunidade de evolução jurídica em matéria de ambiente e alterações climáticas que acabou por se perder, na espuma de considerações e recomendações demasiado programáticas e aspiracionais, que contêm em si mesmas uma efetividade algo diminuída.

Prevê-se, realmente, a existência de cooperação entre as partes. No entanto, tal cooperação estabelece-se numa perspetiva bastante vaga e com base voluntária. Mais acresce que o CETA, conforme a versão atualmente em debate, não produz custos acentuados e significativos para o ambiente e para as políticas climáticas mas, simultaneamente, acaba também por não

Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment, UBC Press, Vancouver e Toronto, 2012, pp. 214-220; e Milieu Ltd., An Inventory of EU Member States' Measures on Access to Justice on Environmental Matters, Relatório elaborado para a Comissão Europeia, Bruxelas, 2007. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/conf/ milieu.pdf>, acedido a (30.05.2018).

³⁷ Deverá ser sublinhado, a este propósito, que os acordos mistos apenas se encontravam previstos no segundo parágrafo do n.º 6 do artigo 133.º do TCE, introduzido pelo Tratado de Nice – "Os acordos assim negociados são celebrados conjuntamente pela Comunidade e pelos Estados-membros" –, não se encontrando tal referência na revisão efetuada com o Tratado de Lisboa. Porém, o princípio da subsidiariedade, previsto no artigo 5.º do TUE, embora regula as competências partilhadas em direito derivado da UE, mas não no concernente às competências externas, motivo pelo qual a UE tem recorrido à opção dos acordos mistos para matérias de competência partilhada. Cfr., a título de exemplo, o Parecer 2/15 do Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2017 (2017/C 239/03), sobre o Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura, que considerou que inserirem-se na competência partilhada entre a União e os Estados-Membros as disposições sobre proteção dos investimentos, investimento, resolução de litígios entre investidores e o Estado, objetivos e definições gerais do acordo, transparência, resolução de litígios entre as Partes, mecanismo de mediação e disposições institucionais, gerais e finais do referido acordo. Sobre o tema, PALMA, Maria João. "A Política Comercial Comum à Prova no pós-Lisboa – A Competência para a Celebração de Acordos Internacionais de Comércio da União Europeia", Análise Europeia 3, 2017, pp. 164-182.

produzir demasiados benefícios para além dos já previstos no direito e na conduta governativa de cariz ambiental existente nos territórios das partes.

Em rigor, as decisões no âmbito das cláusulas do CETA não afetam a possibilidade de os governos tomarem as suas opções relativamente a níveis de riscos de saúde ou ambientais, não sendo, portanto, afetada a realidade e a política ambiental doméstica dos estados. O acordo não afeta, neste sentido, a forma como os próprios negócios são desenvolvidos, numa perspetiva ambiental e de sustentabilidade, bem como em tema de alterações climáticas. Também não afeta os acordos multilaterais entre as partes e outros estados e nem obriga os estados a seguir determinados padrões ambientais, para além dos já assumidos.

As disposições do CETA dedicadas às matérias ambientais acabam por se apresentar como realidades semelhantes às dos capítulos sobre desenvolvimento sustentável presentes no NAFTA (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio) e no próprio NAAEC (Acordo Norte-Americano de Cooperação Ambiental)³⁸ e, talvez por esse motivo – porque os mencionados acordos têm vindo a desempenhar um papel importante na evolução do direito e das políticas das respetivas partes³⁹ -, também o CETA poderá representar um instrumento de particular relevância, assumindo-se como "ponto de referência" para impulsionar um reforço da legislação e das políticas públicas ambientais em vigor nos territórios das partes, a par de um fortalecimento da atenção e reputação atribuída às opiniões e conclusões dos peritos e painéis de especialistas, que poderão desenvolver estudos e outros tipos de trabalhos relacionados com a matéria ambiental.

O CETA apresenta-se, em suma e claramente, como um dos acordos que poderão ser considerados como mais avançados, nos dias de hoje, no que

³⁸ Recorre-se às siglas em língua inglesa, decorrentes das denominações *North American* Free Trade Agreement e North American Agreement on Environmental Cooperation.

³⁹ Sobre este tema, ver YANG, Tseming; MORENO, Ignacia S.; RUBIN, James W.; SMITH III, Russell F. "Free Trade and the Environment: The NAFTA, the NAAEC, and Implications for the Future", Tulane Environmental Law Journal 12, 1999, pp. 405-478; Wold, Chris. "Evaluating NAFTA and the Commission for Environmental Cooperation: Lessons for Integrating Trade and Environment in Free Trade Agreements", Saint Louis University Public Law Review XXVIII, 2008, pp. 201-252; e, mais recentemente, Allen, Linda J. "The North American Agreement on Environmental Cooperation: Has It Fulfilled Its Promises and Potential? An Empirical Study of Policy Effectiveness", Colorado Journal of International Environmental Law & Policy 23-1, 2012, pp. 121-199.

concerne à demonstração de uma preocupação das partes com os temas da proteção dos valores ambientais, da ação climática, da promoção do desenvolvimento sustentável e da cooperação internacional nestes temas. Contudo, os compromissos assumidos apresentam ainda um pendor bastante aspiracional e programático, que procura não ir muito mais além daquilo que já se encontrava assumido pelas partes em anteriores instrumentos internacionais. Podem, em todo o caso, tanto o texto do CETA como as suas disposições apresentam-se como suscetíveis de vir a servir como base programática para uma eventual evolução de algumas legislações nacionais e/ou políticas internas de combate e mitigação das alterações climáticas. Razão pela qual se prevê, no presente momento, que venha a desempenhar um papel - ainda que com uma relevância menor que o expectável - de impulsionador de novos instrumentos jurídicos, nacionais, regionais e internacionais, 40 que pretendam aliar o desenvolvimento económico (particularmente o comércio, mas não só) ao bem-estar social, garantindo a utilização eficiente e sustentável dos recursos e dos valores naturais, com um especial respeito pela preservação dos interesses das gerações futuras.

De entre as virtudes e defeitos que um instrumento desta dimensão e multidisciplinaridade sempre pode apresentar, há que, em todo o caso, saudar o trabalho desenvolvido pelos redatores na previsão na atual versão do CETA de uma parte relativamente densificada em matéria de ambiente e desenvolvimento sustentável. A verdade é que, ainda que alguns autores considerem que a existência ou a imposição de barreiras comerciais se apresenta como suscetível de gerar vários benefícios económicos, sociais e ambientais,41 uma perspetiva de otimismo jurídico-ambiental demonstrará que o caminho do legislador na procura de soluções equilibradas e ponderadas deve ser constante, encontrando-se sempre, nesta análise, aquilo a

⁴⁰ Cfr. Bartels, Lorand. "Human Rights, Labour Standards and Environmental Standards in CETA", Paper No. 13/2017, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies, February 2017, p. 16. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2912856 (acedido a 30.05.2018).

⁴¹ KOHLER, Pierre; STORM, Servaas. "CETA Without Blinders: How Cutting 'Trade Costs and More' Will Cause Unemployment, Inequality and Welfare Losses", Global Development and Environment Institute Working Paper No. 16-03, Tufts University, September 2016, (version: October 19, 2016), p. 18. Disponível em: http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/16-03CETA. pdf> (acedido a 30.05.2018).

que Maria da Glória GARCIA intitula de "amizade a um desenvolvimento com futuro."42

Referências Bibligráficas

- Antunes, Tiago. "We'll always have Paris... Breve análise do acordo climático negociado na COP 21 (Acordo de Paris)", in: MIRANDA, Jorge e AMADO Gomes, Carla (coord.). Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, Vol. 6, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2016, pp. 3-18;
- ALLEN, Linda J. "The North American Agreement on Environmental Cooperation: Has It Fulfilled Its Promises and Potential? An Empirical Study of Policy Effectiveness", Colorado Journal of International Environmental Law & Policy 23-1, 2012, pp. 121-199;
- Aragão, Alexandra. "Desenvolvimento sustentável em tempo de crise e em maré de simplificação. Fundamento e limites da proibição de retrocesso ambiental", in: Correia, Fernando Alves; Machado, Jonatas e Loureiro, João Carlos (org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. IV, Stvdia Ivridica 105, Ad Honorem - 6, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 43-90;
- BARTELS, Lorand. "Human Rights, Labour Standards and Environmental Standards in CETA", Paper No. 13/2017, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies, February 2017, p. 16. Disponível em: https://ssrn.com/ abstract=2912856>, (acedido a 30.05.2018);
- Bell, Stuart; McGillivray, Donald; Pedersen, Ole W. Environmental Law, 8th edition, Oxford University Press, Oxford, 2013;
- Bosselmann, Klaus. The Principle of Sustainability, 2nd Ed., Routledge, London, 2016;
- BOYD, David R., The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, *Human Rights, and the Environment*, UBC Press, Vancouver e Toronto, 2012;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional", Revista de Estudos Politécnicos, vol. VIII, 13, 2010, pp. 7-18;

⁴² Garcia, Maria da Glória. O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 244-249.

- Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nosso Futuro Comum, 2.ª edição, Editora da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, 1991, p. 46.
- GARCIA, Maria da Glória. O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente, Almedina, Coimbra, 2007;
- Gomes, Carla Amado. *Introdução ao Direito do Ambiente*, 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2014;
- Kirkpatrick, Colin (coord.). A Trade SIA Relating to the Negotiation of a Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between the EU and Canada, Trade 10/B3/ B06, Final Report, June 2011. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/ docs/2011/march/tradoc 147755.pdf> (acedido a 30.05.2018);
- Kohler, Pierre; Storm, Servaas. "CETA Without Blinders: How Cutting 'Trade Costs and More' Will Cause Unemployment, Inequality and Welfare Losses", Global Development and Environment Institute Working Paper No. 16-03, Tufts University, September 2016, (version: October 19, 2016), p. 18 Disponível em: http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/16-03CETA.pdf (acedido a 30.05.2018);
- PALMA, Maria João. "A Política Comercial Comum à Prova no pós-Lisboa A Competência para a Celebração de Acordos Internacionais de Comércio da União Europeia", Análise Europeia 3, 2017, pp. 164-182;
- Posner, Eric A. e Weisbach, David. Climate Change Justice, Princeton University Press, Princeton e Oxford, 2010;
- ROCK, Nicholas; HEDLEY, Adam e WILMANN, Claire. "Brexit: Implications for Environmental Law", Mondaq Business Briefing (October 11, 2016). Disponível em: http://www.mondaq.com/uk/x/534396/Climate+Change/Brexit+Imple ications+For+Environmental+Law>, (acedido a 30.05.2018);
- Sachs, Jeffrey D. *The Age of Sustainable Development*, New York, Columbia University Press, 2015;
- SINCLAIR, Scott; TREW, Stuart e MERTINS-KIRKWOOD, Hadrian (eds.), Making Sense of the CETA: An Analysis of the Final Text of the Canada-European Comprehensive Economic and Trade Agreement, 1st edition, Canadian Centre for Policy Alternatives, September 2014;
- VAN DER LOO, Guillaume; PELKMANS, Jacques. "Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?", CEPS Commentary: Thinking Ahead for Europe, Centre for European Policy Studies, 20 October 2016, pp. 1-5;
- Webb, Dominic. "CETA: the EU-Canada free trade agreement", in Briefing Paper, House of Commons Library, Number 7492, 3 February 2017, p. 5. Disponível

- em: , (acedido a 30.05.2018);
- WOLD, Chris. "Evaluating NAFTA and the Commission for Environmental Cooperation: Lessons for Integrating Trade and Environment in Free Trade Agreements", Saint Louis University Public Law Review XXVIII, 2008, pp. 201-252;
- YANG, Tseming; MORENO, Ignacia S.; RUBIN, James W.; SMITH III, Russell F. "Free Trade and the Environment: The NAFTA, the NAAEC, and Implications for the Future", Tulane Environmental Law Journal 12, 1999, pp. 405-478.

A (Falta de) Legitimidade Democrática dos Acordos Comerciais CETA e TTIP

Matheus Passos Silva*

Resumo: Recentemente a União Europeia assinou com o Canadá o chamado "Acordo Económico e Comercial Global" (CETA). Contudo, a despeito das vantagens que o Acordo traz, surgiram críticas em relação ao seu desenvolvimento e implementação especialmente relacionadas com questões democráticas e de legitimação do Acordo junto daquele que, em tese, é seu beneficiário final – o cidadão. O texto tem por objetivo fazer uma síntese das críticas feitas ao CETA e, a partir delas, analisar o aspecto democrático nas negociações de outro acordo comercial em que a União Europeia está envolvida, desta vez com os Estados Unidos – o TTIP.

Palavras-chave: CETA; TTIP; transparência; democracia.

Abstract: Recently the European Union signed with Canada the so-called "Comprehensive Economic and Trade Agreement" (CETA). However, despite the benefits of the Agreement, there have been criticisms in relation to its development and implementation, especially in relation to democratic issues and to legitimizing the Agreement with the one who, in theory, is its final beneficiary – the citizen. The purpose of the text is to summarize the criticisms made to CETA and to analyze the democratic aspect in the negotiations of another trade agreement in which the European Union is involved, this time with the United States – the TTIP.

Keywords: CETA; TTIP; transparency; democracy.

^{*} Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Pós-graduado em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Pós-graduado em Ética, Direito e Pensamento Político pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bacharel em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Pesquisador bolsista da CAPES – Proc. n.º 1791/15-0. Investigador voluntário do CEDIS/Universidade Nova de Lisboa. Professor do Centro Universitário UniProjeção (Brasília/DF). Currículo completo disponível em: http://lattes.cnpq.br/4314733713823595>. E-mail: contato@profmatheus.com.

Introdução

No ano de 2016 foi anunciada a autorização para a aplicação provisória do chamado Acordo Económico e Comercial Global entre a União Europeia e o Canadá (CETA). Já no início do ano de 2017 o Parlamento Europeu tinha ratificado o Acordo, de maneira que o mesmo poderá entrar em vigor já no mês de abril de 20171. Para além do CETA, outro acordo regional de grande impacto e que está sendo negociado pela União Europeia é a Parceria Transatlântica para o Comércio e Investimento, conhecida pela sigla TTIP², desta vez com os Estados Unidos, sendo que este acordo ainda está em fase de negociações.

A despeito de todos os benefícios econômicos que os acordos trarão, o CETA e o TTIP são documentos jurídicos estabelecidos por Estados cujas Constituições contêm determinado valor entendido como fundamental, que é o da democracia. Significa isto dizer que a União Europeia, o Canadá e os Estados Unidos se enquadram em um determinado modelo político--jurídico que se fundamenta grandemente no aspecto democrático, isto é, não apenas de seus respectivos governos, mas também no seio de suas respectivas sociedades.

Curiosamente, e apesar da valoração da democracia por tais Estados, estes acordos regionais sofrem de grande déficit democrático, já que não possuem a necessária legitimidade democrática por parte daquele que é seu beneficiário final, ou seja, o cidadão. Nesta perspectiva argumenta-se no texto pela existência de determinadas restrições democráticas em seus respectivos processos de negociação, já que as decisões foram tomadas em uma esfera em que não existiria necessariamente legitimidade democrática originária a partir do cidadão.

Da mesma forma, defende-se no presente artigo que a ideia isolada de transparência das negociações, com a constante publicação dos resultados, não

¹ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicado de imprensa. A Comissão Europeia congratula-se com o apoio do Parlamento ao acordo comercial com o Canadá. Estrasburgo, de 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-270_pt.htm, (acedido a 22/2/2017).

² EUROPEAN COMISSION. "Trade. Policy. Countries and regions. Negotiations and agreements". Current state of play. Being negotiated. Last update: 02 May 2018. Disponível em: <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/#_</p> being-negotiated>, (acedido a 3/5/2018).

soluciona tais restrições democráticas, já que, a despeito de tal transparência, as decisões continuaram a ser tomadas por grupos que representam apenas parte dos envolvidos, nomeadamente as grandes corporações e aqueles que já têm recursos económicos, sem participação direta ou indireta do cidadão comum.

Vale ainda destacar que os acordos acabam por tentar regular áreas que são tradicionalmente afeitas à atuação do Estado, tais como os serviços públicos e a proteção ao meio ambiente, o que configuraria uma exacerbação de sua esfera de atuação por deixar de regular apenas o comércio internacional entre as partes envolvidas e interferindo em áreas em que os valores a serem defendidos são outros que não aqueles vinculados ao livre comércio.

Dadas tais premissas, o presente texto tem por objetivo fazer uma síntese das críticas apontadas ao CETA e, a partir delas, analisar o aspecto democrático das negociações do TTIP. Serão enfatizados principalmente dois aspectos que se apresentam como complementares: 1) Assim como ocorreu com o CETA, as negociações do TTIP envolvem principalmente atores corporativos, não havendo a possibilidade de interferência efetiva de organizações que representam os cidadãos - o que, por sua vez, se configura como déficit democrático; 2) Por não haver participação efetiva da sociedade, o TTIP, na forma como se configura atualmente, poderá acabar por transferir determinadas decisões referentes à esfera pública do Estado para o âmbito transnacional, o que é temerário do ponto de vista da legitimidade democrática das decisões tomadas no âmbito da aplicação dos acordos.

1. O que é o CETA?

Na sequência da decisão de outubro de 2016 em que o Conselho autorizou a aplicação no âmbito da União Europeia, a título provisório, do chamado Acordo Económico e Comercial Global entre a União Europeia e o Canadá (CETA)³,

³ Decisão (UE) 2017/38 do Conselho, de 28 de outubro de 2016 relativa à aplicação provisória do Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro. Jornal Oficial da União Europeia. L 11/1080, de 14 de janeiro de 2017. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ TXT/PDF/?uri=CELEX:32017D0038&from=PT>, (acedido a 22/2/2017).

no dia 15 de fevereiro de 2017 o Parlamento Europeu concluiu o processo de ratificação do Acordo no que concerne à União Europeia (UE), aprovando-o em sua totalidade, sendo passível de aplicação provisória "assim que seja ratificado pelo Canadá" e com aplicação plena na União Europeia "quando os parlamentos de todos os Estados-Membros ratificarem o acordo, em conformidade com as respetivas obrigações constitucionais internas⁷⁴. Mas a que corresponde o CETA?

O CETA corresponde a uma iniciativa conjunta do bloco europeu e do Canadá e tem por objetivo a criação de "novas oportunidades para as empresas da UE, estimulando o comércio e reforçando as relações económicas" entre as partes envolvidas. Acredita-se, na perspectiva europeia, que o Acordo "irá facilitar os negócios com o Canadá, remover os direitos aduaneiros, melhorar substancialmente o acesso aos contratos públicos, abrir novos setores do mercado dos serviços do Canadá, assegurar condições previsíveis para os investidores e proteger 143 produtos agroalimentares europeus de elevada qualidade". Além disso, espera--se que "empresas de vários setores, em especial as pequenas e médias empresas (PME), beneficiarão igualmente da eliminação da duplicação de ensaios"5.

Outro aspecto importante ressaltado pelo CETA diz respeito aos aspectos socioambientais envolvidos no comércio entre as partes. Assim, defende-se que "a natureza progressista do CETA irá definir um novo padrão mundial no que respeita aos capítulos relativos à sustentabilidade dos acordos comerciais", posto que "com o CETA, a UE e o Canadá empenham-se em que o crescimento económico, o desenvolvimento social e a proteção do ambiente se reforcem mutuamente"6.

A perspectiva é que o CETA, quando estiver plenamente em vigor, poderá gerar uma economia de 500 milhões de euros por ano às empresas da União Europeia, valores estes "pagos [atualmente] em direitos aduaneiros sobre mercadorias que são exportadas para o Canadá". O Acordo também

⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicado de imprensa. A Comissão Europeia congratula-se com o apoio do Parlamento ao acordo comercial com o Canadá, cit. (sem paginação)

⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Ficha informativa. CETA – um acordo que estabelece um novo padrão de comércio mundial. Estrasburgo, de 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: http:// europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-271_pt.htm>, (acedido a 22/2/2017).

⁶ Idem

"irá garantir às empresas da UE um acesso sem precedentes aos contratos públicos canadianos, incluindo a nível provincial (bem como aos níveis federal e municipal)"7.

De maneira sintética, acredita-se que o Acordo irá beneficiar especialmente as pequenas empresas, posto terem estas menos capacidade de arcar com os custos aduaneiros e com outros aspectos referentes à burocracia do processo de exportação e importação. Da mesma forma, espera-se que a agricultura seja beneficiada especialmente no que diz respeito a produtos agrícolas específicos oriundos da UE, tais como queijos, bebidas, frutas e produtos transformados8.

São destacados ainda, como pontos positivos, a existência de maior oferta de produtos e serviços no âmbito da UE ao mesmo tempo em que as normas europeias são mantidas como exigência à entrada destes serviços e produtos, especialmente aqueles referentes à alimentação. Além disso, "o acordo irá proporcionar maior segurança jurídica no setor dos serviços, melhor mobilidade para os trabalhadores das empresas, e um quadro que permitirá reconhecer as qualificações profissionais"9 mútuas entre a UE e o Canadá, inclusive com a facilitação da emissão de vistos de trabalho recíprocos para funcionários das empresas afetadas pelo CETA.

Outros dois aspectos destacados como positivos na aplicação do CETA dizem respeito à criação de um "Sistema de Tribunais de Investimento" que permitirá a "resolução de litígios entre investidores e o Estado" de maneira "transparente e não baseado em tribunais ad hoc", e ao fato de que os Estados-Membros da UE continuarão a organizar e a administrar os serviços públicos da maneira que considerarem mais pertinentes às suas respectivas populações, tendo as definições referentes a estes serviços públicos sido clarificadas em um documento vinculativo assinado e reconhecido por ambas as partes do Acordo¹⁰.

⁷ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicado de imprensa. A Comissão Europeia congratula-se com o apoio do Parlamento ao acordo comercial com o Canadá, cit

⁸ Idem

⁹ Idem

¹⁰ Idem

2. O arcabouço jurídico-democrático da União Europeia e seus reflexos nas negociações e na implementação do CETA

Como geralmente ocorre nos acordos internacionais entre Estados, desde o início das negociações que o CETA sofreu uma série de críticas em relação aos mais diferentes aspectos de sua composição. A perspectiva aqui adotada é vinculada às críticas no âmbito do grau de democraticidade do Acordo, especialmente quando se considera que os Tratados da União Europeia correspondem a uma Constituição em sentido material, ainda que não formal¹¹ – o que implica dizer que a UE, em analogia ao *Estado de direito democrático* da atualidade, adota o *princípio democrático* como um dos pilares de sua estrutura jurídica, como claramente se verifica no art. 2.º do Tratado da União Europeia¹².

Ora, se a UE se fundamenta em um ordenamento jurídico que *material-mente* evoca uma Constituição, é de se esperar que o *cidadão* seja não apenas *teórica*, mas *efetivamente* protegido pela mesma. Neste sentido afirma-se que a UE, entendida como instituição *sui generis*¹³, legitima-se com base na vontade dos cidadãos europeus, os quais, por meio de seus respectivos

¹¹ Martins, Ana Maria Guerra. *Manual de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 46.

¹² Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*. C 202/1, de 7 de junho de 2016. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.202.01.0001.01. POR#C_2016202PT.01001301>, (acedido a 22/2/2017).

¹³ PEERS, Steve. "The EU's Accession to the ECHR: the dream becomes a nightmare". German Law Journal, vol. 16, n.º 1, 2015, p. 215. Disponível em: https://staticl.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56c84ffef055e95324090f9d/1455968255593/PDF_Vol_16_No_01_Special_213-222_Peers.pdf, (acedido a 22/2/2017). Contudo, prefere-se o entendimento de que a expressão sui generis é aqui utilizada no sentido de se expressar que a União Europeia não se estrutura conforme um Estado em sentido tradicional. Neste sentido no Parecer 2/13, para. 49, diz-se que "a União não é [...] um Estado". Por sua vez o para. 156 reforça esta ideia ao afirmar que "a União, do ponto de vista do direito internacional, não [pode], em razão da sua natureza, ser considerada um Estado". TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno). Parecer do Tribunal de Justiça (tribunal pleno), de 18 de dezembro de 2014. Parecer proferido nos termos do art. 218.º, n.º 11, TFUE – Projeto de acordo internacional – Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – Compatibilidade do referido projeto com os Tratados UE e FUE. Parecer 2/13. Disponível em: http://curia.

representantes, atuaram na criação de uma nova "camada de constitucionalidade" correspondente às esferas de atuação da própria União. Por outras palavras, instituíram-se os Tratados e com base nestes surgiu, por um lado, a ideia de cidadão da União Europeia e, por outro, as necessárias instituições supranacionais responsáveis por garantir e proteger os direitos destes mesmos cidadãos14, inclusive aquelas relacionadas ao exercício da cidadania em sentido restrito - ou seja, o direito de voto.

Entretanto, a despeito da existência deste arcabouço institucional que garante a representação do cidadão europeu nas instâncias decisórias da UE, é inegável o fato de que esta representação não necessariamente se concretiza. Significa dizer, portanto, que a representação política na UE sofre dos mesmos problemas que a representação tradicional estatal por ser realizada nos mesmos moldes desta última - grosso modo, por meio de eleições periódicas em que os cidadãos escolhem seus representantes. Consequentemente, é possível afirmar que as críticas que são dirigidas à chamada democracia liberal - tais como a crescente distância entre eleitos e eleitores, a falta de confiança destes em relação àqueles, ou ainda o desinteresse do cidadão pela participação política tradicional - também podem ser estendidas à representação política na UE, com as mesmas consequências negativas.

Além disso, é importante destacar que o arcabouço institucional da democracia representativa foi criado em um momento histórico em que não havia globalização econômica, ou ao menos não no ritmo e/ou na intensidade existente nos dias atuais. Por conseguinte, pode-se afirmar que tal estrutura institucional é insuficiente no sentido de prover respostas aos cidadãos em uma perspectiva democrática já que as decisões referentes às políticas de comércio internacional acabam por ser tomadas na esfera supranacional, a qual é uma esfera de decisão que está muito além daquilo que é passível de ser controlado política e legitimamente pelo cidadão¹⁵.

europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1 &mode=lst&docid=160882&occ=first&dir=&cid=84674>, (acedido a 22/2/2017).

¹⁴ Pernice, Ingolf. "Multilevel constitutionalism in the European Union", WHI Paper 5/02, julho de 2001, p. 5. Disponível em: http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502. pdf>, (acedido a 22/2/2017)

¹⁵ SIEBER-GASSER, Charlotte. "Democratic legitimation of trade policy tomorrow: TTIP, democracy and market in the Swiss Constitution". Jusletter, de 9 de novembro de 2015, p. 6. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2691343, (acedido a 23/2/2017).

Nessa perspectiva, importa destacar que o controle democrático realizado pelo cidadão – ou pelas instituições que o representam – em relação a acordos regionais muitas vezes se restringe a uma simples "ratificação" daquilo que já foi decidido previamente pelos grupos que dominam política e economicamente o Estado, muitas vezes com tais acordos já em vigor, mesmo que de maneira provisória, o que acaba por enfraquecer este mesmo controle democrático por ser o acordo apresentado como um "pacote finalizado e já acabado" le para o qual o cidadão pouco ou nada tem a contribuir efetivamente.

Outra crítica (talvez) ainda importante e mais diretamente relacionada ao processo de formação do CETA diz respeito aos atores políticos envolvidos no processo de criação e de estabelecimento do Acordo. Por outras palavras, a apreciação que se faz é que o cidadão não foi diretamente ouvido, mas sim apenas aqueles a quem em princípio o Acordo realmente se dirige – ou seja, os grandes conglomerados internacionais que possuem a possibilidade real de exercício do poder econômico junto ao Estado, a despeito da ênfase publicamente dada em relação aos benefícios para as pequenas e médias empresas e para o cidadão - que é, em tese, o titular do poder político.

É importante que fiquem claras as ideias referentes ao poder político e ao poder econômico, bem como as referentes ao seu exercício. Nesta perspectiva é clássica a definição de Max Weber de que "por Estado se há de entender uma empresa institucional de caráter político onde o aparelho administrativo leva avante, em certa medida e com êxito, a pretensão do monopólio da legítima coerção física, com vistas ao cumprimento das leis"17.

Da definição depreendem-se alguns entendimentos, sendo que para o argumento aqui desenvolvido vale destacar o fato de que o Estado moderno tem como uma de suas principais características a exclusividade no exercício do poder político, ou seja, do poder coercitivo. Em síntese, o Estado é a única instituição legal e legitimamente estabelecida para o exercício da força física quando necessário, sendo tal exercício legitimado por meio da participação periódica do cidadão por meio de eleições.

Entretanto, o poder político-coercitivo resultante da atividade eleitoral não é, logicamente, a única forma de exercício do poder. Existem pelo

¹⁶ *Idem*, p. 15

¹⁷ Apud Воввю, Norberto. Verbete "política", in: Воввю, Norberto; Маттеиссі, Nicola e PASQUINO, Gianfranco (coord.). Dicionário de política., 11.ª ed. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 956

menos outras duas maneiras de exercício do poder que variam conforme o meio utilizado: há o poder ideológico, em que "A" exerce poder sobre "B" por meio das ideias, e há ainda o poder econômico, em que o meio utilizado relaciona-se à posse de determinado(s) bem (ou bens)18.

No mundo contemporâneo, a despeito da centralidade que o Estado ainda detém como ator político, é inegável que inúmeras corporações e conglomerados financeiros possuem a possibilidade de exercer poder econômico, no caso - em um grau igual ou muitas vezes maior que o poder político-coercitivo exercido pelo próprio Estado. Um exemplo simples pode ser dado pelo que ocorreu no Brasil em 2001: determinada montadora de automóveis demonstrou a intenção de se instalar em território brasileiro. Assim que foi explicitada tal intenção, duas unidades da federação brasileira começaram uma verdadeira "guerra fiscal" entre si, com a promessa de constantes reduções de impostos e de outras taxas para que tal empresa se instalasse em seus respectivos territórios. Independentemente do resultado, o exemplo mostra claramente a elevada capacidade que atores não-estatais possuem em definir as políticas públicas do Estado, nomeadamente aquelas relacionadas à área fiscal.

Esta aparente digressão é necessária para que fique explícito o raciocínio que aqui se desenvolve. Os meios considerados como tradicionais no exercício do poder político pelo cidadão - basicamente eleições periódicas com ampla liberdade de expressão - não são suficientes para garantir a legitimidade democrática de normas que buscam regulamentar o comércio - especialmente o comércio internacional -, já que tais meios se vinculam ao exercício do poder político pelo cidadão. Por outro lado, não regulam o exercício do poder econômico - esfera em que inequivocamente existe um elevado grau de desigualdade que não é nivelado ou eliminado pela participação política tradicional. Quando se considera que as negociações para acordos regionais são realizadas nos altos escalões governamentais e empresariais, é notório o fato que o cidadão comum não tem acesso a tais canais de participação, ficando, portanto, alijado das negociações e transformando-se em verdadeiro objeto destas.

Um dos argumentos utilizados para a ausência do cidadão é que sua eventual presença poderia ter impacto negativo nas negociações, não apenas

¹⁸ *Idem*, p. 955

no que se refere ao sucesso destas - por passarem a contar com inúmeros pontos de vista diferentes sobre o mesmo assunto –, mas também no que se refere à velocidade das próprias negociações¹⁹ que poderiam atrasar dada a necessidade de se ouvir todas as vozes, levando eventualmente à perda do momento próprio à negociação.

Portanto, para serem evitados tais problemas é que estariam presentes à mesa de negociação apenas pequenos grupos, os quais em tese representariam os interesses da sociedade e repassariam tais interesses aos seus respectivos governos, os quais seriam os responsáveis por levá-los ao debate com as demais partes do Acordo. Nesta perspectiva, a democraticidade da negociação estaria garantida por meio da transparência na apresentação dos resultados – ou seja, assume-se que uma vez sendo divulgados constantemente os resultados das negociações, estar-se-ia garantida a democraticidade do processo, posto que os interessados, ao tomarem contato com tais resultados, mobilizar-se-iam em defesa de seus interesses próprios, caso assim considerassem conveniente ou necessário. Contudo, entender que a existência de transparência nas negociações seja sinônimo de garantia de democraticidade do processo de negociação é reduzir o próprio conceito de democracia. Não se entrará aqui na definição conceitual desta²⁰, bastando afirmar que a transparência é sem dúvida condição necessária para a existência de um regime democrático, mas não condição suficiente para que este se concretize. Mais do que isso, é importante também destacar quais as possibilidades de exercício efetivo do poder por parte do cidadão em um regime político-jurídico democrático.

Assim, para além das regras básicas tradicionalmente reconhecidas como fundamentais para a existência de um regime democrático - especialmente eleições livres, regulares e periódicas, com tudo que gravita ao seu redor -, é importante destacar a possibilidade efetiva de participação dos cidadãos por outros meios não-eleitorais aquando do exercício do direito à liberdade individual.

¹⁹ Sieber-Gasser, Charlotte. "Democratic legitimation of trade policy tomorrow: TTIP, democracy and market in the Swiss Constitution", cit., p. 16.

²⁰ Para uma brevíssima apresentação dos pontos básicos centrais de um regime político--jurídico democrático em sentido formal, v. SILVA, Matheus Passos. Curso básico de Ciência Política. Brasília: Vestnik, 2017, pp. 74 e 75.

Significa dizer, por um lado, que um regime democrático reconhece a possibilidade de exercício do poder por outros meios para além daqueles formal e eleitoralmente previstos. Tais outros meios são geralmente identificados como uma participação informal²¹ do cidadão e englobam a participação em reuniões com as partes interessadas, a redação de rascunhos de novos projetos de lei, o fornecimento de informações para os tomadores de decisão e a redação de artigos com opiniões, comentários e análises sobre políticas públicas, sendo que todos estes mecanismos buscam exercer-se de formas juridicamente não reguladas de participação para evitar os chamados meios formais²². Desta forma, considera-se que tais mecanismos são fundamentais quando se considera a estrutura político-jurídica de um regime pluralista, em que existe a possibilidade de expressão de opiniões diversas sobre um mesmo tema ao mesmo tempo que se considera como legítima a possibilidade de influenciar o governo na defesa desses temas por outros mecanismos que não apenas os formalmente estabelecidos.

Por outro lado, deve-se fazer o seguinte questionamento: qual a capacidade real de envolvimento do cidadão comum com o poder político por meio destas formas alternativas de participação política? Ou seja: até que ponto tais mecanismos podem efetivamente ser utilizados por aquele cidadão que, sem ser membro de um grande conglomerado econômico, deseja interferir no resultado das negociações de um acordo regional? O questionamento é relevante porque em tese os governos concretizam tais acordos argumentando que o fazem em benefício do cidadão²³. Ora, se assim o fazem, precisam ter em conta o que estes pensam e concretizar o que

²¹ A ideia de *informalidade* deste tipo de participação – "por outros meios" – diz respeito a uma participação política por outros canais que não os exclusivamente eleitorais, mas que são amplamente reconhecidos como válidos em uma democracia liberal.

²² Fuller, Roslyn. Enclosing the democratic commons: private organizations and the legislative process, de 1 de janeiro de 2016, p. 1. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2776146 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2776146> (acedido a 23/2/2017).

²³ É o que afirma textualmente o Instrumento Comum Interpretativo: "o objetivo principal do comércio é aumentar o bem-estar dos cidadãos, apoiando o emprego e criando crescimento económico sustentável". Instrumento Comum Interpretativo sobre o Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá e a União Europeia e os seus Estados-Membros. Jornal Oficial da União Europeia. L 11/3, de 14 de janeiro de 2017, p. 1 (grifo nosso). Disponível em: em: em: em: em: em: , (acedido a 23/2/2017).

estes desejam, sob pena – novamente – de não concretizarem o princípio democrático.

Entretanto, não é isto o que ocorre na prática das negociações. Essa participação informal é geralmente realizada apenas pelos grupos mais ricos da sociedade, que têm recursos econômicos suficientes não apenas para se organizarem, mas também possuem importância econômica suficiente a ponto de serem recepcionados e ouvidos pelos representantes do Estado²⁴. Ao fim e ao cabo, participam de tais negociações informais apenas aqueles que são vinculados a grandes empresas e/ou corporações, posto serem esses os que têm a possibilidade efetiva de influenciar os governos mais do que o cidadão comum, que continua a participar apenas no momento eleitoral²⁵.

Mais do que isso, importa destacar que este cidadão comum acaba por decidir não realmente sobre aquilo que ele deseja, mas sim sobre opções previamente estabelecidas muitas vezes por tais grandes empresas e/ou corporações, já que estas têm comumente acesso aos processos de negociação em seu momento inicial - o que lhes traz a vantagem de poderem direcionar estes mesmos processos para onde quiserem, levando a uma verdadeira privatização do processo democrático de tomada de decisão²⁶.

3. A cooptação do espaço de participação informal: riscos à democraticidade do processo de formação de um acordo regional

Um exemplo da inserção desse estrato social economicamente superior no processo democrático de tomada de decisão é dado pelo Professor Roslyn Fuller, do Waterford Institute of Technology da Irlanda. O referido

²⁴ Concretizando verdadeira divisão cívica na sociedade, ou seja, existindo de um lado aqueles cidadãos que possuem elevados meios de poder econômico e que, portanto, são ouvidos pelo Estado, e de outro a grande massa composta por subcidadãos, os quais, por não possuírem recursos econômicos, são relegados efetivamente a segundo plano. Neste sentido é possível afirmar que "a participação informal em democracias eleitorais é largamente um assunto privado - operado e financiado privativamente", sendo os grupos que compõem tal estrato social "raramente são abertos a novos membros". Fuller, Roslyn. Enclosing the democratic commons: private organizations and the legislative process, cit., p. 2.

²⁵ Com todas as ressalvas já feitas em relação à ineficácia de tal tipo de participação.

²⁶ Fuller, Roslyn. Enclosing the democratic commons: private organizations and the legislative process, cit., p. 2.

Professor analisou os contatos de entidades privadas com representantes da Comissão Europeia com o objetivo de mostrar a força político-econômica destas entidades conforme o grupo social que as mesmas representam. O que se verificou é que os espaços de participação informal acabaram por ser ocupados por grandes corporações, resultando na falta de participação de grupos representativos dos cidadãos.

Em primeiro lugar, o Professor Fuller chama a atenção para o fato de que as negociações de acordos internacionais correspondem ao local por excelência em que tais instituições privadas buscam influenciar por serem estes acordos geralmente negociados de maneira secreta, o que permite que sejam inseridas propostas que, se abertas ao escrutínio público, provavelmente não seriam levadas adiante por serem impopulares. Além disso, destaca também o Professor que os Estados veem-se tradicionalmente como responsáveis pela defesa internacional dos interesses das empresas privadas nacionais, já que são muitas vezes estas as responsáveis pelo bom desempenho da economia interna - ou seja, instituições privadas fazem funcionar a economia, o que traz benefícios ao Estado que, por sua vez, busca proteger tais instituições para que a economia continue a funcionar bem²⁷. Portanto, a inter-relação entre Estado e grandes corporações privadas é vista como fundamental para o bom desenvolvimento de ambas.

Neste sentido, o foco da pesquisa foi colocado na Comissão por ser esta a origem da legislação europeia, nomeadamente o Tratado da União Europeia e o Tratado de Funcionamento da União Europeia. Sendo o órgão de iniciativa legislativa, a Comissão exerce grande poder político no que diz respeito ao controle do conteúdo da legislação, sendo, portanto, natural que as diversas organizações sociais busquem influenciá-la de maneira informal²⁸. A pesquisa analisou as reuniões realizadas por 11 dos 28 membros da Comissão entre 1 de janeiro e 25 de setembro de 2015 com representantes de organizações, totalizando 2091 reuniões. Também foram analisadas reuniões feitas por membros dos gabinetes dos membros da Comissão. Foram analisadas em detalhes as reuniões de 4 membros específicos da Comissão: Andrus Ansip (Mercado Digital), Cecilia Malmstrom (Comércio), Federica Mogherini (Relações Internacionais) e Gunther H. Oettinger

²⁷ *Idem*, p. 6.

²⁸ *Idem*, p. 7.

(Economia Digital e Sociedade), totalizando 1015 reuniões - 810 com membros dos respectivos gabinetes e 205 diretamente com os membros da Comissão²⁹.

As reuniões foram categorizadas consoante o tipo de organização privada que contatou os membros da Comissão. Identificaram-se organizações vinculadas ao setor público, como a BBC; grandes corporações, como a Vodafone; sindicatos corporativos e agências associadas, como a Câmara Americana de Comércio; associações de base³⁰ ou associações sem fins lucrativos, como a Associação para os Cegos ou a Associação dos Caçadores Nórdicos; grupos astroturfing³¹; pessoas individuais; sindicatos; organizações não-governamentais (ONGs) de países em desenvolvimento; e representantes de países desenvolvidos³².

Por fim, tem-se que 75,6% das reuniões foram realizadas pelos membros da Comissão e/ou por membros de seus respectivos gabinetes com corporações (436 reuniões), com sindicatos corporativos (299 reuniões) ou com grupos astroturfing (33 reuniões), ou seja, com aqueles que efetivamente possuem a possibilidade de exercício do poder econômico em grande escala. Já as reuniões com sindicatos (12 reuniões) e com associações de base (61 reuniões) – grupos que em tese representam o cidadão comum – totalizam apenas 7% do total de reuniões³³.

A questão levantada ao final da pesquisa foi: qual o impacto que tais reuniões tiveram no estabelecimento de nova legislação no âmbito europeu? Para responder a tal pergunta são apresentados dois exemplos, um dos quais está diretamente relacionado ao tema deste artigo: fala-se sobre a legislação europeia referente à neutralidade da rede e sobre as negociações para o TTIP e para o Trade in Services Agreement (TiSA).

²⁹ *Idem*, pp. 7-10.

³⁰ As associações com fins lucrativos, mas compostas primordialmente por indivíduos, também foram categorizadas no estudo como sendo associações de base.

³¹ No original astro-turf groups. Grupos de astroturfing correspondem a organizações que se apresentam como independentes, mas que são financiadas ou controladas por grandes corporações - não podendo, portanto, serem definidas como associações de base.

³² Fuller, Roslyn. Enclosing the democratic commons: private organizations and the legislative process, cit., p. 8. O autor destaca que houve uma sobreposição de algumas dessas reuniões, já que eventualmente representantes de corporações eram também membros de sindicatos corporativos ou patrocinadores de grupos astroturfing.

³³ *Idem*, p. 10.

No caso da neutralidade da rede³⁴, o Regulamento (UE) 2015/2120 garante a igualdade de acesso a todos os conteúdos via internet, mas contém também "inúmeras exceções a esta regra que eram desejadas pela indústria de telecomunicações", especialmente a de que os "provedores podem oferecer 'serviços especiais' com uma melhor qualidade na velocidade de internet"35. Aponta-se que tais "serviços especiais" são vagamente definidos no documento, podendo por um lado referir-se a ligações de emergência ou contatos com serviços de saúde, ou, por outro, a serviços tais como a transmissão de filmes e de vídeos online, bem como serviços específicos para a indústria de games, que precisam de alta velocidade de transmissão de dados, enquanto serviços mais básicos, como o envio de e-mails, poderiam ter velocidades menores³⁶.

Verificou-se que o Regulamento, apesar de ter sido aprovado em outubro de 2015, teve a sua versão final definida em junho daquele ano – durante o período de análise da pesquisa. O Comissário Ansip e seu gabinete realizaram 31 reuniões com corporações do ramo das telecomunicações em que foram debatidos temas referentes à neutralidade da rede, enquanto que o Comissário Oettinger e seu gabinete realizaram 21 reuniões em que o mesmo tema foi debatido. Por sua vez, nas reuniões realizadas por tais Comissários com associações de base da área das telecomunicações - em

³⁴ O Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015 que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento (UE) n.º 531/2012, relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União define, no n.º 1 do art. 1.º, que por neutralidade da rede entende-se o "tratamento equitativo e não discriminatório do tráfego na prestação de serviços de acesso à Internet". Por outras palavras, significa dizer que os prestadores de serviço de acesso à internet não poderão estabelecer diferenças no tratamento dos conteúdos acessados, seja por meio da redução da velocidade no acesso a certos conteúdos, seja no pagamento diferenciado para ter tratamento preferencial no acesso a certos conteúdos.

³⁵ Fuller, Roslyn. Enclosing the democratic commons: private organizations and the legislative process, cit., p. 11.

³⁶ A primeira visão – ligações de emergência ou contatos com serviços de saúde – seria a dos oficiais da União Europeia; a segunda seria a visão das empresas de telecomunicações. FULLER, Roslyn. Enclosing the democratic commons: private organizations and the legislative process, cit., p. 11.

número menor do que o número de reuniões com corporações - o tema da neutralidade da rede não surgiu em nenhum momento³⁷.

É possível afirmar que a pressão – ou o verdadeiro *lobby* – das operadoras de telecomunicações deu resultado, já que o n.º 5 do art. 3.º do Regulamento (UE) 2015/2120 é explícito ao dizer que:

"os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas ao público, incluindo os prestadores de serviços de acesso à Internet, e os fornecedores de conteúdos, aplicações ou serviços têm a liberdade de oferecer serviços diferentes dos serviços de acesso à Internet que estejam otimizados para conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou para uma combinação dos mesmos, caso a otimização seja necessária para respeitar os requisitos dos conteúdos, aplicações ou serviços para um nível de qualidade específico."

Veja-se ainda a alínea b) do n.º 1 do art. 4.º do mesmo Regulamento, que diz que os prestadores de serviço de acesso à internet devem deixar claro nos contratos que devem ter "uma explicação clara e compreensível do impacto que, na prática, a limitação do volume, a velocidade e outros parâmetros de qualidade do serviço podem ter nos serviços de acesso à Internet e, nomeadamente, na utilização de conteúdos, aplicações e serviços". Vitória para os grupos organizados e, mais que isso, para os grupos com recursos econômicos suficientes capazes de fazer valer sua vontade junto àqueles que criam legislação em detrimento do cidadão comum - o beneficiário claro de uma efetiva neutralidade da rede.

O segundo exemplo apresentado na pesquisa é ainda mais relevante por estar diretamente relacionado ao tema deste artigo: trata-se das reuniões em que o tema debatido foi o TTIP. O Professor Fuller indica que a pesquisa se baseou em rascunhos vazados ao público, posto as negociações serem realizadas em segredo e por não terem sido divulgadas maiores informações sobre o texto do Acordo à época da pesquisa.

Nesse sentido, verificou-se que as reuniões do gabinete da Comissária Malmstrom - responsável pelo comércio - seguiram o seguinte padrão: foram realizadas 77 reuniões com organizações, sendo que destas 52 reuniões

³⁷ Idem, p. 10-12. O destaque foi posto nas reuniões dos Comissários Ansip e Oettinger por serem estes os responsáveis diretos pelo tema da neutralidade da rede.

foram com corporações, sindicatos corporativos e grupos astroturfing38 e apenas cinco reuniões com associações de base e com sindicatos. Por sua vez, a própria Comissária Malmstrom reuniu-se 27 vezes, sendo cinco vezes com corporações, 11 vezes com sindicatos corporativos e cinco vezes com grupos astroturfing, de um lado, e por outro foram quatro vezes com associações de base e uma vez com um sindicato, com uma reunião não categorizada. No total, a Comissária e seu gabinete realizaram 94 reuniões em que o tema "TTIP" consta na ata, sendo que 87% dessas reuniões foram realizadas com corporações, sindicatos corporativos e grupos astroturfing e apenas 11,7% foram realizadas com associações de base e com sindicatos³⁹.

O resultado de tais reuniões é um esboço de acordo que, conforme o autor, beneficia praticamente apenas "as corporações ou os extremamente ricos", o que não é de se estranhar quando se verifica que "87% das consultas sobre o tema [TTIP] foram realizadas com corporações ou sindicatos corporativos" de maneira que "seus interesses foram refletidos fielmente no texto final"40 do acordo. Dessa maneira, o que se percebe é a verdadeira exclusão de outras partes da negociação que eventualmente - ou muito provavelmente – teriam interesse em participar e serem ouvidas, mas que não o foram dada a capacidade desproporcional que determinados grupos possuem de participar informalmente no processo de formação do acordo regional em questão⁴¹.

³⁸ "O astroturfing é a tentativa de criar uma impressão de suporte popular generalizado para uma política, indivíduo ou produto pelo qual há pouco suporte. Várias identidades on--line e grupos de pressão falsos são usados para induzir o público em erro ao acreditar que a posição do astroturfer é a visão comum". BIENKOV, Adam. "Astroturfing: what is it and why does it matter?", The Guardian, de 8 de fevereiro de 2012, (tradução nossa). Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/feb/08/what-is-astroturfing, (acedido a 28/4/2017).

³⁹ Fuller, Roslyn. Enclosing the democratic commons: private organizations and the legislative process, cit., p. 13.

⁴⁰ *Idem*, p. 14.

⁴¹ É como conclui o autor da pesquisa: "Influenciar a legislação por meio da participação informal é um projeto dispendioso e que requer muitos recursos. [...] No entanto, o próprio fato de que a participação informal é tão intensiva no uso de recursos [econômicos] privilegia automaticamente os grupos que possuem mais recursos: corporações, sindicatos corporativos e grupos think-tank dirigidos pelas empresas. Como vimos, essas organizações podem dar--se ao luxo de se envolver continuamente com os tomadores de decisão e fornecer-lhes leis, documentos de posição e 'estudos' prontos que financiaram em seu próprio interesse. Assim,

4. É possível aumentar a democraticidade das negociações de acordos regionais?

Como mostrado anteriormente, a despeito do arcabouço jurídico da União Europeia - que pressupõe um espaço para desenvolvimento da cidadania por meio da garantia de um regime político-jurídico democrático -, e a despeito da estrutura que *em tese* permite e/ou garante tal democraticidade do processo, o que se vê na prática é a presença de grandes grupos corporativos se inserindo no espaço da participação informal e se utilizando deste mecanismo para reforçar a sua posição política no que concerne aos rumos tomados pelas negociações dos Acordos CETA e TTIP. Aquele a quem em tese os benefícios dos acordos são direcionados - o cidadão de maneira geral – encontra-se afastado do processo, visto as decisões serem tomadas em instâncias às quais este cidadão não tem acesso, especialmente devido a insuficiências econômicas.

Em consequência, percebe-se claramente a existência de certas restrições democráticas que, se não são causadas necessária ou propositadamente pela estrutura jurídica existente no que diz respeito às negociações de acordos comerciais, estão presentes devido aos reflexos da capacidade que os diferentes atores têm em influenciar as decisões políticas devido aos recursos econômicos e/ou à importância econômica que possuem "para a sociedade".

As soluções tradicionalmente propostas para solucionar tal déficit democrático – quais sejam, a ampliação da transparência, a realização de consultas públicas com as partes envolvidas e a possibilidade de participação por canais informais existentes para além do momento eleitoral - são incapazes de efetivamente resolver esse déficit, posto que, conforme mostrado, os canais informais e as consultas públicas muitas vezes são ocupados por aqueles que possuem recursos econômicos inúmeras vezes maiores que os do cidadão comum. Da mesma maneira, apenas ampliar a transparência com a apresentação constante e disseminada dos resultados das negociações - isso dentro do limite "possível", visto serem secretas por natureza - também

quando os processos de consulta informal existem, esses interesses tendem a dominar e sufocar todas as outras considerações. Desta forma, os métodos de participação informal, que foram concebidos para beneficiar grupos marginalizados e vulneráveis, foram quase completamente cooptados no interesse dos membros mais poderosos da sociedade". Fuller, Roslyn. Enclosing the democratic commons: private organizations and the legislative process, cit., pp. 17 e 18, (grifo nosso).

não resolve o déficit democrático, já que a transparência é condição necessária, mas não suficiente, para a existência de um ambiente democrático em benefício do cidadão.

A complexidade da situação é aumentada pelo fato de que os Parlamentos, que são as instituições por excelência responsáveis pela concretização da vontade popular no arranjo democrático-liberal existente no mundo contemporâneo ocidental, também não conseguem - ou não querem - realizar seu papel. Por outras palavras, o que se afirma é que os Parlamentos têm tido frequentemente a função de simplesmente aprovar - ou até mesmo de apenas referendar - os acordos conforme lhes são apresentados, sem exercerem seu papel de representantes da vontade popular ou, mais ainda, de instância por excelência em que o debate público pode se realizar – isto sem ignorar a função de fiscalização que os Parlamentos exercem em situações como esta, de inserção do Estado em um acordo regional.

Nessa perspectiva, permitir a um Parlamento que debata sobre o conteúdo de um acordo como o CETA ou o TTIP seria o mesmo que atrasar as negociações ao mesmo tempo em que poderia levar à perda do momento certo para a implementação de um acordo de tal envergadura. Significa dizer, portanto, que os Parlamentos, ao apenas aprovarem sem debates tais acordos, acabam por inverter seu papel ou função pública enquanto entidades representativas e fiscalizadoras do interesse público, passando apenas a concretizar a vontade privada, nomeadamente a vontade daqueles estratos mais ricos da sociedade - simbolizados pelas grandes corporações - que, conforme visto, são os estratos que efetivamente podem influir na redação do texto final de tais acordos.

Tal situação fica ainda mais visível quando se verifica que em geral não há debates públicos sobre o tema, ao mesmo tempo em que os gabinetes ministeriais responsáveis pela redação de tais acordos raramente se encontram com as universidades ou com outros grupos de pesquisa com financiamento público que poderiam agregar e/ou contribuir para o debate público sobre o tema. Da mesma forma, em vez de tais gabinetes se utilizarem do conhecimento já adquirido sobre o tema, ou em vez de realizarem pesquisas por conta própria⁴², preferem recorrer a tais grupos particulares

⁴² Ou o que é ainda pior: "Quando os organismos europeus encomendam seus próprios estudos, eles tendem a ser realizados por organizações que têm conflitos de interesse óbvios com o ponto em questão. Por exemplo, a União Europeia encarregou o Centro de Investigação

com estudos que claramente direcionam os resultados para seus próprios interesses, o que leva à verdadeira privatização das políticas públicas⁴³ – ou, no caso, à privatização do texto dos acordos regionais.

Dada tal situação, é inegável que os órgãos decisores precisam "parar de aceitar 'estudos' conduzidos por entidades que exibem claros conflitos de interesse e substituí-los por estudos verificáveis conduzidos por órgãos independentes, de preferência oriundos de fontes diversas"44, de maneira que na eventualidade do surgimento de um tal estudo com claro viés, o mesmo fosse desconsiderado nas justificativas para o estabelecimento de determinada política a ser adotada pelo Estado.

Da mesma maneira, ainda que não seja constitucionalmente possível o impedimento de reuniões de grandes conglomerados corporativos com representantes políticos, seria possível a exigência de publicação de toda a transcrição de suas reuniões, especialmente quando se considera o fato de que os representantes têm, acima de tudo, um compromisso com a esfera pública, não privada, de maneira que fique claro ao eleitor qual o posicionamento que tais empresas têm ao contatarem os representantes políticos, por um lado, ao mesmo tempo em que, por outro, esteja explícito o limite até onde o representante está disposto a auxiliar essas empresas⁴⁵.

de Política Econômica (Centre for Economic Policy Research) de investigar os prováveis efeitos do TTIP na economia europeia. O seu relatório final, publicado em março de 2013, prevê recompensas brilhantes para a economia europeia a partir do TTIP, algo talvez não surpreendente porque vindo de uma organização que 'depende de doadores corporativos para apoio institucional crítico' e cujos membros incluem: Alfa Bank; Citigroup; Commonwealth Opportunity Capital; Credit Suisse; Grupo Santander; Intesa San Paolo; Itaú Unibanco S.A.; JP Morgan; La Caixa; Lloyds Banking Group; Moore Europe Capital Management; Sparebank 1; UBS; UniCredit e Wadhwani Asset Management. O TTIP prevê, evidentemente, uma maior liberalização do setor financeiro bem como uma proteção robusta para os investidores. No entanto, por alguma razão, a Comissão da União Europeia considerou que uma organização gerida pelas empresas que mais se beneficiarão destas disposições seria o local ideal para um estudo imparcial sobre o impacto do tratado". Fuller, Roslyn. Enclosing the democratic commons: private organizations and the legislative process, cit., p. 18.

⁴³ CHANG, Ailsa. "When lobbyists literally write the bill". NPR, de 11 de novembro de 2013. Disponível em: http://www.npr.org/sections/itsallpolitics/2013/11/11/243973620/ when-lobbyists-literally-write-the-bill>, (acedido a 24/2/2017).

⁴⁴ Fuller, Roslyn. Enclosing the democratic commons: private organizations and the legislative process, cit., pp. 18 e 19.

⁴⁵ *Idem*, p. 19.

Além disso, é inegável que os Parlamentos precisam revitalizar sua atividade representativa e fiscalizadora com o objetivo de efetivamente desenvolver sua função de concretização da vontade popular. Considerando-se que os acordos regionais da contemporaneidade – na qual se enquadram o CETA e o TTIP - são chamados de acordos dinâmicos, isto é, são acordos que "definem o quadro institucional e o comprometimento para a liberalização do comércio como um ponto de partida, mas mantêm em aberto o que diz respeito à amplitude final de sua aplicação"46, é necessário haver constante participação dos Parlamentos no processo de formação de tais acordos no sentido de se criar verdadeiro debate público sobre os temas ali apresentados, sob pena de ser reduzida cada vez mais a legitimidade democrática não apenas dos próprios Parlamentos, mas também dos próprios acordos, infringindo em última instância a própria estrutura materialmente constitucional da União Europeia.

Ora, se "a integração econômica de um Estado democrático nos mercados globais depende [...] do apoio dos eleitores domésticos⁴⁷", é inegável que tais acordos precisam ter apoio - ou seja, ter legitimidade - do eleitorado por meio de debate público. Novamente refere-se aqui à necessidade de revitalização da função dialógica dos Parlamentos como instâncias por excelência do debate que permita a participação de todos e não apenas de grupos economicamente capazes de se fazerem ouvir.

Tal perspectiva se configura como ainda mais importante especialmente quando se verifica que tais acordos regulam áreas que são tipicamente definidas pelos Parlamentos, tais como a proteção do meio ambiente e outras áreas sociais. É inegável, por um lado, que as políticas públicas na atualidade acabam por sofrer influência de outros entes para além do Estado; por outro lado, também é necessário reconhecer que compete primariamente aos Estados a formulação de tais políticas públicas, não podendo estas serem "terceirizadas" junto a empresas cujo foco é apenas o lucro. Em outras palavras, não podem os Parlamentos apenas "aceitar" o que tenha sido previamente negociado por aqueles que estão diretamente envolvidos na redação do texto dos acordos: é necessário que atuem efetivamente considerando-se os interesses da sociedade como um todo e não

⁴⁶ Sieber-Gasser, Charlotte. "Democratic legitimation of trade policy tomorrow: TTIP, democracy and market in the Swiss Constitution", cit., p. 16.

⁴⁷ *Idem*, p. 17.

apenas os interesses daqueles que já se encontram em posição de vantagem (econômica) na sociedade.

Conclusões

É fato que o mundo contemporâneo encontra-se globalizado e que muitas vezes as fronteiras do tradicional Estado-nação não são mais necessariamente reconhecidas, especialmente no âmbito econômico. Nesta perspectiva, a saída encontrada por muitos Estados para tentar regular minimamente o comércio mundial foi a criação de acordos regionais em que regras claras são estabelecidas entre as Partes contratantes.

Entretanto, a despeito de tal aparente enfraquecimento do Estado enquanto única instituição criadora e definidora de regras, é inegável que sua atuação continua sendo fundamental no que diz respeito à própria realização de tais acordos, especialmente quando se considera que os mesmos são ratificados pelos Estados em nome de alguém - no caso, em nome do conjunto de todos os cidadãos que, por mecanismos principalmente eleitorais, garantem a legitimidade necessária para que o Estado atue em seu nome.

Para além de tais mecanismos de cariz formal-eleitoral é reconhecido também na atual estrutura democrática-liberal de participação política a existência da chamada participação informal, que consiste em garantir àqueles cidadãos mais vulneráveis, que não têm condições de se expressar para além do momento eleitoral, a possibilidade de interferir na criação de políticas públicas no momento entre eleições. A participação informal, nesta perspectiva, apresenta-se não como um substituto, mas antes como um complemento à participação política formal via eleições.

O que se vê na realidade, porém, é que também estes espaços de participação informal foram ocupados por aqueles que já ocupavam os espaços da participação formal. Desta forma, se por um lado tal ocupação pode ser vista como legítima, já que sob uma perspectiva pluralista da sociedade tais grupos conseguem se organizar, se mobilizar e lutar pela defesa de seus interesses, por outro é inegável o fato de que tal ocupação também desses espaços por aqueles que têm mais recursos econômicos acaba por fazer com que apenas um estrato limitado da sociedade consiga ver suas demandas atendidas pelo Estado.

É neste sentido que surge a crítica ao processo de formação dos acordos regionais entre a União Europeia e o Canadá (CETA), de um lado, e entre a União Europeia e os Estados Unidos (TTIP), de outro. O que se percebeu é que não houve democraticidade no processo de formação de tais acordos, de maneira que apenas determinado estrato da sociedade foi capaz de ver suas demandas atendidas na redação final do acordo (no caso do CETA) ou nas versões prévias que surgiram publicamente (no caso do TTIP).

Nesse sentido, torna-se premente a (re)democratização do espaço de negociação de tais acordos a despeito das eventuais críticas que tal (re)democratização receba - especialmente a de que o aumento de participantes no processo poderia diminuir a eventual taxa de sucesso do acordo, bem como a de que o procedimento seria mais demorado por ser necessária a presença de outros participantes no debate sobre o conteúdo desses acordos.

É provável que tais críticas estejam corretas quando analisadas sob uma perspectiva exclusivamente econômica ou comercial. Contudo, este é o preço que se paga pelo estabelecimento e pela manutenção de um regime democrático, como é o caso da estrutura jurídica da União Europeia. Ou seja, o estabelecimento efetivo de uma democracia é feito invariavelmente com ônus e bônus, os quais caminham lado a lado. Não se pode pretender a existência de um regime democrático se outras vozes - sejam elas dissonantes ou não - não têm a possibilidade de participar do processo de tomada de decisão, e isto mesmo com base em um suposto argumento de eficácia e de rapidez deste mesmo processo.

É necessário, portanto, que os Parlamentos recuperem para si mesmos a função de serem polos de debate público sobre temas que afetam a todos na sociedade, bem como a função de instituição fiscalizadora das atividades do poder Executivo em nome da sociedade, de maneira que tais acordos regionais possam efetivamente corresponder à vontade dos cidadãos e não apenas à vontade daquele estrato social economicamente já dominante.

Referências bibliográficas

BIENKOV, Adam. "Astroturfing: what is it and why does it matter?", The Guardian, de 8 de fevereiro de 2012. Disponível em: https://www.theguardian.com/ commentisfree/2012/feb/08/what-is-astroturfing>, (acedido a 28/4/2017).

- Вовыо, Norberto. Verbete política, in: Вовыо, Norberto; Маттеиссі, Nicola e Pasquino, Gianfranco (eds.). Dicionário de política. Trad. Carmen Varriale et. al. Coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais, 11.ª ed. Brasília: Editora UnB, 1998, pp. 954-962.
- CHANG, Ailsa. "When lobbyists literally write the bill". NPR, de 11 de novembro de 2013. Disponível em: http://www.npr.org/sections/itsallpoli- tics/2013/11/11/243973620/when-lobbyists-literally-write-the-bill>, (acedido a 24/2/2017).
- COMISSÃO EUROPEIA. Comunicado de imprensa. A Comissão Europeia congratula-se com o apoio do Parlamento ao acordo comercial com o Canadá. Estrasburgo, de 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press- -release_IP-17-270_pt.htm>, (acedido a 22/2/2017).
- ____. Ficha informativa. CETA um acordo que estabelece um novo padrão de comércio *mundial*. Estrasburgo, de 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://europa. eu/rapid/press-release MEMO-17-271 pt.htm>, (acedido a 22/2/2017).
- ____. Trade. Policy. Countries and regions. Negotiations and agreements. Current state of play. Being negotiated. Disponível em: http://ec.europa.eu/trade/policy/ countries-and-regions/negotiations-and-agreements/#_being-negotiated>, (acedido a 22/2/2017).
- Fuller, Roslyn. Enclosing the democratic commons: private organizations and the legislative process, de 1 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/ abstract=2776146> ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2776146, (acedido a 23/2/2017).
- MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de direito da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2014.
- PEERS, Steve. "The EU's accession to the ECHR: the dream becomes a nightmare", German Law Journal, vol. 16, n.º 1, 2015, pp. 213-222. Disponível em: https:// static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56c84ffef055 e95324090f9d/1455968255593/PDF_Vol_16_No_01_Special_213-222_Peers. pdf>, (acedido a 22/2/2017), pp. 213-222.
- PERNICE, Ingolf. "Multilevel constitutionalism in the European Union", WHI Paper 5/02. Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht. Humboldt-Universität zu Berlin, julho de 2001, pp. 1-15. Disponível em: http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf, (acedido a 22/2/ /2017).
- SIEBER-GASSER, Charlotte. "Democratic legitimation of trade policy tomorrow: TTIP, democracy and market in the Swiss Constitution", Jusletter, de

9 de novembro de 2015, pp. 1-20. Disponível em: , (acedido a 23/2/2017).

SILVA, Matheus Passos. Curso básico de Ciência Política. Brasília: Vestnik, 2017.

- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno). Parecer do Tribunal de Justiça (tribunal pleno), de 18 de dezembro de 2014. Parecer proferido nos termos do art. 218.º, n.º 11, TFUE - Projeto de acordo internacional - Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - Compatibilidade do referido projeto com os Tratados UE e FUE. Parecer 2/13. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/ document print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst& docid=160882&occ=first&dir=&cid=84674>, (acedido a 22/2/2017).
- UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. C 202/1, de 7 de junho de 2016. Disponível em: http://eur-lex. europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.202.01.0001.01. POR#C_2016202PT.01001301>, (acedido a 22/2/2017).
- _. Instrumento Comum Interpretativo sobre o Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá e a União Europeia e os seus Estados-Membros. Jornal Oficial da União Europeia. L 11/3, de 14 de janeiro de 2017. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X 0114(01)&from=PT>, (acedido a 23/2/2017).
- de novembro de 2015 que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento (UE) n.º 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União. Jornal Oficial da União Europeia. L 310/1, de 26 de novembro de 2015. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/ legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120&from=PT>, (acedido a 24/2/2017).
- __. Decisão (UE) 2017/38 do Conselho, de 28 de outubro de 2016 relativa à aplicação provisória do Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro. Jornal Oficial da União Europeia. L 11/1080, de 14 de janeiro de 2017. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri =CELEX:32017D0038&from=PT>, (acedido a 22/2/2017).

Resolução de Litígios de Investimento Internacional no CETA: uma Resposta aos Críticos?

João Francisco Diogo*

Resumo: O Acordo CETA assinado entre a União Europeia e o Canadá, no seu capítulo dedicado ao investimento internacional, consagra um método inovador de resolução de litígios de investimento, afastando o tradicional *Investor-State Dispute Settlement* através de arbitragem, estabelecendo um *Investor Court System*. O objetivo do presente artigo é enquadrar esta solução consagrada no CETA no âmbito do Direito do Investimento Internacional e dos seus mais recentes desenvolvimentos, tanto *de jure condendo* como *de jure condito*.

Palavras-Chave: CETA; Investimento; Arbitragem; Judicialização.

Abstract: The CETA Agreement, signed between the European Union and Canada, in its chapter dedicated to international investment establishes an innovative method of investment dispute settlement, moving away from the traditional *Investor-State Dispute Settlement* through arbitration and establishing an *Investor Court System*. The objective of this paper is to frame this solution in relation to Foreign Investment Law and its most recent developments, both *de jure condendo* and *de jure condito*.

Keywords: CETA; Investment; Arbitration; Judicialization.

Introdução

Recentemente, os Acordos de Comércio Livre (Free Trade Agreements ou FTA's) têm sido alvo de um interesse renovado por parte dos governos e

^{*} Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Mestrando em Ciência Política e Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa. Investigador do CEDIS-FDUNL, Grupo de Investigação "Direito, Política e Participação".

outros centros de formulação de políticas públicas (como a União Europeia) por todo o mundo e, consequentemente, da opinião pública global e da comunidade académica. Este ressurgimento de interesse político e académico está ligado à negociação de uma "nova geração" de FTA's. O Trans-Pacific Partnership (TPP), o Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) têm sido apontados como paradigmas desta nova geração de instrumentos jurídicos de comércio internacional, na medida em que se debruçam sobre um conjunto cada vez mais diferenciado e complexo de temas, desde as tradicionais abolições de barreiras ao livre comércio e a proteção de investimentos estrangeiros (com o seu novo rosto da arbitragem entre investidores e Estados), até às novas preocupações em relação a questões como a saúde pública, proteção ambiental, desenvolvimento sustentável, mercado laboral, entre outras.

Fruto de um processo de globalização que a cada ano toma mais ímpeto e velocidade, esta nova geração de acordos, mais do que abolir os entraves ao comércio livre como os antigos tratados de comércio, procura criar verdadeiros espaços económicos à escala continental e transcontinental, em que a liberdade de comércio é acompanhada por um esforço de harmonização de políticas públicas nacionais nas mais variadas áreas que interajam com o mercado. Nesse sentido, o Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) entre o Canadá e a União Europeia e os seus Estado-Membros é um dos exemplos desta nova geração de FTA's.

Na altura em que se escrevem estas linhas, este acordo foi já assinado pelos representantes das duas Partes e iniciará agora o tortuoso processo de ratificação pelo Canadá, pelas instituições da União e por cada um seus Estados Membros e, assim que entrar plenamente em vigor, irá criar um espaço de comércio livre com um peso económico assinalável no quadro da economia global. Este é um dos dois maiores projetos de comércio livre em que a União Europeia se encontra atualmente envolvida, sendo o outro o TTIP, o acordo de comércio livre entre a União e os Estados Unidos da América, cujo processo se encontra ainda na fase negocial.

Num FTA de "nova geração", como o CETA, podem encontrar-se inovações assinaláveis em praticamente todos os seus capítulos. Contudo, uma das inovações mais interessantes surge no Capítulo 8 que versa sobre a regulação do investimento internacional entre as Partes do Tratado. Para além de alguns avanços assinaláveis no que diz respeito à formulação dos princípios substantivos de proteção do investimento internacional - veja-se

por exemplo as extensas salvaguardas incluídas no art. 8.15 sobre a definição de expropriação relevante para efeitos de proteção de investimentos internacionais ao abrigo do CETA¹ –, a principal inovação que este capítulo encerra no contexto do Direito do Investimento Internacional é a criação do primeiro tribunal permanente de resolução de litígios de investimento, um sistema designado por Investment Court System (ICS). A uma nova geração de acordos de comércio livre parece estar ligada uma nova geração de resolução de litígios de investimento.

No seu concept paper intitulado "Investment in TTIP and beyond – the path to reform2", a Comissão Europeia formulou pela primeira vez a ideia de introduzir um tribunal permanente desta natureza nos seus acordos de comércio livre cuja negociação ainda se encontrava pendente, tendo transposto o conceito formulado para uma proposta de articulado submetida no contexto das negociações do TTIP3. A proposta contida neste concept paper é o resultado de várias rondas de consultas públicas a cidadãos europeus, promovidas pelas instituições europeias. Estas consultas revelaram uma profunda desconfiança por parte da opinião pública em relação ao Investor-State Dispute Settlement (ISDS), o tradicional mecanismo de resolução de litígios de investimento através de arbitragem entre investidores e Estados devido ao secretismo e confidencialidade desses processos e pela perceção de que este sistema era facilmente capturável pelos interesses dos investidores privados.

O teor das críticas foi perfeitamente captado por um célebre artigo de 2014 da revista The Economist, onde se pode ler:

"If you wanted to convince the public that international trade agreements are a way to let multinational companies get rich at the expense of ordinary

¹ Spears, Suzanne A. "Making Way for the Public Interest in International Investment Agreements", in: Brown, Chester e Miles, Kate (ed.). Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 276-279.

² Comissão Europeia, "Investment in TTIP and beyond - the Path to Reform" (concept paper), de 5 de maio de 2015. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/ may/tradoc_153408.PDF>, (acedido a 1/3/2018).

³ Comissão Europeia. "Transatlantic Trade and Investment Partnership – Trade in Services, Investment and E-Commerce - Chapter II: Investment", de 15 de agosto de 2015. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf, (acedido a 1/3/2018)

people, this is what you would do: give foreign firms a special right to apply to a secretive tribunal of highly paid corporate lawyers for compensation whenever a government passes a law to, say, discourage smoking, protect the environment or prevent a nuclear catastrophe. Yet that is precisely what thousands of trade and investment treaties over the past half century have done, through a process known as "investor-state dispute settlement", or ISDS4".

A ponderação das respostas a esta grande consulta pública a nível europeu levou os Estados-Membros e as Instituições da União Europeia a elaborar esta proposta de um modelo europeu de resolução de litígios, o ICS, que, apesar de já ter sido incluído no acordo de comércio livre entre a União Europeia e o Vietname, agora que se encontra consagrado no já assinado acordo com o Canadá e encontrando-se ainda em cima da mesa de negociações do acordo com os Estados Unidos, começa a ganhar proeminência fora do continente europeu.

As características deste sistema de ICS incluído no CETA tornam-no num passo revolucionário no desenvolvimento do Direito do Investimento Internacional, consubstanciando-se numa mudança de paradigma assinalável no que diz respeito aos tradicionais meios de resolução de litígios associados a este ramo jurídico. Para além disso, apesar do seu carácter revolucionário, esta figura institucional representa ao mesmo tempo uma evolução natural neste ramo de direito, - na medida em que vem dar resposta a um variado conjunto de preocupações que têm sido assinaladas nos últimos anos pela literatura académica e pela opinião pública em geral -, e orgânica, no sentido em que este é apenas o primeiro sinal de uma mudança que demorará presumivelmente vários anos em pequenas evoluções incrementais de modo a atingir a proeminência global de que hoje goza o ISDS. É essa natureza de "revolução natural" que este novo Tribunal vem trazer ao Direito do Investimento Internacional que se procurará explicitar nas próximas secções deste artigo.

A próxima secção procurará examinar as tendências de evolução do Direito do Investimento Internacional enquanto setor do Direito

⁴ The Economist, The arbitration game. Governments are souring on treaties to protect foreign investors, de 11 de outubro de 2014. Disponível em: http://www.economist.com/news/ finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors--arbitration>, (acedido a 11/11/2016).

Internacional Público, desde o seu desenvolvimento inicial durante o período dos séculos XVIII e XIX até aos dias de hoje. Traçadas as principais linhas de evolução histórica deste setor do Direito Internacional, procurará seguidamente expor os principais desafios que confrontam o Direito do Investimento Internacional atualmente, especialmente a natureza cada vez mais pública, isto é, intimamente ligada ao exercício de soberania por parte dos Estados. Finalmente, irá examinar-se a forma como a solução proposta no CETA para a resolução de conflitos de investimento responde às críticas e desafios que se apresentam a este ramo de Direito. Finalmente, traçar-se-ão algumas conclusões na última secção.

1. Padrões de evolução do Direito do Investimento Internacional

A compreensão da natureza e das implicações que este novo tipo de resolução de litígios de investimento incluído no CETA, e que já se encontra em embrião noutros projetos de Acordos de Comércio Livre em que a União Europeia é Parte (nomeadamente o TTIP e o FTA com o Vietname) implica, naturalmente, enquadrá-la nos padrões particulares de desenvolvimento deste ramo do direito.

Ao procurar surpreender quais os padrões gerais de desenvolvimento deste peculiar sub-ramo do Direito Internacional⁵, Joost Pauwelyn oferece uma das perspetivas mais interessantes e penetrantes sobre a forma como este sistema jurídico tem evoluído, em particular durante as últimas décadas do século passado. Num artigo publicado recentemente na ICSID Review, este autor Autor, ao constatar as características específicas deste setor, destaca dois temas recorrentes que suscitam questões sobre os padrões de evolução do Direito de Investimento Internacional: Em primeiro lugar, pergunta o porquê de virtualmente todos os Estados da comunidade internacional aceitarem limitar os seus poderes soberanos sobre investidores estrangeiros (através de BIT's), expondo-se a pedidos de indemnização, que serão decididos em tribunais arbitrais por danos causados por atos tipicamente soberanos. Em segundo lugar, pergunta

⁵ PAUWELYN, Joost. "At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed", ICSID Review, vol. 29, n.º 2, 2014, pp. 372-418.

como este sub-ramo do Direito Internacional conseguiu evoluir com base numa produção normativa muito descentralizada, essencialmente através de tratados bilaterais de investimentos (BIT's) entre Estados como principal fonte de normas substantivas (por vezes contraditórias entre si), e em que os tratados multilaterais (como a Convenção de Washington que institui o ICSID) se encontram limitados ao tratamento dos aspetos institucionais e procedimentais deste ordenamento jurídico.

Estas duas questões serão desenvolvidas com mais profundidade na secção abaixo, na medida em que capturam os dois principais desafios que se colocam atualmente ao Direito do Investimento Internacional e que encontram eco no CETA. Para Pauwelyn, estas questões servem para enquadrar a forma como, na sua perspetiva, este setor de Direito Internacional tem evoluído, utilizando a noção de Sistema Adaptativo Complexo e teorias de complexidade (ou de interação) que têm sido bastante úteis noutros domínios científicos - tais como a sociologia, a ciência política e mesmo da biologia. Neste ponto, a comparação com outro setor do Direito Internacional como o Direito do Comércio Internacional, é particularmente ilustrativa. Onde este último se desenvolveu de uma forma mais ou menos centralizada com base em grandes tratados multilaterais (como o GATT) que fixam o conteúdo substantivo das normas e princípios fundamentais do Comércio Internacional, Pauwelyn esboça um quadro radicalmente diferente da evolução do Direito do Investimento Înternacional assente em três características que o definem como um sistema adaptativo complexo: (i) composição descentralizada, na medida em que se desenvolve com base em centenas e, mais tarde, milhares de BIT's; (ii) emergência orgânica, na medida em que não nasceu de um grande momento constitucional, mas sim de evoluções pequenas e incrementais, desde as normas seculares de proteção diplomática até aos grandes FTA's das últimas décadas; (iii) altos níveis de contestação mas dinamicamente estável na medida em que, apesar das várias críticas a que foi sendo sujeito ao longo da sua história, foi sempre capaz de ser ir adaptando, através evoluções pequenas e incrementais facilitadas pela sua natureza descentralizada, apesar de essas evoluções o colocarem sempre em posições sub-optimais de eficiência⁶.

⁶ *Idem*, pp. 378-381.

Este padrão de desenvolvimento descentralizado e orgânico é também capturado pelo estudo de Schill⁷ sobre a multilateralização do Direito do Investimento Internacional, ou seja, sobre a forma como, de um conjunto de interações jurídicas internacionais essencialmente bilaterais, se desenvolveu um sub-ramo de Direito Internacional organizado em torno de princípios e paradigmas normativos estruturantes, concretizados em cada BIT de forma mais ou menos próxima com o paradigma fundamental, e que evolui de forma incremental e orgânica à medida que mais BIT's e FTA's entram em vigor e que mais processos e sentenças arbitrais são concluídas.

Concretamente no que diz respeito à resolução de litígios de investimento internacional, é possível distinguir dois grandes períodos da evolução do Direito do Investimento Internacional. Numa primeira fase, como descreve Miles⁸, o Direito do Investimento Internacional desenvolveu-se num contexto de expansão comercial e imperial dos Estados europeus desde o início da Idade Moderna, embora com especial proeminência a partir do Século XIX. Durante este período, os principais intervenientes e sujeitos do processo de desenvolvimento deste ordenamento jurídico de proteção de investimentos internacionais eram os Estados envolvidos nesse processo de expansão comercial e imperial. Os instrumentos jurídicos típicos deste período para proteção dos investimentos internacionais eram, como atualmente, tratados bilaterais entre Estados que regulavam as relações económicas e políticas entre estes e que incluíam cláusulas de proteção de investidores de um dos Estados contra a atuação potencialmente prejudicial do outro Estado, onde se localizava o investimento. Exemplo clássico deste tipo de tratados é o modelo de tratado de "Friendship, Commerce and Navigation", popularizado durante este período pela prática diplomática dos Estados Unidos da América9. A diferença entre este período de desenvolvimento inicial não está, portanto, no tipo de fontes das normas jurídicas de proteção de investimentos estrangeiros (apesar de também aí

⁷ Schill, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009

⁸ MILES, Kate. The Origins of International Investment Law – Empire, Environment and Safeguarding of Capital. Cambridge: Cambridge University Press, 2013

⁹ SALACUSE, Jeswald W. The Law of Investment Treaties. 2.ªEd. Oxford: Oxford University Press, 2015

se verificarem diferenças), mas sim nos sujeitos das normas jurídicas de proteção de investimentos e, principalmente, nas vias disponíveis para a resolução de eventuais litígios que surgissem do incumprimento dessas normas.

Durante este período inicial, os litígios sobre investimento internacional eram do domínio exclusivo das relações entre Estados. Decorrente da natureza jus internacional e convencional destas regras resultava, então, das conceções da época sobre o Direito Internacional Público que o incumprimento destas normas só poderia ser atribuído e suscitado pelos únicos sujeitos de Direito Internacional admitidos à altura, os Estados soberanos. Admitindo que procurar uma solução judicial nos tribunais do Estado anfitrião do investimento poderia ser problemático a vários títulos, um investidor particular estava dependente da boa-vontade ou predisposição política do Estado do qual era nacional para garantir e proteger o seu investimento, através da força ou através de meios de adjudicação internacional entre Estados¹⁰. O Estado que quisesse proteger os investimentos dos seus nacionais poderia, assim, agir diretamente contra o Estado anfitrião desses investimentos que tivesse incumprido com as suas obrigações internacionais ou, através do mecanismo da proteção diplomática, assumir (como suas) as pretensões dos seus investidores nacionais.

Foi contra esta situação claramente desvantajosa e bastante onerosa para os investidores particulares que, em 1959, se iniciou uma mudança de paradigma no plano da resolução de litígios de investimento internacional. A precisão cronológica desta transição (tão aberrante para o mais zeloso dos historiadores) prende-se com o facto de essa ser a data em que o foi pela primeira vez consagrado o mecanismo que viria mudar o rosto do Direito do Investimento Internacional durante o período restante do século XX até às primeiras décadas do Século XXI. Em 1959 foi assinado entre a República Federal Alemã e o Paquistão o primeiro Tratado de Investimento Bilateral (Bilateral Investment Treaty ou BIT). Não obstante outras características deste tipo de tratados11, a principal revolução operada pelos mesmos foi a inclusão da possibilidade de investidores de um Estado iniciarem um processo arbitral contra o Estado anfitrião

¹⁰ SALACUSE, Jeswald W. The Law of Investment Treaties, cit., pp 87 e ss.

¹¹ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. The International Law on Foreign Investment. 3. aed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp 172 e ss.

dos seus investimentos com base na violação do BIT aplicável a cada caso, isto é, o sistema moderno de Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Este recurso direto dos investidores, que não estava dependente da volatilidade política do mecanismo da proteção diplomática e prescindia da condição da exaustão dos recursos judiciais nacionais do Estado infrator, veio corrigir as desvantagens em que os investidores se encontravam e abrir uma nova fase de desenvolvimento do Direito do Investimento Internacional, marcada pela admissão de um novo tipo de sujeitos que participam diretamente no desenvolvimento deste ordenamento jurídico: os investidores particulares, especialmente as empresas multinacionais. De facto, não só a quantidade de normas de Direito do Investimento Internacional aumentou exponencialmente desde a conclusão do primeiro BIT (estima-se que atualmente estejam em vigor mais de 3000 BIT's), como o trabalho de centenas de tribunais arbitrais, constituídos ao abrigo destes BIT, contribuiu para o desenvolvimento e densificação normativa dos padrões de proteção de investimento internacional como para a criação de uma comunidade epistemológica especializada neste ramo de direito12.

Concluindo, pode observar-se desta resenha sobre os padrões de evolução do Direito do Investimento Internacional que este é essencialmente marcado por evoluções incrementais e orgânicas, isto é, naturais, respondendo a *inputs* da comunidade de investidores, agências nacionais, árbitros e académicos, através da conclusão de novos tratados e do efeito persuasivo de novas sentenças arbitrais, mas também por momentos revolucionários, como a conclusão do primeiro BIT em 1959 que mudou radicalmente o paradigma da resolução de litígios do Direito do Investimento Internacional. Mas mesmo os efeitos destes momentos revolucionários só foram sendo sentidos ao longo de várias décadas, com a assinatura de mais BIT's e a constituição de cada vez mais tribunais arbitrais (nas duas primeiras décadas que se seguiram à instituição dos mecanismos arbitrais do ICSID, apenas tinham sido iniciados 19 dos seus quase 400 processos arbitrais concluídos). A evolução do Direito do Investimento Internacional parece, assim, ser mais pautada períodos de "revolução natural", no que diz respeito às

¹² PAUWELYN, Joost. "The Rule of Law Without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators Are from Mars, Trade Adjudicators from Venus", American Journal of International Law, vol. 109, n.º 4, 2015, pp. 761-805.

suas estruturas fundamentais, e de evoluções incrementais e orgânicas no que diz respeito aos elementos das suas normas e princípios fundamentais. A criação de um Tribunal permanente de Investimento no CETA parece, portanto, enquadrar-se perfeitamente neste tipo de evolução e as suas características – como se destacará abaixo – permitem compreender como este é um passo natural da evolução do Direito do Investimento Internacional e abre a porta a um longo caminho de evolução ainda por percorrer, pressagiando, talvez, o início de uma nova geração comparável à assinatura do primeiro BIT.

2. Problemas contemporâneos: a natureza (cada vez mais) pública da arbitragem de investimento

Brevemente analisados os padrões de evolução do Direito do Investimento Internacional, importa agora enquadrar quais os desafios atuais que se colocam a este setor do Direito Internacional no contexto dos quais a solução prevista no CETA para a resolução de litígios de investimento surge e se desenvolve. Essencialmente, o principal tema que parece estar a ganhar cada vez mais expressão na literatura académica e nas decisões da jurisprudência dos tribunais arbitrais é o da natureza eminentemente pública do Direito de Investimento Internacional e, consequentemente, dos litígios que surgem no contexto deste ordenamento jurídico. É este o tema central que parece organizar e unificar todos os outros desafios e críticas que têm sido apontados ao Direito do Investimento Internacional e, de forma muito particular, à arbitragem de investimento nos últimos anos.

A questão da natureza iminentemente pública da arbitragem de investimento tem surgido nos últimos anos no panorama do Direito do Investimento Internacional de uma forma gradual e influenciada por um conjunto de fatores e não de uma alteração fundamental dos seus princípios estruturantes. Esta questão esteve apenas parcialmente oculta em virtude das origens do sistema de arbitragem de investimento, que encontram as suas raízes na arbitragem comercial internacional - patrocinada, entre outras instituições, pelas Câmaras de Comércio por todo o mundo, cuja natureza eminentemente privada e a sua preferência pela confidencialidade e celeridade influenciou durante muito tempo a própria arbitragem de investimento¹³. Aliás, não admira que se tenha verificado esta grande influência do mundo da arbitragem comercial internacional na medida em que a arbitragem de investimentos inaugurada com a era do BIT's introduziu no campo do Direito do Investimento Internacional o ator típico daquele outro sistema de arbitragem: as multinacionais.

Por outro lado, a natureza pública da arbitragem de investimento não surge como imediatamente aparente, tendo em conta a complexidade intrínseca deste regime, como descreve14 Mills ao identificar os múltiplos aspetos em que este regime apresenta dualidades público-privadas decorrentes da natureza dos seus intervenientes, sendo que os investidores estarão naturalmente mais inclinados para procurar salvaguardar os aspetos privados deste regime e os Estados, por sua vez, para salvaguardar os seus aspetos públicos quer em termos das suas funções, quer em sede de implicações de política económica e interesses protegidos pelo regime substantivo dos BIT's.

Apesar destas dualidades público-privadas, uma grande parte da literatura académica e algumas sentenças arbitrais têm vindo a reconhecer cada vez mais a natureza pública da arbitragem de investimento. Uma das formulações mais acabadas desta ideia foi avançada por van Harten¹⁵. Na sua obra seminal sobre o tema, este autor comenta:

"[i]nvestment treaty arbitration is often viewed as a form of reciprocally consensual adjudication between an investor and a state. The argument of this chapter is that it should be viewed as a mechanism of adjudicative review in public law. That is the case for two reasons: first, the system is established by a sovereign act of the state; second, it is predominantly used to resolve disputes arising from the exercise of sovereign authority (...) As a public law system, investment treaty arbitration engages the regulatory relationship

¹³ ASTERITI, Alessandra e TAMS, Christian J. "Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration", in: Schill, Stephan W. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 787–816.

¹⁴ MILLS, Alex. "The Public-Private Dualities of International Investment Law and Arbitration", in: Brown, Chester e MILES, Kate. Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration.. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 97-116.

¹⁵ HARTEN, Gus van. Investment Treaty Arbitration and Public Law. Oxford: Oxford University Press, 2007

between state and individual, rather than a reciprocal relationship between juridical equals. Indeed, unlike any other form of international arbitration, it gives private arbitrators a comprehensive jurisdiction over disputes in the regulatory sphere16".

Estas características identificadas por van Harten distinguem o Direito do Investimento Internacional quer do Direito do Comércio Internacional, que exerce ainda uma grande influência sobre este ordenamento jurídico, quer do Direito Internacional Público, uma vez que se afasta da arena típica das disputas jurídicas internacionais protagonizadas pelos Estados. Estas observações já tinham levado van Harten e Loughlin a designarem o Direito do Investimento Internacional como uma "espécie de Direito Administrativo Global".

Utilizando a expressão cunhada por Kingsbury e outros¹⁷, estes autores argumentam que os tribunais arbitrais constituídos para adjudicar pedidos de investidores particulares, como meio de obter indeminização por violação de BIT's causadas por atos soberanos do Estado, constituem um exemplo paradigmático de adjudicação administrativa. De facto:

"[i]nvestment treaty tribunals apply standards that constraint sovereign acts of a state's legislature, judiciary and administration. The jurisdiction of the tribunal is limited: an investor must, for example, establish that the relevant dispute relates to na investment. Nonetheless, by obliging states to arbitrate disputes arising from sovereign acts, investment treaties establish investment arbitration as a mechanism to control the exercise of public authority. For this reason, investment treaty arbitration is best analogized to domestic administrative law18".

A arbitragem de investimento, seguindo esta lógica, encontra-se muito mais próxima do exercício de funções de judicial review, função

¹⁶ *Idem.*p. 45

¹⁷ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico e STEWART, Richard B. "The Emergence of Global Administrative Law", Law and Contemporary Problems, vol. 68, n.º 3, 2005, pp. 15-61.

¹⁸ Harten, Gus van e Loughlin, Martin. "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", European Journal of International Law, vol. 17, n.º 1, 2006, pp. 121-150.

incontestavelmente pública, do que da simples arbitragem de interesses privados. Neste ponto, Kalderimis¹⁹ argumenta que, aceitando a tese da arbitragem de investimento enquanto uma espécie de direito administrativo global, nem os padrões da arbitragem comercial internacional, nem os padrões do Direito Internacional Público clássico serão capazes de lidar com este fenómeno jurídico.

Pode ainda ir-se um pouco mais longe com este argumento e considerar-se que não só a arbitragem de investimento se aproxima do direito administrativo nacional, mas também penetra áreas típicas do direito constitucional, na medida em que é possível encontrar exemplos de tribunais arbitrais de investimento que julgaram matérias da mais elevada hierarquia político-constitucional. Exemplo paradigmático disto mesmo são as famosas arbitragens Abaclat, (2011), Ambiente Ufficio, (2013), e Alemanni, (2014) que envolveram a Argentina no início deste século, e que tiveram como objeto medidas tomadas pelo Governo da Argentina no contexto de default financeiro do Estado e de um programa de reestruturação da dívida soberana²⁰.

Apesar de algumas destas arbitragens terem já mostrado alguma abertura à ponderação de elementos de interesse público na forma como aplicam os padrões de proteção de investimento típicos previstos nos BIT's²¹, estes exemplos manifestam de forma ainda mais clara a natureza pública da arbitragem de investimento e da sua capacidade de tocar virtualmente todos os aspetos da atividade do Estado. Um dos efeitos mais interessantes desta penetração da arbitragem de investimento nos domínios do Direito Público, especialmente no direito regulatório dos Estados, é o chamado efeito de "regulatory chill", isto é, a simples possibilidade de recurso à arbitragem de investimento por parte de investidores estrangeiros ser suficiente

¹⁹ KALDERIMIS, Daniel. "Investment Treaty Arbitration as Global Administrative Law: What This Might Mean in Practice", in: Brown, Chester e MILES, Kate (eds.). Evolution in Investmente Treaty Law and Arbitration. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 145-160.

²⁰ WAIBEL, Michael. Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp 98 e ss

²¹ GIUPPONI, Belen Olmos. "ICSID Tribunals and Sovereign Debt Restructuring-Related Litigation: Mapping the Further Implications of the Alemanni Decision", ICSID Review, vol. 30, n.º 3, 2015, pp. 556-588.

para influenciar as opções de políticas públicas em termos de regulação de certos Estados²².

Este reconhecimento cada vez mais abrangente por parte da literatura académica da natureza pública da arbitragem de investimento está a ser acompanhado já há alguns anos por uma crispação da opinião pública em algumas regiões do globo, que questiona de forma crescente a legitimidade de sistemas arbitrais, ainda marcados pelo secretismo e confidencialidade que herdaram da arbitragem de comércio internacional e pelo estigma do favorecimento dos interesses dos investidores privados em detrimento de Estados (alguns deles ainda em vias de desenvolvimento), que se veem a braços com encargos indemnizatórios pesadíssimos.

Isto fez com que vários Estados na América Latina tivessem manifestado intenção de se retirar do sistema ICSID, sendo que alguns deles efetivamente se retiraram, como é o caso da Bolívia que, em 2007, foi o primeiro Estado a denunciar a Convenção de Washington. Por outro lado, este fenómeno levou a literatura académica a empreender esforços no sentido de enquadrar os standards típicos de proteção de investimento em padrões públicos de adjudicação. Assim, surgiram nos últimos anos vários trabalhos académicos que procuraram analisar a arbitragem de investimento numa perspetiva de direito público comparado, no que diz respeito aos seus meios processuais²³; à necessidade de aplicação de estruturas conceptuais de análise típicas do direito público, nomeadamente no que diz respeito às margens de conformação política²⁴ —ou como é designado no concept paper da Comissão Europeia, o direito dos Estados a regular²⁵; à ponderação do interesse público na revisão dos padrões de proteção do

²² TIENHAARA, Kyla. "Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science", Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, Chester Brown e Kate Miles (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 606-628.

²³ Brown, Chester e Schill, Stephan W. "Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law", in: SCHILL, Stephan W. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 659-688.

²⁴ Burke-White, William e Von Staden, Andreas. "The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations", in: Schill, Stephan W. International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 689-720.

²⁵ DG TRADE, European Commission, "Investment in TTIP and beyond – the Path to Reform", cit.

investimento²⁶, incluindo a consideração de um interesse público global e não só particular de cada Estado²⁷; aos mecanismos de ressarcimento da arbitragem de investimento²⁸, bem como aos padrões de compensação por expropriação²⁹; e à importância de mais elevados padrões de transparência exigíveis aos tribunais arbitrais de investimento, inclusivamente nas garantias de maior representatividade de todos os interesse visados durante o processo³⁰.

Este movimento em direção a padrões de Direito Público evidencia de forma clara uma necessidade de aproximar o sistema de arbitragem de investimento de um modelo mais conforme a noções de rule of law. Independentemente das noções concretas que se adotem sobre este esquivo conceito³¹, um dos elementos fundamentais desta noção prende-se com a ideia de independência judicial, um dos principais desafios da arbitragem de investimento neste momento do seu desenvolvimento, nomeadamente para se libertar das suspeitas de parcialidade em relação aos interesses dos investidores privados.

De facto, e como van Harten³² realça, afigura-se como muito difícil a garantia padrões mínimos de independência judicial no sistema da arbitragem de investimento, com o consequente acréscimo de legitimidade

²⁶ Spears, Suzanne A. "Making Way for the Public Interest in International Investment Agreements", cit.

²⁷ Kulick, Andreas. Global Public Interest in International Investment Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2012

²⁸ AAKEN, Anne van. "Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View", in: SCHILL, Stephan W. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 721-754.

²⁹ Sabahi, Borzu, and Nicholas J. Birch. "Comparative Compensation for Expropriation", in: Schill, Stephan W. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 755-785.

³⁰ FRY, James D. e Repousis, Odysseas G. "Towards a New World for Investor-State Arbitration Through Transparency." Journal of International Law and Politics, vol. 48, n.º 3, 2016, pp. 795-865.

³¹ TAMANAHA, Brian Z. On the Rule of Law – History, Politics, Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2004

³² HARTEN, Gus van. "Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law", in: Schill, Stephan W. International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 627-657.

política para arbitrar questões de Direito Público tão prementes, sem uma reforma do método como os árbitros são designados. Com efeito, o facto destes tribunais arbitrais serem constituídos por um árbitro nomeado pelo investidor, outro nomeado pelo Estado e o presidente designado por acordo dos outros dois árbitros ou, na falta deste, sendo normalmente indicado por outra entidade vista como ligada aos interesses de alguma das partes (como o Secretário-Geral do ICSID, ligado à defesa dos interesses privados dos investidores) faz recair sobre estes tribunais a constante suspeita de captura pelos interesses de uma parte (normalmente da investidor privado).

A crescente consideração do interesse público parece então pôr em evidência a necessidade de modelar a arbitragem de investimento à imagem dos paradigmas de independência judicial derivados de noções de rule of law, cruciais para garantir a legitimidade de tribunais cuja principal natureza, como já se viu, é a de exercerem funções bastante próximas de judicial review.

A análise destes padrões de desenvolvimento recentes do Direito de Investimento Internacional e, em especial, da arbitragem de investimento, em que as principais forças motrizes da sua evolução se encontram a pressionar o sistema para se afastar dos aspetos privados deste regime e, consequentemente, para uma maior preponderância dos seus aspetos públicos, permite desde já surpreender duas possíveis linhas de evolução deste regime.

Dir-se-ia que, para melhor sustentar os impulsos dados pela literatura académica, por recentes decisões arbitrais e pela opinião pública, no sentido de proteger e promover cada vez mais os interesses públicos subjacentes a este regime, assegurar estruturas decisórias independentes e garantir procedimentos transparentes e equitativos, o sistema de resolução de litígios de investimento deve aproximar-se mais do formato dos tribunais domésticos aos quais é habitualmente reconhecida legitimidade para exercerem funções de judicial review. Assim, as tendências evolutivas deste regime seriam, por um lado, da arbitragem bilateral para a crescente multilateralização quer dos padrões de proteção de investimentos internacionais, quer dos sistemas de resolução de litígios; e, por outro lado, para uma maior institucionalização desses mesmos mecanismos de resolução de litígios de investimento, com o objetivo de proteger estes mecanismos (hoje em dia arbitrais) da captura pelos interesses que lhe subjazem, de modo a garantir que as decisões destes tribunais possam ser consideradas como

verdadeiramente independentes e reflexo apenas do direito aplicável sem influência indevida de nenhum dos interesses em litígio, como é apanágio de um sistema de rule of law moderno.

É face a todos estes desafios, padrões e tendências de desenvolvimento que o Tribunais de resolução de litígios de investimento do CETA deve ser analisado.

3. O Tribunal de Investimento do CETA: um novo paradigma para uma nova geração?

A inclusão de um sistema de ICS no CETA foi e continuará a ser durante os próximos tempos um ponto de grande debate entre a comunidade académica e a opinião pública. Este tribunal foi, aliás, o casus belli citado pela comunidade da Valónia numa tentativa de última hora de bloquear este tratado a meros dias da cimeira em que deveria decorrer a sua assinatura³³. As principais objeções a que os líderes políticos desta comunidade belga deram voz correspondem quase exatamente ao conteúdo da visão do já citado artigo da revista The Economist.

Contudo, se essas críticas poderiam ser relevantes caso o mecanismo previsto no CETA fosse o do ISDS, a formulação das mesmas críticas em relação ao sistema de ICS previsto naquele tratado parece ignorar completamente as grandes diferenças entre os dois tipos de sistemas de resolução de litígios de investimento. De facto, o sistema de ICS previsto no CETA parece ser o início de uma mudança de paradigma na resolução de litígios de investimentos internacionais e responde quase ponto por ponto aos críticos do sistema de ISDS.

Onde os tradicionais BIT's incluíam cláusulas de arbitragem em que os Estados signatários davam o seu consentimento genérico à resolução de quaisquer conflitos que surgissem a propósito de investimentos feitos no seu território (ou sob sua jurisdição) por investidores nacionais do outro Estado contratante através da constituição de um tribunal arbitral ad hoc para a resolução de uma única disputa, a secção F do Capítulo 8 do CETA quebra com este paradigma ao prever a constituição de um Tribunal permanente

³³ BBC News, Belgium Walloons block key EU Ceta trade deal with Canada, de 24 de outubro de 2016. Disponível: http://www.bbc.com/news/world-europe-37749236>, (acedido a 11/11/2016).

para a resolução de quaisquer litígios de investimento que surjam ao abrigo deste tratado e com fundamento na violação dos seus padrões de proteção de investimento, também consagrados neste capítulo.

Ao abrigo do CETA, todos os litígios que envolvam um investidor canadiano e qualquer Estado Membro da União, ou um investidor de qualquer Estado Membro da União e o Estado Canadiano, quanto a um investimento já existente ou a constituir depois da entrada em vigor do tratado, serão resolvidos através de um Tribunal permanente composto por 15 juízes, sendo que cada caso concreto será decidido por uma divisão composta por três juízes selecionados de forma aleatória de entre todos os que compõem o Tribunal. Para além disso, das decisões destas divisões caberá recurso para um Tribunal de Recurso, também a constituir nos termos do CETA.

Porquê esta solução? Este movimento do carácter ad hoc da arbitragem de investimento para uma institucionalização formal dos meios de resolução de litígios deve ser compreendida no contexto mais geral da evolução do Direito do Investimento Internacional e, em especial, dos desafios recentes que são colocados a este sub-ramo do Direito Internacional, tal como foram analisados nas secções anteriores. De facto, a consagração deste modelo de ICS parece responder muito diretamente a uma das duas tendências de evolução futura identificadas: a crescente institucionalização dos meios de resolução de litígios de investimento. Este movimento de institucionalização aponta expressamente para dois elementos importantes, já atrás identificados, no sentido de uma aproximação a um sistema de Estado de Direito na resolução de litígios de investimento internacional: a consagração de garantias de (i) independência dos meios de resolução de litígios e (ii) de processos transparentes e equitativos.

No que diz respeito ao primeiro tipo de garantias, a primeira relativa ao fortalecimento da independência deste Tribunal, pode verificar-se, em primeiro lugar, nas normas que dizem respeito aos meios de designação dos juízes que compõem o tribunal e que irão compor cada uma das suas divisões e os padrões éticos e profissionais a que estes estão adstritos. De facto, uma das grandes novidades do ICS em relação ao ISDS é que os litígios de investimento deixam de ser resolvidos por um painel arbitral nomeado para resolver um litígio em particular, sendo que, emitida a sentença, o tribunal arbitral se dissolve com esse ato. Com o CETA, será instituído o primeiro tribunal permanente de investimento, composto por 15 juízes nomeados para mandatos de 5 anos. De um mecanismo ad hoc de resolução

de litígios, passa-se assim para um mecanismo institucionalizado, no seio do qual se decidirá não um, mas sim todos os litígios de investimento que surjam ao abrigo do CETA. Logo à primeira vista, este passo na direção da institucionalização parece apontar para uma maior uniformização na jurisprudência que irá versar sobre a aplicação dos padrões substantivos de proteção de investimento consagrados no CETA: onde dois tribunais arbitrais constituídos no âmbito do mesmo BIT poderiam ter leituras bastante diferentes das cláusulas substantivas desse BIT, será de esperar uma maior uniformidade, logo, certeza jurídica (aspeto crucial de qualquer conceito de rule of law) em relação à interpretação das cláusulas substantivas do Capítulo 8 do CETA.

O próprio processo de nomeação dos juízes deste tribunal, consagrado no art. 8.27 do CETA, dá passos importantes no sentido de garantir a independência deste tribunal em dois pontos. No que diz respeito à entidade que nomeia os juízes, esta função foi atribuída ao CETA Joint Committee, entidade que estará numa posição independente em relação às Partes e aos investidores, na medida em que lhe cabe zelar pelo cumprimento do Tratado em todas as suas vertentes (art. 26.1 do CETA, em especial o para. 3). Este comité indicará os 15 juízes com base na regra segundo a qual um terço deve ser composto por nacionais canadianos, um terço por nacionais de Estados-Membros da União e um terço por nacionais de Estados terceiros, sendo que esta regra valerá igualmente para a composição de cada uma das divisões que irão apreciar os casos concretos. Para além disso, o facto destes juízes serem nomeados para mandatos fixos de 5 anos, renováveis apenas uma vez, contribui de forma significativa para a independência dos mesmos face a qualquer uma das partes dos eventuais litígios, como já o demonstrou van Harten (2010, p. 646), na medida em que o termo do mandato desvincula o juiz de qualquer interesse que tenha levado à sua nomeação.

Os paras. 6 e 7 do art. 8.27 lidam com a constituição das divisões que irão decidir cada caso concreto. É aqui estabelecido que cada divisão será composta por um membro nacional do Canadá, um membro nacional de um Estado Membro da União Europeia e um membro nacional de um Estado terceiro, que presidirá. Os membros de cada divisão serão designados pelo Presidente do Tribunal, também ele designado de entre os membros dos Tribunais nacionais de Estados terceiros, através de mecanismos que garantam a rotatividade e aleatoriedade das composições. Este sistema aproxima-se assim de outro princípio estruturante de qualquer noção de rule of law e de independência judicial: o princípio do juiz natural.

Os meios de remuneração dos membros do Tribunal previstos nesta secção reforçam ainda mais as garantias de independência destes juízes, na medida em que preveem que o pagamento dos mesmos seja feito a partir de uma conta gerida pelo Secretariado-Geral do ICSID, financiada por contribuições das partes (sem contribuições de investidores privados). O pagamento dos juízes será feito em função do número de dias em que efetivamente cada um deles trabalhou nos processos pendentes perante o tribunal, nos termos da regulamentação financeira do ICSID, ao qual acrescerá um pagamento mensal para garantir a disponibilidade dos juízes. Contudo, estes pagamentos poderão eventualmente ser convertíveis num salário fixo (art. 8.27, paras. 12, 13, 14 e 15).

Por outro lado, os padrões de ética e profissionalismo que devem ser observados na escolha dos juízes que irão compor o tribunal contém ainda amplas garantias de imparcialidade e independência: é exigido que os juízes a nomear devam possuir as qualificações necessárias para assumir cargos judiciais nos seus países de origem ou serem juristas de reconhecida competência, com conhecimentos demonstrados na área do Direito Internacional Público e, em especial, do Direito do Investimento Internacional (art. 8.27, para. 4). Esta primazia dada aos conhecimentos de Direito Internacional Público parece indicar uma preferência implícita do CETA por juristas com competências nos domínios do Direito Público, o que ainda mais acentua as tendências analisadas anteriormente. O art. 8.30 consagra ainda um conjunto de normas que asseguram a imparcialidade e independências dos juízes, prevendo um mecanismo específico para resolver situações em que se verifique um conflito de interesses da parte de um dos juízes. Uma norma interessante a destacar corresponde a uma preocupação eloquentemente demonstrada por Sands³⁴ e a que o CETA dá resposta clara: nos termos do art. 8.30, para. 1, os juízes nomeados para o Tribunal devem abster-se de participar como advogados ou como peritos ou testemunhas em quaisquer outros litígios de investimento (arbitrais ou de outra natureza) novos ou pendentes.

³⁴ SANDS, Philippe. "Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel", in: Brown, Chester e MILES, Kate (eds.). Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 19-41.

O mecanismo de recurso previsto neste sistema de ICS consagra uma outra forte garantia de independência deste Tribunal de investimento, face às possibilidades limitadas de recurso previstas no sistema do ICSID. Onde este sistema apenas permite recurso de revisão para um âmbito de questões processuais muito limitadas, o CETA vem alargar o âmbito do recurso das decisões de divisão deste tribunal para questões substantivas relativas à interpretação e aplicação do direito aplicável e relativas à matéria de facto (art. 8.28, para. 2), dando, de novo, expressão a uma preocupação da literatura académica sobre o tema³⁵, e avançando nas garantias de independência judicial e de *rule of law* da resolução de litígios de investimento.

No que diz respeito às garantias de processos transparentes e equitativos, o CETA dá também uma série de passos importantes no sentido de garantir níveis cada vez mais elevados de transparência, representatividade e equidade nos processos que serão alvo de análise por este novo Tribunal. O núcleo das regras sobre transparência encontra-se no art. 8.36 do CETA. O para. 1 acolhe como parte integrante do tratado as UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, estabelecendo-as como os padrões de referência para garantir a transparência dos processos a decidir por este Tribunal. Importa notar que, como demonstram Fry e Repousis³⁶, estas regras têm sofrido um conjunto de alterações de relevo nos últimos anos de modo a alinhá-las com aquilo que é a natureza específica da resolução de litígios de investimento, enquanto função essencialmente de Direito Público - nomeadamente no que diz respeito à divulgação de documentos e à representatividade de outros interesses através de submissões de amicus curiae.

Para além deste acolhimento, o art. 8.36 consagra ainda um conjunto de regras adicionais que se destinam a complementar e a expandir o âmbito de garantias de transparência das regras UNCITRAL, indicando nesse seguimento todos os documentos que devem ser sujeitos a divulgação pública, incluindo todos os documentos que constituam elementos de prova (para. 3), estabelecendo que todas as audiências serão por natureza públicas, apenas

³⁵ SCHILL, Stephan W. "International Investment Law and Comparative Public Law – an Introduction", in: Schill, Stephan W. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 3-37.

³⁶ FRY, James D. e REPOUSIS, Odysseas G. "Towards a New World for Investor-State Arbitration Through Transparency", cit.

podendo ser fechadas em casos excecionais (para. 5), entre outras regras. Uma norma interessante no que diz respeito à preocupação das Partes do CETA com a representatividade e equidade dos seus processos encontra--se no art. 8.39, para. 6, que estabelece que o CETA Joint Committee deverá considerar regras adicionais que aliviem o esforço financeiro de investidores demandantes que sejam pessoas singulares ou pequenas e médias empresas. Esta norma parece indicar uma vontade das partes de garantir um maior acesso à resolução de litígios de investimento que, até agora, era vista como um recurso apenas acessível a multinacionais de grandes dimensões e com deep pockets. Assim, na senda do que propõem Asteriti e Tams³⁷, o CETA dá passos importantes no sentido de garantir processos mais transparentes e equitativos no seu ICS, reconhecendo a natureza eminentemente pública que este tipo de tribunal irá deter, moldando os seus padrões de transparência de acordo com essa natureza e em atenção aos problemas específicos que levanta, nomeadamente no que diz respeito à legitimidade que se pretende atribuir a uma instituição deste tipo.

Finalmente, merece destaque a regra incluída no art. 8.29, no que diz respeito à segunda grande tendência de evolução do Direito do Investimento Internacional identificada anteriormente: a crescente multilateralização do Direito do Investimento Internacional. Esta tendência identifica-se já no âmbito de aplicação deste tratado: sendo que o ICS previsto no Capítulo 8 do CETA está vocacionado para resolver quaisquer litígios de investimento entre investidores canadianos e qualquer um dos vinte e oito (atuais) Estados Membros da União Europeia, e vice-versa, o seu âmbito é muito mais multilateral do que aquele que resultaria dos BIT's e ISDS entre o Canadá e todos os Estados-Membros da União. Para além disso, nos termos desta norma as Partes do CETA comprometem-se a trabalhar com outros parceiros no sentido do estabelecimento de um tribunal de investimentos multilateral que consagre igualmente um mecanismo de recurso.

Schill³⁸, num estudo seminal, demonstrou já o crescente carácter multilateral do Direito do Investimento Internacional, argumentando que, de uma base de desenvolvimento bilateral, através de inúmeros BIT's, este sub-ramo do Direito Internacional tem vindo a tornar-se cada vez mais multilateral,

³⁷ ASTERITI, Alessandra e TAMS, Christian J. "Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration", cit.

³⁸ Schill, Stephan W. The Multilateralization of International Investment Law, cit.

através da aproximação normativa dos padrões substantivos de proteção de investimento consagrados em cada BIT concreto. Esta aproximação deve-se em grande parte aos esforços da comunidade académica que se debruça sobre este ordenamento jurídico: ao analisar uma multiplicidade de normas de proteção de investimento, como fair and equal treatment clauses, most-favored nation clauses, entre outras, consagradas em inúmeros BIT's, a comunidade académica tem contribuído para, para além da linguagem específica de cada BIT, encontrar os elementos essenciais de cada norma, definindo a sua natureza jurídica, que os tribunais arbitrais têm usado como paradigmas de análise e decisão nas suas sentenças.

A regra contida no art. 8.29 parece dar um novo passo no sentido da multilateralização do Direito do Investimento Internacional, agora no que diz respeito aos seus meios de resolução de litígios, comprometendo as partes a empreender esforços no sentido de estabelecer um mecanismos multilateral de resolução de litígios de investimento e, caso esse objetivo seja algum dia alcançado, e vinculando o CETA Joint Committee a adotar uma decisão que transfira a resolução de litígios de investimento ao abrigo do CETA para essa instituição multilateral.

Conclusão

Tendo em conta o exposto nas secções anteriores, importa retomar aqui a ideia avançada no início deste artigo de "revolução natural".

A conclusão do primeiro BIT entre a República Federal Alemã e o Paquistão, em 1959, representou uma alteração profunda do paradigma de resolução de litígios no Direito do Investimento Internacional: de um panorama que já vinha do século XIX, o apogeu do domínio colonial e comercial europeu em que se desenvolveram os traços modernos deste regime de proteção do investimento internacional, em que a resolução de litígios era uma questão entre Estados – estando os investidores dependentes da boa vontade política dos seus Estados –, passou-se para um sistema que dominou a segunda metade do século XX e o início do século XXI de Investor-State Dispute Settlement, baseado no consentimento genérico incluído pelos Estados nos BIT's que assinaram para resolverem quaisquer litígios de investimento internacional diretamente com o investidor lesado através de arbitragem. Esta mudança de paradigma visava responder a uma das preocupações mais prementes naquele ponto do desenvolvimento do Direito do Investimento Internacional, nos alvores do processo de Globalização económica: a pouca e errática proteção que era conferida aos investidores.

Contudo, só um exercício de retrospetiva histórica nos permite marcar com certeza este BIT como o início de uma mudança de paradigma. Tal como as secções anteriores procuraram demonstrar, o desenvolvimento do Direito do Investimento Internacional tem ocorrido de forma muito descentralizada e orgânica, assemelhando-se a um Sistema Adaptativo Complexo - tal como argumenta Pauwelyn. A mudança de paradigma só se materializou plenamente depois de várias décadas em que Estados por todo o mundo concluíram milhares de BIT's com as mesmas cláusulas de arbitragem, apoiados no sistema ICSID instituído pela Convenção de Washington de 1965.

A mudança de paradigma que consagrou o ISDS como o sistema universal de resolução de litígios de investimento não foi uma rutura revolucionária do género que poderia ser realizado pela revisão de um grande tratado multilateral, mas sim uma "revolução natural" em que o paradigma mudou decisivamente, mas de uma maneira descentralizada e orgânica ao longo de várias décadas e inúmeros tratados.

O CETA, ao abandonar o sistema de ISDS consagrando um modelo de Investment Court System (ICS), parece encontrar uma posição comparável ao BIT entre a Alemanha e o Paquistão de 1959. De facto, esta transição, como se procurou demonstrar, manifesta igualmente uma mudança de paradigma na resolução de litígios do Direito do Investimento Internacional, abandonando a arbitragem em favor de uma solução institucionalizada e multilateral de resolução de litígios.

Esta alteração procura responder, igualmente, às principais preocupações que atualmente são apontadas ao desenvolvimento do Direito do Investimento Internacional, nomeadamente a natureza eminentemente pública da resolução de litígios deste sub-ramo peculiar do Direito Internacional e a necessidade de, em consequência, assegurar uma maior ponderação de critérios de interesse público nos padrões de proteção de investimentos internacionais e de criar sistemas de resolução de litígios modelados sobre um conceito de rule of law, garantindo mecanismos de decisão mais independentes e processos mais transparentes e equitativos. Como se procurou demonstrar, em todos estes pontos o CETA parece ir ao encontro das grandes tendências de evolução do Direito do Investimento Internacional e parece dar resposta a grande parte das críticas apontadas ao ISDS.

O sistema de ICS previsto no CETA é apenas o primeiro do seu género a ser incluído num tratado entre duas grandes potenciais económicas mundiais e, apesar de já ter sido assinado, ainda está dependente de um moroso processo de ratificação para entrar em vigor. A formulação específica que se encontra no CETA decorre de um modelo desenvolvido no contexto de uma consulta pública no seio da União Europeia e que dependerá da sua aceitação noutros pontos do globo, (como já ganhou do Vietname e do Canadá) para aspirar a tornar-se o novo paradigma de resolução de litígios de investimento internacional.

Para além disso, muito dependerá da experiência prática que decorrer do funcionamento deste tribunal que, assim que entrar em vigor, sendo o único do seu género com tamanha visibilidade, irá testar em primeira mão e sem o apoio do precedente os limites e os potenciais caveats deste sistema. Contudo, tal como o famoso BIT entre a Alemanha e o Paquistão, pode com alguma segurança afirmar-se que uma nova "revolução natural" começou na resolução de litígios do Direito do Investimento Internacional.

Referências bibliográficas

- AAKEN, Anne van. "Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View", in: Schill, Stephan W. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law, 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- ASTERITI, Alessandra e TAMS, Christian J. "Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration", in: Schill, Stephan W. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law, 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Brown, Chester e Schill, Stephan W. "Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law", in: SCHILL, Stephan W. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law, 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BURKE-WHITE, William e Von STADEN, Andreas. "The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations", in: Schill, Stephan W.

- International Investment Law and Comparative Public Law, 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- DG TRADE, European Commission. "Investment in TTIP and beyond the Path to Reform", de 5 de maio de 2015. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/ doclib/docs/2015/may/tradoc 153408.PDF>, (acedido a 1/3/2018).
- . "Transatalntic Trade and Investment Partnership Trade in Services, Investment and E-Commerce - Chapter II: Investment", de 15 de agosto de 2015. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/ tradoc_153807.pdf>, (acedido a 1/3/2018).
- FRY, James D. e REPOUSIS, Odysseas G. "Towards a New World for Investor-State Arbitration Through Transparency". Journal of International Law and Politics, vol. 48, n.º 3, 2016.
- GIUPPONI, Belen Olmos. "ICSID Tribunals and Sovereign Debt Restructuring-Related Litigation: Mapping the Further Implications of the Alemanni Decision", ICSID Review 30, n.º 3, 2015.
- HARTEN, Gus van. Investment Treaty Arbitration and Public Law. 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- in: Schill, Stephan W. International Investment Law and Comparative Public Law, 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- HARTEN, Gus van e LOUGHLIN, Martin. "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", European Journal of International Law, vol. 17, n.º 1, 2006.
- KALDERIMIS, Daniel. "Investment Treaty Arbitration as Global Administrative Law: What This Might Mean in Practice", in: Brown, Chester e MILES, Kate (eds.). Evolution in Investmente Treaty Law and Arbitration. 1.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico e STEWART, Richard B. "The Emergence of Global Administrative Law", Law and Contemporary Problems, vol. 68, n.º 3, 2005.
- Kulick, Andreas. Global Public Interest in International Investment Law. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- MILES, Kate. The Origins of International Investment Law Empire, Environment and Safeguarding of Capital. 1.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- MILLS, Alex. "The Public-Private Dualities of International Investment Law and Arbitration", in: Brown, Chester e Miles, Kate. Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration. 1.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

- PAUWELYN, Joost. "At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed", ICSID Review, vol. 29, n.º 2, 2014.
- . "The Rule of Law Without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators Are from Mars, Trade Adjudicators from Venus", American Journal of International Law, vol. 109, n.º 4, 2015.
- SABAHI, Borzu, and Nicholas J. Birch. "Comparative Compensation for Expropriation", in: Schill, Stephan W. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law. 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- SALACUSE, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*. 2.^a. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- SANDS, Philippe. "Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel", in: Brown, Chester e MILES, Kate (eds.). Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, 1.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- SCHILL, Stephan W. "International Investment Law and Comparative Public Law – an Introduction", in: Schill, Stephan W. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law, 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- . The Multilateralization of International Investment Law. 1.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. The International Law on Foreign Investment. 3.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- SPEARS, Suzanne A. "Making Way for the Public Interest in International Investment Agreements", in: Brown, Chester e Miles, Kate (ed.). Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration. 1.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- TAMANAHA, Brian Z. On the Rule of Law History, Politics, Theory. 1.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- TIENHAARA, Kyla. "Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science", Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, edited by Chester Brown and Kate Miles, 1.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Waibel, Michael. Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals. 1.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Um Novo Modelo para a Arbitragem Internacional em Matéria de Investimento a Partir do CETA

LUCILA VILHENA*

Resumo: Este trabalho visa perceber, dentro do contexto do acordo CETA, as razões que justificam a mudança de paradigma que se traduziu na substituição de um modelo de arbitragem amplamente consagrado em âmbito internacional (o sistema ISDS), por outro de *design* bastante inovador, que para além de outros aspectos, prevê a possibilidade de revisão de sentenças. Contudo, a despeito da inegável boa vontade das partes envolvidas em melhorar o sistema, ele ainda é alvo de muitas críticas, sobretudo devido à falta de clareza que o envolve, e por isso tem sido objeto de longas análises nos últimos meses. Aqui, iremos nos ater a análise do "antigo" sistema ISDS, bem como do novo modelo de arbitragem internacional em matéria de investimento estrangeiro trazido pelo CETA, deixando as críticas referentes à pertinência desse sistema, para momento oportuno.

Palavras-Chave: Integração Econômica; Acordos Comerciais Preferenciais; Arbitragem Internacional; Investimento.

Abstract: This paper aims to understand, within the context of the CETA agreement, the change of paradigm carried out by Canada and the European Union with the replacement of an arbitration model widely established and already consolidated at international level, which is: the ISDS system, to another with a very innovative design, which, in addition to other aspects, provides the possibility of reviewing sentences, for example. However, despite the undoubted willingness of the parties involved in improving the system, it is still subject of much criticism, mainly because of the lack of clarity that surrounds it, and has therefore been the subject of lengthy reviews in recent months. At this opportunity, we will focus on the analysis of the "old" ISDS system, as well as the new model of international arbitration on foreign investment brought by the CETA, leaving the criticisms regarding the advantages of this, for another moment.

Keywords: Economic integration; Regional Trade Agreements; International Arbitration; Investment.

^{*} Professora de Direito Internacional Público da Universidade Estadual da Paraíba. Aluna/bolseira do Doutoramento em Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias da FDUL.

Introdução

Nenhum outro assunto que envolva temas do Direito Internacional Económico tem chamado tanto a atenção dos estudiosos nos últimos meses quanto a proteção ao investimento estrangeiro, sobretudo a arbitragem internacional. Tamanho interesse pelo tema dá-se devido ao novo sistema de solução de controvérsias em matéria de investimento trazido pelo CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) entre União Europeia e Canadá. Ao que parece o direito internacional do investimento tem perdido a sua relativa estabilidade.

Em um contexto geral, a arbitragem privada vem sendo vítima de muitas críticas tanto por parte da sociedade civil como de alguns especialistas no assunto, e sua credibilidade e imparcialidade estão constantemente sendo postas em causa. Essa afirmação torna-se ainda mais evidente quando observamos de maneira específica a arbitragem internacional em matéria de investimento estrangeiro, que infelizmente ainda é vista por alguns como uma forma secreta e pouco transparente de justiça¹.

Um forte exemplo que demonstra esta realidade é que, após uma série de críticas levadas a cabo pela imprensa europeia e canadense, e principalmente após vários protestos populares que se manifestaram contrários à celebração de um acordo comercial preferencial entre União Europeia e Canadá, assistimos a retirada do texto deste acordo, daquele que é considerado um sistema amplamente consolidado no contexto internacional de arbitragem em matéria de investimento: o sistema ISDS (*Investor-State Disputle Setllement*). A opção por retirar esse sistema do texto do CETA acabou por gerar um grande impasse nas negociações de um outro acordo não menos importante, o TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) entre União Europeia e Estados Unidos, já que este último Estado é claramente favorável – ou pelo menos era, até há alguns meses – à adoção daquele sistema como meio de solução de conflitos, como havia demonstrado em inúmeras oportunidades, nomeadamente na altura das negociações do acordo TPP (o chamado acordo *Trans-Pacific*), o que no presente momento

¹ Pantaleo, Luca. "Investment Disputes Under CETA. Taking the Best from Past Experience?", *Social Science Research Network Electronic Journal*, Janeiro de 2016, p. 66. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2739128 ou https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2739128, (acedido a 4/2/2017).

não serve mais como exemplo, uma vez que os Estados Unidos retiraram--se deste último acordo. Obviamente, a tendência com a eleição do novo presidente norte-americano é a alteração dessa realidade, ainda que seja bastante cedo para afirmar com segurança. Além de que qualquer referência sobre o TTIP ou TPP nesse momento deverá ser feito com bastante cuidado e merece mais estudo, pelo que deverá ficar para outro momento.

Neste cenário, União Europeia e o Canadá saem na frente sobre a concretização de um novo sistema de solução de controvérsias em matéria de investimento estrangeiro, visando aliar a proteção e o incentivo ao investimento à celeridade inerente a este tipo de litígio sem olvidar a forte proteção dos direitos sociais, como demanda maior da população envolvida, e que em última análise foi a grande responsável – sobretudo pelo contexto político - por essas alterações que ora estudamos e que estão na origem desse novo sistema.

Neste sentido vamos centrar o nosso trabalho em entender, tanto quanto possível, visto que sua recente estrutura ainda não permite um avanço significativo em seu estudo, a geometria desse novo modelo de arbitragem. Deixaremos as críticas a este modelo, bem como aos juízos de valor sobre o contexto político em que se insere a outros trabalhos a serem apresentados nessa mesma obra.

Após essa breve introdução sobre a matéria, passaremos a contextualizar o problema da arbitragem internacional no que toca ao investimento estrangeiro, ainda que de maneira perfunctória. Logo após faremos uma comparação entre o sistema do ISDS, consolidado internacionalmente, e o novo sistema trazido pelo CETA, bem como, apresentaremos algumas conclusões.

1. A arbitragem nos contratos de investimento

A origem da arbitragem nos contratos bilaterais de investimento remonta à necessidade histórica de proteção ao investidor estrangeiro e à garantia de um tratamento justo e equitativo concedido a este face ao investidor nacional, a exemplo da garantia contra expropriações arbitrárias, sobretudo devido ao caráter de atividade de risco típica dos investimentos².

² Menkes, Jerzy e Stok-Wódkowska, Magdalena. "Challenges of Investor-State Dispute Settlement Mechanism in TTIP". Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden: Brill Nijhoff, 2014, p. 364.

Historicamente, a regulação global em matéria de investimentos e em matéria comercial estão diretamente relacionadas, porém foi precisamente após a segunda guerra mundial que seus caminhos começaram a se distanciar. O direito internacional do comércio e o direito internacional do investimento seguiram por caminhos opostos: o comércio logrou desde logo uma multilateralização - ainda que com grandes ondas de regionalismo – e consequentemente optou por um sistema permanente de solução de conflitos em âmbito multilateral; enquanto que o investimento direto estrangeiro, percorreu um caminho que o levou à regulação de um sistema ad hoc de solução de controvérsias de maneira direta entre o investidor e o Estado desmembrada em mais de 3.500 contratos bilaterais e que tem lugar em uma infinidade de organismos internacionais³.

Apesar dessas divergências aparentes, o que se nota é cada vez mais a presença de capítulos sobre investimento nos acordos comerciais, principalmente após o advento das negociações de blocos "mega-regionais". Porém, esta não é necessariamente uma vantagem no ponto de vista do direito internacional, pois o fato é que os capítulos que tratam de investimento nestes acordos permanecem geralmente separados do restante do corpo do documento, com pouca ou nenhuma referência para outras seções do mesmo, e ainda preveem regras e procedimentos distintos sobre solução de controvérsias quando estas se dão em matéria de investimento.

Esta divergência entre as regras para a solução de controvérsias nos leva a um problema atual: o da sobreposição de matérias. Isso significa que o mesmo caso poderia ser pleiteado simultaneamente em duas disputas distintas à luz do mesmo acordo comercial, visto que na prática algumas vezes é difícil distinguir se uma situação abarca investimento, ou se trata de matéria puramente comercial. O que a doutrina tem percebido é que deve-se recorrer à uma interpretação independente dos diferentes capítulos do acordo, porém tal entendimento contraria a lógica de uma interpretação sistemática consagrada pelo direito internacional, onde os eventuais litígios em matéria de investimento nos novos acordos comerciais – uma vez que é tratada em capítulo em separado e com regras específicas - deverão ser resolvidos buscando a proteção do investimento como se os acordos

³ Para mais dados neste sentido, consultar: http://worldtradelaw.typepad.com/ ielpblog/2016/06/adjudicating-international-trade-and-investment-disputes-between--interaction-and-isolation.html>, (acedido a 4/2/2017).

fossem independentes⁴. Tal problemática além de num primeiro momento poder representar uma grande dificuldade para a solução da controvérsia, vai ainda na contramão da lógica sistemática de interpretação do direito internacional consagrada há muito pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, como já dissemos.

Contudo é preciso ressaltar que a despeito desse imbróglio, uma vez que ainda estamos longe de um modelo perfeito, é louvável a posição do direito internacional do investimento no sentido de buscar justiça e celeridade para a solução das controvérsias nessa matéria. Deve seguir-se, portanto, dando continuidade a busca incansável pela evolução do sistema com vista à elaboração de um modelo ideal para a solução dos litígios em matéria de investimento.

Com efeito o objetivo principal desses acordos tidos como mega-regionais no que toca ao investimento, é proteger reciprocamente o investidor estrangeiro e o Estado receptor do investimento face ao descumprimento de uma obrigação advinda do acordo com a reparação de eventuais danos sofridos. Isto é, proteger o investidor não significa outra coisa senão o estímulo ao investimento, que por consequência significa vantagens econômicas auferidas pelo Estado e que refletem diretamente no bem-estar da população.

Portanto, no tocante ao investimento estrangeiro, o recurso à arbitragem internacional em detrimento dos tribunais nacionais das partes envolvidas traz maior garantia de proteção imparcial a direitos como o Tratamento Nacional e a não discriminação, por exemplo, uma vez que os tribunais arbitrais funcionam como uma justiça especializada nessa matéria. Daí a grande preferência, nos contratos de investimento, pela cláusula arbitral como solução de litígios. O que não parece pacífico é que tais garantias só sejam necessárias e devam ter lugar apenas em países de baixa credibilidade no comércio internacional, uma vez que supostamente apenas esses países é que correm o risco de descumprirem arbitrariamente os preceitos de um acordo. Ocorre que esse argumento cai por terra com o advento das

⁴ International Economic Law and Policy Blog, "Adjudicating International Trade and Investment Disputes: Between Interaction and Isolation",, de 20 de junho de 2016. Disponível em: http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2016/06/adjudicating-international- -trade-and-investment-disputes-between-interaction-and-isolation.html>, (acedido a 2/2/ /2017).

negociações do TTIP e do CETA, onde estão envolvidas três das maiores e mais desenvolvidas economias do mundo, que gozam de altos níveis de credibilidade no comércio internacional, como veremos.

2. O Investor-State Dispute Setllement

De maneira bastante introdutória passamos a explicar que esse é o sistema de solução de litígios onde um investidor estrangeiro pode demandar diretamente o Estado receptor de seu investimento em um tribunal arbitral por violação de uma obrigação contida em um contrato bilateral desta natureza - neste caso em estudo, uma obrigação de proteção do investimento - celebrado entre estes. Ou seja, aqui, o investidor pode recorrer diretamente à arbitragem internacional cujas decisões geralmente não são objeto de apelação, sem precisar esgotar os mecanismos internos do país receptor do investimento.

Duas das principais críticas sofridas por esse sistema, apesar das suas vantagens bastante evidentes, são o fato de suas decisões serem irrecorríveis, o que acaba por ser reflexo da própria natureza da arbitragem; e o fato de que no sistema ISDS as partes envolvidas no conflito podem escolher os árbitros que o solucionarão, o que desde logo, gera grandes dúvidas acerca da imparcialidade dos mesmos.

Apesar de apenas recentemente ter ganhado destaque no cenário internacional, devido às negociações do TTIP e do CETA notadamente, o sistema de arbitragem Investidor-Estado não é algo novo em nossa história. Ele é utilizado no comércio internacional desde a queda do comunismo, onde os acordos internacionais com vista à captação de investimento estrangeiro cresceram vertiginosamente, tal como afirmam Thomas Dietz e Marius Dotzauer⁵.

Com efeito, por se tratar de um sistema de solução de controvérsias típico dos acordos bilaterais de investimento, seria previsível que fosse discutido no âmbito do CETA, já que este acordo substituirá os vários contratos

⁵ DIETZ, Thomas e DOTZAUER, Marius. "Political Dimensions of Investment Arbitration: ISDS and The TTIP Negotiations", ZenTra Working Papers is Transnational Studies, n.º 48. Bremen: Universitat Bremen, 2015, p. 2.

celebrados entre Estados-membros da União Europeia individualmente com o Canadá6.

Um estudo importante acerca dos benefícios do sistema ISDS é o da Professora Freya Baetens. Esta autora, ao comentar como é benéfica a proteção especial que gozará o investidor em face do sistema ISDS, justifica a sua afirmação usando como exemplo as estatísticas sobre as causas levadas ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que mostram que países como Itália, Alemanha e França são reiterados violadores do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (tal disposição trata do direito a um processo equitativo). Tal demonstra que mesmo em países extremamente desenvolvidos, o sistema jurídico está longe de ser perfeito, e pelo menos no ponto de vista da celeridade ainda é bastante falho, sendo portanto segundo a Autora, um dos grandes motivos pelo qual os investidores privados preferem a solução de controvérsias através da arbitragem internacional – que certamente lhes favorece neste sentido⁷.

Neste cenário, Dário Moura Vicente⁸ destaca ainda algumas vantagens da arbitragem, sobretudo nos acordos bilaterais de investimento que visam assegurar, entre outras, a proibição de expropriação ou nacionalização de empresas sem adequada compensação, a obrigação de um tratamento justo equitativo ao investidor estrangeiro e a proibição de medidas arbitrárias e discriminatórias; o que acaba por facilitar o entendimento do argumento de que esse tipo de arbitragem é mais comum em contratos de investimento em países com pouca credibilidade internacional, já que a probabilidade de nacionalização de uma empresa norte-americana por algum país da União Europeia, por exemplo, seria impensável.

Contudo, esse recente interesse pelo sistema ISDS deu-se sobretudo pela dimensão do acordo que até então estava a ser negociado entre Estados Unidos e União Europeia, e o impacto que este causará nos investimentos

⁶ Ferreira, Ricardo Nascimento. 'A "Judicialização" do Sistema ISDS no TTIP', Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 8, 2015, p. 112.

⁷ Baetens, Freya. "Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee", CEPS-CTR project "TTIP in The Balance", CEPS Special Report n.º 103, paper n.º 4, de março de 2015, p. 3.

⁸ VICENTE, Dário Moura. "Investor-State Dispute Settlement in the European Perspective: Recent Developments", Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden: Brill Nijhoff, 2014, p. 248.

destes dois blocos – se vier a ser aprovado. Dietz e Dotzauer9 comungam do entendimento de que o TTIP será a oportunidade para tornar claras as regras sobre a arbitragem internacional no que toca aos investimentos estrangeiros, trazendo mais confiança ao tema, uma vez que haverá grandes oportunidades para debate, principalmente dada a amplitude e visibilidade que merecem os atores envolvidos. De acordo com os Autores em epígrafe, o modelo ISDS será o novo paradigma adotado no futuro próximo, daí tanta importância e tanto interesse pela matéria.

Ainda para aqueles autores supramencionados, toda a polêmica gerada em torno da matéria do ISDS se deve ao facto de se ter politizado a arbitragem internacional no que diz respeito aos investimentos, na medida em que a arbitragem é um mecanismo puramente técnico para a solução de controvérsias advindas de um acordo. Essa "politização" se dá tanto em um ponto de vista horizontal, onde os críticos e os grupos de interesse elencam os riscos, vantagens e desvantagens deste sistema¹⁰, quanto numa dimensão vertical, onde o Estado luta para equilibrar soberania nacional por um lado e a condução da política econômica mundial por outro (no caso das superpotências envolvidas no tanto no TTIP quanto no CETA)11.

Em Portugal, um dos entusiastas do sistema ISDS, como já demonstramos, é o professor Dário Moura Vicente, que reconhece claramente o grande avanço desse modelo em seus escritos. Para o Autor, esse sistema em estudo permite que o investidor apresente uma reclamação contra um Estado violador de uma obrigação contratual diretamente perante um órgão jurisdicional neutro e independente, sem precisar recorrer à justiça interna deste. Assim despolitiza-se as disputas sobre investimento e foge-se da hipótese - também política - de proteção diplomática12.

⁹ DIETZ, Thomas e DOTZAUER, Marius. Political Dimensions of Investment Arbitration: ISDS and The TTIP Negotiations, cit., p. 3.

¹⁰ Os autores em epígrafe citam alguns críticos que dizem que os Tribunais Arbitrais são vistos como "instrumentos que estabilizam o poder ideológico do neoliberalismo e seus defensores". *Idem*, p. 4.

^{11 &}quot;Arbitral Courts are institutions with delegated authority that help powerful actors to order the world economy". Idem, p. 21.

¹² VICENTE, Dário Moura. "Investor-State Dispute Settlement in the European Perspective: Recent Developments", cit., p. 248.

Sobre a (falta de) transparência deste sistema, é de se notar a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de número 68/109, de 16 de dezembro de 201313, a chamada The United Nations's Resolution on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, que reconhece o valor da arbitragem como método de solução de disputas sobre investimento, mas que também reconhece a necessidade de uma maior transparência deste sistema em homenagem ao forte interesse público envolvido. Em 10 de dezembro de 2014, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução número 69/11614 que adotou a Convenção sobre Transparência nos Tratados de Arbitragem entre Investidor e Estado, a qual determina entre outros aspectos, a observância das regras sobre transparência da UNCITRAL, ainda que as disputas não tenham sido iniciadas sob o sistema desta organização.

Após essa breve explicação sobre aquele que costumava ser o sistema de solução de controvérsias consolidado de maneira mais ampla no direito internacional económico para dirimir questões concernentes às violações dos preceitos de um acordo bilateral de investimento, passamos a explicar o novo modelo de arbitragem internacional trazido pelo texto do CETA. Contudo, vale ressaltar que a análise sobre as vantagens e desvantagens do sistema ISDS, bem como as críticas pertinentes a esse tema, não são o objeto do nosso trabalho e, portanto, ficarão a cargo de outro estudo.

3. Do ISDS ao ICS e além

Após tantas críticas sofridas pelo sistema ISDS até então presente nas negociações dos dois principais acordos mega-regionais de que a União Europeia faz parte, o texto adotado pelo CETA traz na seção F do seu oitavo capítulo um novo modelo de arbitragem com vistas à solução de controvérsias entre os investidores estrangeiros e os Estados receptores do investimento. Trata-se de um modelo bastante vago que carece ainda

¹³ Assembleia Geral das Nações Unidas. "Resolução A/RES/68/109" Nova Iorque, 18/12/2013. Disponível em: < http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/ RES/68/109>, (acedido a 2/2/2017).

¹⁴ Assembleia Geral das Nações Unidas. "Resolução A/RES/69/116" Nova Iorque, 18/12/2014. Disponível em: < http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/69/116>, (acedido a 2/2/2017)

de alguns esclarecimentos, sobretudo no que toca a alguns conceitos e na concretização de algumas previsões¹⁵.

Tal falta de clareza em seu texto pode representar por um lado uma vantagem e, por outro, uma grande desvantagem. É que enquanto a falta de elementos mais concretos pode fazer o sistema legal ser mais flexível, o que é bastante desejável num direito internacional do investimento que se mostra cada vez mais como um desafio político; por outro lado, a falta de clareza pode levar as autoridades à decisões erradas e acabar por abrir espaço para a influência de grandes agentes privados que atuam nessa área.

O art. 8.27 do CETA traz a constituição do Tribunal Arbitral que contará com 15 membros, sendo 5 nacionais de quaisquer Estados membros da União Europeia, 5 nacionais do Canadá, e mais 5 provenientes de Estados terceiros, para um mandato de 5 anos. Sob o ponto de vista deontológico há uma inovação na escolha dos árbitros, já que esse mesmo artigo prevê ainda que os membros escolhidos possuam as qualificações exigidas nos seus respectivos países para a nomeação para cargos judiciais, ou que sejam juristas de reconhecida competência. Devem ainda possuir conhecimentos em direito internacional público, especialmente no direito internacional do investimento, no direito do comércio internacional e na resolução de litígios decorrentes de acordos internacionais de investimento ou de comércio.

Tais critérios representam um avanço sob o ponto de vista deontológico porque fogem daquela prática antiga, em que as partes escolhem os árbitros dentre notáveis advogados ou mesmo dentre políticos experientes pertencente às grandes bancas e cujas independência e imparcialidade são ainda hoje constantemente questionadas, e ainda sem que haja qualquer necessidade explícita de notável saber jurídico em determinadas matérias, o que por si só já denota no mínimo um conflito de interesses.

Contudo, duas das grandes novidades trazidas pelo CETA foram, sem dúvida, por um lado, a previsão em seu art. 8.28 de um Tribunal de apelação com competência para confirmar, modificar ou reverter as sentenças proferias pelo Tribunal Arbitral, cujos membros serão nomeados por um

¹⁵ Percebemos bem essa necessidade de se esclarecer na prática algumas previsões do texto, quando lemos, referente às regras e ao procedimento que será adotado pelo Tribunal de arbitragem, por exemplo que "o Tribunal pode estabelecer os seus próprios procedimentos de trabalho" (n.º 10 do art. 8.27). Esse exemplo mostra quão vaga pode ser a ideia desse novo modelo arbitral, em alguns aspectos.

Comitê. Tal parece ter sido mais uma resposta política aos anseios populares de aproximação da arbitragem ao sistema jurisdicional nacional, do que efetivamente um avanço no sentido da justiça, e, por outro lado, o comprometimento por parte da UE e do Canadá na busca por parceiros que visem como fim comum o estabelecimento de um sistema multilateral permanente que agregue um Tribunal e um mecanismo de apelação, com vista à resolução de disputas em matéria de investimento a nível global.

Diante do exposto, a solução para o problema da arbitragem internacional em matéria de investimentos não está necessariamente em abandonar o sistema do ISDS, mas sim em reformá-lo, a fim de trazer mais confiança e transparência. Dário Moura Vicente¹⁶ sugere alguns passos, por exemplo a maior definição dos conceitos de "investimento", "investidor", "tratamento justo e equitativo", "expropriação indireta", entre outros termos; bem como a adoção de uma espécie de código de ética da arbitragem, assegurando sua independência e imparcialidade. O facto é que, definitivamente, o direito internacional do investimento está em estado de transição, como podemos observar na política econômica internacional da atualidade.

Após as grandes críticas sofridas pelo sistema ISDS nas negociações dos acordos TTIP e CETA, o que vimos com a adoção do texto deste último, foi a presença de um novo modelo, qual seja o do ICS (Investment Court System), que consiste, como já explicamos, em um modelo de Tribunal Internacional ad hoc com juízes permanentes e regras mais claras e transparentes, o que supostamente favorece pequenas e grandes empresas de maneira igualitária, já que esta ideia representa um grande anseio da população que costuma criticar o CETA, o que, segundo essas críticas, o modelo comum do ISDS (que admite a possibilidade de escolha do árbitros pelas partes envolvidas) favorece, por razões óbvias, apenas as multinacionais com alto poder de barganha e seus experientes advogados.

Isso demonstra que a mudança de paradigma levada a cabo pelo CETA no que tange à implementação de um novo modelo de arbitragem parece ter sido mais uma resposta política aos anseios populares daqueles que foram às ruas protestar contra o antigo modelo do ISDS, do que propriamente a união de esforços com vistas à evolução e modernização de um modelo

¹⁶ Vicente, Dário Moura. "Investor-State Dispute Settlement in the European Perspective: Recent Developments", cit., p. 260.

arbitral já há muito consolidado. Porém, essas críticas como já mencionamos, ficarão a cargo de outros autores nesse trabalho.

Com efeito, a tendência, tal como mostra a Comissão Europeia em seus anúncios, é a de criação de um mecanismo multilateral, permanente e institucionalizado, que tenha o objetivo de substituir todos os tribunais arbitrais do modelo ISDS presentes nos mais de 3.000 acordos de investimento em vigor atualmente. Nesse modelo permanente, os juízes (e não árbitros) trabalhariam exclusivamente e em full time para o tribunal, o que traria desde logo grandes vantagens: para além de evitar ab initio qualquer conflito de interesses, contribuiria certamente para uma maior celeridade na solução dos casos, e ainda traria a garantia de decisões mais técnicas e especializadas.

Tal Tribunal permanente aplicaria apenas o direito previsto no acordo objeto do litígio, seguindo as regras e princípios comuns do Direito Internacional Público, assemelhando-se a um Tribunal Internacional. O Tribunal também observaria as exigências de elevada qualificação técnica e jurídica em ocasião da nomeação dos juízes e da sujeição dos mesmos às regras éticas estritas.

Sob esse aspecto, é importante mencionar também que a Comissão ainda manifestou em várias oportunidades o seu empenho na criação dessa espécie de Tribunal Internacional de Investimento, que substituiria todos os sistemas de resolução de litígios previstos nos inúmeros tratados de investimento a nível internacional¹⁷, não apenas aquele previsto pelo CETA. E quanto a isso, o Canadá parece demonstrar partilhar dos mesmos interesses, conforme observamos nas discussões públicas sobre esse tema¹⁸. Seria, portanto, uma espécie de proteção global ou multilateral do investimento, nos moldes do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

De volta para o presente, ou seja, para o modelo que está previsto no CETA, do ponto de vista da União Europeia esse novo modelo de arbitragem internacional demonstra a sua determinação em proteger o direito

¹⁷ Ferreira, Ricardo Nascimento. 'A "Judicialização" do Sistema ISDS no TTIP'. cit., p., 118.

¹⁸ Stop Investor-State Dispute Settlement - Resources for movements. "CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement". 29/2/2016. Disponível em: http://isds.bilaterals.org/?ceta-eu-and-canada-agree-on-new&lang=en, (acedido 5/2/2017), 5°. parágrafo.

dos governos em regular a matéria, e de garantir que as disputas sobre investimento serão julgadas em plena conformidade com o Estado de Direito, o que parece ser uma resposta política aos anseios sociais, como demonstrou Cecilia Malmström, quando mencionou que o CETA tem em conta a nova abordagem sobre o investimento e a sua resolução de litígios. Ao fazer o sistema funcionar como um tribunal internacional, a Comissária Europeia para o Comércio afirmou que as mudanças vão garantir que os cidadãos possam confiar nele e que o resultado refletir-se-á em julgamentos justos e objetivos¹⁹.

Para Ricardo do Nascimento Ferreira²⁰, a proposta da Comissão para modificar no texto do CETA o modelo já consolidado de arbitragem internacional em matéria de investimento surge em paralelo com o relatório sobre investimento mundial da United Nations Conference on Trade and Development de 2015, que recomendou uma reforma do regime internacional de investimento e sugeriu que a criação de órgãos permanentes de natureza judicial serviria para ultrapassar a crise de legitimidade do sistema arbitral ISDS.

Resta aqui saber em que medida esse novo modelo de solução de controvérsias, uma vez que se afasta da arbitragem privada e se aproxima dos Tribunais estaduais, trará efetivamente maior confiança e credibilidade. É que o sistema arbitral do ISDS apesar de suas falhas, vem sendo satisfatório até aqui, como é visível ao longo de sua história, uma vez que, tal como dissemos, não há sistemas perfeitos. Ademais, apesar da manifestação da Comissão Europeia a favor de migrar para um sistema judicial permanente em matéria de investimento, essa não abandona a aplicação, neste novo sistema, das regras arbitrais de transparência da Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas (UNCITRAL)21, o que não esclarece qual é o verdadeiro problema na adoção do sistema ISDS nos acordos CETA e TTIP. Seriam apenas razões políticas?

O facto é que a grande vantagem da arbitragem internacional é precisamente ser diferente dos modelos de Tribunais nacionais, sobretudo em matéria de celeridade e eficiência, assuntos primordiais para a lógica material do investimento. Portanto, não parece correto que os tribunais

¹⁹ Idem, 7º. parágrafo.

²⁰ FERREIRA, Ricardo Nascimento. 'A "Judicialização" do Sistema ISDS no TTIP'. cit.,

²¹ *Idem*, p. 120.

arbitrais se assemelhem em tantos detalhes aos tribunais nacionais sob pena de perder todo o sentido inerente e necessário à realidade do investimento: a rápida solução da controvérsia.

A maior credibilidade para um sistema de solução de controvérsias não se dará portanto, no que pese ao caráter público ou privado do mesmo, e sim à sua rapidez e eficiência na proteção do investidor e do Estado. Ademais se os árbitros forem escolhidos segundo critérios sérios e éticos, a exemplo do que preveem as regras trazidas pelo Código Deontológico do Árbitro da Associação Portuguesa de Arbitragem, não há porque não atribuir transparência, eficácia e sucesso ao sistema arbitral.

Conclusão

Diante do exposto, a arbitragem privada é, sem dúvidas, quem está em maiores condições de garantir os direitos e interesses dos investidores e dos Estados dentro daquele acordo de investimento específico. Os árbitros estão mais próximos tanto da legislação geral do direito internacional, quanto das normas específicas daquele acordo, o que traz maior justiça na solução do litígio. Diferentemente estão os Tribunais nacionais de cada Estado, que não são peritos naquela matéria.

Ainda, a arbitragem internacional há muito que não é considerada apenas um mecanismo de proteção dos particulares contra as arbitrariedades dos Estados, o que ficou bastante evidente com as negociações tanto do CETA quanto do TTIP, acordos que envolvem três das economias mais desenvolvidas do cenário mundial. Tal facto comprova a mudança de paradigma que está sendo levada a cabo por estes grandes atores do comércio internacional, em muitos aspectos, o que demonstra que estamos diante de uma nova e diferente onda de regionalismo (ou mega-regionalismo).

Contudo, como vimos, apesar de não conhecermos ainda o modelo a ser adotado no TTIP, e de permanecer em dúvida se haverá de facto um modelo a ser adotado, o recurso à arbitragem internacional nesses casos é um caminho sem volta - tanto nesse acordo, se vier a existir, quanto no CETA. Tal ideia desmente a teoria até aqui difundida segundo a qual o recurso à arbitragem internacional é buscado somente nos contratos internacionais de investimento cujas partes são países menos confiáveis sob o ponto de vista do comércio internacional.

Com efeito, mais uma grande vantagem desse modelo é o de não haver necessidade de esgotamento de todos os mecanismos internos, segundo as regras do direito internacional geral, para que só assim o investidor possa recorrer à arbitragem, a despeito do que orienta o Parlamento Europeu em sua Resolução de 6 de abril de 2011²², para quem seria indispensável a inclusão desta necessidade no sistema arbitral de investimentos.

Finalmente, como já foi demonstrado ao longo do estudo, a enorme vantagem de que goza a arbitragem internacional é precisamente ser diferente dos modelos nacionais de jurisdição, sobretudo quando a matéria versa sobre celeridade e eficiência. Portanto, reiteramos, não é certo que seja necessário que a arbitragem se assemelhe aos Tribunais nacionais para ser justa e imparcial. Se os árbitros forem escolhidos segundo critérios sérios e éticos, em semelhança ao que acontece com a escolha dos juízes de cada Estado-parte dos acordos de investimento aqui estudados, não há porque não atribuir sucesso ao sistema arbitral.

Contudo, o grande desafio que aguarda o investimento estrangeiro num futuro próximo, sobretudo na chamada "era Trump", é o da dicotomia nacionalismo X internacionalismo. E o caminho a ser escolhido pelos principais atores internacionais, tais como Estados Unidos, Canadá e União Europeia, certamente dirá muito sobre as futuras relações comerciais.

Referências bibliográficas

BAETENS, Freya. "Transatlantic Investment Treaty Protection - A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee", CEPS-CTR project "TTIP in The Balance", CEPS Special Report n.º 103, paper n.º 4, de março de 2015, pp. 1-14;

DIETZ, Thomas e DOTZAUER, Marius. "Political Dimensions of Investment Arbitration: ISDS and The TTIP Negotiations", ZenTra Working Papers is Transnational Studies, n.º 48. Universitat Bremen, 2015, pp. 1-28;

²² Documento (2010/2203 (INI)). Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/ sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+PDF+V0//PT>, (acedido 5/2/2017).

- FERREIRA, Ricardo Nascimento. 'A "Judicialização" do Sistema ISDS no TTIP', Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 8. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 111-149;
- Menkes, Jerzy e Stok-Wódkowska, Magdalena. "Challenges of Investor-State Dispute Settlement Mechanism in TTIP", Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden: Brill Nijhoff, 2014, pp. 363-379;
- PANTALEO, Luca. "Investment Disputes Under CETA. Taking the Best from Past Experience?", Social Science Research Network Electronic Journal, Janeiro de 2016. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2739128
- VICENTE, Dário Moura. "Investor-State Dispute Settlement in the European Perspective: Recent Developments", Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden: Brill Nijhoff, 2014, pp. 247-263.

Arbitragem de Investimento, Soberania dos Estados e Interesse Público: Críticas e Respostas no CETA

RITA GUERREIRO TEIXEIRA*

Resumo: A arbitragem de investimentos esteve no centro do debate público que acompanhou as recentes negociações de tratados de comércio e investimento de grande escala pela UE, tendo sido alvo de duras críticas. Neste contexto, os negociadores do Acordo Económico e Comercial Global entre a UE e o Canada (CETA) introduziram importantes reformas nas normas de resolução de litígios deste tratado – incluindo a emblemática criação de um Tribunal de Investimento. Este artigo problematiza as principais críticas dirigidas à arbitragem de investimento, em particular no que diz respeito à restrição da liberdade legislativa e reguladora dos Estados, e analisa as inovações introduzidas no clausulado do CETA. Conclui que tais inovações permitem mitigar alguns dos problemas identificados, mas que se ficou ainda aquém da consagração de parâmetros claros de ponderação entre as regras de proteção dos investidores estrangeiros e a faculdade do Estado de legislar no interesse público dos cidadãos nacionais.

Palavras-chave: arbitragem de investimento; direito a legislar; soberania; tribunal de investimento.

Abstract: Investment arbitration has been in the spotlight of the public debate surrounding the EU negotiations of large-scale trade and investment agreements and has endured severe criticism. In this framework, the negotiators of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) have introduced relevant changes in the dispute settlement rules of the treaty – including the emblematic creation of an Investment Court System. This article discusses the main criticism towards investment arbitration, namely in what relates to States' freedom to regulate, and analyses the novelties introduced by CETA. It concludes that, although CETA addresses some of the identified problems, it still failed to clarify how the protection of foreign investors should be balanced with the pursuance of the public interest of national citizens by the host state.

Keywords: investment arbitration; right to regulate; sovereignty; investment court.

^{*} Licenciada em Direito pela Universidade Nova de Lisboa. LL.M em Direito Internacional Público pela Universidade de Leiden. Advogada estagiária no departamento de contencioso e arbitragem da SRS Advogados.

Introdução

O aumento exponencial do número de arbitragens de investimento nas últimas décadas¹ tornou evidente a existência de uma tensão entre os princípios da proteção do investimento estrangeiro e da prossecução pelos Estados do interesse público (nomeadamente, em matérias como a proteção do ambiente, da saúde pública ou dos direitos dos trabalhadores)². O debate desta questão ganhou contornos de urgência e mediatismo no seio da União Europeia (UE) com o encetar de negociações para a celebração de tratados de comércio e investimento com parceiros estratégicos³. Em particular, no contexto das negociações do Acordo Económico e Comercial Global entre a UE e o Canada (CETA) e do Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento entre a UE e os Estados Unidos (TTIP) eclodiram na opinião pública europeia e no discurso académico duras críticas contra a arbitragem de investimento. Rapidamente se tornou claro que a inclusão deste meio de resolução de litígios nos novos tratados multilaterais de comércio e investimento dependia da introdução de reformas a alguns dos seus princípios fundamentais.

O presente artigo foca-se na interação entre a arbitragem de investimento, o princípio da soberania dos Estados e a prossecução por estes do interesse público, e na forma como esta interação é regulada no CETA. Na primeira parte, apresentam-se exemplos de críticas que surgiram na opinião pública contra a arbitragem de investimento. Na segunda parte, procuram identificar-se os seus aspetos mais problemáticos, no que diz

¹ Moura Vicente, Dário. "Arbitragem de Investimento: A Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais", Revista da Ordem dos Advogados, vol. 71, n.º 3, 2011, p. 752; CHOUDHURY, Barnali. "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 4, n.º 3, 2008, p. 778. Uma análise das estatísticas disponibilizadas pelo ICSID sobre o do número de casos registados por ano civil ilustra claramente este crescimento - V. ICSD, International Centre for Settlement of Investment Disputes, World Bank Group. The ICSID Caseload - Statistics. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID- Caseload-Statistics.aspx>, (acedido a 27/2/2017).

² Schill, Stephen W. "In Defense of International Investment Law", in: Krajewski, Markus (ed.). European Yearbook of International Economic Law, vol. 7, Cham: Springer, 2016, pp. 309 e 310.

³ Competência atribuída à União pelo n.º 1 do art. 207.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

respeito à restrição da liberdade legislativa e reguladora dos Estados e à afetação dos princípios de decisão democrática do Estado de Direito. Na terceira parte, procede-se a uma apreciação das inovações introduzidas no clausulado do CETA. Conclui-se que tais inovações permitem mitigar alguns dos problemas anteriormente identificados, mas que se ficou ainda aquém da consagração de parâmetros claros de ponderação entre as regras de proteção dos investidores estrangeiros e a faculdade do Estado de legislar no interesse público dos cidadãos nacionais.

1. A arbitragem de investimento na opinião pública

A recente invasão do debate público pelos conceitos de investimento, arbitragem internacional e pela mediática sigla ISDS (do inglês, Investor-State Dispute Settlement)⁴ foi acompanhada da formulação de duras críticas a este meio de resolução de litígios. Criou-se uma "aura de obscuridade e suspeita⁵" à volta de uma justiça que se diz ser secreta, imprevisível, decidida por advogados especializados em direito comercial e societário, que a usam para prosseguir os seus interesses de negócio, e favorável aos investidores estrangeiros em detrimento do interesse público dos Estados⁶.

A título de exemplo, na edição do The Economist de 11 de Outubro de 2014 descrevia-se a arbitragem de investimento como "uma maneira de permitir às empresas multinacionais enriquecer à custa das pessoas comuns7", e na

⁴ Conceito que se refere ao meio de resolução de litígios entre investidores e Estados previsto nos tratados de comércio e investimento, que geralmente envolve recurso à arbitragem internacional.

⁵ Schill, Stephen W. "In Defense of International Investment Law", cit., p. 310.

⁶ O artigo da European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA) intitulado "A response to the criticism against ISDS" faz um sumário das principais críticas dirigidas à arbitragem de investimento, analisando a sua procedência à luz de dados empíricos da prática arbitral e de doutrina. V. EFILA, "A response to the criticism against ISDS", 17/05/2015. Disponível em: http://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the- -criticism_of_ISDS_final_draft.pdf>, (acedido a 27/2/2017).

⁷ "Investment State Dispute Settlement: The arbitration game", The Economist, de 11 de outubro de 2014 (tradução nossa). Disponível em: http://www.economist.com/news/ finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors--arbitration>, (acedido a 27/2/2017).

edição de 30 de Maio de 2016 do The Guardian podia ler-se que "o CETA contém um novo sistema jurídico, aberto apenas a empresas e investidores estrangeiros" que permite às empresas processar o Estado com o fundamento de que "não conseguem auferir tanto lucro como esperavam8".

Bem representativo da imagem negativa que se gerou da arbitragem de investimento é um relatório do Corporate Europe Observatory (CEO) elaborado sobre o tema em 2012, que se inicia da seguinte forma:

"Iria para tribunal com o Diabo se o tribunal fosse no inferno? Claro que não. Mas é isso que os Governos têm feito centenas de vezes. E continuam a fazer.

Em litígios de investimento internacional, empresas multinacionais podem processar os Governos se o Governo fizer algo que a multinacional considere prejudicial aos seus lucros [...]."

Estes casos são ouvidos perante um tribunal internacional de árbitros, três pessoas que decidem se são mais importantes os lucros privados ou o interesse público. Por todo o globo, estes tribunais têm concedido às grandes empresas milhões de dólares dos bolsos dos contribuintes – frequentemente, como compensação por alegados impactos que leis democraticamente adotadas, que protegem o ambiente, a saúde pública ou o bem-estar social, têm nos lucros empresariais9".

Um relatório elaborado pelo Transnational Institute (TNI) alerta para os perigos do CETA, que diz constituir uma ameaça séria contra os esforços

⁸ Dearden, Nick, "Think TTIP is a threat to democracy? There's another trade deal that's already signed", The Guardian, de 30 de março de 2016, (tradução nossa). Disponível em: , (acedido a a 27/2/2017). V. também, Stuart Jeffrieds, "What is TTIP and why should we be angry about it?", The Guardian, de 3 de agosto de 2015. Disponível em: https:// www.theguardian.com/business/2015/aug/03/ttip-what-why-angry-transatlantic-trade--investment-partnership-guide>, (acedido a 27/2/2017).

⁹ COE, "Profiting from injustice", 2012, (tradução nossa). Disponível em: , (acedido a 27/2/2017). V. também, COE, "Zombie attack! TTIP corporate super rights come back from the dead", de 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: , (acedido a 27/2/2017).

dos Governos nacionais de proteção dos seus cidadãos, e tem um título bem ilustrativo da mensagem que vincula: "CETA – Trading away democracy" – em português: *Negociando a democracia*¹⁰.

Estes excertos ilustram bem a existência de grande desconfiança e descrença na adequação da arbitragem para a resolução de litígios com investidores, que se tornou num dos principais obstáculos ao sucesso das negociações de tratados de comércio e investimento pela UE.

Contudo, convirá igualmente notar que a discussão desta temática nem sempre se tem feito de forma informada ou sequer racional¹¹. O Presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, deu nota disso mesmo numa declaração feita recentemente, em tom irónico:

"Estou estupefacto por, quando concluímos um tratado de comércio com o Vietname, conhecido mundialmente por aplicar todos os princípios democráticos, ninguém levantar a voz. Ao invés, quando concluímos um tratado com o Canadá, que sabemos ser uma ditadura consumada, toda a gente se entusiasma em dizer-nos que não respeitamos direitos humanos e económicos¹²".

Independentemente do teor mais ou menos radical de muitas críticas, certo é que a sua persistência e ampla divulgação permitiu evidenciar um dos aspectos particularmente problemáticos da arbitragem de investimento: o facto deste sistema de resolução de litígios conflituar com princípios fundamentais da soberania dos Estados, nomeadamente, com a sua liberdade para legislar. Neste contexto, importa individualizar os vários aspetos desse conflito, o que se procurará fazer na secção seguinte.

¹⁰ TNI, "CETA - Trading away democracy", versão de 2016. Disponível em: , (acedido a 27/2/2017).

¹¹ Philippe Pinsolle, advogado e árbitro proeminente, terá dito recentemente que as críticas dirigidas à arbitragem de investimento são "largamente ideológicas, se não mesmo emocionais. Nenhuma discussão racional é possível", concluindo que a defesa deste método de resolução de conflitos é "uma batalha perdida" - citado em, "Defending investment arbitration "a lost battle", says Pinsolle", Global Arbitration Review, de 11 de outubro de 2016. Disponível em: http://globalarbitrationreview.com/article/1069106/defending-investment-arbitration-%E 2%80%9Ca-lost-battle%E2%80%9D-says-pinsolle>, (acedido a 27/2/2017).

¹² Citado em:, "CETA failure deepens EU trade crisis", EU Observer, de 21 de outubro de 2016, (tradução nossa). Disponível em: https://euobserver.com/economic/135609>, (acedido a 27/2/2017).

2. A arbitragem de investimento e a soberania dos Estados

Como consequência da expansão da arbitragem de investimentos, a competência para a tomada de decisões jurisdicionais sobre matérias do interesse público dos Estados e a sua ponderação com direitos individuais deixou de ser exclusiva dos tribunais estaduais para ser partilhada com painéis de árbitros internacionais. Os tribunais arbitrais passaram a ser chamados a valorar legislação nacional, adotada por procedimentos democráticos, e a tomar decisões com consequências económicas, sociais e políticas muito relevantes para os Estados, aplicando um direito próprio, contido nos tratados de investimento, e chegando, não raras vezes, a decisões conflituantes, sem que exista um organismo superior competente para as uniformizar. Neste contexto, tem emergido um debate sobre se o atual modelo de arbitragem, incluindo o seu caráter ad hoc, será o mais adequado para resolver estes litígios¹³.

Vários aspetos da arbitragem de investimentos têm sido apontados como problemáticos pela doutrina internacional, dos quais se destacam: a limitação dos poderes legislativos e reguladores do Estado, e consequente perda da liberdade de legislar no interesse público; a desconsideração pelos processos nacionais de decisão democrática; a falta de transparência e independência dos processos arbitrais.

2.1. Limitação da competência legislativa e reguladora dos Estados

Uma das principais críticas dirigidas à assinatura de acordos de investimento é a de que estes limitam a soberania dos Estados, privando-os da liberdade de adotar medidas socioeconómicas no interesse dos seus cidadãos - por exemplo, medidas de proteção do ambiente, da saúde pública ou dos direitos dos trabalhadores¹⁴. Com efeito, tais medidas poderão

¹³ V., e.g., Franck, Susan D. "Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions", Fordham Law Review, vol. 73, 2005, pp. 1521 e 1522, 1582 e ss.; Choudhury, Barnali. "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", cit., pp. 778, 788 e 789.

¹⁴ Quick, Reinhard. "Why TTIP Should Have an Investment Chapter Including ISDS", Journal of World Trade, vol. 49, n.º 2, 2015, pp. 200.

ser impugnadas por investidores estrangeiros num fórum arbitral, fora do sistema judicial do Estado, e consideradas, designadamente, como expropriações indiretas ou violações do tratamento justo e equitativo devido, com a consequente condenação do Estado ao pagamento de uma indemnização.

Note-se que a limitação da soberania dos Estados, no sentido em que esta inclui o direito a legislar livremente sobre assuntos relevantes para os seus constituintes, ocorre com a assinatura de qualquer tratado internacional no qual aqueles se comprometem a respeitar determinadas normas¹⁵. Contudo, os tratados de investimento apresentam dois aspetos inovadores16.

Em primeiro lugar, nestes tratados os Estados concedem diretamente uma série de direitos substantivos aos investidores, com o que esperam criar um clima favorável e promotor do investimento estrangeiro no seu território. Em segundo lugar, os Estados Parte consentem em que, em caso de violação daqueles direitos, os investidores os possam demandar diretamente perante um tribunal arbitral, que dirimirá o conflito. Assim, os Estados Parte conferem a um terceiro o poder de determinar o conteúdo das obrigações assumidas no tratado, poder esse que é, neste contexto, particularmente vasto e alvo de várias críticas¹⁷.

Um aspeto particularmente problemático reside no facto de os tratados de investimento conterem, na sua maioria, cláusulas de proteção dos investidores redigidas em termos bastante amplos e relativamente simples, não se abordando a relação entre a proteção dos investimentos e os poderes dos Estados para legislar¹⁸. Veja-se, a título de exemplo, a cláusula referente à expropriação de investimentos estrangeiros que, na sua redação mais

¹⁵ Kulick, Andreas. "Investment Arbitration, Investment Treaty Interpretation, and Democracy", Cambridge Journal of International and Comparative Law, vol. 4, n.º 2, 2015,

¹⁶ V. Franck, Susan D. "Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions", cit., p. 1529.

¹⁷ Neste sentido, Kulick, Andreas. "Investment Arbitration, Investment Treaty Interpretation, and Democracy", cit., p. 453.

¹⁸ V. Henckels, Caroline, "Protecting Regulatory Autonomy though Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP", Journal of International Economic Law, vol. 19, 2016, pp. 30-33; SCHILL, Stephen W. "In Defense of International Investment Law", pp. 151 e 152, pp. 156 e 157.

comum, se aplica também a outras medidas com efeitos equivalentes à expropriação ou nacionalização, sem mais detalhe¹⁹.

Neste contexto, cabe aos árbitros determinar qual o campo de atuação dos Estados no interesse público e em que medida lhes é permitido legislar sem incorrerem no dever de indemnizar investidores estrangeiro²⁰. Na ausência de clareza e desenvolvimento nas cláusulas que têm de aplicar, aqueles gozam de grande discricionariedade decisória.

Em consequência, as suas decisões são muitas vezes descritas como inconsistentes e aleatórias. As diversas interpretações que diferentes tribunais arbitrais têm dado ao conceito de expropriação são um bom exemplo deste problema²¹. No caso Santa Elena vs. Costa Rica²², o tribunal considerou que medidas para proteção do ambiente que conduzam a uma expropriação deverão dar sempre lugar à obrigação do Estado de indemnizar o investidor estrangeiro, independentemente de quão louváveis e benéficas para a sociedade essas medidas sejam e do seu fim de prossecução do interesse público.

Em sentido oposto, o tribunal que julgou o caso Methanex vs. Estados Unidos da América²³ determinou que medidas que prossigam um interesse público, desde que não discriminatórias e adotadas de acordo com

¹⁹ V. e.g., United States 2012 Model Bilateral Investment Treaty (BIT), art. 6.°, n.° 1. Disponível em: eting.pdf>, (acedido a 2/2/2017); German 2008 Model BIT, art. 4.°, n.°2. Disponível em: <https://www.italaw. com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>, (acedido a 27/2/2017); France 2006 Model BIT, art. 5.º, n.º2. Disponível em: https://www.italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006. pdf>, (acedido a 27/2/2017).

²⁰ GILDEGGEN, Rainer e WILLBURGER, Andreas. "What constitutes a compensation free regulation of foreign-owned property in international law? Some thoughts on the protection of foreign investment against expropriations, the states' right to regulate, arbitrators and TTIP", Beiträge der Hochschule Pforzheim, n.º 160, 2016, p. 22. Disponível em: , (acedido a 27/2/2017).

²¹ Para mais exemplos, v. Kriebaum, Ursula. "Expropriation", in: Bungenberg, Marc; GRIEBEL, Jörn; HOBE, Stephan e REINISCH, August (eds.). International Investment Law: A Handbook. Baden-Baden: C.H.Beck, Hart, Nomos, 2015, pp. 959-1030.

²² ICSID, Compañia del Desarrollo de Santa Elena, S.A., c. Costa Rica, caso n.ºARB/96/1, Acórdão de 17 de Fevereiro de 2000, ICSID Reports, vol. 5, 153.

²³ Tribunal ad hoc (UNCITRAL - NAFTA), Methanex c. Estados Unidos da América, Acórdão de 3 de Agosto de 2005, International Legal Materials, vol. 44, 1343.

os trâmites legais, não deverão ser consideradas como uma expropriação nem dar origem a um dever de indemnizar caso afetem um investimento estrangeiro. Excecionam-se os casos em que o Governo tenha dado ao investidor garantias específicas, aquando da entrada do investimento, de que não alteraria determinadas normas ou tomaria determinadas medidas. Enquanto alguns autores atribuem estas inconsistências às diferenças na factualidade de cada caso e na lei aplicável²⁴, outros identificam decisões absolutamente irreconciliáveis²⁵.

Esta inconsistência de decisões tem gerado a perda de confiança num sistema em que autores e réus em situações semelhantes parecem receber tratamentos muito diferenciados²⁶. Torna-se, assim, difícil determinar a priori quais os critérios de valoração que os tribunais vão aplicar e prever em que casos um Estado será condenado a indemnizar um investidor, criando incerteza sobre o conteúdo dos direitos e obrigações contidos nos tratados²⁷.

Adicionalmente, os mecanismos disponíveis para revisão de decisões arbitrais são muito limitados e destinam-se apenas à reapreciação de questões processuais, não permitindo reanalisar o mérito da causa ou corrigir erros de direito²⁸. Uma parte que seja confrontada com uma decisão que lhe é desfavorável não tem, em regra, a oportunidade de recurso, podendo apenas, em alguns casos, peticionar a anulação da decisão com base nas regras de arbitragem aplicáveis, ou tentar impugná-la junto nos tribunais

²⁴ ALEXANDROV, Stanimir A. "On the Perceived Inconsistency in Investor-State Jurisprudence", in: ALVAREZ, Jose E. e SAUVANT, Karl P. (eds.). The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 60-69.

²⁵ Stern, Brigitte. "The Future of International Investment Law: A Balance Between the Protection of Investors and the States' Capacity to Regulate", in: ALVAREZ, Jose E. e SAUVANT, Karl P. (eds.). The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 181 e ss.

²⁶ Wells, Louis T. "Part IV Chapter 14: Backlash to Investment Arbitration: Three Causes", in: WAIBEL, Michael e KAUSHAL, Asha et al. (eds.). The Backlash against Investment Arbitration. Londres: Wolters Kluwer, 2010, p. 342.

²⁷ HENCKELS, Caroline, "Protecting Regulatory Autonomy though Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP", cit., p. 28.

²⁸ Franck, Susan D. "Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions", cit., pp. 1546 e ss.

nacionais do local da arbitragem ou do local onde a execução for pedida, com base em fundamentos muito estritos²⁹.

A incerteza gerada pela imprecisão das normas contidas nos tratados, à qual se aludiu supra, e a consequente imprevisibilidade das decisões dos tribunais arbitrais, associadas à perspetiva de pagamento de pesadas indemnizações aos investidores quando os seus direitos sejam violados, pode produzir um efeito inibidor da adoção de legislação no interesse público pelos Estados - conhecido pela expressão inglesa chilling effect³⁰. É precisamente este efeito inibidor que tem fundamentado grande parte da oposição à celebração de novos tratados de investimento na UE.

2.2. Desconsideração pelos processos de decisão democrática do Estado

O conflito entre o sistema de arbitragem de investimento e alguns dos princípios fundamentais da democracia e do Estado de Direito é outro aspeto que pode ser problemático aquando da celebração de acordos de investimentos.

²⁹ V., e.g., as Regras de Arbitragem adotadas pelo Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos (ICSID), em 2006. Disponível em: https://icsid. worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf>, (acedido a 27/2/2017), que estabelecem, no n.º 1 do art. 52.°, que as partes podem requerer a anulação da decisão arbitral ao Secretário Geral do ICSID com base em ou mais dos seguintes fundamentos: vício na constituição do tribunal; manifesto excesso de poder do tribunal; corrupção de um membro do tribunal; inobservância grave de uma regra de processo fundamental; ou vício de fundamentação. Relativamente às decisões proferidas ao abrigo de outras regras de arbitragem, v. a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Nova Iorque, de 10 de junho de 1958. Disponível em: http://www.gddc.pt/siii/ docs/rar37-1994.pdf>, (acedido a 27/2/2017), que estabelece, no seu art. V, o número limitado de fundamentos com base nos quais os tribunais nacionais podem recusar o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais.

³⁰ HENCKELS, Caroline, "Protecting Regulatory Autonomy though Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP", cit., p. 32; BIJLMAKERS, Stephanie. "Effects of Foreign Direct Investment Arbitration on a State's Regulatory Autonomy Involving the Public Interest", American Review of International Arbitration, vol. 23, n.º 2, 2012, p. 256.

Os tribunais arbitrais são instituições fora do sistema jurisdicional e do quadro constitucional dos Estados³¹, sendo que as suas decisões apenas estão sujeitas a uma possibilidade de revisão muito limitada pelos tribunais estaduais, como se viu. Contudo, são submetidas à sua apreciação políticas nacionais, que são o resultado de complexos processos de deliberação constitucionalmente definidos e em que intervêm representantes democraticamente eleitos pelos cidadãos³², e o resultado dessa apreciação pode ter consequências muito sérias para os cidadãos nacionais.

Questiona-se, por isso, se o exercício da autoridade pública pelo Estado deverá ser adjudicado desta forma: por estrangeiros, despreocupados com os efeitos das suas decisões, e com base em normas de proteção dos investidores bastante amplas e em princípios importados do direito comercial³³. A natureza privada e origem comercial da arbitragem parece conflituar com o carácter público das questões em causa nos litígios de investimento³⁴.

Neste contexto, a legitimidade da arbitragem de investimento enquanto meio de resolução de litígios que respeita os princípios do Estado de Direito não está isenta de dúvidas³⁵. A falta de previsibilidade e coerência que acima se discutiu geram um clima de arbitrariedade e imprevisibilidade que não garante a certeza jurídica³⁶. Adicionalmente, a reduzida transparência do processo arbitral e as dúvidas sobre imparcialidade dos árbitros³⁷, bem

³¹ HACHEZ, Nicolas e WOUTERS, Jan. "International Investment Dispute Settlement in the 21st Century: Does the Preservation of the Public Interest Requires an Alternative to the Arbitral Model?", Leuven Center for Global Governance Studies, Working Paper n.º 81, 2012, p. 7. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2009327, (acedido a 27/2/2017).

³² Neste sentido, Kulick, Andreas. "Investment Arbitration, Investment Treaty Interpretation, and Democracy", cit., p. 443.

³³ V. Choudhury, Barnali. "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", cit., p. 779.

³⁴ HACHEZ, Nicolas e WOUTERS, Jan. "International Investment Dispute Settlement in the 21st Century: Does the Preservation of the Public Interest Requires an Alternative to the Arbitral Model?", cit., p. 7.

³⁵ V. FRANCK, Susan D. "Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions", cit., pp. 1584 e ss.

³⁶ HACHEZ, Nicolas e WOUTERS, Jan. "International Investment Dispute Settlement in the 21st Century: Does the Preservation of the Public Interest Requires an Alternative to the Arbitral Model?", cit., pp. 6-7.

³⁷ V. infra parte 2.3.

como a falta de mecanismos de escrutínio público e de representação de interesses de terceiros afetados pela decisão, em processos arbitrais onde se discutem interesses públicos, são fatores que contribuem para que este meio seja percecionado como sofrendo de um défice democrático³⁸.

Ainda neste âmbito, tem sido criticada a perspetiva dos árbitros que tendem a considerar a arbitragem de investimento como um litígio entre iguais, não levando em conta as especificidades da posição pública de uma das partes³⁹. Alguns autores enfatizam que o sistema de arbitragem de investimento não permite a adequada valoração dos interesses públicos dos Estados, não estando os árbitros em posição de realizar as sensíveis ponderações de valores requeridas à função judicial em sociedades complexas⁴⁰. Não será, para tal, irrelevante o facto de os tratados bilaterais de investimento, na sua maioria, não fazerem qualquer referência a considerações de interesse público, o que desde logo limita em muito a possibilidade de os árbitros o invocarem nas suas decisões⁴¹.

Em consequência, tem-se concluído que a expansão da arbitragem de investimento tem o efeito de "reconfigurar as instituições decisórias do Estado a favor dos investidores estrangeiros⁴²", uma vez que aqueles passam a dispor de um meio especial para resolverem os seus diferendos com o Estado, enquanto os nacionais apenas se podem valer dos métodos tradicionais de

³⁸ V. Blackaby, Nigel e Richard, Caroline. "Part III, Chapter 10: Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?", in: WAIBEL, Michael e KAUSHAL, Asha et al. (eds.). The Backlash against Investment Arbitration. Londres: Wolters Kluwer, 2010, pp. 256 e ss., e Choudhury, Barnali. "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", cit., p. 779, em que a expressão "democratic deficit" é usada neste contexto.

³⁹ HACHEZ, Nicolas e WOUTERS, Jan. "International Investment Dispute Settlement in the 21st Century: Does the Preservation of the Public Interest Requires an Alternative to the Arbitral Model?", cit., p. 8.

⁴⁰ Kulick, Andreas. "Investment Arbitration, Investment Treaty Interpretation, and Democracy", cit., p. 444.

⁴¹ Foi estimado que, em 2011, apenas cerca de 10% dos tratados de investimento continham algum tipo de cláusula de exceção que permitisse prosseguir interesses públicos - HENCKELS, Caroline, "Protecting Regulatory Autonomy though Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP", cit., p. 46 e nota 105.

⁴² VAN HARTEN, Gus. "A report on the flawed proposals for investor-state dispute settlement (ISDS) in TTIP and CETA", Osgoode Legal Studies Research Paper Series n.º 90, 2015. Disponível em: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/90, (acedido a 27/2/2017).

participação no processo democrático e legislativo, nomeadamente, tentando influenciar decisões governativas ou iniciando um processo judicial⁴³. E, sendo certo que uma decisão arbitral não tem o poder de revogar uma lei nacional, da mesma poderá resultar a condenação do Estado ao pagamento de indemnizações bastante elevadas - possibilidade que basta para gerar o efeito inibidor de adoção de legislação a que se aludiu supra⁴⁴.

2.3. Falta de transparência e independência do processo arbitral

A confidencialidade e a limitada participação pública nos processos são duas das características particulares da arbitragem de investimento que a distinguem das jurisdições nacionais. As alegações escritas e orais não são, por norma, divulgadas; as sentenças só são tornadas públicas com o consentimento das partes; e a participação de terceiros nos processos, na forma de alegações de *amicus curiae*, só foi permitida num número limitado de casos⁴⁵. Previsivelmente, quando este tópico passou a atrair a atenção de um público alargado, este não sancionou a confidencialidade da arbitragem como um fator facilitador de uma resolução de litígios expedita e eficiente, mas considerou que aquela minava a legitimidade dos processos⁴⁶.

Diferentemente da arbitragem comercial, a qual tem por base um contrato entre entes privados e onde os processos são, muitas vezes, confidenciais, na arbitragem de investimento o objeto do litígio é, como se viu, a prática de atos soberanos pelo Estado e levantam-se frequentemente

⁴³ VAN HARTEN, Gus. "ISDS in the Revised CETA: Positive Steps, But Is It the "Gold Standard"?", Centre for International Governance Innovation, 2016. Disponível em: , (acedido a 27/2/2017).

⁴⁴ V., supra parte 2.1, in fine.

⁴⁵ Choudhury, Barnali. "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", cit., p. 786 e nota 93, que contêm exemplos de processos arbitrais.

 $^{^{46}\,}$ V.Asteriti, Alessandra e Tams, Christian J. "Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration", in: Schill, Stephan W. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 791; DE Brabandere, Erik. Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 148 e ss.

questões de interesse público. Não parece, por isso, que se coadune com o caráter público do objeto do litígio deixar à discrição das partes dar ou não publicidade aos elementos do processo⁴⁷.

Neste campo, foram feitos progressos recentes, tendo algumas instituições de arbitragem adotado regras de transparência dos processos, com vista a afastar a imagem de uma justiça secreta que não respeita os princípios do processo justo⁴⁸.

Merecedor de atenção crítica é ainda o método de seleção dos árbitros e as dúvidas sobre se este garante a independência e imparcialidade dos membros do tribunal arbitral⁴⁹. Em regra, e para painéis de três árbitros, cada uma das partes em litígio nomeia um dos árbitros que irá dirimir o conflito, sendo o terceiro cooptado entre aqueles dois. Apesar de todas a regras processuais de arbitragem estabelecerem que os árbitros serão independentes e imparciais na sua atuação, o aumento do número de impugnações às nomeações das partes é um indicador de como este método de formação do tribunal é visto, muitas vezes, como tendencioso e conduzindo à seleção de árbitros com uma predisposição prévia para determinada solução⁵⁰.

Note-se que, sendo nomeados pelas partes para cada tribunal constituído ad hoc para determinado processo, os árbitros movem-se num mercado altamente competitivo, onde os honorários são elevados e onde dependem da sua reputação para serem selecionados (sendo muitas vezes vistos como mais predispostos a favorecer a posição de determinada parte - seja o

⁴⁷ Neste sentido, Blackaby, Nigel e Richard, Caroline. "Part III, Chapter 10: Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?", cit., pp. 253 e 254.

⁴⁸ V. as Regras de Arbitragem adotadas pelo Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos (ICSID), em 2006. Disponível em: https://icsid.worldbank. org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf>, (acedido a 2/2/2017) – e as Regras de Transparência em Arbitragens de Investimentos baseadas em Tratados adotados pelo Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), em 2014. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/ Rules-on-Transparency-E.pdf>, (acedido a 27/2/2017). V. DE BRABANDERE, Erik. Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications, cit., p. 149.

⁴⁹ VAN HARTEN, Gus. "A report on the flawed proposals for investor-state dispute settlement (ISDS) in TTIP and CETA", cit., pp. 1 e 3-5.

⁵⁰ SCHACHERER, Stefanie. "TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation - Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals", Journal of International Dispute Settlement, vol. 7, n.º 3, 2016, pp. 633 e 634.

investidor ou o Estado)⁵¹. Adicionalmente, na ausência de qualquer sistema de retenção e exclusividade, muitos árbitros prosseguem paralelamente carreiras como advogados. Também estes fatores têm levantado suspeitas sobre a imparcialidade de um corpo de árbitros que, simultaneamente, agem como advogados noutros processos e que beneficiam ao favorecer definições amplas do conceito de investimento, para garantir que a sua atividade se mantém lucrativa⁵².

Não existem, contudo, dados que sustentem a afirmação de que este método de seleção dos árbitros pelas partes conduza a um enviesamento sistemático do processo arbitral a favor dos investidores. Com efeito, os Estados ganham uma parte substancial dos litígios (ao menos, dos que são públicos)⁵³. E importará referir que existem vantagens na participação das partes na formação do tribunal: não só se democratiza o processo, como se facilita a constituição de um tribunal mutuamente aceite, em que cada parte confia que pelo menos um dos seus membros irá garantir a integridade dos procedimentos⁵⁴.

Finalmente, ainda que seja fundamental que se estabeleçam critérios certos e rigorosos que previnam conflitos de interesses e garantam a imparcialidade e independência dos árbitros, sempre se dirá que exigir parâmetros excessivos de ausência de qualquer influência ou posição prévia sobre as questões em juízo significaria que "apenas os mais ingénuos ou incompetentes estariam disponíveis⁵⁵".

⁵¹ CHOUDHURY, Barnali. "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", cit., p. 787.

⁵² CHOUDHURY, Barnali. "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", cit., p. 787; VAN HARTEN, Gus. "Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration", in: WAIBEL, Michael e KAUSHAL, Asha et al. (eds.). The Backlash against Investment Arbitration. Londres: Wolters Kluwer, 2010, p. 441.

⁵³ V. PARK, William W. "Part III Chapter 9: Arbitrator Integrity", in: WAIBEL, Michael e KAUSHAL, Asha et al. (eds.). The Backlash against Investment Arbitration. Londres: Wolters Kluwer, 2010, p. 217. V. EFILA, cit., pontos 1.1. a 1.3., que refere o UNCTAD, World Investment Report 2014. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf, (acedido a 27/2/2017). No mesmo sentido, HACHEZ, Nicolas e WOUTERS, Jan. "International Investment Dispute Settlement in the 21st Century: Does the Preservation of the Public Interest Requires an Alternative to the Arbitral Model?", cit., p. 12.

⁵⁴ PARK, William W. "Part III Chapter 9: Arbitrator Integrity", cit., pp. 200 e 201.

⁵⁵ PARK, William W. "Part III Chapter 9: Arbitrator Integrity", cit., p. 192.

Em conclusão, ainda que esta análise tenha permitido desconstruir e afastar algumas das críticas mais radicais dirigidas à arbitragem de investimento, permitiu igualmente identificar três aspetos problemáticas do recurso a este meio de resolução de litígio: (i) o efeito inibidor da adoção de legislação pelos Estados potencialmente gerado pela imprecisão das normas contidas nos tratados de investimento e pela proliferação de decisões arbitrais imprevisíveis; (ii) o facto de a decisão pelos tribunais arbitrais de litígios relacionados com atuações dos Estados poder implicar a desconsideração pelas instâncias nacionais de decisão democrática; (iii) a falta de transparência dos processos arbitrais e as dúvidas de imparcialidade suscitadas pelo método de seleção dos árbitros. A secção seguinte analisa a forma como estes aspetos foram tratados no texto do CETA.

3. O novo modelo de resolução de litígios no CETA - resposta às críticas?

As negociações do CETA não se alhearam das críticas apontadas à arbitragem de investimento e o texto adotado denota a introdução de uma série de reformas no sistema tradicional de resolução de litígios. De notar, desde logo, que o termo "arbitragem" foi eliminado da versão final do Tratado e substituído por um novo sistema de "tribunal de investimento". Também nas cláusulas substantivas de proteção do investimento estrangeiro se introduziram alterações relevantes, como em seguida se verá.

3.1. Alterações relevantes ao modelo tradicional

A primeira versão divulgada do texto do CETA incluiu logo uma série de disposições inovadoras no que se refere ao sistema de resolução de litígios de investimento, que procuravam melhorar a transparência dos processos arbitrais, garantir a independência dos árbitros e afastar pedidos manifestamente infundados⁵⁶. Assim, tornaram-se aplicáveis à resolução de litígios no âmbito CETA as regras de transparências aprovadas pela Comissão das

⁵⁶ Versão consolidada do CETA publicada a 26 de setembro de 2014. Disponível em: http:// trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf>, (acedido a 27/2/2017).

Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)⁵⁷, permitindo-se o acesso público aos documentos dos processos e admitindo--se alegações de *amicus curiae*, e as audiências passaram a ser abertas ao público, sem possibilidade de oposição por qualquer das partes (indo mais além do que o previsto nas regras da UNCITRAL)58. Em relação à deontologia dos árbitros, consagrou-se o requisito da independência e exigiu-se o respeito pelas orientações da International Bar Association em matéria de conflitos de interesses e de regras suplementares a adotar pelo Comité de Serviços e Investimento.

Impôs-se também a proibição de os árbitros exercerem funções na qualidade de advogados, peritos ou testemunhas em qualquer litígio em matéria de investimento enquanto durar a nomeação ao abrigo do CETA⁵⁹. Consagrou-se ainda um procedimento acelerado para a rejeição de pedidos manifestamente destituídos de fundamento jurídico60, o princípio de que a parte vencida suporta os custos do processo61 e a rejeição de pedidos fraudulentos ou que constituam abuso de processo⁶², pretendendo-se assim incentivar um recurso mais racional e não abusivo dos investidores à arbitragem.

Contudo, a principal inovação do CETA, no âmbito da resolução de litígios de investimento, chegaria apenas com a revisão do texto publicada em 2016, em que a arbitragem é substituída por um tribunal de investimento (investment court system, no texto em inglês) e uma instância de recurso⁶³. Este tribunal será composto por 15 membros (já não árbitros) nomeados pelas Partes, reunidas no Comité Misto CETA, cinco dos quais deverão ser cidadãos nacionais de um Estado-Membro da UE, cinco, nacionais do Canadá, e, os restantes cinco, nacionais de países terceiros.

⁵⁷ V. supra nota 48.

⁵⁸ Art. 8.36 do CETA (referem-se agora as normas do texto final do CETA, publicado a 29 de fevereiro de 2016, e não da versão anteriormente divulgada) - o texto final do acordo está disponível em: http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/, (acedido a 17/2/2017).

⁵⁹ Art. 8.30 do CETA.

⁶⁰ Arts. 8.32 e 8.33 do CETA.

⁶¹ Arts. 8.39, para. 5, do CETA.

⁶² Art. 8.18, para. 3, do CETA.

⁶³ Arts. 8.27 e ss. do CETA.

Os membros do tribunal de investimento devem possuir as habilitações exigidas nos seus países para o exercício de funções jurisdicionais ou ser juristas de reconhecida competência, estando previsto que receberão honorários mensais a fim de garantir a sua permanente disponibilidade. Para a resolução de cada litígio, o presidente do tribunal nomeia uma secção de três membros (um de cada nacionalidade), garantindo a aleatoriedade e imprevisibilidade na composição das secções. Com este método de seleção, ao afastar-se a nomeação por ambas as partes que caracteriza a arbitragem de investimento, pretendeu minimizar-se a influência dos investidores na escolha do painel que decidirá o seu litígio⁶⁴.

A instância de recurso, por sua vez, será constituída por membros em número a determinar pelo Comité Misto CETA, o qual os nomeará nos mesmos termos que os membros do tribunal de investimento, e pode ratificar, alterar ou revogar sentenças daquele tribunal com base quer em erros de direito, quer de facto. O secretariado do tribunal de investimento será assegurado pelo Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos (ICSID).

Finalmente, delimitou-se expressamente o âmbito dos litígios que estão sujeitos às disposições de resolução de litígios entre investidores e Estados – por referência às cláusulas contidas nas secções C (tratamento não discriminatório) e D (proteção dos investimentos) do capítulo 8 do CETA⁶⁵. Do mesmo modo, delimitaram-se explicitamente os poderes jurisdicionais do tribunal de investimento: este pode apenas conceder uma indemnização ou ordenar a restituição dos bens ao investidor⁶⁶.

Importa relembrar que, como acima se referiu, a problemática em torno da autonomia do Estado para legislar se relaciona também com as cláusulas substantivas de proteção de investimentos, nomeadamente com o seu caráter vago, com a omissão de disposições sobre a proteção do interesse público e com a ausência de critérios que indiquem ao tribunal de investimento como

⁶⁴ Neste sentido, Reinisch, August. "Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration", *Journal of International Economic Law*, vol. 19, n.º 4, 2016, p. 764.

⁶⁵ Art. 8.18 e exclusão de algumas matérias no anexo 8-C, ambos do CETA.

⁶⁶ Art. 8.39, para. 1, do CETA.

ponderar estes dois conceitos. Também aqui o texto do CETA procurou introduzir alterações ao status quo.

Por um lado, redigiram-se cláusulas de proteção de investimentos mais detalhadas. Veja-se a cláusula de tratamento justo e equitativo (fair and equitable treatment), que delimita as obrigações dos Estados por referência a uma lista de comportamentos proibidos, bem como consagra a possibilidade de o Comité Misto CETA rever o conteúdo das obrigações dos Estados⁶⁷; ou a cláusula sobre expropriação, que detalha critérios para o cálculo de uma indemnização adequada e explicita que, salvo em raras circunstâncias em que o seu impacto seja manifestamente excessivo, "as medidas não discriminatórias de uma Parte concebidas e aplicadas para proteção de objetivos de interesse público legítimos, como a saúde pública, a segurança e o ambiente, não constituem uma expropriação indireta⁶⁸". Adicionalmente, consagrou-se a possibilidade de o Comité Misto CETA adotar interpretações vinculativas das disposições de investimento⁶⁹. Por outro lado, o CETA contém uma cláusula de salvaguarda do interesse público, em que as Partes "reiteram o direito de regularem nos seus respetivos territórios para realizar objetivos políticos legítimos, em domínios tais como a proteção da saúde pública, a segurança, o ambiente, a moral pública, a proteção social e a defesa dos consumidores ou a promoção e proteção da diversidade cultural", explicitando-se que uma alteração regulativa que "afete negativamente um investimento ou interfira nas expectativas do investidor" não constitui uma violação do tratado70.

O art. 28.3 consagra ainda "Exceções Gerais" e incorpora o art. XX do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e de Comércio (GATT) de 1990 na aplicação das regras sobre investimento do CETA, permitindo-se assim às Partes adotar medidas não discriminatórias de prossecução dos objetivos aí enunciados (tais como a proteção da moral pública, da vida humana, animal ou vegetal, ou a garantia do respeito pela lei), sem que tal constitua uma violação do tratado.

⁶⁷ Art. 8.10 do CETA.

⁶⁸ Art. 8.12 e Anexo 8-A, art. 3, do CETA.

⁶⁹ Art. 8.31, para. 3, do CETA

⁷⁰ Art. 8.9 do CETA.

3.2. Análise do novo modelo: avanços e insuficiências

Não há dúvida de que as alterações acima descritas contribuem para mitigar a incidência das críticas analisadas na segunda parte deste artigo. O novo modelo de resolução de litígios entre investidores e Estados pretendeu responder aos problemas da arbitragem de investimento e, nalguns aspetos, de forma bem convincente. É, desde logo, bem notório que o secretismo da arbitragem fica afastado pelas regras de ampla transparência e publicidade dos processos junto do tribunal de investimento. A vinculação dos membros do tribunal a regras éticas e de deontologia claras, bem como a impossibilidade de exercer outras funções em litígios de investimento durante o seu mandato, poderão também permitir restabelecer alguma confiança nas qualidades destes enquanto juízes imparciais.

A criação de uma instância de recurso, por sua vez, contribuirá, com grande probabilidade, para aumentar a previsibilidade e consistência das decisões, ainda que, inevitavelmente, com sacrifício da celeridade processual – uma das grandes vantagens da arbitragem – e com um aumento dos custos do litígio. Com efeito, é previsível que o recurso se torne a regra para as partes vencidas, que procuram mais uma hipótese de fazer valer os seus argumentos, uma vez que a instância de recurso dispõe de amplos poderes para alterar as decisões do tribunal a quo.

Ainda assim, caso as decisões da instância de recurso sejam suficientemente consistentes, é possível que se gere um efeito de cristalização do conteúdo das cláusulas do Tratado, tornando mais previsível para as partes as hipóteses que têm de vencer em recurso e racionalizando o uso deste⁷¹. Não se consagrou, contudo, uma regra do precedente vinculativo para as decisões desta instância de recurso. Outro factor favorável à coerência das decisões do tribunal de investimento será o facto de todos os casos passarem a ser decididos por um mesmo grupo de decisores - uma vez que os membros deste tribunal serão nomeados para um mandato de cinco anos, que pode ser renovado uma vez⁷².

⁷¹ Neste sentido, Schacherer, Stefanie. "TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation - Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals", cit., p. 643.

⁷² V. Schacherer, Stefanie. "TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation - Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals", cit., p. 642. Art. 8.27, para. 5 do CETA.

Importa frisar, contudo, que os méritos da substituição de um modelo de tribunal arbitral por um tribunal permanente não são absolutos: o modelo criado no CETA não resolve todos os problemas e cria novas dificuldades. Desde logo, não se afastam com este modelo críticas sobre a proteção acrescida de investidores estrangeiros em relação aos nacionais de cada Estado Parte, pois aqueles continuarão a dispor de um fórum próprio para o seus litígios e continuarão a ser a única parte que pode iniciar um processo, cabendo aos Estados sempre a posição de réus.

Por outro lado, ainda que a nomeação dos membros do tribunal de investimento pelas Partes do CETA e a escolha aleatória dos membros de cada secção pelo presidente do tribunal possa criar uma imagem de maior independência destes em relação às partes em litígio, em contrapartida, a composição do tribunal implicará que apenas um dos três decisores não tenha a nacionalidade de nenhuma das partes em conflito - possibilidade que na arbitragem, em regra, estava afastada para todos os árbitros. Cria-se, assim, um risco de politização desta instância jurisdicional, através da participação na decisão de membros nacionais dos Estados em litígio⁷³.

Além disso, haverá que notar que todos os membros do tribunal de investimento passarão a ser escolhidos apenas pelos Estados, o que poderá criar uma situação de desigualdade entre as partes processuais e uma possível propensão para o favorecimento da posição do Estado, com a consequente redução da confiança dos investidores estrangeiros no tribunal⁷⁴. Adicionalmente, as incompatibilidades e a proibição do exercício de funções como advogado durante a duração do mandato limita o número de árbitros experientes disponíveis para nomeação, bem como o valor relativamente reduzido dos honorários mensais (apenas uma fração dos honorários pagos aos membros do Órgão de Recurso da OMC) pode dissuadir os maiores especialistas de aceitarem tal nomeação⁷⁵. Finalmente,

⁷³ Neste sentido, v. Zuleta, Eduardo. "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in: Kalicki, Jean E. e Joubin-Bret, Anna. Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System. Leiden: Brill-Nijhoff, 2015, pp. 409 e ss.

⁷⁴ V. Reinisch, August. "Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? - The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration", cit., p. 777.

⁷⁵ Neste sentido, v. Reinisch, August. "The European Union and Investor-State Dispute Settlement: from Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court", Investor-State Arbitration Series, Centre for International Governance Innovation, paper n.º 2, 2016, p. 25.

perde-se ainda alguma da flexibilidade da arbitragem ad hoc, que permitia a escolha árbitros com competências específicas nas matérias em litígio.

Um outro aspeto a ter em conta no novo modelo de tribunal permanente é o aumento substancial de custos que representa para o Estados Parte do CETA. Os Estados passam, agora, não apenas a ter de suportar os seus próprios custos de representação para cada caso, como também a suportar os custos do funcionamento permanente do tribunal de investimento – nomeadamente, os honorários mensais pagos aos membros para garantir a sua disponibilidade⁷⁶. Estes custos multiplicam-se por existir uma instância de recurso e poderão tornar-se ainda muito significativos se os Estados reproduzirem o mesmo modelo de tribunal noutros tratados de investimentos⁷⁷.

No que respeita ao conteúdo das obrigações substantivas dos Estados em relação a investidores estrangeiros, o texto do CETA fez também importantes progressos, sendo notório que algumas das cláusulas tradicionalmente mais vagas de proteção de investimento estão mais concretizadas e, nalguns casos, de forma mais restritiva. É o caso da cláusula de tratamento justo e equitativo, que só terá aplicação contra violações do Estado com um certo grau de gravidade - usam-se os termos "violação fundamental", "arbitrariedade manifesta", "motivos manifestamente injustificados" (enfâse nosso) - e que apenas protege as expectativas legítimas dos investidores que se baseiam em declarações específicas do Estado recetor, e já não expectativas infundadas de que o quadro legal nunca se alteraria⁷⁸.

Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/isa_paper_series_no.2.pdf, (acedido a 27/2/2017).

⁷⁶ V. art. 8.27, para. 12 do CETA.

⁷⁷ Como a UE se propõe fazer no TTIP, cuja proposta de texto pode ser consultada na página da Comissão Europeia. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index. cfm?id=1230>, (acedido a 27/2/2017).

⁷⁸ Neste sentido, HOFFMEISTER, Frank. "The Contribution of EU Trade Agreements to the Development of International Investment Law", in: HINDELANG, Steffen e Krajewski, Markus (eds.). Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 366 e 367. É ainda de frisar que a violação das expectativas legítimas dos investidores não está listada no CETA como uma das medidas que constitui uma violação do tratamento justo e equitativo (art. 8.10, para. 2), mas como um fator que o tribunal pode ter em consideração (art. 8.10, para. 4) - v. TITI, Catarine. "International Investment Law and the European Union: Towards a New

Contudo, estas mesmas cláusulas contêm ainda vários conceitos indeterminados e, em consequência, concede-se ainda uma ampla discricionariedade aos membros do tribunal de investimento na tomada de decisões. A referida cláusula de tratamento justo e equitativo é um bom exemplo do uso de conceitos como "arbitrariedade manifesta" e "expectativas legítimas", cuja concretização caberá aos membros do tribunal⁷⁹.

Em contrapartida, consagrou-se a possibilidade de as Partes do tratado adotarem interpretações vinculativas das cláusulas - o que poderá constituir um importante contrapeso do poder interpretativo do tribunal de investimento e uma forma de os Estados manterem um maior controlo sobre as suas próprias obrigações⁸⁰.

Quanto ao reconhecimento do direito dos Estados legislarem no interesse público, refira-se que na versão anterior do texto consolidado do CETA este constava apenas do preâmbulo do tratado, pelo que se deve saudar a sua consagração como cláusula de salvaguarda no capítulo de investimento do CETA, na versão revista. Só assim é possível constranger o tribunal de investimento a considerar este direito em cada litígio.

Não pode, contudo, deixar de se notar que o conteúdo desta cláusula é relativamente "fraco81" - constituindo apenas uma reiteração do direito dos Estados a legislar, mas não oferecendo parâmetros para a ponderação que os membros do tribunal inevitavelmente terão que fazer, no caso concreto, entre este direito e as obrigações resultantes do tratado. Porventura, mais se beneficiaria da inclusão de uma cláusula como a proposta pela Comissão

Generation of International Investment Agreements", European Journal of International Law, vol. 26, n.º 3, 2015, p. 656.

⁷⁹ V. HENCKELS, Caroline, "Protecting Regulatory Autonomy though Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP", cit., pp. 36 e ss., para uma análise destes conceitos.

⁸⁰ Sobre as tentativas dos Estados de reganharem controlo sobre a interpretação dos tratados de investimentos pelos tribunais arbitrais v. Reinisch, August e Stifter, Lukas. "European Investment Policy and ISDS", 2014, pp. 9 e ss. Disponível em: https://papers.ssrn. com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2564018>, (acedido a 27/2/2017); HENCKELS, Caroline, "Protecting Regulatory Autonomy though Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP", cit., p. 30.

⁸¹ Neste sentido, Van Harten, Gus. "ISDS in the Revised CETA: Positive Steps, But Is It the "Gold Standard"?", cit., pp. 2 e 3.

Europeia para o texto do TTIP⁸², ainda que, também essa, esteja longe da concretização ideal deste princípio.

Conclusão

A arbitragem de investimento já não é uma novidade no direito internacional, mas ainda o é na opinião pública, onde se geraram recentemente mediáticos e acesos debates. A principal preocupação foi nitidamente identificada: a de que, com a criação de um fórum exclusivo para litígios com investidores estrangeiros, o Estado se visse privado da liberdade para adotar medidas de proteção do interesse públicos dos seus cidadãos, por estes prejudicarem os interesses do investimento.

As atenções estavam voltadas para o texto do CETA – não só pelo seu significado *per si*, mas por permitir antecipar o que será o texto do TTIP. A análise que dele se fez tornou claro que os seus autores não se alhearam desse facto. Com efeito, sobretudo nalguns aspetos, este mostrou ser um acordo de investimento "recalibrado⁸³" e adaptado às novas exigências da sociedade. As cláusulas de transparência dos processos, de deontologia dos membros do tribunal e de exclusão de pedidos fraudulentos ou abusivos permitirão um maior escrutínio popular sobre a decisão de litígios de investimento, o que, juntamente com a criação de uma instância de recurso, poderá restaurar alguma confiança no sistema. Contudo, as vantagens da instituição de um tribunal permanente de investimento permanecem ainda incertas, dependendo em grande parte da concretização prática deste mecanismo.

Quanto às disposições substantivas, as normas de proteção de investimentos foram redigidas no CETA em termos mais precisos do que na maioria dos tratados existentes, com os ganhos de segurança jurídica daí decorrentes. Porém, existem ainda muitos conceitos indeterminados e espaço para discricionariedade dos tribunais. Futuros tratados - nomeadamente, o tão

⁸² Na proposta da Comissão Europeia para o capítulo de investimento do TTIP (supra nota 78), a cláusula de salvaguarda do interesse público determina que "[a]s disposições desta secção não afetam [shall not affect] o direitos da Partes de adotarem nos seus respetivos territórios medidas necessárias para alcançar objectivos políticos legítimos [...]" (tradução nossa).

 $^{^{\}rm 83}\,$ A expressão é de Schill, Stephen W. "In Defense of International Investment Law", cit., pp. 310 e 311.

antecipado TTIP - beneficiarão da inclusão de normas ainda mais detalhadas, designadamente no que se refere à definição do interesse público dos Estados e à manutenção dos seus poderes legislativos e reguladores, em coexistência com os direitos dos investidores estrangeiros⁸⁴.

Referências bibliográficas

- ALEXANDROV, Stanimir A. "On the Perceived Inconsistency in Investor-State Jurisprudence", in: ALVAREZ, Jose E. e SAUVANT, Karl P. (eds.). The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 60-69;
- ASTERITI, Alessandra e TAMS, Christian J. "Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration", in: Schill, Stephan W. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 787-816;
- BIJLMAKERS, Stephanie. "Effects of Foreign Direct Investment Arbitration on a State's Regulatory Autonomy Involving the Public Interest", American Review of International Arbitration, vol. 23, n.º 2, 2012, pp. 245-266;
- BLACKABY, Nigel e RICHARD, Caroline. "Part III, Chapter 10: Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?", in: WAIBEL, Michael e Kaushal, Asha et al. (eds.). The Backlash against Investment Arbitration. Londres: Wolters Kluwer, 2010, pp. 253-274;
- CHOUDHURY, Barnali. "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 4, n.º 3, 2008, pp. 775-832;
- DE BRABANDERE, Erik. Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications. Cambridge: Cambridge University Press, 2014;
- EFILA, "A response to the criticism against ISDS", 17/05/2015. Disponível em: http://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA in response to the--criticism_of_ISDS_final_draft.pdf>, (acedido a 27/2/2017);
- FRANCK, Susan D. "Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions", Fordham Law Review, vol. 73, 2005, pp. 1521-1625;

⁸⁴ Neste sentido, v. a conclusão em Henckels, Caroline, "Protecting Regulatory Autonomy though Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP", cit., p. 50.

- GILDEGGEN, Rainer e WILLBURGER, Andreas. "What constitutes a compensation free regulation of foreign-owned property in international law? Some thoughts on the protection of foreign investment against expropriations, the states' right to regulate, arbitrators and TTIP", Beiträge der Hochschule Pforzheim, n.º 160. Disponível em: https://www.hs-pforzheim.de/fileadmin/user-upload/ uploads redakteur/Presse- und Oeffentlichkeitsarbeit/Publikationen/ Beitraege der Hochschule/Nr160.pdf>, (acedido a 27/2/2017);
- Hachez, Nicolas e Wouters, Jan. "International Investment Dispute Settlement in the 21st Century: Does the Preservation of the Public Interest Requires an Alternative to the Arbitral Model?", Leuven Center for Global Governance Studies, working paper n.º 81, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/ sol3/papers.cfm?abstract_id=2009327>, (acedido a 27/2/2017);
- HENCKELS, Caroline, "Protecting Regulatory Autonomy though Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP", Journal of International Economic Law, vol. 19, 2016, pp. 27-50;
- HOFFMEISTER, Frank. "The Contribution of EU Trade Agreements to the Development of International Investment Law", in: HINDELANG, Steffen e Krajewski, Markus (eds.). Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 357-376;
- Kriebaum, Ursula. "Expropriation", in: Bungenberg, Marc; Griebel, Jörn; Hobe, Stephan e Reinisch, August (eds.). International Investment Law: A Handbook. Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2015, pp. 959-1030;
- Kulick, Andreas. "Investment Arbitration, Investment Treaty Interpretation, and Democracy", Cambridge Journal of International and Comparative Law, vol. 4, n.º 2, 2015, pp. 441-460;
- MOURA VICENTE, Dário. "Arbitragem de Investimento: A Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais", Revista da Ordem dos Advogados, vol. 71, n.º 3, 2011, pp. 751-770;
- QUICK, Reinhard. "Why TTIP Should Have an Investment Chapter Including ISDS", Journal of World Trade, vol. 49, n.º 2, 2015, pp. 199-210;
- PARK, William W. "Part III Chapter 9: Arbitrator Integrity", in: WAIBEL, Michael e Kaushal, Asha et al. (eds.). *The Backlash against Investment Arbitration*. Londres: Wolters Kluwer, 2010, pp. 189-251;
- Reinisch, August e Stifter, Lukas. "European Investment Policy and ISDS", 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_ id=2564018>, (acedido a 27/2/2017);
- Reinisch, August. "The European Union and Investor-State Dispute Settlement: from Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court", Investor-State

- Arbitration Series, Centre for International Governance Innovation, paper n.º 2, 2016. Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/ isa_paper_series_no.2.pdf>, (acedido a 27/2/2017);
- Reinisch, August. "Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? - The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration", *Journal of International Economic Law*, vol. 19, n.º 4, 2016, pp. 761-786;
- SCHACHERER, Stefanie. "TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation - Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, n.º 3, 2016, pp. 628-653;
- SCHILL, Stephen W. "In Defense of International Investment Law", in: Krajewski, Markus (ed.). European Yearbook of International Economic Law, vol. 7. Cham: Springer, 2016, pp. 309-341;
- STERN, Brigitte. "The Future of International Investment Law: A Balance Between the Protection of Investors and the States' Capacity to Regulate", in: ALVAREZ, Jose E. e Sauvant, Karl P. (eds.). The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 174-192;
- TITI, Catarine. "International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements", European Journal of International Law, vol. 26, n.º 3, 2015, pp. 639-661;
- VAN HARTEN, Gus. "A report on the flawed proposals for investor-state dispute settlement (ISDS) in TTIP and CETA", Osgoode Legal Studies Research Paper Series n.º 90, 2015. Disponível em: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ olsrps/90>, (acedido a 27/2/2017);
- VAN HARTEN, Gus. "ISDS in the Revised CETA: Positive Steps, But Is It the "Gold Standard"?", Centre for International Governance Innovation, 2016. Disponível em: https://www.cigionline.org/publications/isds-revised-ceta-posi- tive-steps-it-gold-standard>, (acedido a 27/2/2017).
- VAN HARTEN, Gus. "Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration", in: WAIBEL, Michael e Kaushal, Asha et al. (eds.). The Backlash against Investment Arbitration. Londres: Wolters Kluwer, 2010, pp. 433-453;
- Wells, Louis T. "Part IV Chapter 14: Backlash to Investment Arbitration: Three Causes", in: WAIBEL, Michael e KAUSHAL, Asha et al. (eds.). The Backlash against *Investment Arbitration.* Londres: Wolters Kluwer, 2010, pp. 341-352;
- ZULETA, Eduardo. "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in: KALICKI, Jean E. e JOUBIN-BRET, Anna. Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System. Leiden: Brill-Nijhoff, 2015, pp. 403-423.